

[RESUMEN] La presente investigación intenta afrontar el papel de la mediación en el modelo social español particularmente y en su cultura jurídica a través del estudio de las bases teóricas y su praxis operativa desde una perspectiva transdisciplinar. Una realidad jurídica que demanda la necesidad de introducir profundas reformas en el ámbito de la justicia ante el colapso administrativo y burocrático de los procesos judiciales.

La crisis del actual sistema judicial reclama una evolución hacia un cambio de paradigma legal que propicie la progresiva desjudicialización del conflicto en la que los sistemas multiproceso se presentan como la mejor alternativa para superar la cultura adversarial, en donde la mediación, debe formar parte de un sistema de justicia más integral.

Por ello esta tesis doctoral propone establecer las bases viables del paradigma mediador y proponer medidas efectivas tales como: la necesidad de la presencia de los operadores jurídicos en todos sus ámbitos para dotar de mayor eficacia el ejercicio de la justicia; la asistencia e información necesaria desde las plataformas institucionales que para ello deben crearse; la exigencia de una formación sólida y rigurosa de los futuros mediadores; y la sensibilización hacia una cultura mediadora fomentada a través del sistema educativo.

[RESUMO] A presente investigación intenta afrontar o papel da mediación no modelo social español particularmente e na súa cultura xurídica a través do estudio das bases teóricas e a súa praxis operativa dende a perspectiva transdisciplinar. Unha realidade xurídica que demanda a necesidade de introducir profundas reformas no ámbito da xustiza ante o colapso administrativo e burocrático dos procesos xudiciais.

A crise do actual sistema xudicial reclama unha evolución cara un cambio de paradigma legal que promova a progresiva desxudicialización do conflito na que os sistemas multiprocesúais preséntanse como a mellor alternativa para superar a cultura adversarial, onde a mediación debe formar parte dun sistema de xustiza máis integral.

Por tanto, esta tese doctoral, propón establecer as bases viables do paradigma mediador e propor medidas efectivas tais como: a necesidade da presenza de operadores xurídicos en tódolos seus ámbitos para dotar de maior eficacia o exercicio da xustiza; a asistencia e información necesaria dende as plataformas institucionais que para iso, primeiro, deben crearse; a esixencia dunha formación sólida e rigurosa dos futuros mediadores e a sensibilización cara unha cultura mediadora fomentada a través do sistema educativo.

[ABSTRACT] The current research tries to present the role of mediation in the Spanish social model particularly and in its juridical culture trough the study of the theoretical basis and its operative praxis from a transdisciplinar approach. A juridical reality that demands the introduction of deep reforms in the field of justice, facing the actual administrative and bureaucratic collapse of the legal processes.

The actual crisis of the judicial system claims for an evolution towards a change in the legal paradigm that promotes a progressive dejudicialization of the conflict in which the multi-task systems are presented as the best alternative to overcome an adversarial culture , where mediation must be an essential part of a more comprehensive legal system.

Therefore, this doctoral thesis proposes to establish the viable foundations of the mediator paradigm and introduce effective measures as: the necessity of the presence of judicial operators in all its areas to promote a higher efficacy of the exercise of justice; the proper assistance and information from the institutional platforms, which must be, first, created; the demanding of a solid and rigorous formation for future mediators, and the increasing of awareness towards a mediator culture encouraged by the educational system.



UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

**LA MEDIACION COMO CAUCE DE RESOLUCION
DE CONFLICTOS JURIDICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y
COMPARADO: bases para el desarrollo de la cultura de la
mediación**

María del Carmen Pereira Pardo

Tesis doctoral

Facultad de Derecho

2015

La mediación como cauce de resolución de conflictos jurídicos en el derecho español y comparado: bases para el desarrollo de la cultura de la mediación

María del Carmen Pereira Pardo

TESIS DOCTORAL

Directora: GLORIA M. MORAN

Facultad de Derecho

Programa Oficial de Doutoramento en Dereito



UNIVERSIDADE DE A CORUÑA

2015

UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Facultad de Derecho

**LA MEDIACION COMO CAUCE DE RESOLUCION
DE CONFLICTOS JURIDICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y
COMPARADO:**

Bases para el desarrollo de la cultura de la mediación

Tesis presentada por la licenciada en Derecho D^a. MARIA CARMEN PEREIRA PARDO, para alcanzar el Grado de Doctor, dirigida por Prof. Dr^a. D^a. GLORIA MORÁN GARCÍA, Catedrática de Derecho de la UDC.

Vº. Bº
El Director

A CORUÑA

2015

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo de investigación ha contado con el apoyo incondicional de familiares, amigos y profesionales que me han concedido siempre todo su tiempo y energía, a todos estoy profundamente agradecida y me gustaría dejar constancia de ello.

Sé que no puedo devolver lo que he recibido, por eso quiero dedicar este trabajo especialmente a mis hijos por estar siempre a mi lado, apoyándome sin ningún reproche a pesar de haberles robado su tiempo, ellos han sido mi inspiración y mi guía. Esta gratitud la extiendo a mi familia, a mi esposo por haberme infundido ánimos cuando parecía desfallecer; a mi madre, a mi hermana y a mis sobrinas por su aliento; a mi padre porque sé que le gustaría ver que lo he logrado; a mi nieta porque su alegría llena mi corazón haciéndome mejor persona. A Eva y Juanjo porque habéis estado siempre que os he necesitado.

Agradecer en primer lugar a mi amiga, mentora y maestra la Prof^a. Gloria Morán por sus consejos que hicieron posible poner en orden mi catarata de ideas convirtiéndola en un remanso por el que poder navegar (ésta es su obra). Y sobre todo porque he podido disfrutar de todas las ventajas que conlleva trabajar bajo la tutela de una extraordinaria investigadora, con una gran calidad humana, capaz de extraer lo mejor de mí poniéndole alma a nuestra tesis, y digo nuestra porque sin mi “maestra” esto no sería posible. Ella logró motivarme en las tareas de investigación enseñándome a mirar los datos desde una visión propia. Siendo mi deseo que los valores de sencillez, honradez, comprensión, generosidad y amplio conocimiento del derecho demostrado por la maestra se vean plasmados en el trabajo de su discípula.

A Esther Souto por su ánimo y alegría, pero sobre todo porque me ha demostrado que se puede vencer lo imposible haciéndome ver la vida con más optimismo. A Carmen Pedreira por compartir esos momentos difíciles cuando

le hacía partícipe de las dudas que se instalaban dentro de mí disipándolas con su paciencia y empatía .

También extendiendo mi gratitud a todas las personas que me entregaron su tiempo, regalándome sus conocimientos y sus experiencias, a las que me resulta imposible relacionar sin que mi memoria me juegue la mala pasada de dejar alguna en el olvido.

A la magistrada-juez del Juzgado de Familia nº 3 de A Coruña Carmen A. Gomá; al magistrado-juez del Juzgado de Familia nº 10 de a Coruña, Balbino Ferreirós; al magistrado-juez del Juzgado de lo Penal nº 3, Raimundo San Adrián y al magistrado-juez del Juzgado de Violencia sobre la mujer de A Coruña, Miguel Filgueira, porque todos ellos creyeron en mi investigación, la apoyaron y me facilitaron toda la información disponible. Al Prof. Dr. Luis Maside, que fue profesor de la Facultad de Derecho de la UDC y magistrado del Tribunal Militar de A Coruña, por haber comprendido que mi tema de investigación tenía que ser sobre la mediación y no sobre las operaciones de paz. A la Prof. Dra. Milagros Otero, por ser la primera persona que albergó en mí la idea de la mediación, un campo casi ignoto para mí cuando asistí al curso que impartió. A Margarita Puga por su paciencia infinita, y su ánimo tras veinte años de compartir nuestras penas y alegrías.

También quisiera dejar constancia de mi gratitud hacia el tribunal que juzga esta tesis doctoral, por su disponibilidad y generosidad en el tiempo dedicado a mejorarla con sus sugerencias y recomendaciones.

Y no puedo dejar de mencionar el papel que jugaron en esta investigación todas las personas que han acudido a mí como mediadora, y que me han empujado a continuar luchando por la Mediación alentándome con su confianza, y su ánimo.

A todos ellos mi más sincero respeto y agradecimiento.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
AGRADECIMIENTOS	07
ABREVIATURAS	13
INTRODUCCION	15
1. Presupuestos metodológicos desde la praxis e hipótesis a desarrollar.....	15
2. La crisis del proceso judicial: consideraciones relativas al elemento subjetivo como nuevo paradigma del ordenamiento jurídico	24

-CAPITULO I-

EL CONFLICTO	37
1.1. El conflicto desde las principales perspectivas teóricas: análisis interdisciplinar.....	38
A. Definición de conflicto.....	39
B. Elementos principales que componen un conflicto.....	52
C. Posicionamientos ante un conflicto.....	56
D. De la resolución a la transformación del conflicto: su evolución.....	59
E. Del pensamiento lineal y dualista al pensamiento complejo:¿un cambio de paradigma?.....	65
F. Patrones del conflicto. Como identificarlos.....	80

-CAPITULO II-

LA NEGOCIACION	99
2.1. Negociación, conciliación, arbitraje: analogías y diferencias con la mediación.....	100
2.2. Otros Procedimientos de resolución de conflictos de carácter híbrido: Los ADR (Resolución alternativa de disputas) en EEUU. y Europa.....	111
A. Peculiaridades.....	111
B. <i>Mini Trial</i>	113
C. <i>Summary Jury Trial</i>	114
D. <i>Early Neutral Evaluation</i>	115

E. <i>Settlement Conferences</i>	116
F. Sistemas combinados: <i>Med-Arb</i> o <i>Arb-Med</i>	116
G <i>Consumer Complaint Boards</i>	119
H. <i>High low arbitration</i>	119
I. <i>Baseball arbitration</i>	120
J. <i>Night baseball arbitration</i>	120
K. <i>Negotiated rulemaking</i>	121
2.3. La comunicación a distancia y las ADR: Nacimiento de las ODR (<i>On line Dispute Resolution</i>)	122
2.4. Cómo seleccionar el método idóneo para afrontar el conflicto.....	133
A. Presupuestos.....	133
B. Las <i>Multi-door Courthouse</i>	135
2.5. Los medios extrajudiciales: ¿son medidas alternativas a la resolución de conflictos?.....	136

-CAPITULO III-

LA MEDIACION: MARCO JURÍDICO EN ESPAÑA	139
3.1- Consideraciones generales: introducción de las ADR/MASC en el sistema judicial español.....	140
3.2. La Mediación en el ámbito de las distintas Comunidades Autónomas (CC.AA).	159
A. Criterios de comparación.....	160
B. Valoración de los criterios de comparación.....	192
C. El valor de los acuerdos en las Leyes Autonómicas.....	207
3.3. La mediación en el ámbito estatal: situación previa a la Ley 5/2012.....	214
3.4. La Ley 5/ 2012 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles: como nuevo marco legislativo general.....	225
A. Consideraciones generales.....	225
B. Normativa vigente y su exégesis.....	230
C. El valor del acuerdo en la Ley 15/2012.....	244

-CAPITULO IV-

LA NECESIDAD DE UN NUEVO PARADIGMA MEDIADOR	248
4.1. Del paradigma de la complejidad al paradigma de la autogestión.....	248

4.2. El legado de las distintas escuelas doctrinales sobre la mediación.....	249
A. Modelo Tradicional –Lineal (Escuela Harvard).....	251
B. Modelo Circular Narrativo (Escuela Circular-Narrativa de Sara Cobb)...	255
C. Modelo Transformativo (Escuela Transformativa, Robert A., Baruch Bush y Joseph P. Folger).....	258
D. Modelo Tópico.....	261
E. Modelo Estratégico.....	262
F. Modelo Ecosistémico.....	264
G. Modelo Integrador.....	266
4.3. El “nuevo concepto de mediación”	269
A. La mediación: ¿un concepto multi-inter o transdisciplinar?.....	271
B. Precisiones terminológicas.....	275
C. Los tres ejes de la mediación.....	283
D. Principios nucleares de la mediación.....	285
• Voluntariedad.....	285
• Igualdad de las partes.....	289
• Imparcialidad.....	292
• Neutralidad.....	294
• Confidencialidad.....	297
• Buena Fe.....	299
• Carácter personalísimo.....	300
• Flexibilidad.....	304
• Oralidad.....	306
E. Características esenciales de la mediación: la relación.....	307
4.4- Bases de asentamiento del nuevo paradigma.....	309
A. ¿Debe ser todo mediable?.....	313
B. ¿Debe ser obligatoria?.....	320
C. ¿Cómo se debe desarrollar el procedimiento de mediación y qué herramientas utilizar?.....	321
D. ¿Cuáles son los elementos que deben componer la ética del mediador?.....	356

-CAPITULO V-

EL FUTURO DE LA MEDIACION EN ESPAÑA.....	366
5.1. Valoración de conjunto: perspectivas.....	366
5.2. La Justicia restaurativa: el próximo reto.....	386

5.3. El Derecho Colaborativo: una opción de futuro.....	396
5.4. La mediación <i>On line</i> en materia de consumo: un compromiso con Europa.....	399
5.5. La mediación en el ámbito del derecho de las confesiones religiosas:	
Su particular interés en el Derecho Canónico.....	401
5.6. La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo.....	404
CONCLUSIONES.....	415
BIBLIOGRAFIA.....	425
NORMATIVA CONSULTADA.....	441
ENLACES Y PORTALES DIGITALES.....	447

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

ADR	Alternativa Disputes Resolutions
ADRA	Alternative Dispute Resolution Act
AIEEF	Asociación Interdisciplinaria Europea de Estudios de la Familia
AIPAZ	Asociación española de Investigación para a Paz
art.	artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
CA	Comunidad Autónoma
CC.AA	Comunidades Autónomas
CB	Convenio de Bruselas
CE	Constitución Española
cfr.	confrontar
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIS	Centro de Investigación Sociológica
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Comp.	compilador
Coord.	Coordinador
CR	Convenio de Roma
D	Decreto
Dir	Director
Dir ^a	Directora
DM	Decisión Marco
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea.
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOUE	Diario oficial de la Unión Europea.
EAC	Estatuto de Autonomía de Cantabria
EJE	Red extrajudicial europea
ENE	Early Neutral Conferences
EP	Educación Primaria
FIN-NETT	Red transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros
GAC	Gestión Alternativa de Conflictos
GAD	Gestión Alternativa de Disputas
GEMME	Grupo Europeo de Magistrados para la Mediación
LA	Ley de Arbitraje
LEC.	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LMACM	Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles
MAAN	Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado
MARD	Métodos Alternos para la Resolución de Disputas
MASD	Métodos Alternos para la Solución de Disputas

MASC	Métodos Alternos para la Solución de Conflictos
MARC	Métodos Alternos de Resolución de Controversias
MCB	Mapa Cognitivo Borroso
MEDALOA	Mediation&Last Offer Arbitration
MESC	Mecanismo extrajudicial de solución de conflictos
NOJ	Nueva Oficina Judicial
ODR	Oline Dispute Resolution
p.	página
PAAN	Peor alternativa a un acuerdo negociado
PIN	Posiciones, intereses, necesidades
PITUFO	Acróstico de: poder, información, tiempo, unidad, filosofía ,organización
PNL	Programación Neuro-Lingüística
pp.	páginas
RAC	Resolución Alternativa de Conflictos
R	Reglamento
RAD	Resolución alternativa de Disputas
RAE	Real Academia Española
RAL	Resolución alternativa de litigios
RC	Resolución de conflictos
RD	Resolución de disputas
RD	Real Decreto
RDL	Resolución de Disputas en Línea
RLL	Resolución de Litigios en Línea
RTC	Resolución del Tribunal Constitucional
SICE	Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico
SJT	Summary Jury Trial (juicio Sumario con jurado)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TARC	Técnicas Alternativas de Resolución del Conflictos
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
TIC	Tecnología de la información y comunicación
TOA	Täter-opfer-Ausgleich (autor-victima-compensación)
trad.	traductores
UE	Unión europea
UMIN	Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia
UNCITRAL	United Nations Commission for the Unification of International Trawde Law
vol.	volumen

-INTRODUCCION-

1.-Presupuestos metodológicos desde la praxis e hipótesis a desarrollar.

Los acontecimientos del pasado siglo XX nos han hecho ser más conscientes del poder de autodestrucción del ser humano. La intolerancia y la violencia nos han dejado un legado doloroso y recurrente. Observamos cómo en los medios de comunicación, así como en nuestro propio entorno, se producen de forma continua manifestaciones de agresividad y reacciones violentas en respuesta a los puntos de vista de aquellos con los que disentimos. Tampoco, no podemos ignorar los grandes cambios en nuestro contexto social, político, económico, cultural y tecnológico, que plantean mayores exigencias y nuevos retos en la formación educativa. Las propias universidades son conscientes también de ello. Así por ejemplo, la Universidad de las Palmas de Gran Canaria en su reciente propuesta para el título de Grado en Trabajo Social, destaca una serie de factores a tener en cuenta. Esta propuesta enuncia con nitidez tanto las exigencias como los retos de inestabilidad en la convivencia¹:

- El avance en el reconocimiento de los derechos individuales y sociales obliga a revisar e incrementar los sistemas de protección para convertirlos en verdaderos derechos de los ciudadanos.
- El fenómeno de la inmigración pone a prueba la capacidad de cohesión de nuestra sociedad y la tolerancia de lo diferente.
- El progresivo envejecimiento de la población ha supuesto, por un lado un esfuerzo en pro de la reactivación de aquellos ciudadanos próximos a la finalización de su vida laboral, y por otro lado la necesidad de implementar un enfoque integral sobre la atención y cuidado de nuestros mayores.
- El creciente individualismo de nuestra sociedad incrementa situaciones de inestabilidad y convivencia.

¹ http://www2.ulpgc.es/archivos/plan_estudios/4034_40/Intersacadmico.pdf.
Consultado el 6-12-2014.

- Las tecnologías de la información y la comunicación conllevan nuevas oportunidades, que han generado nuevas formas de exclusión y marginación social distintas a las ya existentes.
- La evolución de las políticas sociales en el contexto Europeo ha desarrollado nuevos escenarios como consecuencia de la globalización económica.

Sin olvidarnos de las carencias de nuestro sistema educativo, que como veremos, no ha evolucionado en la medida de las necesidades sociales.

Ante tanto cambio social es necesario realizar un nuevo enfoque jurídico. Coincido con Muldoon en que “nuestros sistemas judiciales han llegado al límite de su capacidad para procesar nuestras querellas y otras instituciones se desplomarán si los cambios continúan creciendo a un ritmo exponencial”². Además no debemos olvidar que la inoperancia de las resoluciones dictadas y los altos costes que representan, generan en un amplio sector de la sociedad un sentimiento de inseguridad y de falta de confianza en el sistema judicial.

Esta desconfianza en el sistema judicial es un reflejo de ese gran cambio social que emerge lentamente a finales del siglo XX, obligándonos a buscar maneras diferentes de afrontar el conflicto. Desconfianza que contribuye a que el interés público y profesional se fije en otras vías alternativas de resolución más dinámicas y menos costosas; vías que a través de la utilización de herramientas de fácil aplicación nos lleven también hacia nuevas formas, no violentas, de resolver los conflictos. “Todos y cada uno **de nosotros debemos asumir la responsabilidad de resolver los conflictos** presentes en nuestras propias vidas. Sencillamente, ya no podemos esperar que otra persona se ocupen de ellos”³.

² MULDOON B., *El corazón del conflicto. Del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como un camino hacia la sabiduría*. Paidós, Barcelona, 1998, p.21.

³ *Ibid.*, p.21.

Existen herramientas que, de enseñarse desde las edades más tempranas, conllevarían a la disminución de factores negativos que potencian el malestar social. Este es el caso de la normalización de la violencia que se materializa en actos como el *bullying* o acoso así como la discriminación social y racial sufridos por un incontable número de personas. Este tipo de experiencias que se generan tanto dentro como fuera de los centros educativos, en el entorno familiar o en los centros de trabajo están incidiendo de forma directa o indirecta en la construcción de nuestra sociedad.

En el año 1962 Kuhn⁴ anunciaba que una revolución científica es definida por la aparición de nuevos esquemas conceptuales o “paradigma”. Éstos ponen en primer plano aspectos que anteriormente no eran vistos o percibidos en la ciencia normal, es decir en la ciencia aceptada y practicada. Ello produce un desplazamiento de los problemas existentes e investigados y un cambio en las reglas de la práctica científica. El nuevo paradigma abarca nuevos problemas, que especialmente habían sido rechazados por los especialistas. Tal es el caso del paradigma de la autogestión cuya finalidad es la resolución de los conflictos por los propios interesados. Se ciñe a resolver el conflicto de un modo no violento, ni impositivo, potenciando la libertad, la imaginación y el poder creativo de las partes, para que éstas puedan resolver legítimamente las diferencias individuales evitando la disputa violenta. Desde este paradigma no puede hablarse de un único modo de proceder, reglado y determinado, se desarrolla a medida de lo que necesitan las partes para resolver de forma no adversarial lo que se va a negociar.

Como veremos existen muchas formas de resolver los conflictos y todas ellas pueden ser válidas. De ellas hablaremos a lo largo de este trabajo de investigación, pero nos centraremos especialmente en la mediación. Intentaremos fijar sus bases instrumentales a partir de las características que

⁴ KUHN, T.S., *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 100-127.

conforman nuestra sociedad y sus conflictos. Este *iter* metodológico requiere dar respuestas a una serie de preguntas:

- 1) ¿Qué es la mediación?
- 2) ¿Existió la mediación en España con anterioridad a la aparición de las normas autonómicas?
- 3) ¿Es la mediación sólo una medida de alternativa de resolución de conflictos, como lo son el arbitraje o la conciliación o es una nueva forma de cultura?
- 4) ¿Qué relación tiene la mediación con la justicia restaurativa, terapéutica o justicia de proximidad? y ¿por qué se habla tanto actualmente de las mismas?
- 5) ¿Cuáles deben de ser las bases sobre las que debe sedimentarse la mediación?
- 6) ¿Es posible concebir una educación que permita evitar los conflictos o solucionarlos de manera pacífica, fomentando el conocimiento de los demás, de sus valores y creencias culturales?
- 7) ¿Estamos asistiendo en realidad a un cambio de paradigma social?

A partir de estas cuestiones podríamos formular tres hipótesis:

- 1ª Hipótesis** ¿podría ser la mediación la catalizadora de un nuevo cambio de paradigma social?
- 2ª. Hipótesis** ¿cuáles son los valores que deben conformar las bases de la mediación?
- 3ª. Hipótesis** ¿es posible dar una definición acotada de la mediación? y si lo es ¿es conveniente?

En primer lugar trataremos de averiguar si la mediación es una simple medida alternativa más de resolución de conflictos, nacida a la sombra de un sistema judicial que no puede dar una respuesta a todos los conflictos que se plantean en la sociedad actual; o acaso la mediación forma parte de un cambio social que surge y que aún no ha alcanzado su pleno desarrollo. Bajo el prisma de la

mediación se puede hablar de la cultura de la paz y del dialogo; de este modo se reacomodan términos como justicia restaurativa o capital moral. En consecuencia lejos de proponer una utopía somos testigos de cómo se conforma una nueva filosofía de la praxis jurídica.

En segundo lugar analizaremos las distintas escuelas de mediación y los postulados creados por éstas, así como las experiencias prácticas y demás debates filosóficos que giran en torno a la mediación. Nuestra finalidad será explorar y analizar los principios, valores y postulados que deben conformarla y establecer así las bases de la mediación.

Por último, una vez determinado si la mediación es una medida alternativa de resolución de conflictos o un cambio de paradigma social, teniendo presente la unificación de aquellos valores, principios o postulados que deben conformar las bases de toda mediación, intentaremos obtener una definición de la misma si ésta es posible.

Para afrontar las hipótesis planteadas, sus implicaciones y su proyección jurídica hemos considerado necesario elaborar los capítulos conforme a las siguientes materias y orden temático.

Como punto de partida realizaremos un análisis de la realidad jurídica actual con el objeto de comprobar si nuestro sistema jurídico tradicional __basado en el paradigma de la objetividad y donde siempre existe un ganador y un perdedor __da respuesta al alto grado de complejidad de nuestra sociedad contemporánea. Para ello acudiremos no sólo a los datos estadísticos publicados y a la opinión pública, sino también a las propias fuentes del Poder Judicial. Oiremos a los distintos operadores jurídicos pronunciarse sobre dicha cuestión. Y a partir de ahí podremos deducir si es necesario o no un cambio de paradigma, no sólo judicial, sino también social. Si éste es necesario ¿cuál sería el modelo más adecuado para proporcionar las soluciones apropiadas?

¿Es posible que el paradigma de la subsunción silogística del derecho en la norma no sea la única explicación a la forma de actuar de los jueces?

En el primer capítulo como presupuesto prejurídico hemos considerado imprescindible hablar acerca del conflicto y las distintas teorías existentes sobre el mismo. Porque si bien éste es el centro neurálgico del derecho también ha sido abordado desde disciplinas y áreas muy diversas. El conflicto no puede verse desde la perspectiva limitada del contexto jurídico, es necesario abrirse a otras ramas del saber desde la interdisciplinariedad. Así resulta imprescindible recurrir a la Filosofía del Derecho, a la Psicología, a la Psicoterapia, a la Fenomenología y a la Conflictología⁵.

A través de la Filosofía del Derecho podemos comprender y explicar los conceptos de objetividad y subjetividad; desde la Psicología y la Psicoterapia extraeremos elementos claves como la importancia de las relaciones y de la comunicación. Desde esta perspectiva podremos comprobar como el sufrimiento que provoca el conflicto no tiene amparo suficiente en el ámbito judicial. Por ello se hace imprescindible tener presente el elemento intersubjetivo. Desde la Sociología podemos explicar el comportamiento de grupos sociales diversos y las peculiaridades que generaría dicha intersubjetividad. La Fenomenología nos permitirá analizar la realidad de los movimientos sistémicos ante diversos conflictos, en especial los familiares e interculturales. Por último la Conflictología va a permitir introducirnos en el interior del conflicto para diseccionarlo y conocer así mejor su estructura y los elementos que lo componen. Para ello partimos de la definición de Conflictología de Vinyamata entendida como: “aquel quehacer analítico, teórico

⁵ Para más información vid. BILLIKOPF ENCINA G., *Mediación interpersonal: facilitando el diálogo entre las partes*. University of California, 2011.

<http://nature.berkeley.edu/ucce50/agro-laboral/7conflicto/>.consultado el 30-1-2015.

Conflictología es el compendio de conocimientos y habilidades para comprender e intervenir en la resolución pacífica y no violenta de los conflictos sociales. Es una disciplina que las contiene todas, incluso la matemática, la física teórica o la biología. Evidentemente son especialmente las ciencias sociales las que más aportan en la comprensión de los conflictos.

y de intervención práctica global e integral, que no excluye ninguna aportación disciplinaria, ningún concepto o denominación, ni ninguna habilidad aplicativa en relación con los procesos conflictuales y críticos de las personas y de las sociedades”⁶.

Pero además necesitamos de los métodos empíricos más actuales que nos van a permitir entrar en contacto con distintas teorías científicas; así la Cibernética en sus distintos órdenes y las teorías del Caos, de Fractales, de Sistemas, de Juegos y Estrategia, etcétera. Teorías científicas que han abierto nuevos cauces al paradigma de la “complejidad”, donde la subjetividad y la comunicación forman los elementos de un tercer paradigma del que se nutre la mediación, como después comprobaremos.

Un análisis tan complejo del conflicto reclama un cambio de perspectiva que afecta tanto a su definición como a su composición y su naturaleza. Por tanto si concebimos la mediación como una medida de resolución de conflictos no podemos ignorar esas aportaciones siendo necesario considerar, por tanto, su carácter interdisciplinar y/o transdisciplinar y/o multidisciplinar como veremos.

Por ello trataremos de integrar los distintos perfiles del conflicto para ofrecer al mediador un instrumento de utilidad práctica que incorpore las generalidades del mismo con el objeto de determinar los patrones básicos que permitan identificar cada tipo de conflicto, y así adecuar la actuación del mediador y capacitarlo para elegir las herramientas más apropiadas.

En el **capítulo segundo**, señalaremos las diferencias existentes entre la mediación y otros modelos de resolución de conflictos como la conciliación, arbitraje y negociación. Procurando distinguirlos entre sí con el objeto de precisar en cada momento ante qué tipo de figura nos hallamos; de este modo podremos decidir cuál consideramos más adecuado para gestionar el conflicto y

⁶ VINYAMATA E., *Conflictología: Curso de Resolución de Conflictos*, Ariel. Barcelona, 2005, p.109.

si es posible resolverlo. Aunque todos los modelos de resolución de conflictos comparten objetivos idénticos centrados en la búsqueda de soluciones pacíficas, no obstante presentan diferencias que serán objeto de nuestro análisis para poder distinguirlas y contrastarlas entre sí y con otros instrumentos que nos ofrece el derecho comparado, tanto en Europa como en EEUU. Instrumentos internacionales que han dado impulso a la implantación de las ADR/MASC en los Estados miembros de la UE a lo que debemos añadir el estudio de aquellos factores externos que han influido positivamente en dicha implantación.

El **tercer capítulo** lo dedicaremos a la exégesis de las normas sobre mediación en el derecho español regulado en el marco de la reciente Ley estatal 15/ 2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Además se hace necesario revisar la abundante legislación autonómica; para ello se hace imprescindible elaborar unos criterios comparativos que nos permitan analizar las ventajas o los inconvenientes ante su gran dispersión normativa y las posibles contradicciones que puedan existir.

De este modo podremos comprobar no sólo la creciente legislación especializada, sino también la incorporación en ella de valores de naturaleza metajurídica. En consecuencia examinaremos si las resoluciones judiciales se ven penetradas por estos valores, así como las consecuencias que conllevaría. Por ello deviene una pregunta ineludible: ¿la presencia de la subjetividad puede ser una de las causas de la crisis del proceso judicial?

En cuanto al **cuarto capítulo** exploraremos las aportaciones de las distintas corrientes doctrinales:

- El modelo Harvard, que toma su nombre de la *HarvardNegotiation Project*, que sigue una línea tradicional-lineal y está representada fundamentalmente por Roger Fisher y Willian Ury.
- El modelo Circular Narrativo representado por su creadora Sara Cobb.
- El modelo Transformativo, cuyos defensores más conocidos son Bush y Folger.

- El modelo Tópico, postulado por Luis María Bandieri.
- El modelo Estratégico desarrollado por Alberto Calcaterra.
- El modelo Ecosistémico diseñado por Lisa Parkinson.
- El modelo Integrador creado por Falcón Caro.

El análisis de sus postulados desde las diversas líneas de pensamiento y diferentes epistemologías nos ayudará a sentar las bases instrumentales de la mediación.

Y para finalizar el **quinto capítulo** lo dedicaremos a los grandes retos de la mediación para así poder establecer sus pautas en España en un futuro inmediato y su vinculación con la cultura de la paz, la Justicia Restaurativa, el Derecho Colaborativo y el Derecho Canónico, así como la importancia del Defensor del Pueblo dentro de la mediación.

En consecuencia inicialmente hemos de realizar una propuesta integradora donde el mundo jurídico legal juega un papel determinante en el reconocimiento de la mediación. Pero todo ello requiere un compromiso tanto de la sociedad como de los poderes públicos en tanto en cuanto éstos deberán dotar de los medios necesarios para que la sociedad pueda disfrutar de sus derechos de un modo más efectivo. El paradigma mediador parece ser una realidad que se está imponiendo en nuestra sociedad, por lo tanto es necesario sentar unas bases para entender la mediación como una fórmula de relación flexible que pueda dar respuesta a ese cambio social, y comprobar si puede ser usada indistintamente dentro y fuera del ámbito jurídico o incluso en paralelo a éste.

En palabras de W. Ury, cofundador del Harvard Negotiation Project que durante más de tres décadas ha sido un experimentado asesor y mediador en conflictos de todo tipo:

“El Conflicto es como el agua, se necesita para vivir y también para el progreso, pero cuando hay demasiada agua en el lugar equivocado, hay

que construir puentes y canales para evitar la catástrofe. Construir puentes y canales para que los conflictos no deriven en catástrofe, es lo que llamamos Mediación”⁷.

Este trabajo es simplemente el inicio de una investigación que nunca concluirá, porque la realidad nos demuestra que los horizontes se expanden constantemente, las sociedades evolucionan, y la complejidad del ser humano cada vez es más evidente, los cambios de paradigma ocurren con más frecuencia, y la Mediación se muestra como el gran reto del presente en el derecho y en la propia sociedad.

2. La crisis del proceso judicial: consideraciones relativas al elemento subjetivo como nuevo paradigma del ordenamiento jurídico.

Si aceptamos que la maquinaria jurisdiccional se pone en funcionamiento cuando ésta tiene que imponer soluciones a los conflictos, y que el resultado siempre da lugar a un ganador y a un perdedor, estamos ante un ejemplo claro de lógica ambivalente, que comporta el castigo del perdedor como forma disuasoria para acudir al proceso cuando no tiene suficientes razones legales o pruebas de su reclamación.

Pero ¿cuáles que son las razones legales?, ¿cuáles son los motivos, e intereses del vencido? ¿por qué sus motivos no se consideran válidos o menos válidos que los del ganador?

La práctica forense establece que para estas preguntas no hay más que una respuesta. Una vez agotados los recursos legales procedentes, el perdedor de un pleito no tiene otro remedio que soportar la decisión judicial en última instancia, que no siempre es coincidente con las sentencias precedentes, y por ello la considera injusta. Así dos preguntas devienen obvias: ¿está garantizada

⁷ Acceso digital.

<http://www.casadellibro.com/libros-ebooks/william-ury/18500>. consultado 6-12-2014.

la objetividad del procedimiento judicial?, ¿puede la objetividad judicial estar influida por la subjetividad del juez? ⁸.

En este sentido el propio Libro Blanco de la Justicia elaborado en 1997 por el Consejo General del Poder Judicial ya recogía muchas de las quejas de los ciudadanos frente a la administración de Justicia y proponía mejoras en su funcionamiento. Particularmente ponía especial énfasis en la implantación del sistema de mediación. La propia introducción del Libro Blanco expone:

“Los Barómetros de la Opinión Pública sobre la Justicia promovidos regularmente por el Consejo General del Poder Judicial. Tras una fase de incremento de la confianza de los ciudadanos en la justicia, que coincidió con la transición a la democracia y el proceso constituyente, se hace evidente, a lo largo de los años ochenta y noventa, un gradual deterioro de su imagen, que aparece sistemáticamente, en cuanto a prestigio y confianza, peor valorada que las correspondientes a las demás instituciones públicas. El porcentaje de los encuestados que opina que la Justicia funciona mal, frente a los que expresan una opinión positiva, crece continuamente: el 28 por ciento en 1987, el 33 por ciento en 1990, el 38 por ciento en 1992, el 46 por ciento en 1995 y el 51 por ciento en 1997”⁹.

Carretero Morales sostiene que: “estos datos reflejan claramente que el sentir popular respecto de nuestros tribunales no es, precisamente, demasiado

⁸ PALMA CHAZARRA, L., *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, Sevilla 2007, p.91 tesis doctoral en acceso digital.
<https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/04/tesis-doctoral-luhc3a9-palma.pdf>. consultado 14-2-2105.

⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *El libro Blanco de la Justicia*, acceso digital
http://www.icam.es/docs/ficheros/201202170003_6_0.pdf. consultado el 2-2-2015.

positivo y la valoración de la justicia por los ciudadanos está en uno de los momentos más bajo de los últimos años”¹⁰.

Pero ¿cómo percibe, por tanto, el ciudadano la justicia actualmente?

En las noticias y en las distintas encuestas sociológicas que se publican cada año, la justicia aparece siempre como uno de los servicios peor valorados por los ciudadanos, así, por ejemplo, según los últimos datos relativos a la Justicia publicados por el CIS (Centro de Investigación Sociológica) en el Barómetro de Febrero de 2011¹¹, a la pregunta N° 12 formulada en los siguientes términos : ¿ Cómo considera Vd. que funciona actualmente la Administración de Justicia en España: muy bien, bien, mal o muy mal? se obtuvieron los siguientes resultados:

Muy bien	0,4%
Bien	18,0%
Regular	28,7%
Mal	36,7%
Muy mal	11,3%
N.S (no sabe)	4,7%
N.C (no contesta)	0,3%

Es evidente que cuando existen diferencias inevitables entre personas o entidades, las personas recurrimos, según el estilo y sensibilidad, a tres alternativas posibles para resolverlas: imponer, ceder o negociar¹² . En la primera forma de obtener una solución hay un alto grado de violencia, una lucha de poder y control de uno sobre el otro. Mientras menos evolucionada sea una organización social más consolidada estará la manera violenta de

¹⁰ CARRETERO MORALES, E., “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos ventajas de la mediación”. En V.A *Mediación y Resolución de Conflictos Técnicas y ámbito*. (coord. Por Soletto, H.) Tecnos, Madrid, 2013, p.74.

¹¹http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2860_2879/2861/ES2861.pdf, consultado 2-2-2015.

¹² CORIA, C., *Las negociaciones nuestras de cada día*. Paidós, Buenos Aires-Barcelona-México 1998, p.29.

resolución de disputas¹³; en la segunda estructura encontramos un paradigma basado en el uso de la razón y la objetividad¹⁴ como forma civilizada, y no violenta de resolver las diferencias, en cuanto a la tercera estructura nos lleva a cuestionar la eficacia y futura validez de los antiguos patrones usados.

Volviendo nuevamente al Barómetro del CIS resultan muy significativas las respuestas obtenidas a la pregunta nº 11 efectuada en los siguientes términos “Si se viese Vd. envuelto en un conflicto con otra persona sobre sus derechos o intereses, ¿qué haría?”

El siguiente cuadro recoge la contestación a las distintas opciones planteadas.

	%
Intentar llegar a un acuerdo con ellas aunque ello supusiese alguna pérdida para Vd.	57,1%
Recurrir a una tercera persona(por ejemplo, un/a amigo/a o conocido/a de ambos/as que hallara una solución intermedia para los intereses de las dos parte	14,5%
poner el asunto en manos de los abogados y acudir a un tribunal para obtener todo lo que en justicia le corresponden	21,7%
N.S / (no sabe)	5,9%
N.C (no contesta)	0,8%

La respuesta dada por el 57,1% de los entrevistados de “intentar llegar a un acuerdo aunque ello supusiese alguna pérdida” permite vislumbrar la necesidad de acudir a otro paradigma¹⁵ basado en la autogestión como una

¹³ Para saber más sobre el tema ver un estudio al respecto, realizado por el psiquiatra ROJAS MARCOS, L., *Las semillas de la violencia*. Espasa Calpe, Madrid, 1996, p. 15-16. Dicho autor considera que la violencia es la más primitiva fuente de poder, seguida del dinero y de la información.

¹⁴ Apoyado en el pensamiento aristotélico y cartesiano con su separación entre el sujeto y el objeto, *res cognita* y *res extensa*. Esta separación produjo la idea de la objetivación de la realidad, como algo diferente e invariable del sujeto perceptor. Posteriormente, Amper y los norteamericanos DILTHEY, WINDELBAUD, RICKERT, WEBER, profundizaron la supuesta separación entre sujeto y objeto, viendo al hombre a la vez como sujeto y objeto. En MUNNE, “La Teoría del caos y la psicología. Un nuevo enfoque epistemológico para el comportamiento social”. En V.A. *Epistemología y procesos psicosociales básicos* (comps. Fernández, I. y Martínez, M.F.) Eudema, Sevilla, 1993, p. 130 y ss.

¹⁵ PALMA CHAZARRA, L., *La mediación como...* cit.p.123.

forma de canalizar la autonomía moral individual. Este tercer paradigma que tiene una intervención horizontal en el proceso de mediación en lugar de vertical, permite la distribución y ejecución de las funciones del tercero (mediador) como elemento que se introduce en el proceso conflictivo. La persona ajena al conflicto aparece como un elemento potenciador de la capacidad creativa y de decisión de las partes, por lo que está situado en el mismo plano que ésta. No ocupa la posición vertical y jerárquica que posee el tercero en el paradigma analítico-racional de objetividad.

El derecho de acceso a la justicia-consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española y en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales-implica el derecho de recabar la protección de los tribunales, así como dictar una resolución judicial justa y adaptada al conflicto en un plazo razonable. Observamos como la clásica vía judicial resulta totalmente insuficiente, entre otras muchas razones, por: la excesiva lentitud de los tribunales que genera unos procesos interminables; el coste económico; así como la insatisfacción que, con mayor frecuencia, se observa tanto en el ganador como en el perdedor. Por ello el CGPJ reconoce que “es bien conocido que la dilación de un proceso redundará en desventaja, al menos, para una de las partes, aquélla que ve prolongada hasta la decisión judicial una situación antijurídica de la que, a su vez, obtiene ventaja el incumplidor”¹⁶.

No solo el CGPJ expone sus críticas sino también buena parte de la doctrina. En palabras de Alfonso de Julios¹⁷, con la codificación y la escuela de la exegesis se cierra la puerta a la interpretación del juez quedando limitada su labor a un mero procedimiento lógico deductivo. La interpretación es así la otra cara de la codificación, se ve como algo secundario y la aplicación del derecho como algo mecánico, la razón termina por consumir irracionalidad de su desvinculación

¹⁶ Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *El libro Blanco de la Justicia*, cit.

¹⁷ DE JULIOS CAMPUZANO, A., “¿Está en crisis el paradigma jurídico de la modernidad?” En V.A., *Para que algo cambie en la teoría jurídica*. (coord. Belloso Martín, N.) Serv. Public. Universidad de Burgos. 1999, pp.173-174.

histórica: un derecho neutro y universal que, guiado supuestamente por la razón, terminaba por convertirse en una pieza más del sistema social, político y económico, tal y como lo estableció el positivismo del siglo XIX.

Para Gallego García¹⁸ ese modo de entender el Derecho y aplicar la ley resultaba asfixiante para una labor de jurista¹⁹, lo que provocó que desde finales del S.XIX surgieran, tanto en Europa como en EE.UU una serie de movimientos y corrientes doctrinales que reivindicaban la labor creadora del jurista, destacando entre las más importantes “la jurisprudencia de intereses” el “movimiento del derecho libre” o el “realismo jurídico norteamericano”²⁰.

A su vez Watzlawick afirma que: “(...) la manera más peligrosa de engañarse a sí mismo es creer que sólo existe una realidad (...) se dan de hecho, innumerables versiones de la realidad, que pueden ser muy opuestas entre sí, y todas ellas son el resultado de la comunicación, y no el reflejo de verdades eternas y objetivas”²¹. En opinión de este autor no hay verdades sencillas, y que lo “normal” en una cultura, y sobre todo en culturas diferentes es que no se dé la uniformidad, sino la diversidad de formas, tanto de acción como de interpretación por parte de los individuos. De ahí, que lo que es real para unos, puede que no lo sea para otros.

¹⁸ GALLEGO GARCIA, E.A., *Fundamentos para una Teoría del Derecho*. Dykinson, Madrid 2003.

¹⁹ Viene al caso las palabras de Montesquieu sobre la función de los jueces: Estos han de ser...” la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de aquella”. *El Espíritu de las Leyes*, I cap., II, 6. <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>. consultado 7-4-2015.

²⁰ Para más información sobre estas tendencias consultar RECASÉNS SICHES. L., *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. FCE., México, 1956.

²¹ WATZLAWICK, P., *¿Es real la realidad?: Confusión, desinformación, comunicación*. Herder, Barcelona. 1994, pp. 7-10. Es un autor teórico experto en comunicación humana, en la obra citada realiza un estudio profundo sobre lo que es real. Afirma que creer que la propia visión de la realidad sea la misma realidad, es una ilusión peligrosa sobre todo cuando se vincula a la visión mesiánica de sentirse en la obligación de explicar y organizar el mundo de acuerdo con ella. La negativa a plegarse a una determinada forma de ver la realidad, es tachada de *think-crime*, en el sentido de Orwell, lo que no deja de ser una forma de violencia psicológica, así como la tarea de lo que él denomina “los modernos cultivadores del lavado de cerebro y sedicentes salvadores del mundo”.

La pregunta que os deviene es obvia: ¿qué está sucediendo en nuestra sociedad?

En el 2009 el magistrado Pascual Ortuño ya daba a entender que podrían ser varias las circunstancias que han dado lugar a la saturación de los tribunales de justicia, una situación que incide muy negativamente en el funcionamiento del sistema. Así afirma que “de un volumen total de 500.000 expedientes judiciales en el año 1985, se ha pasado a más de 5.0000.0000 en el pasado año”²² e incide en recordarnos que “la caótica situación de la administración de justicia con demoras insoportables y procesos ineficaces sirvió de base al Consejo de Europa para impulsar los métodos alternativos de resolución de controversias que significaba, por una parte, la devolución del poder de resolver los conflictos a los propios ciudadanos y, por otra, la posibilidad de generar una cultura, de solución de conflictos basada en la transformación colaborativa de los mismos(...) Es la vieja “Utopía”, dijeron algunos, y despreciaron lo que venía revestido como nueva cultura de pacificación de conflictos, que no interesa en el mundo de tiburones insolidarios²³.

Una situación que también tuvo su eco en los medios de comunicación. Por aquel entonces el diario el Mundo²⁴ informaba que:

“El Consejo de Europa advierte de que cada vez se acumulan más casos ante los tribunales españoles y el plazo para resolverlos también aumenta.

En un informe bienal de evaluación de los sistemas judiciales de los países miembros de este organismo hecho público con datos de 2008, la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia sobre los sistemas judiciales señala

²² ORTUÑO MUÑOZ, P., “El papel del abogado en la mediación” *Revista de la Abogacía*, 2009. <https://pascualortuno.files.wordpress.com/2013/04/el-papel-del-abogado-en-la-mediacion3b3n-abogados-2009.pdf>. consultado el 2-2-2015.

²³ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación en el proceso de modernización de la justicia”. En V.A *La Mediación: Nuevas Realidades nuevos retos*, (Dir^a. Castillejo Manzanares, R.) La Ley, Madrid, 2013, p. 31.

²⁴<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/24/espana/1287939769.html>.

consultado el 2-2-2015.

que el plazo medio para resolver una demanda ante un tribunal español de primera instancia fue ese año de 296 días, sólo superado por Portugal (430) e Italia (533).

España tiene además, con 81,7 puntos, el índice más bajo de casos resueltos, en relación con los recibidos, si se compara con Noruega que tiene la mejor nota (105,1).

El secretario ejecutivo de la Comisión, Stéphane Leyenberger, recordó que el 40% de los recursos que se presentan ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene que ver con la duración excesiva de un proceso judicial, a la que hace referencia el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un juicio justo).

Leyenberger enumeró las evoluciones positivas en el ámbito europeo: el desarrollo de las nuevas tecnologías; el aumento de la mediación, que reduce la carga de trabajo de los tribunales.”

A la vista de todo lo expuesto ¿podemos deducir que el proceso judicial actual está en crisis?

La respuesta se atisba en las conclusiones elaboradas por los participantes en los cursos de la Escuela Judicial para jueces y fiscales. Conclusiones que recogemos íntegramente por su interés:

“En el marco de la litigiosidad en el ámbito civil son habituales los procesos judiciales en los que las partes han de seguir relacionándose en un futuro, por el hecho de mantener intereses comunes. Por ello se hace necesario solucionar el conflicto y no solo terminar la contienda.

- Resulta la metodología más adecuada en el ámbito del derecho de familia quedando bastante alejada en la actualidad la metodología de la confrontación judicial clásica
- A pesar de la previsión legislativa de la conciliación, la mediación se entiende como un mejor mecanismo de resolución de conflicto en cuanto aquella, ofrece escasos resultados positivos y no siempre es rigurosa desde el punto de vista técnico. El juez no tiene por qué tener habilidades negociadoras y , en los supuestos en los que se produzca dentro del proceso judicial, el riesgo de prejuzgar²⁵ es muy alto, por lo que en muchos países son unos los jueces que intenta la conciliación, y otros los que conocen del proceso contencioso.
- La invitación que se viene haciendo a las partes en algunos órganos jurisdiccionales para que, previa suspensión del litigio, aquellas intenten el procedimiento de mediación, está dando excelentes resultados incluso

²⁵ ¿Qué pasa entonces con la objetividad del sistema judicial?

en los supuestos en los que informados de lo que es, no se ha seguido después la mediación. La formación de la convicción de optar por no aceptar la mediación, y la verbalización, de forma solemne, de que prefieren el proceso contencioso, sitúa la contienda judicial en un contexto diferente. Las estadísticas que se ha realizado muestran que, en un número importante de casos, los litigantes alcanzan acuerdos, cuando menos respecto a cuestiones parciales, a lo largo del litigio o inmediatamente después de haber sido dictada la sentencia.

- Lo factible resulta poder acudir al procedimiento de mediación en todo momento, tanto en la fase de medidas provisionales, como en el de alegaciones, audiencias previas, e incluso durante la tramitación de la apelación; siendo incluso posible en la fase de ejecución, que se aconseja cuando se trata de problemáticas en el ejercicio de la responsabilidad parental, custodia y visitas.
- Las ventajas que se obtienen con el procedimiento de mediación son múltiples:
 - ✓ Mantenimiento de relaciones futuras pacíficas.
 - ✓ Abaratamiento de los costes
 - ✓ Rapidez de la resolución
 - ✓ Adaptabilidad del proceso a sus necesidades.
 - ✓ Responsabilidad en la autogestión de sus problemas, asumiendo su capacidad para resolverlos por sí mismas de forma mucho más satisfactoria.
 - ✓ La siempre factible colaboración futura, pues los acuerdos se adoptan por las partes, lo que evita problemas de un posible proceso de ejecución.
 - ✓ El mantenimiento, en todo momento, del carácter voluntario de la decisión de estar y permanecer en el proceso de mediación”.

Si nos atenemos a la afirmación del texto citado al indicar que existe un alto riesgo de prejuzgar por el propio juez, podemos asumir que la objetividad judicial cuando menos es limitada. Por lo tanto, no se puede tener una visión única en un proceso cuando intervienen dos personas o más. Ni los legisladores ni los jueces pueden ser plenamente objetivos en tanto en cuanto sus resoluciones judiciales pueden estar mediatizadas por elementos de valoración subjetivos, a pesar de la propia objetividad que reclama el ordenamiento jurídico. La realidad no se puede interpretar de una forma ambivalente, o dicotómica, ya que está compuesta por múltiples elementos, que a la vez están relacionados entre sí. La pretensión de las normas legales de objetivizar,

generalizar y racionalizar²⁶ queda en entredicho, tanto por su incapacidad para captar imparcialmente como para dar respuesta a toda la casuística que la realidad plantea constantemente. La justicia no puede ni captarse, ni impartirse de forma generalizada, objetiva y razonable, así lo entiende el Prof. Dr. Castillo Vegas²⁷ cuando afirma que, tanto los derechos humanos, como el Derecho y la Justicia en general, no pueden plantearse desde una perspectiva jurídico-positiva exclusivamente, sino también deben formularse desde una perspectiva filosófico-educativa, que promueva la formación intelectual, el convencimiento moral, y la educación social jurídica y política de los ciudadanos. Así mismo, considera que la Justicia no es un sentimiento sino un hábito de voluntad y un apetito intelectual que capta los valores filosóficos, éticos y jurídicos. En el caso del Prf. de Teoría y Filosofía del Derecho Gallego García, la justicia debe captarse e impartirse de acuerdo a la forma de entender dicha abstracción²⁸, inexistente en sí, de quien tiene que interpretar e impartir lo que en su modo de percibir y observar, tiene de justo o injusto la situación real concreta de cada caso²⁹.

²⁶ Para profundizar sobre el tema ver GALLEGO GARCIA, E.A., *Fundamentos Para una Teoría del Derecho*. Dykinson, Madrid, 2003, p.127 y ss.

²⁷ CASTILLO VEGAS, J., "La justicia como bien intelectual". En V.A. *Para que algo cambie en la Teoría Jurídica*. (coord. Belloso Martin, N.) Universidad de Burgos, Burgos, 1999, pp.123-131.

²⁸ GALLEGO GARCIA, E.A., *Fundamentos para...cit.*, p.60. Considera que la Justicia es hoy entendida más como un "valor" que como una "virtud". Los valores se establecen por su relación con las cosas que se estiman buenas o necesarias para los hombres y se constituyen en objeto de aspiración social, que lo ha sido durante la mayor parte de la historia de la humanidad. Sin embargo la Justicia parece hacer más referencia a un estado de cosas o modelo social, que a una disposición de la persona (virtud).

²⁹ *Ibid.*, pp. 133-134. Define el oficio de jurista con quien se halla dedicado al arte de lo justo y de lo injusto con especial dedicación. Siendo esta especial dedicación imprescindible para diferenciarlo del hombre común. Ya que cualquier persona también se halla envuelto en relaciones de justicia de todo tipo, con sus congéneres, tanto si actúa como si no actúa porque el hecho de respetar algo del otro, los derechos de cada uno, ya posee una dimensión jurídica. Por lo tanto lo que distingue a un jurista de cualquier otro ciudadano es su especial dedicación, aunque los juristas no poseen el monopolio del Derecho ya que éste es la entera trama de relaciones de Justicia que los hombres traban entre si común dato inherente a su vida social, por lo que el jurista no es más que un mero interprete del Derecho, sin olvidar que esa misma labor interpretadora enriquece y desarrolla a la vez, la realidad jurídica en la que el jurista se encuentra, el cual utiliza unas fórmulas de lenguaje propia para realizar la interpretación más la

Cuando únicamente la aplicación de la Ley se rige por el principio de justo e injusto se produce inevitablemente el paradigma relacional de “ganador-perdedor” que es competitivo y adversarial, y provoca la lucha entre las partes para convencer al juzgador de que los argumentos que esgrime cada uno de ellos son los correctos, al intentar adaptarlos a la interpretación de la Ley.

El efecto conseguido cuando se parte de dicha abstracción es que la realidad conflictual debe someterse a ella y así se produce una contradicción interna que se nos presenta como insalvable. Por consiguiente es necesario evaluar si los fenómenos causantes de los conflictos son los que deben adaptarse a la generalidad legal para impedir que el conflicto dañe a nadie, o por el contrario tendría que ser la normativa la que se adaptase a la realidad³⁰.

A la vista de los datos aportados, parece ser que el sistema jurídico tradicional experimenta una situación crítica; por lo tanto hemos de afrontar el dilema de aceptar una concepción limitada de lo que ha de ser un sistema de solución de conflictos, o por el contrario hay que abogar por la existencia de otros mecanismo de gestión de los mismos. Cualquier forma jurídica de intervención en un conflicto que no sea respetuosa con las subjetividades que lo han creado irremisiblemente producirá consecuencias de fracaso en su aplicación, al dejar vencida y sin salida a una de las partes³¹.

su capacidad de traducir textos jurídicos con miras a un fin práctico de discernir lo lícito de lo ilícito, identificando lo justo de lo injusto.

³⁰ PALMA CHARRAZA, L., *La mediación como proceso restaurativo...*cit. pp. 117-118.

“Precisamente es la realidad latinoamericana la que ha puesto en evidencia como la base de todo el Estado de Derecho está basado en un sistema de valores neoliberales que sirven de vara de medir la realidad, excluyendo o marginando realidades que no se adapta a ellos”.

³¹ PALAZZO, F. “Conclusiones” en V.A. *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo*. (Coords. Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., y Nieto Martín, A.) Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2003, pp.307-308. Afirma que “ (...) hoy la inquietud y el descorazonamiento del penalista nacen de un sentido de inadecuación de los mismos fundamentos justificativos del Derecho penal(...) el fatigoso y luminoso proceso de racionalización del Derecho penal no ha llegado a gran cosa(...) tiene toda la desilusión y el descorazonamiento ante una racionalidad que descubre sus propios límites y sus propias insuficiencias...Es sorprendente constatar la enorme divergencia que separa a la ciencia penal de la fenomenología del Derecho Penal”.

El paradigma de intervención y / o resolución, que se caracteriza por retirar a las partes su gestión que se deposita en las instituciones públicas ya fue criticado por Nils Christie en su artículo publicado en el año 1977 titulado “*Conflicts as Property*” (los conflictos como propiedad); en el argumentaba que los abogados, y otros profesionales del ámbito judicial habían “robado” los conflictos, incluso los penales, a las personas directamente implicadas en ellos³². Cuanto mayor es la gravedad del conflicto las partes se ven más privadas de su gestión.

Ante esta afirmación nos vemos abocados a formular la siguiente pregunta. ¿Cómo hacer compatible la gestión de un conflicto por las partes cuando estas son víctima y agresor y se ha cometido un delito tipificado y penado cuya ejecución corresponde a la autoridad judicial?

En otro orden de cosas en palabras de Alfonso de Julios³³ la crisis del paradigma jurídico de la modernidad podría estar determinada por un exceso de racionalidad que reclama la superación del viejo paradigma particularmente en el ámbito jurídico sensible a las críticas expuestas. Por ello se requiere de la labor creativa del jurista para poder formular un nuevo pensamiento jurídico capaz de superar los dogmas arraigados exclusivamente en la racionalidad.

Un nuevo paradigma parece emerger desde la base de la autogestión. Un paradigma que dista mucho de aquel otro que el Prof. Toharia calificaba con las siguientes palabras³⁴.

<http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/9.pdf>, consultado el 2-2-2015.

³² En esta afirmación del autor subyace el planteamiento que se cuestiona la legitimación de las instituciones públicas oficiales para hacerse cargo de los conflictos que no tienen en cuenta a las partes que lo han generado. CHRISTIE, N., “*Conflicts as Property*” 17(1977/1) *British Journal of Criminology*, pp.1-14.

³³ DE JULIOS CAMPUZANO A., cit. pp. 197-202.

³⁴ TOHARIA, J.J., *Opinión Pública y justicia; La Imagen de la justicia en la Sociedad Española*, C.G.P.J, Madrid, 2001, p.17.

“La Justicia ha tendido a presentar siempre que ha podido una fachada exterior imponente: columnas, escaleras de granito o mármol, una estatua, ojos vendados, balanza en mano, y todo ello coronado por un gran reloj con alguna inscripción latina.. y el contundente rótulo “Palacio de Justicia”. Una estampa elevada y noble para una institución que en la práctica tenía, sin embargo, una influencia limitada y cuya actividad diaria giraba en torno a gentes de tan dudosa consideración social como pleitistas y delincuentes. Andar metido en pleitos o tener asuntos con la Justicia implicaba codearse con enredadores y truhanes y nunca ha constituido una carta de presentación social honorables, así que cuanto más lejos de la Justicia, mejor”.

-CAPITULO I-

EL CONFLICTO

1.1. El conflicto desde las principales perspectivas teóricas: análisis interdisciplinar

A. Definición de conflicto

B. Elementos principales que componen un conflicto

C. Posicionamientos ante un conflicto

D. De la resolución a la transformación del conflicto: su evolución

E. Del pensamiento lineal y dualista al pensamiento complejo: ¿un cambio de paradigma?

F. Patrones del conflicto: cómo identificarlos

EL CONFLICTO

1.1. El conflicto desde las principales perspectivas teóricas: análisis interdisciplinar.

Para comprender la necesidad de implementar la mediación, o cualquier otro método de resolución de conflictos además del procedimiento judicial, es indispensable referirnos y conocer la causa que origina que dichos métodos sean necesarios: "EL CONFLICTO".

El conflicto se presenta en todos los ámbitos de la vida. Allí donde surge una diferencia, surge un conflicto. Su estudio ha sido la mayor preocupación de teóricos y expertos, principalmente de todos aquellos interesados en las relaciones humanas. El conflicto forma parte de la interacción cotidiana en nuestra sociedad, por lo que es necesario repasar su composición, naturaleza y los factores implicados en su nacimiento, así como otros factores, tales como la cultura, los modelos, los grupos sociales, la personalidad y los factores biológicos, ya que delimitan nuestras reacciones y comportamientos frente a determinadas situaciones, especialmente, ante las conflictivas. Estas representaciones de la conducta son las que cotidianamente observan los mediadores en los participantes del conflicto y éste traslada a la mediación su carácter interdisciplinar, abarcando áreas más allá del Derecho.

El mediador no solo tendrá que controlar la normativa que regula la mediación, sino que también deberá conocer aquellos factores que puedan influir en nuestras reacciones y cómo las partes puedan llegar a afrontarlo. La aptitud para diseccionar el conflicto, así como para dominar la percepción de las circunstancias inherentes a cada caso, puede suponer la diferencia entre que los litigantes lleguen a un consenso o ahonden más en sus diferencias.

Así pues, un mediador debe adquirir el máximo conocimiento sobre el conflicto. Cuanto más conocimientos posean sobre su manejo, mejor podrá gestionarlo, lo que le permitirá un mayor control sobre la dirección del procedimiento de

mediación. Por eso, siempre es necesario analizar la naturaleza del conflicto sin perder de vista el cambio de perspectiva que sobre él se ha producido en los últimos tiempos, teniendo en cuenta los estudios realizados por los grandes teóricos que se han dedicado a desvelar las ventajas de su existencia.

De esta manera, si concebimos la mediación como un procedimiento que puede utilizarse para resolver situaciones conflictivas, es imprescindible recurrir a las distintas teorías del conflicto o perspectivas teóricas. Así hablamos de distintas corrientes doctrinales porque el conflicto ha sido objeto de estudio desde el enfoque metodológico de diversas disciplinas y profesiones (*psicólogos, sociólogos, abogados, antropólogos, filósofos, etc.*); aunque, si bien es cierto que han contribuido a que se haya llegado a un mayor entendimiento sobre él desde el punto de vista específico, “el número de estudios orientados hacia la comprensión de este como entidad es reducido”¹. Pese a ello, intentaremos arrojar algo de luz sobre este asunto.

A. Definición del conflicto.

El conflicto es nombrado con un sinnúmero de etiquetas cotidianas: pelea, discusión, choque, desacuerdo, problema, desavenencia, disputa... De ahí que esas sugerencias o impresiones primeras hayan generado en la sociedad el efecto de que el conflicto es algo negativo, algo a evitar porque se identifica con aquellos aspectos nocivos de la relación de personas o grupos que lo padecen. Por lo tanto, si se tenía esta concepción, es lógico que los métodos para resolverlo sean asumidos por el poder de la autoridad, que en la mayoría de los casos venía a ser la judicial o, si retrocedemos en la historia, por el uso legítimo de la violencia. Pero, como anticipábamos, ya no existe una perspectiva única del conflicto, sino una cantidad innumerable de teorías sobre el mismo, de cuyo estudio se encarga la Conflictología, a la Vinyamata Camps define como el compendio de conocimientos sobre el conflicto, así como las técnicas y procedimientos de

¹ FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*. Limusa S.A, México, 1996, p. 37.

intervención que nos aportan diversas perspectivas.² No existe, en conclusión, una visión teórica uniforme del conflicto, siendo la interdisciplinariedad la característica esencial de su estudio.

Cuando los académicos comenzaron a considerar el conflicto como objeto de estudio, existía muy poca comunicación entre las diferentes disciplinas relevantes. Los matemáticos y economistas tendían a entender el conflicto a través de la Teoría de los Juegos y la Teoría de la Utilidad; los politólogos asentaban su discurso en torno al concepto de poder y autoridad; los sociólogos se centraban en las relaciones grupales y la praxis social en relación a su contexto cultural; los psicólogos se basaban en la teoría de la toma de decisiones y en la cognición; mientras que los teóricos de las relaciones internacionales centraban su conocimiento del conflicto desde del concepto de Estado. Uno de los esfuerzos más notables, dada su trascendente repercusión en la emergencia de una disciplina para el estudio del conflicto y la negociación genuinamente interdisciplinar, ha sido el protagonizado por *Stanford Center on Conflict and Negotiation*, con la publicación del libro *Barriers to Conflict Resolution* (1995), en el que colaboraron economistas como Arrow, Raiffa, Rubinstein, Sebenius y Wilson; especialistas de distintas ramas del derecho como Dunlop, Gilson, y Mnookin; estudiosos de ciencias políticas como Elster, Orbell, Parsons y Zeckhauser; teóricos de la toma de decisiones como Dawes; físicos como Panofski; sociólogos como Susskind o psicólogos como Bazerman, Kahneman, Neale, Ross y Tversky³.

Existía y sigue existiendo una necesidad de comprender el conflicto, de conformar y acotar un marco teórico y, al mismo tiempo, unas referencias generales para la acción. “Muchas de las obras publicadas se limitan a desarrollar procesos técnicos más o menos complejos sin partir del conocimiento previo y necesario sobre el Conflicto. En otras ocasiones se circunscriben a ámbitos de aplicación muy

² VINYAMATA CAMPS, E., “Guía para tratar los conflictos”. En V.A. *Vivir en Paz. Conflictología y conflictividad en la vida cotidiana*. (Coord. Vinyamata Camps, E.) Hacer, Barcelona, 2005, pp. 13 y ss.

³ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., *Análisis y Resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998, p. 17.

específicos que distorsionan y no facilitan una visión holística e integradora de las diversas expresiones y explicaciones del conflicto como fenómeno universal”⁴.

¿Cómo podemos entonces definir el conflicto?

Como afirma el jurista Redorta Lorente “si nos referimos al conflicto en términos amplios, puede ser relativamente fácil alcanzar un acuerdo en el concepto. Sin embargo, si intentamos precisarlo, nos damos cuenta que estamos ante un constructo complejo”⁵.

El psicólogo social Eduardo Infante, entre 1933-1996, efectuó un estudio sobre la definición de conflicto, y examinó hasta 78 definiciones distintas de las que, al aplicarles el denominado *cluster analysis* (realizar un procedimiento de agrupación de acuerdo con un criterio) extrajo unas interesantes conclusiones al respecto. Así, observó que el conflicto es concebido mayoritariamente como “un proceso, producto subjetivo, cognitivo que implica percepciones de metas incompatibles por parte de, al menos, dos individuos”⁶. Sin embargo, resaltó que los conceptos de poder e interacción, elementos consustanciales al conflicto, aparecieron en pocas de las definiciones. A partir de lo hallado en la investigación, Infante ofreció una nueva definición de lo que debe entenderse por conflicto interpersonal: “Un proceso cognitivo-emocional en el que dos individuos perciben metas incompatibles dentro de su relación de interdependencia y el deseo de resolver sus diferencias de poder”⁷.

Para tratar de obtener una definición del conflicto es imprescindible recurrir a la recopilación de las distintas líneas de enfoque de aproximación realizadas por

⁴ VINYAMATA, E., *Conflictología: Curso de Resolución de Conflictos*. Ariel, Barcelona, 2005, pp. 114-115.

⁵ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramientas de mediación*. Paidós, Barcelona, 2007, p. 29.

⁶ INFANTE, E., Sobre la definición de conflicto interpersonal: aplicación del *cluster analysis* al estudio semántico. 13(1998) *Revista de psicología Social*. pp. 485-493. cit. por Redorta, J., *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramientas de mediación*. Paidós, Barcelona, 2007, p. 31.

⁷ *Ibíd.* p. 31.

distintos autores. Debido a que unos lo analizan desde un contexto general y otros lo hacen desde el ámbito de la interacción social, existen líneas de estudio que definen el conflicto en base a las reacciones del individuo. Pero tampoco podemos ignorar el conflicto visto desde una perspectiva psicológica, partiendo desde la percepción del individuo. Para ello tenemos que tener en cuenta particularmente, a dos autores: Morton Deutsch y Rudolph Rummel. El primero, porque a través de su análisis desde un enfoque psicosocial sobre la naturaleza del conflicto, ofrece una conceptualización que puede resultar de especial utilidad en la mediación; el segundo, porque desde el ámbito de las ciencias políticas proporciona el marco teórico para analizar la naturaleza del conflicto y establece, además, la etapa conceptual para procesos de resolución de conflictos, como la mediación y su alcance dentro o entre sociedades y naciones⁸. Entendida “etapa conceptual” como aquella que va desde la concepción del problema de investigación a la concreción de los objetivos del estudio.

Pero antes de adentrarnos en el estudio del conflicto, consideramos necesario precisar que, con frecuencia, los términos de: desavenencia, conflicto, disputa, dilema o contradicción se utilizan de manera indistinta. Sin embargo, algunos autores establecen ciertas diferencias que queremos señalar. Para el profesor Richard Abel, una desavenencia constituye un conflicto interpersonal que se comunica o manifiesta, y un conflicto puede no llegar a ser una desavenencia si no se le comunica a alguien en forma de incompatibilidad percibida o de reclamación⁹.

Sin embargo otros autores como, el sociólogo y matemático, Johan Galtung distinguen además entre los conceptos siguientes:

- Disputa, a la que define como la relativa a dos personas o actores que persiguen el mismo objetivo que es escaso.

⁸ FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*. cit. pp. 41 y ss.

⁹ ABEL, R.L., *A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society*. Law and Society, 1973, pp. 8, 235-240, cit. por Folberg y Taylor, *Mediación: Resolución de...* cit. p. 38.

-
- Dilema, que lo refiere a una persona o actor que persigue un objetivo incompatible.
 - Contradicción, que vincula a la dialéctica entre un objetivo deseado y la forma o sistema elegido para alcanzarlo.
 - Conflicto, que implica las actitudes y asunciones personales, más la conducta y las contradicciones, en una triada solo abstraible teóricamente y que tiene un nivel latente y otro manifiesto¹⁰.

La razón por la que fijamos las diferencias marcadas, se debe a que nos pueden ser de utilidad, tanto para articular el campo semántico, como para poder clasificar los conflictos frente a la mediación.

Una vez precisadas las aclaraciones anteriores y volviendo nuevamente al conflicto, procederemos a su clasificación desde diversas perspectivas: Si acudimos a la clasificación de los conflictos de acuerdo a su punto de partida, nos encontramos que, desde un contexto general, se perciben “como un fenómeno de características cambiantes y complejas, en el que su principal eje de nacimiento es una incompatibilidad de intereses entre dos o más individuos en interacción”¹¹. Se puede percibir el conflicto sin la necesidad de ubicarnos en tiempos, edades, costumbres o estilos, puesto que según el conflictólogo Eduard Vinyamata “los conflictos están presentes en todas las manifestaciones de la vida”¹².

Sin embargo si la clasificación la efectuamos desde el ámbito de la interacción social del individuo, nos encontramos con los “conflictos organizacionales”¹³. Este tipo de conflictos desde el punto de vista de la psicología surge, según Munduate y Medina, cuando dos personas tienen “diferentes percepciones” acerca de un determinado tema, aspecto o problema y se necesitan mutuamente para solucionarlo. Así, por ejemplo un conflicto laboral.

¹⁰ GALTUNG, J., *Investigaciones teóricas*. Técnos, Madrid, 1995, cit. por Redorta Lorente, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. pp. 30 y ss.

¹¹ VAZQUEZ GUTIERREZ, R., “Mediación Municipal”. En V.A. *Mediación y Arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del estado de Nuevo León*. (Dr. Gorjón Gómez, F.J) Porrúa, México, pp. 319-329.

¹² VINYAMATA, E., *Conflictología...* cit. p. 24.

¹³ MUNDUATE JACA, L. y MEDINA DIAZ, J.F., *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*. Pirámide, Madrid, 2006, cit. por VAZQUEZ GUTIERREZ, R. L., *La mediación escolar como...* cit.p.67.

Desde una perspectiva psicosocial Rubin, Pruitt y Hee se preguntaban *what is conflict?* En su opinión, “el conflicto significa diferencia de intereses percibida o una creencia que las partes, en sus aspiraciones normales, no pueden alcanzar simultáneamente”¹⁴.

Para Johan Galtung, sociólogo y matemático, el conflicto es “una incompatibilidad de metas u objetivos y, a veces, incompatibilidad en los medios a utilizar para arribar a las metas u objetivos”¹⁵, y los divide en cuatro niveles para facilitar su estudio: microconflicto, mesoconflicto, macroconflicto y megaconflicto.

El “microconflicto” se produce dentro y entre las personas; el “mesoconflicto” surge en la sociedad, dentro de cada Estado o nación; el “macroconflicto” comprende los conflictos entre estados y naciones y el “megaconflicto”, entre civilizaciones o regiones del planeta Tierra¹⁶.

Desde el campo del trabajo social la profesora García-Longoria puntualiza y define el conflicto como “una situación que sucede entre al menos dos partes independientes y que se caracteriza por unas diferencias percibidas sobre la misma realidad y que ambas partes evalúan como negativas”¹⁷.

No obstante también existen líneas de estudio basadas en las reacciones agresivas o con algún otro tipo de respuesta adoptada por el individuo en defensa de sus propios intereses, en donde el conflicto, desde el punto de vista sociológico de Freund, consistiría en “un enfrentamiento por choque intencionado entre dos seres o grupos de la misma especie, que manifiestan los unos respecto de los otros una

¹⁴ RUBIN, J., PRUITT, D. y HEE, S., *Social conflict: escalation, stalemate and settlement*. Mc. Graw-Hill, Nueva York, 1986, cit. por REDORTA, J., *Cómo Analizar los Conflictos*. Paidós, Barcelona, 2007, p. 30.

¹⁵ ROZENBLUM DE HOROWITZ, S., *Mediación, Convivencia y Resolución de Conflictos en la Comunidad*. Grao, Barcelona, 2007, p. 113.

¹⁶ *Ibíd.*, pp. 113-114.

¹⁷ GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M.P., *Educación familiar. El aprendizaje de la resolución de conflictos*, en Parada Navas, J.L. & González Ortiz, J.J., *La familia como espacio educativo*. Espigas, Murcia, 2009, p. 161, cit. por VAZQUEZ GUTIERREZ, R.L. *La mediación escolar como herramienta de educación para la paz*. Murcia, 2012, Tesis doctoral en acceso digital, consultado el 21-12-2014 <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/85718/TRLVG.pdf?sequence=1>

intención hostil, en general, a propósito de un derecho, y que para mantener, afirmar o restablecer 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”¹⁸.

Sin embargo desde la perspectiva psicológica de Lewin, en cita de Redorta¹⁹, el conflicto debe de concebirse “como una situación en la que fuerzas que se oponen de modo simultáneo entre sí, y con igual intensidad, actúan sobre un mismo individuo”. Respecto de esta concepción de Lewin, Redorta opina que nos sitúa “en el marco del conflicto intrapsíquico en la medida que no clarifica si las fuerzas a que se refiere pueden ser internas o externas al individuo. En todo caso, un dilema interno en la medida que se transmite a la interacción puede ser un conflicto, al menos, interpersonal”²⁰.

Por su parte, el economista Kenneth Boulding define el conflicto como “situación de competencia en la que las partes están conscientes de la incompatibilidad de futuras posiciones potenciales, y en la que cada una de ellas desea ocupar una posición que es incompatible con los deseos de la otra”. Asimismo, establece una diferencia entre los modelos estáticos y los procesos dinámicos del conflicto. Cree que los movimientos de una parte influyen en los movimientos subsecuentes de la otra parte que, al mismo tiempo, afectan a las acciones de la primera, y observa que estos procesos dinámicos se aplican a todas las esferas de la interacción humana. De este modo, ve el conflicto como un factor divisible en tres niveles:

- Conflictos simples (Ej. marido y mujer/personas que actúan por sí mismas).
- Conflictos de grupo (Ej. sindicato y empresa/subpoblaciones no organizadas)
- Conflictos de organizaciones (Ej. nación-nación/representantes).

¹⁸ FREUND, J., *Sociologie du conflit*. Presses Universitaires de France, Paris, 1983, trad. Cast.: *Sociología del conflicto*. Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, p. 65.

¹⁹ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. p. 29-30.

²⁰ *Ibid.* p. 30.

Además, afirma que los conflictos tienen su propio “ciclo de vida”. En consecuencia, los conflictos surgen, existen durante un tiempo y, finalmente, debido a sus propias tendencias, desaparecen sin ser necesaria la intervención de resoluciones como pudiera ser la mediación²¹. ¿Pero qué sucede cuando transcurre un lapso de tiempo considerable antes de que se disuelva por sí solo?

No obstante Rummel²² nos ofrece un extenso análisis del conflicto lo concibe como “el choque del poder que se manifiesta en la búsqueda de todas las cosas” y lo define como “el proceso de poderes que se encuentran y equilibran”. Este concepto por ser el más generalizado, se aplica de igual manera tanto a las ciencias humanas como a las naturales. Pero puesto que en la mediación los mediadores trabajan con personas, nos vamos a centrar en lo que encierra esta definición respecto a los problemas interpersonales.

El autor distingue entre “conflicto latente” y “conflicto real”, y establece tres niveles: potencialidades, disposiciones-poderes y manifestaciones. Y clarifica la segunda categoría más aun, subdividiéndola en tres subcategorías y así: la primera subcategoría la denomina “estructura de conflicto” y la define como los intereses que tienen una tendencia a oponerse de manera recíproca; una segunda subcategoría denominada “situación de conflicto” referida a los intereses, aptitudes o poderes opuestos que se activan; y por último la tercera subcategoría, o “conflicto manifiesto”, en donde se dan un conjunto de conductas específicas o acciones (requerimientos, amenazas, asesinatos, terrorismo, agresiones, etc.) que indican y abarcan el conflicto. Según lo precisado anteriormente, son estas acciones las que comunican la existencia de una desavenencia o conflicto manifiesto.

Por lo tanto, para Rummel el ciclo de vida de un conflicto puede dividirse en cinco fases: conflicto latente; iniciación del conflicto; búsqueda de equilibrio de poder;

²¹ BOULDING, K. E., *Conflict and Defense: A General Theory*. Harper y Row, Nueva York, 1962, p. 5. cit. por FOLBERG y TAYLOR, “*Mediación: Resolución...*” cit. p.39-40.

²² RUMMEL, R.J., *Understanding Conflict and War*. Vols.1 and 2. NY. Wiley, 1976, p. 238 cit. por FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *Mediación: Resolución...* cit, p. 39-40.

equilibrio del poder y ruptura del equilibrio. Y afirma que estas fases se dan en una continua espiral, a la que denomina “hélice” que se pone en movimiento mediante el cambio, pero que se moldea a través del tipo de poder o sociedad. Y cuando el conflicto ha pasado por estas cinco fases, se completa una vuelta de “hélice”. Estos cambios en valores y normas pueden afectar a la estructura socio-cultural y puede producir nuevos conflictos latentes, o crear un conflicto manifiesto directamente. El autor para demostrar esas cinco fases del conflicto nos ilustra con un ejemplo, basado en los intereses opuestos existentes entre la industria maderera y los que defienden el medio ambiente²³. La teoría de este autor proporciona el marco teórico para la naturaleza conceptual del conflicto y sostiene que el deseo de eliminar los tres niveles del conflicto conduciría a un equilibrio homeostático invariable, una realidad paralizada y fija que, indudablemente, es rara en el mundo natural y tal vez, incluso, indeseable²⁴.

Por otro lado, Morton Deutsch²⁵ que también analizó la cultura del conflicto, nos aporta un estudio de especial utilidad para la mediación. Para Deutsch, el “conflicto manifiesto” es abierto o explícito, mientras que el “conflicto oculto” es implícito o negado. En la gran mayoría de los casos, el conflicto manifiesto abarca

²³ Cuando los intereses de la industria maderera difieren de los inclinados a la conservación, forman una estructura de conflicto (fase 1). La estructura de conflicto puede permanecer latente durante muchos años antes de que surja el conflicto, como la venta de derechos madereros colindando en un área de territorio conservado en estado virgen (fase 2). Después de un acontecimiento desencadenante como podría ser el envío del personal de la compañía maderera a las áreas ecológicas más susceptibles para delimitarlas, los conservacionistas y la compañía entran en conflicto manifiesto. Esta situación de incertidumbre requiere que cada interés opuesto se prepare para la acción, y estos intereses solo pueden equilibrarse a través de medios de coacción – medios judiciales– o a través de medios no coercitivos –como la mediación– (fase 3). Los contendientes deben realizar ajustes a través de unos de estos métodos, con el propósito de resolver el conflicto. Después de alcanzar un punto de equilibrio a través del proceso de resolución de conflicto (fase 4), las condiciones se modifican con el tiempo, y el equilibrio de poder y posicionamiento que se habían establecido también cambia, y puede suceder que o bien los mercados madereros pueden declinar en esa zona, o los partidarios de la conservación de recursos pueden modificar su punto de vista acerca de cuál es el grado de daño que el señalamiento de desmonte ocasiona al área virgen contigua (fase 5).

²⁴ FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *Mediación: Resolución...* cit. p. 4.

²⁵ DEUTSCH, M., “Dispute Settlement in Chinese-American Communities”. *American Journal of Comparative Law*, 21 (1973), 627-663. cit. por FOLBERG, J., y TAYLOR, A., *Mediación: Resolución...*cit., p. 42.

componentes simbólicos del conflicto oculto, pero se percibe como “más seguro”. Dicha situación se detecta en gran medida en la mayoría de conflictos, en donde el “conflicto oculto” a veces responde respecto a quien tiene más poder, y se manifiesta mediante una desavenencia por un posicionamiento que realmente carece de importancia (Ej. padre e hijos/esposa y marido)²⁶.

Deutsch estableció tres categorías para los resultados constructivos y destructivos del conflicto, en donde la mediación podría tener cabida a través de la tercera categoría.

- 1.-Pérdida/pérdida (pérdida mutua)
- 2.-Pérdida/triunfo (ganancia para uno, pérdida para otro)
- 3.-Triunfo/triunfo (ganancia mutua)

Por esa razón, y a pesar de que la descripción que hace Rummel del proceso de conflictos es la más universal; sin embargo es la definición de Deutsch, respecto a los conflictos manifiestos y ocultos, la nos puede resultar más útil en el procedimiento de mediación.

Para terminar de recoger las innumerables concepciones y definiciones de los distintos autores, es necesario hacer referencia a la síntesis de Redorta Lorente²⁷ sobre algunos procesos básicos del conflicto, donde él reconoce que si bien no son los únicos, al menos son algunos de los grandes conflictos a los que los humanos nos enfrentamos más asiduamente.

AUTOR	TIPO DE CONFLICTO	PROCESO RESULTANTE
FREUD	Conflicto entre el deseo y la prohibición (lucha por el deber)	REPRESIÓN. DEFENSAS
DARWIN	Conflicto entre el sujeto y el medio (lucha por existir)	DIFERENCIACIÓN Y ADAPTACIÓN
MARX	Conflicto entre clases sociales (lucha por la igualdad)	ESTRATIFICACIÓN SOCIAL. JERARQUÍA.COMPARACIÓN SOCIAL

²⁶ FOLBER y TAYLOR, *Mediación: Resolución...* cit. p. 41.

²⁷ REDORTA LORENTE, J., cit. p. 35.

PIAGET	Conflicto en la toma de decisiones experienciales (lucha por ser)	RESOLUCIÓN DE DILEMAS. APRENDIZAJE
--------	---	------------------------------------

Fuente: J. Redorta²⁸.

A la vista de lo expuesto, se deduce que el conflicto es inabordable desde una única perspectiva disciplinar. Por ello si tenemos en cuenta lo anterior y si tratásemos de sintetizar las diversas interpretaciones, versiones y opciones que se ofrecen en cuanto a la comprensión del conflicto, podríamos llegar a concluir que muchas son antagónicas; pero, coincidiendo con Vinyamata, todas pueden resultar ciertas y complementarias, puesto que cada disciplina, época y experiencia describe la realidad vivida o estudiada a su manera²⁹.

Autores como Ramón Alzate, procedentes también del campo de la psicología, opinan que es necesario el desarrollo de una teoría general del conflicto, ya no sólo porque nos ayude a explicar, predecir y tratar algunos elementos del comportamiento humano, sino porque además constituiría la base para la comprensión de los conflictos particulares. Sin embargo otros autores han alegado que, debido a que los diferentes tipos de conflictos ocurren en diferentes contextos, las teorías generales son inaplicables y se necesitarían teorías específicas para cada clase de conflicto, lo cual nos permitiría una comprensión de los fenómenos relevantes más adecuada que la que nos permitiría la teoría general³⁰.

Pero como el objeto de este trabajo de investigación no es realizar un estudio exhaustivo del conflicto, tenemos que adoptar una posición que asuma ciertos riesgos teóricos y que además conecte con las ideas que nos proponemos examinar. En palabras de Redorta, “la exhaustividad no conduciría más que a resultados sumamente contradictorios o mal fundamentados. Tampoco la superficialidad conduciría a mejores resultados. Y es que, en última instancia, lo

²⁸ *Ibíd.* p. 35.

²⁹ VINYAMATA CAMPS, E., *Conflictología: Curso de resolución de conflictos*. Ariel, Barcelona, 2005, p. 97.

³⁰ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998, p. 17.

que nos proponemos es una labor de coherencia”³¹. Por lo tanto, para franquear dicho dilema, no nos queda más remedio que seguir el criterio utilizado por el sociólogo Manuel Castells, que en su obra, “La era de la información”, escribió: “Las fuentes y autores que utilizo para cada tema son materiales que considero importantes para construir las hipótesis que propongo, así como para apuntar el significado de estos análisis”³². Por ello, para evitar esa exhaustividad, que podría llegar a ser innecesaria en este trabajo de investigación, hemos prescindido de tesis menos destacadas en este ámbito.

La mayor dificultad de los conflictos se localiza en su planteamiento, porque la observación y el análisis de éstos está centrada, a mi modo de ver, más en los síntomas que en las causas, por lo que las soluciones que se acaban planteando resultan de escasa y contradictoria eficacia. Todas las fórmulas existentes se basan en suprimir el conflicto de forma coercitiva, mediante la represión y la opresión. Sin embargo, la experiencia nos demuestra que ambas formas coercitivas no sólo no los resuelve, sino que originan nuevos o superiores conflictos.

Para hablar de resolución, gestión o transformación del conflicto, no basta simplemente con utilizar medidas para camuflarlos o retrasarlos, hay que recurrir a aquellas que proporcionen soluciones eficaces en el tiempo. Medidas que puedan resolver las causas que motivaron el conflicto, no que se centren en reprimir tan solo los resultados. Por eso, es importante tratar de distinguir entre mediación, así en minúsculas, y Mediación como nombre propio. En el primer caso podríamos designarla como una medida encaminada a resolver el conflicto; en la segunda acepción me refiero a una manera específica de encarar el conflicto, siendo necesario para ello, enfrentarnos a las causas que lo motivaron para lograr soluciones duraderas. No podemos centrarnos simplemente en resolverlo, porque no siempre es posible solucionar todos los conflictos. A veces tenemos que conformarnos con aprender a transformarlos para poder gestionarlos, tratarlos o

³¹ REDORTA LORENTE, J., cit. p. 33.

³² CASTELLS, M., *La Era de la información: Economía sociedad y cultura*, vol.3 Fin de Milenio, Ed. Alianza, Madrid, 1999. cit. por REDORTA, J., cit. p. 33.

manejarlos mejor. Una de las dificultades a la hora de trabajar en el campo de la resolución de conflictos, ya sea tanto en el área de las investigaciones teóricas, como en su gestión práctica, radica en los valores morales y culturales existentes y en los conceptos científicos vigentes. En sociedades como la nuestra, se tiene el convencimiento de que toda disputa siempre se resuelve a favor de una de las partes. Esta es una de las principales dificultades a vencer, para que podamos superar y solucionar los conflictos. Si no conseguimos que todas las partes en conflicto resulten, todas ellas, plena y simultáneamente satisfechas, no podremos decir que el conflicto ha finalizado, este se planteará de nuevo en cuanto encuentre la ocasión más propicia³³ (véase el porcentaje de incumplimiento de resoluciones judiciales, especialmente en el ámbito familiar, donde la modificación de medidas y la ejecución de sentencias por incumplimiento se repiten continua y reiterativamente a lo largo de los años). El uso de las normas o leyes para contener o castigar al que reivindica, o el uso de sistemas de negociación coercitiva orientadas a la resignación, no resuelve nada, solo posponen y complican todavía más la terminación o buena gestión de los conflictos³⁴.

A través del procedimiento de mediación, el mediador tendrá que averiguar cuáles son los problemas manifiestos (posiciones) y cuáles los ocultos (intereses/necesidades), porque bajo las posiciones que adoptan las partes, siempre subyacen los verdaderos intereses. Será el mediador quien decida, según el tipo de conflicto al que se enfrente, si es necesario abordar o no los conflictos ocultos, ya que puede resultar emocionalmente doloroso para las partes. De hecho, se puede llegar a estimular el conflicto interno y la conducta defensiva de forma innecesaria. Así que, tanto si el mediador considera conveniente o no abordar el conflicto oculto, deberá poseer la habilidad y conocimiento suficiente para tomar la decisión más apropiada según el caso.

³³ VINYAMATA, E., *Conflictología: Curso...*cit. p. 19.

³⁴ *Ibíd.*, p. 19.

Resulta, pues, imprescindible llegar a entender el origen de los conflictos para poder determinar las necesidades y deseos de las partes implicadas, y para ello la formación y conocimiento del mediador se convierte en una de las bases fundamentales de la mediación.

B. Elementos principales que componen un conflicto.

En nuestra búsqueda de una definición única y precisa del conflicto decíamos que es un “constructo complejo”, determinar un esquema general acerca de los elementos que lo componen no es una tarea menos dificultosa y ardua. El conflicto es un proceso en constante cambio, como hemos podido observar al tratar de definirlo, y es complicado y variante porque las relaciones interpersonales dentro de los grupos sociales son dinámicas y están permanentemente sometidas a ajustes; la mayoría de ellos, provocados por el crecimiento evolutivo, físico, mental y cultural de los individuos.

A continuación, repasaremos las distintas teorías del conflicto y a la vez observaremos que su número dificulta la posibilidad de elaborar y acotar los elementos que lo integran. Además, exploraremos si la mediación puede, a través de la figura del mediador, determinar cuáles son esos elementos constitutivos que van a permitir identificar el tipo de conflicto (conflicto de valores, culturales, de intereses, de comunicación, etc.), lo que facilitará, no solo su posible resolución, sino su manejo y gestión.

Tal vez uno de los autores que primero examino las fuentes de disensión o conflicto fue Hobbes; así enumeró en primer lugar, la competencia; en segundo lugar, la desconfianza; y por último, la gloria³⁵.

Ya en el siglo XX tiene lugar un análisis desde las creencias sociales más rigurosas. Autores procedentes del mundo del derecho como Fisher, comienzan a sentir

³⁵ HOBBS, T., *Leviatán: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil* (1648), Alianza, Madrid, 2002, p. 115. cit. por REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. p. 36.

interés por la negociación y gestión de conflictos. Para Fisher son siete los elementos que se pueden encontrar en una situación de conflicto³⁶:

- 1) Intereses³⁷
- 2) Opciones de satisfacción de intereses
- 3) Legitimidad
- 4) Relación entre las partes
- 5) Comunicación
- 6) Compromisos potenciales
- 7) Alternativas de solución negociada

A su vez otros modelos nos muestran dos maneras de deconstruir la composición del conflicto, situándonos por una parte en los elementos relacionados con su aparición y, por otra, en lo que Redorta³⁸ llama el modelo estructural, donde los elementos participativos con carácter general en la generación de un conflicto se componen de:

- Poder (capacidad de coacción)
- Necesidades (búsqueda de satisfactores)
- Valores (creencias centrales)
- Intereses (objetivos deseados)
- Percepción y comunicación (interpretación y expresión)

Vázquez Gutiérrez aborda estos cinco factores de la siguiente manera: define poder como aquella habilidad individual de ejercer la fuerza de forma diversa sobre otro individuo en busca de la satisfacción de intereses. Asimismo, matiza cómo el recurso del poder tiene por objetivo resolver un conflicto asegurando el logro de objetivos particulares que están limitados por alguien. También se refiere a las necesidades como aquella búsqueda incansable de satisfacción de intereses con la que innatamente contamos cada uno de nosotros y que nos lleva a convivir cotidianamente con las situaciones del conflicto. En cuanto a los valores, al estar

³⁶ FISHER, R., KOPELMAN, E. y KUPFER, A., *Beyond Machiavelli: Tools for coping with conflict*, Cambridge, Harvard University Press, 1944 (trad. cast.: *Más allá de Maquiavelo*, Barcelona, Granica, 1996. cit. por Redorta Lorente, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. 36.

³⁷ Entendidos como los que cada uno de los individuos va desarrollando en sus grupos sociales y lo que les lleva a defenderlos en contraposición a los demás.

³⁸ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. 36.

conformados por la formación y convicción de cada individuo, los designa “creencias centrales”. Por intereses, entiende los objetivos que cada uno de nosotros nos trazamos a lo largo de nuestra existencia y explica que llevamos a cabo nuestras acciones en base a la defensa o la lucha por el cumplimiento de los mismos. Por último, en su modelo introduce lo referente a la percepción y comunicación³⁹, porque sabemos de antemano que en su gran mayoría, las situaciones conflictivas son derivadas de las diferentes maneras de interpretar y expresar que tiene cada uno de los individuos que habitamos este planeta⁴⁰.

Francisco Gorjón⁴¹ nos proporciona otra clasificación introduciendo nuevos elementos que, según él, componen el conflicto:

- Actores: el autor recoge distintos niveles de actores. Desde un solo individuo en su papel dentro de un conflicto interno o entre dos o más individuos que interaccionan, hasta llegar, por último, al conflicto entre dos o más grupos sociales.
- Discrepancia: como pérdida de equilibrio entre las partes actoras del conflicto.
- Poder: entendido como la capacidad de lograr efectos en los demás involucrados en un conflicto.
- Mapa: particular percepción de la realidad que tienen los interesados
- Comunicación: distintas maneras de transmitir emociones, pensamientos, sensaciones, molestias, necesidades, ideas, etc. y las diferencias de interpretación de los individuos.

Como podemos apreciar cada teoría intenta determinar un esquema general sobre los elementos que componen el conflicto, pero, como ya decíamos anteriormente, el conflicto es un proceso cambiante y dinámico, de ahí su complejidad para poder elaborar un marco general y único.

Redorta se plantea cuáles son los motivos esenciales y estima que existen seis elementos causales que recogemos a continuación⁴²:

³⁹ VÁZQUEZ GUTIÉRREZ, R.L., *La Mediación Escolar como Herramienta de Educación para la Paz*. Universidad de Murcia, Murcia, 2012, pp. 76 -77.

⁴⁰ Cfr. REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. p. 37 y ss.

⁴¹ GORJON GOMEZ, F.J., y SAENZ LOPEZ, K.A., *Métodos Alternos de Solución de Controversias*. Patria, México, 2009. cit. VÁZQUEZ GUTIÉRREZ, R.L. *La Mediación Escolar...* cit. p. 77.

- 1) Dificultades derivadas del objeto de estudio, para ello basta señalar la existencia de las 78 definiciones distintas examinadas por Infante.
- 2) Dificultades derivadas de la complejidad de cualquier conflicto, especialmente la objetivación de los procesos psicológicos y los episodios dinámicos del conflicto, dado que un conflicto concreto puede tener diversos episodios, ya que se desarrolla en el tiempo.
- 3) Dificultades derivadas de la escasa multidisciplinariedad, puesto que considera que hay un “escaso trabajo multidisciplinar” porque se han ido tratando aspectos parciales del conflicto en función de las distintas disciplinas (psicología, política, derecho, sociología, etc.). Razón por la que cada especialidad tiene su propia visión particular sobre el conflicto.
- 4) Dificultades derivadas de la ausencia de integración micro/macro, porque opina que muchos de los aspectos de los conflictos interpersonales podrían ser aplicables en los grandes conflictos internacionales y viceversa, pero, sin embargo no se está aplicando adecuadamente en la práctica.
- 5) Dificultades metodológicas, como consecuencia de que las herramientas de las que se puede disponer son insuficientes, valorando la necesidad de un fuerte desarrollo metodológico, porque aquellos que están viviendo una situación de conflicto, piensan más en su resolución que en dar facilidades a la ciencia para su investigación.
- 6) Dificultades epistemológicas, señala cómo algunos autores consideran que las ciencias sociales han utilizado un planteamiento demasiado lineal y podría servir como una nueva vía para afrontar el estudio de los conflictos, precisamente, debido a que nos enfrentamos a cuestiones altamente complejas.

Por otra parte, autores como Dean Pruitt asocian de manera indisoluble tanto el estudio del conflicto como sus formas de resolución. El conflicto está para ser resuelto y no se concibe su estudio sólo en abstracto⁴³. Sin embargo, para Roy Lewicki, Robert Weis y Kurt Lewin, la dinámica del conflicto puede y debe ser analizada con independencia de la dinámica de su resolución. Estos autores, desde una perspectiva psicosocial, sostienen que muchos de los modelos de conflicto existentes en la literatura científica nunca han sido validados o confirmados. En su opinión, caben dos grandes clases de modelos: los que denominan “descriptivos”, que provienen en su mayor parte de la investigación, y los que denominan

⁴² REDORTA LORENTE, J., “Análisis de conflictos por patrones: La nueva herramienta CAT” p. 313, acceso digital, consultado 11-1-2015.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/34307-46078-1-PB.pdf>.

⁴³ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. p. 45 y ss.

“normativos”. Estos últimos estarían basados en prácticas de actuación que se derivan de la observación o bien de la práctica del día a día de quienes los utilizan.

Tras el análisis realizado podemos concluir que todas las teorías expuestas pueden ser válidas para nuestro trabajo de investigación. Ninguna de ellas es excluyente de la otra porque su estudio nos permite dar al mediador una visión de la gran diversidad de elementos y matices que pueden integrar el conflicto.

C. Posicionamientos ante un conflicto.

Exponíamos anteriormente cómo afectan al ser humano los factores internos y externos que median o influyen en sus actos. Esa influencia hace que cada persona se enfrente al conflicto de forma diferente. Precisamente, ese comportamiento ha sido motivo de estudio por diversos autores. Cada uno de ellos ha relacionado cómo, desde la evitación hasta la resolución del conflicto de forma violenta, existen una serie de comportamientos intermedios muy variados que Vázquez Gutiérrez⁴⁴ sistematiza teniendo presentes las tesis de los diversos autores y que relacionamos a continuación:

Para los psicólogos sociales Munduate Jaca y Medina Díaz⁴⁵ existen cinco formas de posicionamiento ante un conflicto:

- 1) Evitación: eludir o aplazar el conflicto. Una persona utiliza conductas de evitación cuando reduce sus esfuerzos por negociar de forma activa y constructiva. No desea rendirse abiertamente o no desea una victoria rápida y taxativa.
- 2) Servilismo: la persona se amolda al punto de vista del oponente o cede a sus demandas.
- 3) Compromiso: se refiere a la consecución de acuerdos satisfactorios para las partes donde las mismas realizan una concesión. Buscan, en definitiva, el acuerdo a partir de una agenda de concesiones mutuas.
- 4) Dominación: implica la utilización de conductas orientadas hacia la consecución de los fines propios a expensas de las necesidades, deseos o intereses del oponente.

⁴⁴ VÁZQUEZ GUTIÉRREZ, R.L., *La Mediación Escolar...* cit. p. 92-93.

⁴⁵ MUNDUATE JACA, L. y MEDINA DÍAZ, J. F., *Gestión del Conflicto, Negociación Y Mediación*, Pirámide, Madrid, 2006, cit. por VÁZQUEZ GUTIÉRREZ R.L. *La Mediación Escolar...* cit. p. 93.

-
- 5) Solución de problemas: la búsqueda de un acuerdo que satisfaga las aspiraciones de las partes.

A su vez Cascón Soriano⁴⁶, profesor en la licenciatura de Cultura de Paz (Cátedra Unesco sobre Paz y Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Barcelona), enumera las siguientes:

- Evasión (pierdo/pierdes): ni los objetivos ni la relación salen bien parados, no se consiguen ninguno de los dos. No enfrentamos los conflictos, por miedo o por pensar que se resolverán por sí solos.
- Acomodación (pierdo/ganas): con tal de no confrontar a la otra parte, yo no hago valer o ni planteo mis objetivos.
- Cooperación (gano/ ganas): conseguir los propios objetivos es muy importante, pero la relación también.
- Competición (gano/pierdes): lo más importante es lograr lo que yo quiero, mis objetivos, mis metas por encima de todo. La relación no importa.
- Negociación: se trata de que ambas partes ganen en lo fundamental, porque la cooperación plena es muy difícil.

Por otra parte Vincens Fisas, destacado conflictólogo y director de la Escuela de Cultura de Paz de la Universidad Autónoma de Barcelona, opina que sea cual sea la naturaleza del conflicto, hay una multitud de posibilidades de reacción, tanto a nivel individual como colectivo, y según se acepte, evite o niegue el conflicto, se dan las siguientes actitudes:

- Evasión: se reconoce su existencia, pero sin deseos de enfrentarse a él
- Negación: se evita reconocer su existencia.
- Superación: se reconoce su existencia y hay voluntad de superarlo.
- Ventaja: se reconoce su existencia y se procura sacar provecho del mismo.
- Arrogancia: se reconoce su existencia, pero sin darle una respuesta adecuada.
- Agresividad: se combate con una respuesta hostil, violenta/militar.
- Acomodación: se reconoce su existencia, pero se opta por no darle respuesta alguna.

Según este último autor la elección de una u otra modalidad al inicio del conflicto y los cambios de posición o actitud que se puedan dar posteriormente

⁴⁶ CASCÓN SORIANO, P., *Educación en y para el conflicto*. Cuadernos de Pedagogía-UNESCO, Barcelona, 2000, cit. por VÁZQUEZ GUTIÉRREZ R.L. *La Mediación Escolar...* cit. p. 93.

determinarán el proceso del conflicto y sus posibilidades de gestión o transformación⁴⁷.

Particularmente destacamos la clasificación realizada por Ramón Alzate⁴⁸, ya que , dentro de los seis modos de responder ante el conflicto, este autor, a diferencia de los anteriores, incluye “la Intervención de Terceras Partes”, definiéndolo como “el método según el cual un individuo o grupo, que no es parte del conflicto, interviene para ayudar a las partes a identificar los problemas y avanzar hacia un acuerdo”.

Observamos, por tanto, cómo cada autor define una serie de reacciones que se pueden generar cuando nos encontramos inmersos en una situación conflictiva. La gran mayoría son coincidentes, otras difieren. Pero, nuevamente y desde el punto de vista de la mediación, ninguna de estas clasificaciones es excluyente entre sí, sino complementarias. Si el mediador es conocedor de la existencia de esos comportamientos, manejará mejor el proceso de mediación. Podrá comprender y, por lo tanto, conocer las manifestaciones conductuales de las partes, y facilitar la posibilidad de obtener un acuerdo beneficioso para ambas o, al menos, una transformación en la percepción de la situación⁴⁹.

Cada individuo tiene un modo propio de pensar, de sentir y de actuar en torno al conflicto y existe un número limitado de comportamientos o estrategias para enfrentarnos a él. Además, hay diferencias importantes en la accesibilidad de estas estrategias. En palabras del Alzate Sáez de Heredia“ es más fácil que se utilice la

⁴⁷ FISAS, V., *Cultura de Paz y Gestión de los Conflictos*. Icaria- Ediciones UNESCO, Barcelona, 1998, p. 186.

⁴⁸ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., *Análisis y resolución de conflictos...* cit. p. 31. Este autor recoge seis modos de responder ante el conflicto: Dominación (cuando una de las partes intenta imponer sus deseos por medios físicos o psicológicos), Capitulación (una de las partes cede unilateralmente ante la otra), Retirada (cuando una parte abandona el conflicto), Inactividad (cuando una de las partes no hace nada deliberadamente), Negociación (cuando las partes interdependientemente usan el sistema de oferta y contraoferta, buscando el acuerdo mutuo), Intervención de Terceras Partes (un individuo o grupo, que no es parte del conflicto, interviene para ayudar a las partes a identificar los problemas y avanzar hacia un acuerdo).

⁴⁹ Ejemplo: En el caso de detectar una negación: cuando la parte evite reconocer la existencia del conflicto.

retirada en las relaciones interpersonales que en los conflictos internacionales, mientras que la inactividad es una estrategia más accesible en las relaciones internacionales que en las interpersonales”⁵⁰.

D. De la resolución a la transformación del conflicto: su evolución.

Si aceptamos que el conflicto, como cualquier conducta social, está condicionado por la cultura; en consecuencia, existe un modo de pensar, de sentir y de actuar en torno a él. La diversidad cultural de los pueblos explicaría en gran medida las distintas formas de encarar y resolver los conflictos. Pensar en el conflicto desde el punto de vista cultural, de cómo es asimilado, pensado y transmitido, de qué elementos culturales se nutre y cómo se convierte en pautas institucionales, es una visión enriquecedora desde la perspectiva de la interdisciplinariedad. Y es evidente que los cambios en la percepción del conflicto han originado nuevos planteamientos para enfrentarse al mismo.

Cuando se concebía el conflicto como algo negativo, se pensaba en el término resolución o solución del conflicto, puesto que el objetivo era erradicarlo.

Como expone la Doctora Paris Albert, Vice-Directora de la Cátedra UNESCO de Filosofía para la Paz, incluso cuando se habla de “resolución pacífica de los conflictos, predomina la visión negativa de las situaciones conflictivas, debido a que se enfatiza la necesidad de alcanzar soluciones para todos los conflictos”⁵¹.

No debemos olvidar que el estudio del conflicto proviene directamente de la necesidad de superar los conflictos sociales y políticos por vías alternativas a la agresión o violencia. Por lo tanto, partiendo de esa percepción, no es de extrañar que todos los esfuerzos y actuaciones estuvieran destinados a resolverlos o solucionarlos.

⁵⁰ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., cit. p. 3.

⁵¹ PARIS ALBERT, S., *Filosofía de los conflictos*. Icaria, Barcelona, 2009, p. 42.

El uso de la resolución del conflicto nace de una reforma de trabajo sobre conflictos empresariales o del campo organizacional⁵² y social, en el que los resultados debían de ser inmediatos y en los que se eliminarían los aspectos negativos que pudieran frenar cualquier avance.

Al respecto, Jay Folberg y Alison Taylor⁵³ expertos mediadores afirman que el término “resolución de conflictos” es erróneo, dado que se le califica para las circunstancias que se desean evitar (conflicto) y no para su meta. Posiblemente, con el tiempo, añaden, se le conozca como “promoción de convergencia”. Estos autores diferencian entre resolución y manejo de conflictos, en donde la resolución de conflictos crea un estado de uniformidad o convergencia de propósito o medios; en tanto que el manejo de conflictos únicamente realinea la divergencia, de tal manera que las fuerzas opuestas lo sean en proporción menor, tanto en distancia como en daño mutuo.

Más tarde, cuando se empieza a introducir una percepción más positiva del conflicto, se comienza a utilizar el término de gestión del conflicto. Varios autores concuerdan que su uso es la traducción literal de “*conflict management*”⁵⁴ y, aun cuando no comporte la firma de un acuerdo que finalice con el pacto de conductas futuras, se introduce una percepción más positiva de las situaciones conflictivas⁵⁵.

Según Vázquez Gutiérrez⁵⁶, la gestión del conflicto defiende que, al visualizarse este como algo natural, se iguala a cualquier otro elemento de nuestra naturaleza. Así, esa aceptación daría como resultado la facilidad de estudiar el conflicto mediante leyes, dinámica y elementos que lo componen, lo que haría más sencilla la intervención en situaciones conflictivas que lo requieran. Este punto ha sido el más rebatido, y el que ha generado más críticas por los distintos teóricos, al refutar

⁵² Cfr. REDORTA LORENTE, J., *Gestión de conflictos*. UOC, Barcelona, 2011.

⁵³ FOLBERG y TAYLOR, cit. p. 43.

⁵⁴ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...*cit. p. 37

⁵⁵ PARIS ALBERT, S., 2009, cit. p. 42.

⁵⁶ GUTIÉRREZ, R.L., 2012, cit. p. 101.

que el conflicto no puede ser estudiado ni intervenido mediante leyes establecidas, puesto que depende del ser humano y este es cambiante en todo momento.

En la gestión de conflictos se agrupa el saber práctico orientado a la intervención y resolución del caso concreto⁵⁷; se establecen objetivos concretos basados en los intereses de las partes afectadas y se trata de pacificar y restablecer la relación lo más pronto posible.

Los autores que han participado en el nacimiento de la terminología “gestión” aplicada al conflicto han pretendido enfocar la intervención encaminada a proporcionar herramientas que logren cambiar la relación entre las partes. El fin es conducirlos a una solución pacífica y conseguir un manejo adecuado del conflicto, pero, además, esta forma de proceder en la práctica puede lograr que las partes lleguen a interiorizar el aprendizaje de cómo gestionar las situaciones conflictivas y utilizarlas en situaciones similares.

Para Folberg y Taylor⁵⁸ el manejo del conflicto no requiere un propósito, método o proceso idéntico, como en el caso de la resolución, sino que será aquel que sencillamente esté suficientemente alineado para permitir una evolución sin obstáculos para las entidades individuales⁵⁹.

La transformación del conflicto es calificada como “la tercera denominación académica del estudio del conflicto”⁶⁰. La terminología de transformación de los conflictos, “proviene del campo del estudio de la paz y suele referirse a producir cambios de actitudes para conseguir pasar de procesos competitivos a procesos

⁵⁷ REDORTA LORENTE, J., *Gestión de conflictos...* cit. p. 22.

⁵⁸ FOLBERG Y TAYLOR. cit. p. 43.

⁵⁹ Según la definición de Folberg y Taylor cit. “Si el conflicto es un conjunto de propósitos, métodos o conductas divergentes, su resolución y manejo constituyen procesos diseñados para realinear dichos propósitos, métodos o conductas”.

⁶⁰ PARIS ALBERT, S., *Filosofía de...* cit. p. 100.

cooperativos”⁶¹. El objetivo del proceso es trascender el conflicto, superarlo, para que todas las partes alcancen sus objetivos y nadie quede sometido⁶².

¿Puede ser la “transformación del conflicto” una de las bases sobre la que se erija el nuevo concepto de mediación?

Si bien el término sobre la transformación de los conflictos se ha popularizado recientemente, en realidad no es un tema nuevo. Ya había sido tratado con amplitud en los años sesenta por autores tales como Johan Galtung, Paul Wehr, Adam Curle, investigadores emblemáticos sobre temas de paz social y conflicto. Aunque si bien es cierto que ese estudio no se llevó a cabo en aquella época con la profundidad y las pretensiones actuales⁶³.

Afirma Galtung, que la paz podría ser definida como la capacidad para manejar los conflictos de forma no violenta y creativa, y utiliza el acrónimo de las tres erres para definir la forma de actuación:

- Resolución, para solucionar el conflicto original.
- Reconstrucción, para separar los daños ocasionados.
- Reconciliación, para resolver el meta-conflicto, también del pasado.

Aclarado lo anterior, el término “transformación”, desde una nueva perspectiva de visionar el conflicto, parte de la necesidad de pacificar nuestras relaciones aprendiendo a transformar las situaciones negativas, no en situaciones positivas, como recogen algunos autores, sino en APRENDIZAJE POSITIVO, que nos va a permitir canalizar nuestras emociones, aprendiendo a evitar reacciones violentas. La palabra y, por lo tanto, el diálogo, es una de sus herramientas más eficaces. La comunicación siempre estará presente en toda propuesta disciplinar que planteemos en esta investigación.

⁶¹ REDORTA LORENTE, J., *Gestión de Conflictos...* cit. p. 22.

⁶² FISAS, V., *Cultura de Paz y Gestión de los Conflictos*. Icaria-Ediciones UNESCO, Barcelona, 1998, pp. 232-233.

⁶³ *Ibíd.*, p. 232.

Desde este nuevo enfoque, el conflicto se transforma cuando es conducido por el camino de la paz; y así transformar el conflicto significa trascender de los objetivos de las partes en conflicto, definiendo otros objetivos, agitándolo y no dejándolo reposar, no acomodándose a los discursos inmovilistas. La transformación del conflicto necesita de la mediación del “trabajador de conflictos”, que a su vez es un “trabajador de paz” (*conflict/peace worker*)⁶⁴.

Para Eduard Vinyamata⁶⁵, el conflicto finaliza a través de las siguientes formas:

- Irreconciliación/irredentismo: incapacidad absoluta de superar los problemas de convivencia y relación continuando los procesos conflictivos descontrolados y en incremento.
- Desaparición del objeto del conflicto o victoria de una de las partes/derrota o sumisión de la otra: la finalización es estrictamente temporal, ya que no se ha procedido a eliminar las causas profundas del conflicto.
- Compromiso entre las partes: se puede visualizar el camino al aprendizaje en la solución de conflictos por una vía eficaz y sólida.
- Conciliación/Reconciliación: nos mostrará una capacidad ya adquirida que puede garantizar un sistema de relaciones que, sin eliminar las tensiones y los conflictos, asegure que estos no sobrepasarán los límites de lo razonable.

Con todo ello, observamos cómo en los nuevos modelos de intervención se parte de la idea de detallar, aprender y practicar unos métodos, no eliminar el conflicto, sino regularlo y encauzarlo hacia resultados productivos.

Para autores como Jandt⁶⁶, “el conflicto es deseable desde, por lo menos, dos puntos de vista. Se ha comprobado que, a través del conflicto, el hombre es creativo. Más aún, una relación en conflicto es una relación, y no la ausencia de ella. Dicha relación puede dar como resultado la creatividad, debido a su intensidad”.

A diferencia de otros modelos de tratamiento del conflicto que trabajan desde el exterior o en las consecuencias del conflicto, el planteamiento de transformación

⁶⁴ FISAS, V., cit. pp. 233-234.

⁶⁵ VINYAMATA, E., *Conflictología. Curso de resolución de conflictos*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 45.

⁶⁶ JANDT, F.E., *Conflict Resolution Through Communication*. Harper and Row, Nueva York, 1973, p. 3.

adopta como sistema de análisis el interior del conflicto para trabajarlo desde dentro.

Por ello, desde la filosofía del Derecho, Mariano Maresca explica que : “ante un conflicto, lo que hay que hacer es trabajar en su interior, situarse bien en él para reconocer y explorar sus mecanismos, moverse entre sus límites para tomar conciencia de nuestras fuerzas. Solo la aceptación no culpable del conflicto como la verdadera sede de toda experiencia nos permitirá dos cosas: hacer expresable el conflicto, ser capaces de definirlo, de enunciarlo con un poder de convicción que lo convierta en un signo reconocible por otros, y también modificarlo, alterar los términos en que lo re-conocemos, para a partir de esos términos, producir una situación nueva, también conflictiva, en la que una vocación emancipatoria tenga más posibilidades de hegemonía moral y política”⁶⁷.

Finalmente, para el conflictólogo Eduard Vinyamata los conflictos no se resuelven ni se gestionan, sino que son transformados. “Ayudar a transformar, a que las mismas personas y sociedades los transformen por ellas mismas en sus mentes y sus corazones, me parece el único camino que conduce a la paz”⁶⁸

Por todo lo expuesto, al revisar las tesis de las distintas escuelas doctrinales sobre la mediación en el capítulo IV de este estudio, exploraremos cómo han ido evolucionando los distintos modelos desde el Modelo Tradicional-Lineal o Modelo Harvard, enfocado directamente a la eliminación del conflicto mediante la firma del acuerdo; el modelo Transformativo, que intenta reestructurar la relación entre las partes participantes transformando la comunicación negativa existente; pasando por el Modelo Circular-Narrativo, que trata de integrar los dos conceptos anteriores y plantea la gestión del conflicto mediante su manejo desde la superación de su percepción negativa; hasta llegar por ultimo al modelo integrador, un modelo innovador que utiliza las formulas de la Programación

⁶⁷ MARESCA, M., “El pacifismo de la cultura jurídica”, en *Presupuestos teóricos y éticos sobre la paz*, Universidad de Granada, Granada, 1993, p. 156.

⁶⁸ VINYAMATA CAMPS, E., cit. p. 125.

Neurolingüística (en adelante PNL) como canal de comunicación para que las partes lleguen al acuerdo .

Seguidamente, efectuamos una síntesis que nos permite visualizar fácilmente la evolución doctrinal desde la antigua concepción de que el conflicto era algo a resolver hasta la concepción actual de ser algo para transformarse.

FUNDACIÓN	
Terminología "Resolución de conflictos" Desde la década de 1950, a la de 1960	Evolución doctrinal Se crea el Peace Research Laboratory en el <i>Journal of Conflict Resolution</i> . Surgen las teorías de Kenneth Boulding, Johan Galtung y John Burton.
CONSTRUCCION	
Terminología "Gestión de conflictos" Desde la década de 1970, a la de 1980	Evolución doctrinal Tienen lugar algunos trabajos importantes en la Universidad de Harvard. Se publican estudios de Adam Curle y Elise Boulding.
RECONSTRUCCION	
Terminología "Transformación del conflicto" A partir de la década de 1990	evolución Se estructuran metodologías basadas en la transformación de conflictos por medios pacíficos. Se incluye la perspectiva de género.

Fuente: Paris Albert⁶⁹.

E. Del pensamiento lineal y dualista al pensamiento complejo: ¿un cambio de paradigma?

Dentro del campo de la teoría del conflicto aparecen enfoques muy diversos e incluso teorías aparentemente contradictorias, como hemos podido comprobar. Ello se debe a que estamos ante un área muy compleja en la que no podemos generalizar sin tener en cuenta la importancia de los matices a la hora de clasificar

⁶⁹ PARIS ALBERT, S., *Filosofía de los...* cit. p. 43.

los conflictos. Pero “la explicación, en principio, mediante modelos cualitativos es preferible a la carencia total de explicación”⁷⁰.

Hemos advertido los cambios que se han producido respecto a la percepción del conflicto y cómo esos cambios han originado nuevos planteamientos para enfrentarse a él. Al respecto, creo oportuno tener presente la afirmación del filósofo Tomas Kuhn⁷¹ de que “el surgimiento de nuevas teorías es precedido generalmente por un período de inseguridad profesional profunda”.

Así, conviene formularnos al menos tres preguntas en nuestro análisis:

- 1)¿Podemos decir que asistimos a un cambio de carácter histórico referido al modo de conocer y abordar el conflicto?
- 2)¿Estamos pasando del binomio “ganador-perdedor”⁷² al binomio “ganador-ganador”⁷³
- 3)¿Es posible que el pensamiento lineal existente dificulte el tratamiento del conflicto?

Analicémoslas doctrinalmente desde una perspectiva de evolución histórica. Así para los psicólogos Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin y Donald DeAvila Jackson⁷⁴, éste último pionero en terapia familiar, opinan que “en tanto la ciencia se ocupó del estudio de las relaciones lineales, unidireccionales y progresivas, de tipo causa-efecto, una serie de fenómenos muy importantes permanecieron fuera del inmenso territorio conquistado por el conocimiento científico de los últimos cuatro siglos”.

⁷⁰ BERTALANFFY, L., *Teoría General de los sistemas*. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 117.

⁷¹ KUHN, T.S., *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 114.

⁷² Que se fundamenta en la razón de la fuerza, donde existe un vencedor y un vencido.

⁷³ De Resolución a Transformación de conflictos/ donde no hay vencedores ni vencidos.

⁷⁴ WATZLAWICK, P., HELMICK BEAVIN, J. y JACKSON, D.D., *Teoría de la comunicación humana*. Herder, Barcelona, 1992, p.31.

La ciencia ha intentado a lo largo del tiempo llegar a comprender la realidad utilizando distintos modelos de investigación y todos ellos tenían una característica común: la descomposición de los elementos hasta poder llegar a observar el elemento más pequeño de ese fenómeno que se pretende analizar⁷⁵. Durante ese intervalo, el paradigma del análisis de la realidad fue meramente analítico descriptivo. Se le denominaba positivismo o empirismo lógico⁷⁶.

El paradigma utilizado en la epistemología del positivismo lógico deriva del pensamiento griego de Aristóteles, apoyado en Descartes y Newton, y está basado en la causalidad lineal; cada causa produce un efecto en una cadena interminable, anterior y/o posterior, observable de manera lineal. Por lo tanto, aceptado ese paradigma, los fenómenos naturales se producen como consecuencia de la simple suma de sus componentes en una relación causa-efecto, y las ciencias, al seguir este esquema, se dividen en interpretativas y descriptivas. Esta causalidad lineal tiene un carácter puramente determinista, que es lo que da lugar también a un pensamiento lineal.

Este primer paradigma entró en crisis con los nuevos descubrimientos: Plank, a través de la física cuántica, demostró que el microcosmos no sigue la ley universal de Newton. Heisenber desarrolló el principio de indeterminación aplicado a los electrones. Epistemológicamente se pasa de la determinación a la indeterminación. Einstein proclama la física de la relatividad. Vamos del pensamiento determinista al no determinista. En otros términos, del pensamiento lineal al pensamiento no lineal, base del paradigma de la complejidad⁷⁷.

Hoy día, al ser investigadas otro tipo de realidades como son las totalidades organizadas compuestas de muchas variables que requieren nuevas categorías de interacción, el proceder analítico de la ciencia clásica es insuficiente. La percepción

⁷⁵ Durante mucho tiempo ese elemento fue el átomo.

⁷⁶ Denominado así por BERTALANFFY, L., en el prefacio a la edición revisada de *Teoría General de los Sistemas*. Fondo de Cultura Económica, México-Madrid, 1993, pp. 1 y ss.

⁷⁷ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...cit.*, p.50.

ya no será una reflexión sobre “cosas reales” ni el conocimiento una aproximación a la verdad o “realidad”, sino una interacción entre conocedor y conocido que depende de múltiples factores de diversa naturaleza. Estos pueden ir desde lo biológico-psicológico-cultural, hasta lo lingüístico. Es la Física la que enseña que no hay realidades últimas que existan independientes del observador.

Es Bertalanffy⁷⁸ quien nos recuerda, en el prefacio de su obra *Teoría General de los Sistemas*, que “la tecnología y las sociedades modernas se han vuelto tan complejas que los caminos y medios tradicionales no son ya suficientes, y se imponen actitudes de naturaleza holista, o de sistemas, y generalista, o interdisciplinar”. “Cuando cambian los paradigmas, el mundo mismo cambia con ellos”⁷⁹, y esto produce una crisis que no es sino la realidad insoslayable de que ha llegado la ocasión de tener que rediseñar las herramientas⁸⁰.

Si la ciencia nos demuestra que no existe objetividad de los fenómenos como algo independiente del perceptor del mismo, este cambio científico no puede ser ignorado cuando nos enfrentamos al análisis jurídico y hermenéutico de las ciencias jurídicas, ya que la supuesta objetividad, neutralidad e imparcialidad están directamente afectadas por estos descubrimientos científicos, por lo que la realidad de la creación, la percepción y la interpretación normativa se ha de cuestionar necesariamente. Se ha llegado a un punto crucial reiterativo donde es necesario cambiar el paradigma de la visión mecanicista, fragmentaria, disgregada del mundo, de las ciencias y en especial del hombre y del conocimiento, por un nuevo paradigma con una visión humanista, holística, integradora y ecológica⁸¹.

El binomio ganador/perdedor ha funcionado como paradigma con una influencia y permanencia histórica, que ha dominado tanto el pensamiento como la propia praxis para el enfrentamiento y resolución de conflictos. Este binomio ha

⁷⁸ BERTALANFFY, L., en el prefacio a la edición revisada de *Teoría general de...* cit. p. XIV.

⁷⁹ KUHN, cit. p. 176.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 127.

⁸¹ Cfr. CAPRA, F., *El punto crucial. Ciencia sociedad y cultura nacientes*. Troquel, Buenos Aires, 1996.

provocado en la sociedad una concepción individualista o “concepción binaria”, por la que todo se define de forma dicotómica. Es una concepción estrechamente lineal. Establece la primera raya divisoria entre “nosotros y ellos”, los de “acá y los de allá”, cierra las puertas a un pensamiento alternativo, circular, abierto, más apropiado para analizar la complejidad de los fenómenos humanos⁸².

En nuestro mundo jurídico es evidente que la lógica aplicada es la ambivalente. Cada afirmación que hacemos es apreciada como verdadera o falsa y nos lleva a definir una acción como legal o ilegal, por lo tanto, culpable o inocente, provocando en el individuo una interiorización adversarial, del yo gano/tú pierdes. La mediación, sin embargo, utiliza el paradigma de la complejidad porque trabaja sobre realidades borrosas. En la praxis observamos constantemente que cada una de las partes que intervienen en la mediación define el conflicto de forma totalmente diferente, y es el mediador quien debe averiguar la información que falta que es tan o más importante que la que aportan las partes. En el proceso judicial, lo que no aparece en él, lo que no se demuestra, no se acepta como parte de la realidad. La única realidad en el proceso judicial es lo que se haya podido probar.

Este pensamiento complejo, o también llamado alternativo es de carácter dialéctico y no lineal y no es algo nuevo para las ciencias. De alguna forma, ya fue formulado por el filósofo Heráclito (540-480 a. de C.) cuando explicaba que todo está en movimiento, “todo fluye” y decía que el mundo está caracterizado por grandes contradicciones. No sustituye al pensamiento dualista, ambos son de naturaleza distinta, pero el pensamiento alternativo o complejo, formulado por Morín, se basa en la concepción no lineal e incorpora el “azar” como un fenómeno que se debe considerar. De hecho, afirma que la “complejidad es, efectivamente, el

⁸² ROMERO NAVARRO, F., “Del conflicto al acuerdo de mediación”, 2 (2013) *Revista Mediara*, acceso digital, consultado 8-4-2015.
<http://www.revistamediara.es/articulos/70/del%20conflicto-al-acuerdo-en-mediaci%C3%B3n>

tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares que constituyen nuestro mundo fenoménico”⁸³.

Este nuevo paradigma nos permite pasar de lo simplificado a lo complejo, de lo cartesiano a lo no cartesiano, de lo reduccionista a lo holístico, de lo lineal a lo no lineal, donde varias dimensiones interactúan unas sobre otras. Pasamos de un pensamiento binario de carácter disyuntivo, cerrado y determinista, a un pensamiento alternativo, más abierto, de carácter “trinitario”⁸⁴, tan necesario en el campo de los conflictos y de la Mediación. Es decir, nos permite transitar “de lo racional a lo intuitivo”⁸⁵.

El teólogo Jean François Six, siguiendo al filósofo D. R. Dufour, explica que es necesario introducir el pensamiento “trinitario”, ya que solo la forma trinitaria puede garantizar la diversidad de las culturas. El pensamiento trinitario es el que utiliza la lógica de la dialéctica, es decir, la que admite una tercera posibilidad. La lógica dialéctica extrae su inteligibilidad de la imposibilidad de referirnos únicamente a la alternativa, demasiado simple, entre la exclusión y la fusión.⁸⁶ La crisis de la civilización actual es posiblemente una lucha entre lo binario y lo ternario. Dejar ganar lo binario es olvidar la infinita diversidad cultural que existe en nuestro planeta. De ahí que la tarea de todo mediador sea percibir la tercera dimensión y ponerla de manifiesto allí donde se tiende a ver el mundo y las tareas en dos dimensiones.

Frente a la crisis que experimentan las formas tradicionales de regulación de conflictos, se precisa, pues, una nueva cultura, la cultura del acuerdo, de la paz.

Como explica Bertalanffy “en la cultura del acuerdo prima el diálogo, la visión bidireccional y la alternativa de los puntos de vista, la empatía, la convergencia y el descubrimiento de los intereses comunes, la salvaguarda de las relaciones

⁸³ MORÍN, E., *Introducción al Pensamiento Complejo*. Barcelona. Gedisa, Barcelona, 1997, p. 32.

⁸⁴ SIX, J.F., *Dinámica de la mediación*. Paidós Mediación, Barcelona, 1997. pp. 33 y ss.

⁸⁵ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. p. 51.

⁸⁶ Para una visión general *vid.* SIX, J.F. *Dinámica de la mediación...* cit.

interpersonales, la colaboración, la confianza interpersonal, la tolerancia, la flexibilidad. Subraya más aquellos puntos que unen que los que separan”⁸⁷.

La vida no es una sustancia, sino un fenómeno de auto-eco-organización extraordinariamente complejo que produce la autonomía. Los fenómenos antroposociales no pueden obedecer principios de inteligibilidad menos complejos que los requeridos para los fenómenos naturales. Nos hace falta afrontar la complejidad antro-po-social, en vez de disolverla u ocultarla⁸⁸.

Al realizar el análisis del paradigma que rige el ordenamiento jurídico en la actualidad, basado en la lógica ambivalente, para contraponerlo al nuevo paradigma de la complejidad, donde se acepta que una realidad puede ser ambas cosas a la vez⁸⁹, en lugar de dos polos excluyentes, es posible plantearse que el binomio ganador-perdedor ha entrado en crisis.

Volviendo nuevamente a Kuhn, “para ser aceptada como paradigma una teoría, debe parecer mejor que sus competidoras; pero no necesita explicar y, en efecto, nunca lo hace, todos los hechos que se puedan confrontar con ella”⁹⁰; así “las reglas se derivan de los paradigmas, pero estos pueden dirigir la investigación incluso sin reglas”⁹¹, porque “el proceso de aprendizaje de una teoría depende del estudio de sus aplicaciones, incluyendo la práctica en la resolución de problemas”⁹². De esta manera, debemos tratar de pensar en el problema, dando por sentado que el nuevo paradigma no tiene aún reglas precisas que permitan trabajar con él

⁸⁷ ROMERO NAVARRO, F., “Del conflicto al acuerdo...” cit. último acceso 30-1-2015.

⁸⁸ BERTALANFFY, L., “*Teoría General de los Sistemas*”. cit. p. 33.

⁸⁹ KOSKO, citado por Redorta Lorente, al referirse a la teoría de la borrosidad o lógica borrosa, dice que un conjunto es borroso si sus elementos le pertenecen en cierto grado, o sea, cuando algo es y no es a la vez. En ella, todo es cuestión de grados. El contexto tiene un rol importante. La borrosidad es, de alguna forma, la capacidad de manejar la imprecisión. La borrosidad existe ya en el propio proceso de percepción. No todos percibimos de igual manera las cosas.

⁹⁰ KUHN, T.S., cit. p. 44.

⁹¹ *Ibíd.*, p. 79.

⁹² *Ibíd.*, p. 85.

con la minuciosidad que Popper⁹³ exigiría para admitirla como una proposición científica⁹⁴.

Partiendo del resumen realizado por Redorta⁹⁵, conforme a Munné, hemos elaborado la siguiente tabla que nos va a permitir comparar fácilmente las diferencias entre los principios que rigen el pensamiento lineal, de los principios que rigen el pensamiento no lineal.

PENSAMIENTO LINEAL	PENSAMIENTO NO LINEAL
Parte del pensamiento griego, se caracteriza por el principio causa-efecto. "Pensamiento determinista".	Parte de la matemática y de las ecuaciones no lineales. "Pensamiento no determinista".
Paradigma ambivalente	Paradigma complejo
Las causas producen efectos siguiendo una relación estricta y proporcional.	Las relaciones causa-efecto son desproporcionadas.
La dinámica de los fenómenos sale de la simple suma de sus componentes.	Indeterminación en el comportamiento. Diversas formas de un fenómeno dan resultados impredecibles.
El cambio es gradual y continuo.	Discontinuidad o continuos cambios de tendencia en un fenómeno.
Todas las soluciones pueden deducirse de pocas variables. Se trata de un sistema determinista.	Impredecibilidad. Los fenómenos son previsibles solo en cierta medida y, a menudo, totalmente impredecibles.

Fuente: Redorta Lorente, J.⁹⁶

La esencia del paradigma de la complejidad se basa en el pensamiento "no lineal", que se refiere a la desproporcionalidad entre causa y efecto y se caracteriza porque, aunque incluye en su seno el pensamiento lineal, incorpora también el "azar" como fenómeno a tener en cuenta.

Pero ¿qué entendemos por complejidad?

⁹³ POPPER, K.R., *La lógica de la investigación científica*. Madrid, 1989.

Para Popper, una proposición es científica si puede ser refutable, es decir, susceptible de que en algún momento se puedan plantear ensayos o pruebas para refutarla, independientemente de que salgan airosas o no de dichos ensayos. Acceso digital, consultado 30-1-2015.

<http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/05/00951-la-logica-de-la-investigación-científica-Karl-r-popper.html>.

⁹⁴ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...*cit. 49.

⁹⁵ *Ibíd.* cit. pp. 50-51.

⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 50-51.

Según el psicólogo Frederic Munné , por complejidad entendemos un conjunto de propiedades cualitativas de los fenómenos y procesos que constituyen la realidad, propiedades cualitativas propias de sistemas que interaccionan entre sí, de ahí que el paradigma de la complejidad se articule en torno a unas perspectivas teóricas relativamente recientes basadas en una serie de teorías fundamentales:

- Teoría de los conjuntos borrosos.
- Teoría de catástrofes.
- Teoría de fractales.
- Teoría del Caos: las estructuras disipativas (del caos al orden); atractores (del orden al caos).
- Teoría de la autopoiesis.

Según Redorta y partiendo de su propia experiencia, cada una de las citadas Teorías aplicadas al conflicto en general genera una serie de consecuencias a tener en cuenta, veámoslas en cuanto a su posible aplicación a la mediación en particular.

La Teoría de los conjuntos borrosos: determina que “un conjunto es borroso si sus elementos le pertenecen en cierto grado”⁹⁷. Con él se contempla el principio de contradicción, permite pensar en todo lo que está y todo lo que no está en una cosa (¿a partir de qué momento deja de ser una manzana la manzana que me estoy comiendo?). El contexto, por contraste permanente de las condiciones, tiene un rol importante en la lógica borrosa e igualmente la precisión: a mayor precisión, mayor ajuste⁹⁸.

La borrosidad es la capacidad de manejar la imprecisión. Se puede afirmar que la borrosidad existe ya en el proceso de percepción. No todos vemos igual la misma cosa. En la mayoría de los casos, hay más cosas para percibir que las que cabe registrar simultáneamente⁹⁹; por lo tanto sustituye la probabilidad por la

⁹⁷ KOSKO, B., *Pensamiento borroso*. Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1995, p. 270.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 18.

⁹⁹ BRUNER, J.S., “Psicología social y percepción “. En V.A. *Estudios Básicos de psicología social*, (comps. Torregrosa, J.R., y Crespo, E.) Hora/centro de Investigaciones Sociológicas, Barcelona, 1984, p. 144.

posibilidad y nos recuerda que la vida es un infinita gama de grises, que el matemático Lofti Zadeh¹⁰⁰ denomina “difuminación de los significados”.

Todo ello trasladado al conflicto y a la mediación se traduciría en que:

- a) La borrosidad permitiría hallar una zona de consenso provisional.
- b) El contexto se debe de contrastar de forma continua, ya sea considerado como condiciones asociadas al conflicto o como elemento del mismo.
- c) Es importante pensar en la información que falta, porque cuando las partes definen lo que es y no es estará afectado por su percepción de la realidad.
- d) Es necesario deshacer la borrosidad cuando convenga precisar.
- e) La información que falta tiene mucha importancia en el proceso, es lo que va a permitir la desaparición de la borrosidad.

La Teoría de las catástrofes¹⁰¹: estudia todo proceso creador o destructor de formas. No atiende ni a la naturaleza material de estas formas ni a las fuerzas que producen estos cambios. Se fundamenta en dos principios: a) Las cosas tienden a adoptar la forma más estable; b) A pesar de cada singularidad, siempre hay un potencial de continuidad. En la teoría del cambio la catástrofe sería una estrategia de adaptación que se esfuerza por describir continuidades que aparecen en la evolución de un sistema.

La relación de esta teoría con la mediación y con la intervención en conflictos nos ofrecería la posibilidad de contemplar que:

- a) En un proceso, los puntos críticos producen cambios, por lo tanto, es importante descubrir cuáles son esos puntos críticos¹⁰².
- b) El conflicto puede verse como una “discontinuidad”, un proceso de adaptación entre dos realidades; así que debe pensarse en términos de estabilidad futura.

¹⁰⁰ PASTOR, J., y LEÓN GARCÍA-IZQUIERDO, A., “Complejidad y Psicología Social de las Organizaciones” 19 (2/2007) *Psicothema*, pp. 212-217, Acceso digital, consultado 20-4-2015 , <http://www.psicothema.com/pdf/3350.pdf>

¹⁰¹ THOM, R., *Parábolas y catástrofes: entrevista sobre matemática, ciencia y filosofía a cargo de Giulio Giorello y Simona Morini*. Tusquets, Barcelona, 1993, p. 66.

¹⁰² MUNNE, F., *Entre el individuo y la sociedad: marcos y teorías actuales sobre el comportamiento interpersonal*. EUB, Barcelona, 1996, p. 46. Sostiene que aún se ignora por qué un determinado punto es crítico o no, por lo que se cree, limita hoy por hoy el desarrollo de aplicaciones prácticas de esta teoría en la intervención de conflictos.

- c) El cambio se opone a la estabilidad, pero no de forma rotunda, sino adaptativa.
- d) Cualquier acuerdo debe aportar estabilidad y representar una nueva forma de hacer funcionar las relaciones.
- e) El paso de una forma a otra de relación es un proceso de cambio y por ello también lo es de conflicto.

La Teoría de la Fractalidad: el concepto de fractal fue desarrollado en 1975 por el matemático Benoit Mandelbrot. Un fractal es un objeto cuya estructura se repite a diferentes escalas. Es decir, por mucho que nos acerquemos o alejemos del objeto, observaremos siempre la misma estructura. De hecho, somos incapaces de afirmar a qué distancia nos encontramos del objeto, ya que siempre lo veremos de la misma forma. El objeto puede tener una forma irregular, interrumpida o fragmentada, y sigue así a cualquier escala que se produzca. La fractalidad aplicada al campo de lo natural combina lo regular (lo que tiene una regla) con lo irregular (lo que no tiene una regla). La esencia de la fractalidad es que lo “regular” lo es porque produce “irregularidad”¹⁰³. El desarrollo fractal es innovador, tanto por su formulación como por sus aplicaciones. Así ¿Cuáles pueden ser las consecuencias de la fractalidad para la mediación y la intervención en conflictos?:

- a) El conflicto es fractal por su irregularidad, de donde aparecen reglas; por lo tanto, tiene un orden subyacente, pudiendo existir tipologías de conflictos.
- b) Con una parte de la información se puede reproducir la situación global.
- c) La dimensión del conflicto introduce cambios cualitativos. No es igual un conflicto internacional que un conflicto interpersonal.
- d) Sin temporalidad no hay fractalidad, por ello es preciso considerar el ciclo del conflicto.

La Teorías del Caos: históricamente, el caos se ha relacionado con el desorden, la confusión o la aleatoriedad. Pero actualmente, desde la perspectiva de la complejidad, y a partir del descubrimiento del denominado “efecto mariposa” realizado por el matemático Edward Lorenz¹⁰⁴ que introduce dentro de la Teoría

¹⁰³ MANDELBROT, B., *Los objetos fractales*. Tusquets, Barcelona, 1996, p. 168.

¹⁰⁴ Cfr. LORENZ, E.N., *La esencia del caos. Un cambio de conocimiento que ha convertido en una parte importante del mundo que nos rodea*, Debate, Madrid, 1995. cit. por Pastor, J. y León García-Izquierdo. A., “Complejidad y Psicología social de las organizaciones” *Psicothema* 19(2007) pp.212-217, en enlace digital consultado el 20-5-2015 <http://www.psicothema.com/pdf/3350.pdf>

del Caos el concepto de “atractor extraño”, la caoticidad también se refiere a la hipersensibilidad a las condiciones iniciales, es decir, que la introducción de cambios ínfimos en las condiciones iniciales pueden resultar relevantes.

Un atractor es un estado al que tiende el sistema por su propia dinámica y en el que se asienta de una manera relativamente estable, existen atractores que pueden ser puntuales (un nuevo patrón de comportamiento); periódicos (que se repiten, formando un comportamiento característico) y caóticos (sensibles a las condiciones iniciales). Resumiendo, existen tres atractores lineales (el de punto fijo, el de doble punto y el de cuatro puntos) y uno no lineal (el atractor caótico o de Lorenz). Los atractores lineales producen efectos deterministas y el no lineal, como su nombre indica, aparece en sistemas no lineales que tienen una gran sensibilidad a las condiciones.

En opinión de Munné¹⁰⁵, el comportamiento humano está regido por esos cuatro tipos de atractores, que podrían definir toda una teoría del comportamiento y ser aplicables a la teoría del conflicto. Los tres atractores lineales serían una explicación de la “regularidad”, mientras que el no lineal o de Lorenz explicaría la “irregularidad”.

Por lo tanto los Sistemas Adaptativos complejos también muestran patrones caóticos propios de una dinámica no lineal indeterminada, que nos impide especificar su evolución con total certeza.

Mientras que la Teoría de los Atractores contempla el proceso del orden al caos, la de las Estructuras Disipativas analiza el proceso del caos al orden. Las ideas en este campo las aportó el químico belga Ilya Prigogine¹⁰⁶ que con sus teorías da la vuelta a la ciencia clásica que privilegiaba el orden, el determinismo y la

¹⁰⁵ Cfr. MUNNÉ, P., “La teoría del caos y la psicología social. Un nuevo enfoque epistemológico para el comportamiento social”. En V.A. *Epistemología y procesos psicosociales básicos*. (comps. Fernández I. y Martínez, M.F.), Eudema, Sevilla, 1993.

¹⁰⁶ Vid. PRIGOGINE, I., *¿Tan sólo una ilusión?: Una exploración del orden al caos*. Metatemas, Barcelona, 1997, p. 97.

previsibilidad de la naturaleza, estableció una clasificación para los sistemas, en tanto que estos se encontraban en equilibrio, cerca del equilibrio o lejos del equilibrio. Los sistemas disipativos son aquellos que, lejos del equilibrio, pueden transformarse en estructuras de gran complejidad y evolucionar de forma autoorganizada.

En resumen, podríamos puntualizar que la Teoría del Caos aporta una serie de conceptos de aplicación general tales como:

- a) Sensibilidad a las condiciones iniciales, desproporcionalidad entre causa y efecto¹⁰⁷.
- b) Sistema caótico: este caos se rige por un orden subyacente que definió el "atractor extraño" de Lorenz.
- c) Sistema dinámico: los sistemas, vistos en el tiempo, tienen una trayectoria. Ésta puede cambiar de características en sus puntos críticos.
- d) Ningún sistema complejo es estructuralmente estable¹⁰⁸. De ahí su idea de fluctuaciones y aproximaciones al equilibrio de aplicación a las humanidades.

Ubicados en estas coordenadas ¿qué puede aportar la Teoría del Caos a la mediación y a la intervención en conflictos?.

Según Redorta, las consecuencias para la mediación podrían ser:

- a) La explicación de la desproporcionalidad entre causa y efecto.
- b) En tanto en cuanto el sistema se aleje o se acerque más al equilibrio, el momento de la intervención será más o menos crucial.
- c) Una intervención podrá agudizar y precipitar el proceso.
- d) El pacto será un punto de equilibrio (o mejor, cercano al equilibrio).
- e) Es fundamental detectar los puntos críticos en los que el proceso empieza a cambiar.
- f) Es importante descubrir las formas que presenta el conflicto y es necesario fijarse en las trayectorias. Si hay trayectorias, hay regularidades, si hay regularidades, existen formas.
- g) Cuanto más caótico es un proceso, más cerca se está de la solución.
- h) La espiral de un conflicto puede verse regida por un atractor lineal, facilitando las posibilidades de intervención.

¹⁰⁷ BRUZCO, M.L., "El efecto mariposa y sus implicaciones estratégicas en el contexto organizacional", 20 (2012) *Revista Ciencias Estratégicas*, en acceso digital consultado 8-4-2015. http://www.sci.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-83472012000100003&lng=es&nrm=iso

¹⁰⁸ PRIGOGINE, I., *¿Tan sólo una ilusión?: Una exploración...cit.*, p. 97.

-
- i) El punto de estancamiento de un conflicto es el de máximo caos y, por tanto, es el punto de partida del cual puede generarse el orden.

La Teoría de la Autopoiesis: autopoiesis, en sentido estricto, se define como “la capacidad de los sistemas de producirse a sí mismos”¹⁰⁹. Trata sobre el origen de la vida desde la capacidad de autoorganización de la materia, entendiéndose el fenómeno de autoorganización como un fenómeno de “emergencia espontánea de orden”¹¹⁰. Los fenómenos de autoorganización se rigen por un patrón y ya encontramos patrones en el mismo origen de la vida. Así Redorta expone que la estructura de la materia implica un orden, un patrón; que es lo mismo que afirmar que la estructura de la materia implica cantidad de elementos y que el patrón que éstos siguen determina su cualidad. La estructura es la manifestación física de la organización¹¹¹.

Si esta teoría la aplicamos a la intervención de conflictos, tendríamos:

- a) Donde hay vida, existe una red de relaciones que deben de ser analizadas, otorgándole el valor que le corresponda.
- b) Poner a las partes en relación es la primera función del conflicto y esto se considera positivo.
- c) De cara a la autocomposición de un conflicto, para que una relación sea satisfactoria debe de ser cooperativa.
- d) El conflicto es un proceso normal dentro del fenómeno de la vida.
- e) La doctrina de la “autocomposición de los conflictos” tiene una base científica y biológica.
- f) La identidad tiene una base biológica tan importante que se proyecta continuamente en su expresión más psicológica, de ahí su importancia para el conflicto.

Ofrecer una visión general de estas teorías lleva implícito el desafío de que, para quienes las conozcan el desarrollo es muy básico y elemental, sin embargo, para quienes se aproximen por primera vez a ellas pueden resultarles demasiado confusas. No obstante, nos han permitido comprobar cómo las aportaciones de

¹⁰⁹ MATURANA, H., y VARELA, F., “La autopoiesis de Maturana (y Varela): ¿Seres sociales o seres individuales?”, acceso digital, consultado 23-5-2015.

http://www.johndeweycollege.cl/cms/UPIMGS/archivos/CON_172/_VARELA.pdf.

¹¹⁰ COMFORT LOUISE, K., “Auto-organización en sistemas complejos” University of Pittsburgh <http://www.desenredando.org/public/libros/1996/dma/html/7cap8.htm>. consultado 4-6-2015.

¹¹¹ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. p.58.

todas las teorías analizadas no son susceptibles, por sí solas, de explicar el conflicto en su totalidad. Cada perspectiva estudia algunos aspectos importantes del conflicto. En conclusión, pretender limitarse a alguna de ellas no sería acertado. Ello nos lleva a la necesidad de iniciar investigaciones integradas cuyo objetivo común sea examinar las múltiples variables que puedan existir en el nacimiento de los conflictos, ya sean de índole personal, ideológico, biológico, estratégico, interactivo, económico, social o cultural¹¹², puesto que todos ellos inciden en la posible actividad mediadora.

A su vez las teorías expuestas nos muestran que no es posible encontrar unas características o cualidades de los conflictos que puedan permanecer fijas e inamovibles para facilitarnos su mejor comprensión, porque cuando procedemos a su estudio, nos damos cuenta de que presentan tal serie de manifestaciones, que resulta difícil seguir su trayectoria y, por lo tanto, imposible predecir el siguiente movimiento. Esto es lo que hace que el conflicto se considere cambiante, dinámico, escurridizo y complejo. Por eso, el mediador, para trabajar con los conflictos, debe tener presente su naturaleza cambiante y aprender a manejarse en un ámbito de incertidumbre respecto a su forma, dimensión y localización. Solo de esa manera estará más cerca de poder identificar y delimitar el conflicto en las relaciones humanas.

No existe una única teoría general del conflicto, como tampoco puede abordarse este fenómeno tan complejo desde un pensamiento lineal. Y aun cuando el paradigma de la complejidad nos muestra una serie de parámetros a tener en cuenta para tratar el conflicto, todavía tendremos que esperar a nuevas contribuciones y visiones que nos puedan ayudar a desentrañar y analizar las causas que lo originan, y no tan solo la forma de resolverlo o gestionarlo. Cuando esto suceda, los medios de resolución existentes se verán nuevamente cuestionados.

¹¹² TOUZARD, H., *La mediación y la solución de conflictos*. Herder, Barcelona, 1981, p. 75.

F. Patrones del conflicto. Cómo identificarlos.

La búsqueda de una definición válida del conflicto comporta: descubrir los elementos que lo componen; revisar su evolución a través del tiempo; y también examinar nuestro comportamiento ante un conflicto. Todo ello nos hace comprender las dificultades de abordarlo globalmente. Esa es una de las razones, por la que la mayoría de los autores han clasificado cada uno los conflictos con una serie de criterios dispersos y poco unánimes, valga como muestra algunos de los ejemplos ya recogidos por Redorta para suscribir dicha afirmación:

Autor	Criterio clasificación	Tipo de conflicto
T. Woodhouse (sociólogo)	Poder	Simétrico/asimétrico
J. P. Lederach (sociólogo)	Poder	Vertical/horizontal
L. A. Coser (sociólogo)	Emocionalidad	Real/ irreal
M. Deutsch (psicólogo)	Agresividad	Constructivo/destructivo
J. Burton (conflictólogo)	Violencia	Violentos/no violentos
J. Galtung (sociólogo/matemático)	Visibilidad	Latente/manifiesto
Hobbes (filósofo)	Interés	Apetito/aversión

Esta dispersión y falta de unanimidad dificulta nuestra labor investigadora, pero como resulta imprescindible conocer la naturaleza del objeto a mediar para poder descubrir las bases sobre las que asentar la mediación, comprender la necesidad de implementarla y descubrir el auténtico papel de mediador, hemos optado por buscar una clasificación del conflicto que se posicione desde la intervención del tercero, en este caso el mediador. Y si bien es cierto que la clasificación de Deutsch, resultó de interés y fue expresamente citada al tratar el apartado de definición del conflicto porque analizaba la naturaleza del mismo y ofrecía una conceptualización que podía resultar de utilidad para la Mediación, sus conceptos de conflicto (“desplazado”, “latente”, “falsa atribución”) los consideramos, compartiendo este criterio con Redorta, excesivamente enraizados en lo intrapersonal¹¹³.

¹¹³ REDORTA LORENTE, J., *Como analizar los conflictos...* cit. p. 112.

Nuestra búsqueda nos ha reconducido a la clasificación realizada por Moore, abogado y experto en conflictos internacionales, porque este autor además de haber tenido en cuenta una variedad de criterios para la clasificación del conflicto (de valores, estructurales, de intereses, de relaciones personales y de información) crea un mapa de vías conceptuales o “*mapa del conflicto*”, que debe detallar por qué existe la discrepancia, identificar los obstáculos que se oponen al arreglo e indicar los procedimientos destinados a encauzar o resolver la disputa”¹¹⁴.

Por lo tanto, si una de las tareas fundamentales del mediador consiste en identificar los desencadenantes fundamentales del conflicto, es necesario partir de ciertas hipótesis previas; y para Moore “la comprobación de las hipótesis acerca de los conflictos implica delinear intervenciones que cuestionan o modifican actitudes, las formas de conducta o la relación estructural de los litigantes. Estas intervenciones a menudo se fundan en una teoría que identifica determinada causa del conflicto y sugiere acciones prescriptivas”¹¹⁵, y mantiene que “la recopilación de datos y el análisis del conflicto permite que un mediador y los litigantes comprendan las identidades de las partes en conflicto, cuáles son las cuestiones y los intereses importantes para ellos y qué relaciones y dinámica – históricas y actuales– existen entre ellos. El proceso de identificación de los componentes y la dinámica de un conflicto es la recopilación de datos; la interpretación de esa información es el análisis”¹¹⁶.

Advertimos la gran importancia que Moore le da al análisis del conflicto cuando afirma que “todos los conflictos comprometen a personas específicas e incluyen una dinámica relativamente imprevisible de su desarrollo, intereses en pugna y cuestiones tangibles e intangibles. Estos componentes comunes de las disputas permiten la creación de un marco general que es útil para generar interrogantes e

¹¹⁴ MOORE, C., *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Granica, Barcelona, 1995, p. 64.

¹¹⁵ MOORE, C., *El proceso de mediación...* cit. p. 65.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 137.

hipótesis explicativas acerca de determinada situación”¹¹⁷. Podemos vislumbrar cómo proyecta la idea de no linealidad de los conflictos, pero, al mismo tiempo, reconoce “lo imprescindible que es para el mediador disponer de un marco tentativo de análisis de la situación”¹¹⁸.

En base a lo expuesto resulta necesario para nuestra investigación pasar de la clasificación a la forma, partiendo de una base empírica experiencial. Por lo tanto, conocer más y mejor la estructura del conflicto y los elementos que lo componen, resulta imprescindible a la hora de poder establecer perfiles generales o variables relevantes que los identifiquen, y que le permitan al mediador detectar ante que tipología de conflicto se encuentra.

Para ello Redorta, observando la falta de instrumentos prácticos de análisis del punto de partida en que se halla el conflicto y del patrón evolutivo que puede seguir, partiendo del modelo Moore lo trabajó y contrastó en intervenciones prácticas, con lo que consiguió hasta dieciséis perfiles del conflicto, relacionando sus aspectos generales y los procesos que subyacen; para ofrecernos, según él, una “identificación de patrones”, que no un “reconocimiento de patrones”, aclarando que la identificación es un paso previo al reconocimiento y considera que, en el estado actual de la ciencia, el reconocimiento de patrones sería un término demasiado ambicioso. Además, subraya que la identificación de nuevos patrones de conflicto no le fue fácil, porque el estudio de las pautas de definición no se ha desarrollado de manera sistematizada. Y así, explica que la conceptualización teórica está muy dispersa y muchas veces el contenido semántico de la definición de un conflicto no se corresponde con el sentido que se le pretende dar. Por lo tanto, las mayores dificultades se le produjeron al tratar de encontrar un único parámetro que permitiera, a través de una definición, captar la esencia de cada morfología del conflicto y que pudiera aplicarse a través de un instrumento general. Su objetivo fue integrar los distintos perfiles del conflicto en un

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 139.

¹¹⁸ REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. p. 116.

instrumento de utilidad práctica para la intervención, facilitando así la labor del mediador.

Redorta para llevar a cabo su clasificación, previamente aclara los conceptos de “patrones” y “morfología”¹¹⁹. Afirma que el concepto de “patrón” es de origen sistémico y multidisciplinar, de escasísimo uso en el estudio del conflicto debido a su complejidad ¹²⁰. En cuanto al término morfología, reconoce que aunque en la literatura científica el concepto que más se utiliza en el ámbito del lenguaje es el de “tipología”, razones de operatividad le han llevado a referirse a la “morfología de conflictos” como la capacidad de los mismos de ser identificados por un patrón reiterativo que distingue unos conflictos de otros. Ello facilita que un interventor ajeno al conflicto sea capaz de gestionarlo con un mínimo de eficacia ¹²¹.

Si bien es cierto que pensamiento científico lineal clásico, exigiría explicaciones coherentes en términos de predictibilidad del proceso, una vez identificadas las causas de un conflicto; Redorta reconoce que no resulta posible dar respuestas convincentes, más allá de la funcionalidad del conflicto, del proceso de competición, y de explicaciones insertas en lo biológico o en la estructura social. Simplemente permite establecer un marco conceptual desde la noción de conflicto hasta la noción de morfología, con el objeto de marcar el camino teórico posible de una indagación sobre patrones del conflicto. La tarea fundamental de un sistema de reconocimiento de patrones es clasificar, etiquetar cada patrón. Dos patrones pertenecerían a las mismas clases si son similares y a clases diferentes si no lo son, pero en el mundo físico y en los sistemas de reconocimiento de patrones se habla de “variabilidad entre patrones”. Aunque aparentemente todo sea igual, existen diferencias y suponen un problema de escala en la medición de las mismas. Lo que hace un sistema de reconocimiento es “extraer las característica más relevantes o, dicho con otras palabras, fijarse en qué invariabilidades permiten decir que una

¹¹⁹ DORSCH, F., *Diccionario de psicología*, Barcelona, Herder, 1985, p. 500, lo define como el estudio de la forma.

¹²⁰ REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. p. 96.

¹²¹ *Ibíd.*p.91.

cosa es igual a otra aunque no sea idéntica. Este concepto de extraer las características más relevantes vamos a retenerlo porque creemos que se aplica también al mundo de la psicología y de las interacciones humanas¹²². Porque “si las personas no pudieran reconocer patrones recurrentes en su experiencia, no podrían reaccionar de manera coherente a las cosas que tiene sentido reaccionar coherentemente¹²³”.

Partiendo de lo expuesto, nos hemos permitido realizar una síntesis de la gran labor realizada por Redorta de cómo identificar patrones de conflicto, toda vez que este autor revisó en profundidad una investigación sobre el tema, con el fin de obtener un patrón básico de los posibles conflictos que pueda servirle de referencia al mediador¹²⁴. Así, llegó a identificar hasta dieciséis tipos de conflictos, destacando las generalidades de cada uno y los procesos subyacentes, que en algunos supuestos pueden ser comunes a varios conflictos, para terminar definiendo un patrón básico de referencia, sin dejar de mencionar aquellos primeros autores que, con sus teorías, han hecho grandes aportaciones para su conceptualización.

Para una mayor claridad de la síntesis extraída del trabajo de investigación realizado por Redorta¹²⁵, hemos optado por la forma gráfica elaborando un esquema propio con los resultados por él obtenidos.

¹²² *Ibíd.*, p. 99.

¹²³ OAKHILL, J. y GARNHAM, A., *Manual de psicología del pensamiento*. Paidós, Barcelona, 1996, p. 37.

¹²⁴ Para profundizar en el tema REDORTA LORENTE, J. *Cómo analizar los conflictos...* cit.

¹²⁵ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. pp. 123-300.

CONFLICTO DE RECURSOS ESCASOS			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos por algo de lo que no hay suficiente para todos.</i>	La idea de suficiencia o insuficiencia de un recurso siempre estará presente.	-Competición -Escasez -Motivo de logro -Equidad	-Hobbes ¹²⁶ -Darwin ¹²⁷

CONFLICTO DE VALORES			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos porque mis valores o creencias fundamentales están en juego</i>	Nuestros valores están basados en nuestras creencias más queridas (<i>religiosas, sociales, culturales</i>). Surge conflicto cuando las diferencias no pueden aceptarse	-Adquisición de los valores o proceso de valoración -Desarrollo moral -Construcción personal de los valores -Creencias	Burton, J. ¹²⁸ Moore ¹²⁹ Andrew Floyer ¹³⁰ Jaime Trilla ¹³¹

¹²⁶ Vid. HOBBS, T., *Leviatán: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil* (1648). Alianza, Madrid, 2002, p.114. "Si dos hombres desean una misma cosa que no puede ser disfrutada por ambos, se convierten en enemigos; y para lograr su fin, que es principalmente su propia conservación, y algunas veces, solo su deleite, se empeñan en destruirse y someterse mutuamente" cit. por REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. p. 129.

¹²⁷ Vid. DARWIN, C. H., *Teoría de la evolución*. Altaya, Madrid, 1998, pp. 10-38. Utilizó el término, más amplio, "lucha por la existencia".

¹²⁸ Cfr. ALZATE SAEZ DE HEREDIA R., *Análisis y resolución...* cit. p. 19. Según Alzate, uno de los científicos más importantes que ha tratado la cuestión del conflicto de valores es **John Burton**. Este distingue tres tipos de motivaciones humanas: *necesidades, valores, e intereses*. Las *necesidades* son motivaciones universales y primordiales y quizás genéticas. *Los valores* son motivaciones que están culturalmente especificadas. Los *intereses* son motivaciones que cambian según las circunstancias: aspiraciones sociales, políticas y económicas de los individuos y grupos de identidad de una sociedad.

¹²⁹ Vid. MOORE, C., *El proceso de mediación...* cit., pp. 5-6. Para este autor, un elemento central de este conflicto es la "percepción de incompatibilidad" junto con el uso de la coerción. "El intento de imponer por la fuerza a otros un conjunto de valores".

¹³⁰ Vid. FLOYER, A., *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. Paidós, Barcelona, 1993, p. 91. Este autor no habla de valores, sino de "principios" cuando se refiere al conflicto de valores, y usa esta expresión para "los elementos no materiales de un conflicto tales como: creencias religiosas, ideologías políticas, valores morales, reputaciones personales y categoría social pública".

¹³¹ Vid. TRILLA, J., *El profesor y los valores controvertidos*. Paidós, Barcelona, 1992, p. 137. Este autor establece una distinción interesante. Parte de que determinados valores son generalmente admitidos por una comunidad determinada, que otros no son compartidos y que unos terceros pueden ser contradictorios con estos valores compartidos o no, dependiendo del caso.

CONFLICTO DE INTERESES ¹³²			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos porque mis deseos o intereses son abiertamente contrarios a los tuyos.</i>	Limita la capacidad de actuar correctamente a un parte porque genera contradicciones que afectan a la ética y a lo deseable socialmente	-Proceso de toma de decisiones. -Procesos vinculados a la interdependencia -Negociación y mediación -Procesos basados en el uso de la autoridad y el poder	Senar, J.C. ¹³³ Mitchell, C.R. ¹³⁴ Habermas, J. ¹³⁵ Blau, P.M. ¹³⁶ Slaikeu, A.C. ¹³⁷

¹³² REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. pp. 246-248. El conflicto de intereses es un "concepto multidimensional...". Ha sido dado más por sobreentendido que estudiado, quizás "porque la noción de interés sea un concepto borroso que se comprende de forma relativamente fácil". Probablemente, la aproximación que más se acerca a definir hacia lo concreto en este conflicto sea lo que se deriva de ver el conflicto en el eje de un dilema que se ha resolver y, por tanto, en los razonamientos que han quedado más definidos a partir de la "teoría de juegos".

¹³³ SENAR, J.C., "Vivir y convivir: la vida en los grupos sociales". En V.A. *Etología: introducción a la ciencia del comportamiento*, (comps. Carranza, J.), Universidad de Extremadura, Cáceres, 1994. p. 32. "El convivir con otros individuos conduce a un conflicto de intereses entre los distintos elementos del grupo y a una continua interacción entre sus miembros". Abarcaría para este autor todos los procesos del conflicto intragrupal.

¹³⁴ MITCHELL, C.R., *The structure of international conflict*, Saint Martin's Press, Nueva York, 1981, p. 42. Este autor relaciona el conflicto de intereses con el proceso de competición, pero matizando que las finalidades y los valores de las partes en conflicto pueden no ser contradictorias. Este tipo de conflicto se caracteriza por resultar incompatibles los objetivos de las partes al tratarse de recursos escasos o muy valiosos para ellas.

¹³⁵ HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*, vol. 1, *Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, Madrid, 1999, p. 251. Distinguió entre "intereses materiales e interés ideales" al señalar que unos tienen por objeto bienes terrenales como el bienestar, la seguridad, la salud, la longevidad, mientras que los otros tienen por objeto bienes como la gracia, la redención, la vida eterna o, dentro del mundo, la superación de la soledad, de la enfermedad, etc.

¹³⁶ BLAU, P. M., *Intercambio y poder en la vida social*, Hora, Barcelona, 1982, p. 266. Refiere como una "fuente de dilemas de las asociaciones sociales los conflictos de intereses en las situaciones de juego mixto". Las distintas elecciones serán hechas en función de los "intereses en juego".

¹³⁷ SLAIKEU, A.C., *Para que la sangre no llegue al río*, Granica, Barcelona, 1996, p. 65. Este autor elaboró una relación de intereses de partes que son objeto de conflicto, siendo los intereses que aparecen comúnmente: "Que se indemnice por un daño sufrido – terminar con el problema – evitar costes de litigio – evitar tensiones y proteger la salud – que se reconozca que se le ha causado a uno un perjuicio (disculpas) – proteger y preservar la reputación – sentar un precedente – castigar – reivindicarse (demostrar que uno tenía razón) – salvar las apariencias – ahorrar tiempo – defender los valores de equidad y justicia".

CONFLICTO DE INADAPTACION			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos porque cambiar cosas nos produce tensión</i> (existe un desplazamiento del conflicto interno que se proyecta a los demás)	Cuando se produce un afrontamiento inadecuado del entorno.	-Proceso evolutivo -Proceso de autopoiesis -Procesos estresantes -Construcción social de la inadaptación -Proceso de socialización	Brown, F.J. ¹³⁸ Floyer, A. ¹³⁹ Tzeng, O.C. ¹⁴⁰

CONFLICTO DE INEQUIDAD			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos porque sentimos la acción o conducta del otro/a enormemente injusta.</i>	Situaciones de comparación que muestran la privación relativa de capas sociales o individuos concretos a bienes o derechos para los que se creen legitimados.	-Dolor e indignación -Reciprocidad -Justicia y equidad -Intercambio social -Privación relativa	Homans, G.C. ¹⁴¹ Rawls, J. ¹⁴²

¹³⁸ BROWN, F. J., *The sociology of childhood*, Prentice-Hall, Nueva York, 1939. Utilizó "conflictos de adaptación" para referirse a las inadaptaciones que produce el proceso de socialización en los adolescentes.

¹³⁹ FLOYER, A., *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 120. Afirma que el conflicto de inadaptación está en la base de todos los demás. "El conflicto y el cambio son inseparables, como el caballo y el carro".

¹⁴⁰ TZENG, O.C., *Family systems perspective on love: Development, maintenance, and dissolution: octagonal cycle and differential perspectives*, Eastport, CT, Praeger Publishers/ Greenwood Publishing, 1992. Desde una perspectiva sistémica, estudió los procesos de adaptación enmarcados en el rol de la familia y con una visión desde la psicología diferencial. También citó los conflictos de adaptación para referirse a la inadaptación.

¹⁴¹ HOMANS, G.C., "Procesos sociales fundamentales". En V.A. *Estudios básicos de psicología social*. (comps. Torregrosa, J. R., y Crespo, E.), Hora/ Centro de Investigaciones Sociológicas, Barcelona, 1984. "Cuanto más perjudique a un hombre la falta de cumplimiento de la regla de justicia distributiva, mayor será la probabilidad de que este produzca el comportamiento emocional que llamamos cólera", cit. DEUTSCH, M. y KRAUSS, R.M., *Teorías en psicología social*, Paidós, México, 1984, p. 109.

¹⁴² Cfr. RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de la Cultura Económica, Madrid, 2002. Para este autor, la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales. Las leyes e instituciones, si son injustas, han de ser reformadas o abolidas. Conceptualiza dos niveles: "Justicia social" (nivel macrosocial de la justicia) y "Justicia interpersonal" (cabén las acciones particulares de todo tipo).

CONFLICTO DE INCOMPATIBILIDAD PERSONAL PERSISTENTE			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos porque habitualmente no nos entendemos como personas</i>	Cuando el choque de personalidades predomina por encima de otros factores.	-El origen de las diferencias individuales -Empatía -Autoritarismo y dogmatismo -La desconfianza	Moore, C. ¹⁴³ Floyer, A. ¹⁴⁴ Deutsch, M. ¹⁴⁵

CONFLICTO NORMATIVO			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos porque se incumple una norma social o legal.</i>	Cada vez que no sabemos qué norma corresponde aplicar para decidir una situación	-Producción social de reglas -Desviación de la norma -Proceso de juridización -El rol de la cultura	Elster, J. ¹⁴⁶ Moscovici, S. ¹⁴⁷ Piaget y Freud ¹⁴⁸

¹⁴³ MOORE, C., cit. p. 63. En su esfera del conflicto afirma que los conflictos, al que él denomina de "relaciones personales", son provocados por las emociones intensas, las percepciones erróneas o los estereotipos, la comunicación mediocre o el error en la comunicación y el comportamiento negativo repetitivo. Redorta considera que se ajusta más la denominación de conflicto de "incompatibilidad personal persistente", porque lo cree más específico.

¹⁴⁴ FLOYER, A., *Cómo utilizar la mediación... cit.*, p.108. Utiliza la expresión "choque de personalidad".

¹⁴⁵ DEUTSCH, M., *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. Yale University Press, New Haven y Londres, 1973, p. 16. Cita el mismo conflicto referido a "la naturaleza de la relación entre las partes con fundamento en punto de vista y deseos opuestos". Afirma que, a veces, este tipo de conflicto es demasiado difícil para hacerle frente directamente y permanece latente, desplazado o mal atribuido.

¹⁴⁶ ELSTER, J., *El cemento de la sociedad: las paradojas del orden social*. Gedisa, Barcelona, 1997, p.122. "Si las normas pueden coordinar expectativas, ello se debe únicamente a que se sabe que la violación de normas desencadena intensas emociones negativas, tanto en el propio violador como en otra gente".

¹⁴⁷ MOSCOVICI, S., *Psicología de las minorías activas*. Morata, Madrid, 1981, pp.128-129. "Lo que hay de inquietante en la divergencia es: a) la amenaza de una norma o respuesta diferente; b) la incertidumbre sobre la propia actitud para resistir a otra norma o a la otra respuesta o para modificarla" (...) "el desacuerdo posee, al igual que la amenaza de conflicto, un efecto perturbador y engendra incertidumbre".

¹⁴⁸ PIAGET destacó la importancia del proceso de formación de reglas en el niño y FREUD, la importancia de la internalización de las normas durante el proceso de socialización, en palabras de REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos... cit.* p. 203.

CONFLICTO DE PROTECCION DE AUTOESTIMA			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos porque mi orgullo personal se siente herido</i>	El proceso comparativo con los demás nos lleva a autoevaluaciones y evaluaciones de los demás.	-Autopercepción -Proceso de comparación social -Procesos de construcción de la identidad social -Merecimiento -Competencia personal	Mruk ¹⁴⁹ Rogers ¹⁵⁰

CONFLICTO DE EXPECTATIVA			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos porque no se cumplió o se defraudó lo que uno esperaba del otro.</i>	Rotura de expectativas producidas en el marco de la relación interpersonal	-Frustración -Anticipación -Motivación de expectativa -Probabilidad y expectativas racionales -Desempeño de roles	Blau, P.M. ¹⁵¹ Goffman, E. ¹⁵² Seligman, M.E. ¹⁵³

¹⁴⁹ Vid. MRUK, C., *Autoestima: investigación teoría y práctica*. Desclée de Brouwer, Bilbao, 1998, pp. 109-126. Es importante destacar el estudio en profundidad realizado por este autor sobre la autoestima, en el que resalta la importancia de varios autores tales como Willian James porque parte de sus conceptos se consideran aún vigentes; Robert White, por su aportación desde una perspectiva psicoanalítica; Morris Rosenberg, por su investigación para vincular la autoestima, actitudes y conductas socialmente significativas; Coopersmith, quien estudió el tema desde una perspectiva conductual; Nathaniel Branden, por su visión humanista de la autoestima, viéndola como una necesidad básica; Epstein se destaca como el más genuino representante de la perspectiva cognoscitiva. Resumiendo, este autor opina que aunque las distintas perspectivas expuestas están poco conectadas entre sí, cada una de ellas cuenta con un punto de vista importante.

¹⁵⁰ ROGERS, C., *El camino del ser*. Kairós, Barcelona, 1987, p. 24. Para este autor, la autoestima es un proceso de confianza en sí mismo que debe ser potenciado para permitir el crecimiento personal.

¹⁵¹ BLAU, P.M., *Intercambio y poder en la vida social*. Hora, Barcelona, 1982, p. 124- 139. "Las diferencias en las expectativas que definen el significado de unas transacciones sociales dadas son una fuente potencial de conflictos". Habla este autor de "expectativas generales" "particulares" y "mínimas".

¹⁵² GOFFMAN, E., *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Amorrortu, Buenos Aires, 1987, p. 25. Afirma que la sociedad está organizada sobre el principio de que todo individuo que posee ciertas características sociales tiene un derecho moral a esperar que otros lo valoren: "Cuando las expectativas de una persona no son satisfechas por otra, surge el desconcierto."

¹⁵³ Cfr. SELIGMAN, M.E., *Indefensión en la depresión, el desarrollo y la muerte*. Debate, Madrid, 1995. La función de la expectativa es tener control sobre el entorno. Este autor explica la consecuencia de la falta de control.

CONFLICTO ESTRUCTURAL ¹⁵⁴			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos por un problema cuya solución requiere largo tiempo, un esfuerzo importante de muchos o medios más allá de nuestras posibilidades personales.</i>	Superan lo interpersonal y lo grupal para afectar a toda la sociedad	-La acción social y su función -Perspectiva conflictual -El proceso de Globalización y el cambio social -La potenciación de la violencia estructural	Moore ¹⁵⁵ Yarn ¹⁵⁶

CONFLICTO DE ATRIBUTIVO

Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos porque el otro no asume su responsabilidad o culpa en la situación planteada</i>	Discrepancia sobre las "causas de un conflicto" preexistente.	-Proceso básico de atribución -Proceso de inferencia -Proceso de atribución conductual -Esquemas causales y sesgos atributivos	Hewstone, M. ¹⁵⁷ Vendrell, E. ¹⁵⁸ Mitchell, C.R. ¹⁵⁹

¹⁵⁴ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. p. 180. este tipo de conflicto aparece definido, aunque con pocas referencias. En general, habla de la familia y de la acción terapéutica. Sin embargo, ya algunas escasas referencias tratan del conflicto estructural en el ámbito de las organizaciones y de la sociedad.

¹⁵⁵ MOORE, C., *El proceso de mediación...* cit. Habla del "conflicto estructural", pero en palabras de Redorta, cit. p. 180, "referido a una visión un tanto ambigua u omnicompreensiva que está identificando varias cosas a la vez (el poder, la distancia entre las partes, el tiempo para la intervención, etc.). Sin embargo, de sus ideas puede retenerse lo que posteriormente ha ido perfilándose como "conflictos intratables".

¹⁵⁶ Vid. YARN, D., *Dictionary of Conflict Resolution*. Jossey-Bass, San Francisco, 1999. Aparece el concepto de *Intractable conflict*, pero afirmando precisamente que estos conflictos no tienen por qué ser irresolubles, y que un término alternativo para ubicarlos es el de *deep-rooted conflict*, con el que consolida la idea de que el conflicto está embebido en la estructura social. Este autor ofrece la siguiente definición: "Se refiere usualmente a conflictos de larga duración que resisten a los intentos de solución y que típicamente envuelven una lucha para satisfacer necesidades humanas fundamentales, conflictos de valores o cuestiones que se alejan de soluciones ganar-ganar".

¹⁵⁷ HEWSTONE, M., *La atribución causal: del proceso cognitivo a las creencias colectivas*. Paidós, Barcelona, 1992, p. 157. De acuerdo con este autor, quien primero utilizó el término de "conflicto atributivo" fue Horai en su trabajo *Attributional conflict* para referirse al desacuerdo entre dos o más partes a la hora de adoptar una explicación causal.

¹⁵⁸ VENDRELL, E., *El conflicto en la dinámica de los pequeños grupos*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Facultat de Psicologia, 1987, p. 43-45. Este autor se refiere en su tesis doctoral al "conflicto atributivo". Se trata de un desacuerdo debido a "la forma en que la gente atribuye una causa a los acontecimientos".

¹⁵⁹ MITCHELL, C.R., *The structure of international conflict*. Saint Martin's Press, Nueva York, 1981, p. 42. Lo define como la inexistencia de acuerdo sobre valores básicos afines. Clasifica los conflictos en cuatro grupos: valores, intereses, atribución y significado.

CONFLICTO DE LEGITIMACION ¹⁶⁰			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos porque el otro no está de alguna manera autorizado a actuar como lo hace, lo ha hecho o pretende hacerlo.</i>	Falta de consenso respecto al reconocimiento de una parte como sujeto de interés en el conflicto.	-Reconocimiento -Proceso legitimador -Anomia ¹⁶¹ -Liderazgo y autoridad	Tedeschi y Felson ¹⁶² Fisher, Kopelman y Kupfer ¹⁶³ Olivas, E. ¹⁶⁴

¹⁶⁰ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. p. 286. "Una parte reconoce legitimidad a la otra en el momento en que está dispuesta a hablar con la primera. Muchos de los conflictos para resolver situaciones de violencia se atascan porque una parte considera a la otra 'terrorista' (por poner un ejemplo). Y la otra se considera así mismo producto de un proceso político legítimo".

¹⁶¹ Emile Durkeim empleó la palabra "anomie" para describir la suspensión de la eficacia de las normas sociales por la crisis social o economía. DAHRENDORF, R., *El conflicto social moderno*. Mondadori, Madrid, 1990, p. 192.

¹⁶² TEDESCHI, J. y FELSON, R., sostienen que la "insubordinación o la falta de respeto hacia la autoridad puede socavar la legitimidad de esa autoridad", lo que conduce a que el conflicto de legitimidad pueda convertirse en un conflicto de poder y viceversa. cit. por REDORTA LORENTE J., *Cómo analizar los conflictos...*cit.p.287.

¹⁶³ Vid. FISHER, R., KOPELMAN, E. y KUPFER, A., *Beyond Machiavelli: Tools for coping with conflict*, Harvard University Press, Cambridge, 1944. (trad. cast.: *Más allá de Maquiavelo*, Granica, Barcelona, 1996), p. 111. Al hablar de la legitimidad, plantean que nadie quiere ser tratado injustamente y clasifican un elemento que influye de forma poderosa en cualquier conflicto como un "patrón externo de legitimidad, tal como un precedente judicial, una ley o una norma de reciprocidad que debiera de ser respetada".

¹⁶⁴ OLIVAS, E., *Problemas de legitimación en el estado social*, Trotta, Madrid, 1991, p. 25. Efectúa una amplia revisión de la legitimación desde la teoría política y el derecho y sostiene que "en el Estado social de derecho, la legalidad se propone como valor, en consecuencia como fuente de legitimidad". Así pues, los conflictos de legitimación tienen que ver con la legalidad cuando esta ha sido elevada a valor.

CONFLICTO DE PODER			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos porque alguno de nosotros quiere mandar, dirigir o controlar más a otro.</i>	Los procesos de jerarquía y dominación están en la médula misma de la sociedad y, a su vez, en las relaciones intergrupales	-Juegos de poder. -Logro como desencadenante. -Motivo de poder. -Intercambio, interacción e influencia social. -Autoritarismo, jerarquización y dominación.	-Boulding ¹⁶⁵ -Tomas Ibáñez ¹⁶⁶ -Giddens ¹⁶⁷ -Blau ¹⁶⁸

¹⁶⁵ Vid. BOULDING, K.E., *Las tres caras del poder*. Paidós, Barcelona, 1993, p. 90. "El conflicto es una situación en la que al menos dos partes, A y B, advierten intercambios de poder de alguien y que dichos cambios benefician o incrementan el bienestar de uno y perjudican o disminuyen el bienestar del otro". Este autor sostiene que lo importante aquí no es el beneficio o perjuicio real, sino el "percibido por la parte".

¹⁶⁶ Vid. IBÁÑEZ T., *Poder y libertad*. Hora, Barcelona, 1982. En esta obra estableció una interesante taxonomía para analizar el poder utilizado: a) el tipo de recurso utilizado; b) el tipo de material utilizado; c) la modalidad de manipulación del material y de los recursos; d) el tipo de efecto suscitado en B; e) el punto de aplicación de los efectos de poder; f) el modo de administración de las sanciones.

¹⁶⁷ Vid. GIDDENS, A., *Política, sociología y teoría social*. Paidós, Barcelona, 1997, p. 52. Este autor también habla de los "irremediables conflictos de poder" como parte de la actividad política, siguiendo en este punto a Max Weber, para quien, en última instancia, toda política implica lucha de poder.

¹⁶⁸ Vid. BLAU, P.M., *Intercambio de poder en la vida social*. Hora, Barcelona, 1982, p. 102. Sitúa el conflicto en el eje "poder-libertad" cuando afirma: "El conflicto se basa en que los poderosos tienen interés en reafirmar su poder, mientras que las personas sobre las que tienen poder tienen interés en reafirmar su independencia".

CONFLICTO DE PROTECCION DE IDENTIDAD			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos porque el problema afecta a mi manera íntima de ser lo que soy.</i>	La amenaza de distorsión, percibida de forma importante, de nuestro proceso personal de ser quienes somos.	-Proceso de identificación -Diferenciación -Proceso de apariencia -Imitación	Castells, M. ¹⁶⁹ Storr, A. ¹⁷⁰ Gergen, K.J. ¹⁷¹ Giddens, A. ¹⁷²

¹⁶⁹ Cfr. CASTELLS, M., *Crónica de un desorden: notas para reinventar La justicia*. Alianza, Madrid, 1997, p, 29. Este autor, desde la sociología, distingue entre identidades y roles. Las primeras organizan el sentido y los segundos organizan la función. También, **define el conflicto de identidad**: "Para un individuo determinado o para un actor colectivo puede haber una pluralidad de identidades. No obstante, tal pluralidad es una fuente de tensión y contradicción tanto en la representación como en la acción social".

¹⁷⁰ STORR, A., *La Agresividad humana*. Alianza, Madrid, 1970, p.104. "Siempre que la identidad esté amenazada por una identificación demasiado estrecha con los otros, se producirá un incremento de agresividad que conducirá a la diferenciación. Este proceso es análogo al papel que desempeña la agresividad en la territorialidad. Es preciso mantener una cierta distancia entre mi vecino y yo o, de otro modo, mi identidad se verá amenazada. Pero yo necesito de mi vecino, pues aislado no puedo ser plenamente humano".

¹⁷¹ GERGEN, K.J., *El yo saturado*. Paidós, Barcelona, 1992. Este autor ha planteado lo que llama dilemas de identidades en el mundo contemporáneo. Vincula el conflicto de identidad a las condiciones de vida del mundo occidental que están produciendo una "saturación social" que produce un cambio en nuestra manera de entender el "yo".

¹⁷² GIDDENS, A., *Modernidad e identidad del yo: el yo y la sociedad en la época contemporánea*. Península, Barcelona, 2000, p. 231. Habla de la época actual como de "malestar generalizado" y de "tribulaciones del yo".

CONFLICTO DE INFORMACION ¹⁷³			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos por algo que se dijo o no se dijo o que se entendió de forma distinta.</i>	Cuando una cosa no se entiende por igual entre ambos interactuantes.	<ul style="list-style-type: none"> -Aproximaciones generales a la comunicación humana. -Modelos comunicacionales no vinculados a la semiología. -Modelos de comunicación vinculados a la semiología. -Visión sistémica. -Construcción del significado. -Procesos específicos de distorsión de la comunicación. 	<ul style="list-style-type: none"> Hobbes, T.¹⁷⁴ Kosko, B.¹⁷⁵ Moore, C.¹⁷⁶ Blúmer H.¹⁷⁷

¹⁷³ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...* cit. 268. Matiza que no debe confundirse el conflicto citado con el "conflicto interpersonal", puesto que este conflicto se da en el ámbito de la relación diádica, y el de "Incompatibilidad personal persistente" al que nos referimos, aunque por supuesto es un conflicto interpersonal, su esencia es la importancia del elemento "partes en conflicto", respecto de otros elementos.

¹⁷⁴ HOBBS, T., *Leviatán; la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 2002.p. 43. Decía, ya en el año 1648: "Un hombre debe ser cauto con las palabras, las cuales, además del significado que imaginamos que es el suyo natural, también tienen otro que proviene de la naturaleza, disposición e interés de quien habla."

¹⁷⁵ KOSKO, B., cit. p. 19. "El lenguaje tiende un hilo entre la palabra y lo que nombra. Cuando la cosa pasa a ser no cosa, el hilo se tensa o se rompe, o se enreda con otros hilos".

¹⁷⁶ MOORE, C., cit. p. 63, Su modelo sí destaca el conflicto de información, denominándolo "conflicto entre los datos", para luego definirlo por sus determinantes: falta de información, información errónea, diferentes opiniones acerca de la información, diferentes interpretaciones de los datos y diferentes evaluaciones de los mismos.

¹⁷⁷ BLUMER, H., *El interaccionismo simbólico: perspectiva y método*. Hora, Barcelona, 1982. p. 7. Afirma este autor que "cuando el significado es el mismo para ambas personas, estas se comprenden mutuamente". Con ello refuerza la idea de que el significado puede ser un gran marco de análisis para todo tipo de conflictos.

CONFLICTO DE INHIBICION ¹⁷⁸			
Patrón básico	Generalidades	Procesos subyacentes	Referencias doctrinales
<i>Disputamos porque claramente la corresponde al otro la solución.</i>	Se dan pasos para no implicarse en la solución y, al propio tiempo, tratan de darse pasos para asegurarse de que las otras partes están poniendo los medios en la solución.	-Bases biológicas de la conducta de inhibición. -Miedo. -Conducta de evitación. -Castigo.	Freud, S. ¹⁷⁹ Deutsch, M. y Krauss. R.M ¹⁸⁰ Pruitt y Lewis ¹⁸¹

Tras la síntesis realizada, resulta evidente que los conflictos son difíciles de estereotipar y las clasificaciones intentadas muchas veces son demasiado simples para que sean operativas para el interventor o demasiado complejas, sin que exista acuerdo entre los diversos autores¹⁸².

¹⁷⁸ REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos...cit.*, p. 277. Una de las formas más conocidas de este tipo de conflicto es aquel que en el campo de la *conflict resolution*, se denomina *nimby*, acrónimo de "not in my back yard". Responde a un conflicto clásico de inhibición en el sentido de que las partes convienen en que la solución es necesaria, pero debe ser aportada por otros.

¹⁷⁹ Fuente resumida: Freud S., "Inhibición, síntoma y angustia", en *Obras Completas*, Tomo II, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 1968 (traducción de López Ballesteros). Acceso digital <http://www.geocities.ws/psicoresumenes/Freud/freud6.htm>, consultado 30-1-2015. Se refiere de forma expresa a la inhibición desde la perspectiva del conflicto y significa restricción de una función. Esta no es forzosamente patológica, excepto cuando aparece el síntoma.

¹⁸⁰ DEUTSCH, M. y KRAUSS, R.M., *Teorías en psicología social*, Paidós, México, 1984, p. 52. Estos autores, de acuerdo con Lewin, definieron el conflicto que representa para la persona el hecho de tener que hacer una elección entre dos cosas que le disgustan al mismo tiempo. Es este un conflicto intrapersonal, formulado como un dilema y que se ha definido como conflicto de evitación (*avoiding conflict*).

¹⁸¹ En palabras de Redorta, Pruitt y Lewis, de acuerdo con Yarn, describieron el conflicto (*avoidance conflict*) señalando que adopta diversas formas: a) Sumisión, por la cual una parte opta por retirarse y producir o no una actividad alternativa; b) Negación, por la cual las partes llegan a creerse que no existe conflicto entre ellas; c) La normativa (*norm-following*), en la cual las partes resuelven el problema acogiéndose a estándares de resolución ya establecidos rechazando nuevas aproximaciones a la solución del conflicto. REDORTA LORENTE, J. *Cómo analizar los conflictos...* cit. p. 277.

¹⁸² *Ibíd.*, p. 90.

En definitiva, podríamos afirmar “que, desde el interés por comprender y conocer los conflictos, se llega a la conclusión de que todos los conflictos, sean interpersonales o internacionales, armados o no, poseen más puntos en común que factores diferenciales fundamentales. Cambian las dimensiones, el armamento, instrumentos de lucha o el entorno y se conservan parecidas actitudes, estrategias y objetivos primordiales que se traducirán por acciones encaminadas a tratar de dominar, reprimir, destruir o reducir al que se considera como enemigo o adversario, ya sea por la vía de la violencia física, como por aquella otra de carácter judicial, psicológica, de la información o estructural, por solo citar algunas expresiones de la violencia”¹⁸³.

Los elementos comunes a todas las definiciones citadas se hallan en los términos: diferencias, lucha expresa, frustración, interferencia, percepción, incompatibilidad e interdependencia. Pero con independencias de las diferentes definiciones del conflicto que puedan proponer los distintos teóricos, coinciden en que no se puede manejar mediante un procedimiento rígido y menos, añadiría yo, un procedimiento único. En todo caso, se deben buscar procedimientos flexibles, capaces de someterse a una evaluación permanente si se pretende que sean realmente productivos y eficaces. Hemos visto como en los últimos años se ha llegado a entender y aceptar el conflicto también como algo positivo y las ventajas que proporciona hacerle frente. El hecho de ser diferentes nos lleva a comunicarnos y, para ello, debemos encontrar soluciones creativas para toda clase de problemas, por lo que entender el conflicto es fundamental para adaptar y crear esas formas o métodos para poder gestionarlo. En ese sentido, es innegable que el sistema judicial no es suficiente e, incluso, en algunos casos, puede suceder que se convierta en perjudicial.

Si todos estuviéramos de acuerdo en todos los temas, la conversación cesaría, ya que “cuando los hombres ven y piensan lo mismo, no hay nada que puedan

¹⁸³ VINYAMATA, E., cit., pp. 114-115.

compartir. Hablar consiste, fundamentalmente, en oponer y explorar puntos de vista diferentes”¹⁸⁴.

“En mi civilización, aquel que es diferente de mí no me empobrece: me enriquece”¹⁸⁵.

¹⁸⁴ BARNLUND, D.C., *Interpersonal Communication: Survey and Studies*. Houghton Mifflin, Boston, 1968, p. 9.

¹⁸⁵ SAINT EXUPERY, A., *Airman's Odyssey*. Reynal, New York, 1939. p. 48.

-CAPÍTULO II-**LA NEGOCIACIÓN**

2.1. Negociación, conciliación, arbitraje: analogías y diferencias con la mediación

2.2. Otros procedimientos de resolución de conflictos de carácter híbrido: los ADR (Resolución Alternativa de Disputas) en EEUU y Europa

A. Peculiaridades

B. *Mini Trial*

C. *Summary Jury Trial*

D. *Early Neutral Evaluation*

E. *Settlement Conferences*

F. Sistemas combinados: *Med-Arb y Arb-Med*

G. *Consumer Complaint Boards*

H. *High low arbitration*

I. *Baseball arbitration*

J. *Night baseball arbitration*

K. *Negotiated rulemaking*

2.3. La comunicación a distancia y las ADR: Nacimiento de las ODR (*On line Dispute Resolution*).

2.4. Cómo seleccionar el método idóneo para afrontar el conflicto

A. Presupuestos

B. Las *Multi-door Courthouse*

2.5. Los medios extrajudiciales. ¿Son medidas alternativas a la resolución de conflictos?

LA NEGOCIACIÓN

2.1. Negociación, conciliación, arbitraje: analogías y diferencias con la mediación.

Algunos autores asumen que la mera presencia del vocablo mediar es suficiente para poder instaurar un hito evolutivo en el concepto de “mediación”. Sin embargo, hemos podido comprobar cómo en la mayoría de ocasiones no se ha recogido el significado implícito de una experiencia mediadora, sino de figuras como: la intercesión, la conciliación, la negociación, y el arbitraje, así como de otras medidas alternativas de resolución de conflictos, pero no de la mediación *stricto sensu*, tal y como se concibe en la actualidad. Para llevar a término esta labor de investigación, es de vital importancia establecer las diferencias existentes entre la mediación y todas esas figuras utilizadas para la resolución de conflictos, porque viene siendo habitual que se confundan e identifiquen entre sí, incluso en el tratamiento legal, como después veremos al adentrarnos en su marco jurídico.

Aunque no pretendemos entrar en elucubraciones dialécticas o filosóficas sobre los distintos conceptos, sí realizaremos un trabajo comparativo de deslinde, que nos permita poder categorizarlos, diferenciarlos entre sí y poder decidir qué figura queremos o podemos utilizar para resolver el conflicto. Es fundamental que todo usuario sepa discernir entre la MEDIACIÓN y aquellas otras formas de gestión conflictual tanto impositivas como coercitivas.

Según el jurista y mediador Rubén Calcaterra¹, desde donde mejor se pueden apreciar las principales diferencias entre las diversas figuras o métodos de resolución de conflictos es desde las perspectivas, desde los contextos y desde las estrategias. Esos tres elementos van a permitirnos determinar ante qué tipo de figura nos encontramos. Y si insistimos en la importancia de distinguirlas es porque, tal y como observaremos, todas ellas, a su vez, comparten objetivos

¹ CALCATERRA, *Mediación estratégica*. Gedisa, Barcelona, 2002, p. 157.

Afirma este autor que es necesario enmarcar la disputa para diseñar el modelo del proceso que va a consistir en la deconstrucción del conflicto, la reconstrucción de la relación y la co-construcción de la solución. Los objetivos son: la contextualización, introducción y estructuración del proceso, para construir una alianza de trabajo, infundir seguridad y confianza.

idénticos, como son la búsqueda de soluciones pacíficas o el hecho de que pueden ser igualmente utilizadas como medidas alternativas o complementarias a un proceso judicial.

Comenzaremos por diferenciar la mediación de los denominados medios primarios, considerando como tales: la negociación, la conciliación y el arbitraje.

La negociación es un método autocompositivo al igual que la mediación pero, al contrario de lo que sucede con esta última, no siempre existe un conflicto para que proceda una negociación, simplemente puede darse la mera existencia de diferencias entre las partes sin que haya surgido ningún conflicto entre ellas.

Volviendo a Calcaterra nos define la negociación como “un proceso de comunicación, directo o indirecto entre las partes, según la existencia o no de representante, es decir, si aquellas negocian cara a cara o a través de otras personas debidamente apoderadas por ellas”².

La negociación adopta signos positivos o negativos según el contexto ético. Es el contexto en el que se ve envuelto cada negociación, el que le va a conferir sus atributos.

Sin embargo para el jurista Roger Fisher, el antropólogo social Willian Ury y el negociador Bruce Patton, cofundadores del Proyecto de Negociación de Harvard (PNH), y expertos negociadores internacionales, opinan que en la negociación³ casi siempre está presente la competencia entre las partes, dándose el binomio ganador-perdedor, aunque no exista el conflicto. No obstante, el factor diferencial con respecto a la mediación es que esta rompe ese binomio competencial, siendo el papel del mediador el de concienciar a las partes de la existencia del conflicto, así como gestionar pacíficamente el proceso de su devolución y resolución por los actores.

² *Ibíd.*, p. 76.

³ Cfr. FISHER, URY y PATTON, *Obtenga el Sí. El arte de negociar sin ceder*. Gestión 2000, Barcelona 2002, p. 24 y ss.

Existen dos formas de llegar a la negociación: posicional o cooperativa. La primera da lugar a un modo de negociar que utiliza el regateo; la segunda se acercaría más a la que utilizaría la mediación. No cabe duda de que la negociación, si bien se puede iniciar de una forma posicional, puede desembocar en una negociación cooperativa, pero para llegar a ello es necesario un proceso previo y este deviene como consecuencia de la estructura del propio conflicto. Los psicoterapeutas Paul Watzlawick, John Weakland y Richard Fisch⁴, haciendo uso de dos teorías- la Teoría de Grupos y la Teoría de los Tipos Lógicos- plantearon una nueva manera de entender los problemas y el “cambio” como un nivel diferente en la búsqueda de soluciones a lo realizado usualmente. Eso, en sí mismo, es un proceso de desviación de la norma dentro de esa forma habitual establecida entre las partes.

En ese mismo sentido, el auditor chileno y experto negociador Victor Nocetti⁵, reconoce dos estilos de negociación diferentes: la negociación “distributiva”, en donde el resultado también es sobre la perspectiva de ganar-perder, manteniendo un enfoque de competencia entre las partes en pro de los intereses propios, y la negociación “integrativa”, que profundiza más en el interés colectivo y distribución de recursos, por lo que se puede lograr un ganar-ganar, dando lugar a un enfoque colaborativo. De este último estilo se desprende precisamente el modelo de negociación de Harvard, uno de los modelos teóricos de la mediación actual del que hablaremos en el capítulo IV, al tratar del legado de las distintas escuelas doctrinales.

Sin embargo, para la Prof.^a Dra. Morán, los tipos básicos desde los que se suele afrontar la negociación son: el competitivo y el integrativo. En el primero las demandas iniciales son altas porque se aspira a obtener el mejor resultado unilateral, por lo que la tensión entre las partes es creciente. En el segundo modelo

⁴ Para profundizar más sobre el tema: WATZLAWICK, P., WEAKLAND, J. y FISCH, R. “Cambio”. Herder, Barcelona, 1989, p. 22.

⁵ VICTOR NOCETTI, N., *Fundamentos de Negociación*. Serie Documentos Docentes (SDD), 2007, cit. por VÁZQUEZ GUTIÉRREZ, R., *La mediación escolar como herramienta de educación para la paz*, Murcia, 2012, tesis doctoral en acceso digital. Último acceso el 22-1-2015.

<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/85718/TRLVG.pdf?sequence=/>.

la actitud es colaborativa, se entabla un dialogo abierto mediante el cual las partes son expuestas al punto de vista del contrario, siendo el objetivo el interés común de las partes y no sus posiciones individuales⁶.

Otras diferencias importantes a tener en cuenta entre la mediación y la negociación son además: a) un proceso de mediación no puede llevarse a cabo de forma escrita, puesto que en él las partes deben de estar presentes y es fundamentalmente conversacional⁷; en cambio en un proceso de negociación se puede hacer mediante los representantes de las partes y, si bien es cierto que exige la comunicación, no exige la conversación entre ellas; b) en la mediación es esencial trabajar con el “conflicto-sistema”⁸; mientras que en la negociación se trabaja casi exclusivamente con el objeto del conflicto. Por lo tanto, se puede realizar una negociación teniendo en cuenta o no la interacción entre las partes, y sin la presencia de la interacción es posible la gestión negociada, incluso de forma escrita.

Por otro lado, diversos estudios⁹ mantienen que la negociación se sustenta en un esquema primario, lineal dicotómico de causa-efecto, en lugar de la circularidad¹⁰ retroalimentadora e interactiva que subyace y rige la visión sistémica del conflicto.

⁶ MORAN, G.M., “La Mediación en EEUU”. En V.A. *La mediación un instrumento de mediación* (Dr^a. Galván Souto, E.) Dykinson, Madrid, 2010. p. 22.

⁷ BATESON, G., *Pasos hacia una ecología de la mente*. Lohlé, Buenos Aires, 1985, p. 27. Según este autor, la conversación debe reunir unas características que permita no solo que los participantes discutan efectivamente el problema, sino que la estructura de la conversación en su totalidad sea también pertinente al mismo tema.

⁸ Entendido desde la Teoría General de los Sistemas de BERTALANFFY, visto en nuestro capítulo I al hablar del conflicto desde las principales perspectivas teóricas.

⁹ RUBIN Y BROWN, *Social Pshychology of Bargaining and Negotiation*. Academic Press, New York, 1975. Han identificado más de quinientos estudios sobre la negociación, en los cuales se habían examinado las variables psicológicas individuales y la dinámica grupal, cit. por PALMA CHAZARRA, L., *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, Sevilla, 2007, Tesis doctoral en acceso digital <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/85718/TRLVG.pdf?sequence=>

¹⁰ Cfr. SUARES M., *Mediación. Conducción de disputas comunicación y técnicas*. Paidós. Mediación 4, 1996, pp. 165-201, línea “Circular: Narrativa” que no consiste solo en ser un modelo a aplicar, sino una forma de conceptualizar los conflictos dentro de la interacción humana. Trata de dotar al mediador de instrumentos para pensar y abordar de una nueva manera las situaciones conflictivas, tratando de incrementar el protagonismo de las partes. Es un modelo orientado tanto a la modificación de las relaciones como al acuerdo.

La mediación trasciende del contenido del conflicto, para incidir en la interacción¹¹.

En la negociación se necesitan estrategias que deben de tener las partes cuando se realiza sin intermediarios, puesto que el motivo por el que se negocia es conseguir algo mejor de lo que se puede obtener sin negociar. Por ello, cada negociador debe de tener claro cuál es su Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado (MAAN) e incluso su Mejor Alternativa Posible al Acuerdo Negociado (MAPAN)¹², ya que ese es el único criterio que puede proteger a las partes, tanto a la hora de aceptar opciones poco favorables, como en el caso de tener que rechazar términos que podrían ser beneficiosos para sus intereses. Desconocer ambas alternativas es como negociar con los ojos cerrados. En palabras de Fisher, Ury y Patton “de que sirve hablar de intereses, opciones y criterios, si otra parte se encuentra en una posición de regateo más fuerte ¿Qué puede hacer usted si la otra parte es más fuerte o tiene mejores contactos, o si tiene más personal o armas más poderosas?”¹³

Un negociador no tiene porqué ser mediador, pero el mediador necesariamente ha de tener estrategias encaminadas a conducir el proceso para que las partes, a la hora de tomar decisiones, lo hagan sobre sus mejores opciones. Es función del mediador tener que equilibrar el poder de las partes, haciendo que ambas tengan acceso a la información propia que les hará tomar decisiones con los “ojos abiertos” o de la forma más consciente posible, sin inclinarse hacia ninguna de ellas. En cambio, en la negociación, el negociador toma partido en función de sus

¹¹ BATESON, G., cit. p. 27. Para este autor, la historia de la teoría evolutiva es inevitablemente un metáfora entre el hombre y la naturaleza, en el que la creación e interacción de las ideas tiene que ejemplificar necesariamente un proceso evolutivo.

¹² Para saber más sobre al tema: FISHER, URY y PATTON, *Obtenga el Sí...* cit. p. 119.

¹³ *Ibíd.*, pp. 119- 120. Este autor, en respuesta al poder, expone que lo máximo que cualquier método de negociación puede hacer es alcanzar dos objetivos: primero, impedir que se llegue a un acuerdo que se debería rechazar y, segundo, ayudarle a sacar el mayor partido posible de lo que se tiene, para que cualquier acuerdo que haga satisfaga nuestros intereses lo mejor posible.

propios intereses. Debe explicar claramente el proceso y no ha de mostrarse como una figura de autoridad en relación con las partes¹⁴.

Tanto para la mediación como para la negociación se emplean diversas técnicas o modelos. Más adelante procederemos al análisis de los métodos a emplear en el caso de la primera. Ahora nos referiremos a dos de los modelos utilizados en la negociación, el modelo RESPECT¹⁵ y el PITUFO¹⁶. Estos modelos han sido claramente definidos con sus características esenciales por el jurista Javier Gorjón. El primer modelo recoge una serie de etapas o pasos en los que se llevará a cabo la sesión de negociación y lo que deberá tomar en cuenta una persona que participe en la negociación, representándose a sí misma; el segundo es más generalizado, brinda la oportunidad de conocer las características de la negociación en profundidad, divide sus cualidades de acuerdo con su fondo y analiza el papel que juega cada característica.

Si nos hemos extendido tanto en la figura de la negociación, se debe a que, quizás, es la que mayor confusión puede producir para diferenciarse de la mediación. Por lo tanto, si su perfil no queda del todo delimitado en algunos supuestos, como puede ser el caso de una negociación colaborativa, integrativa o cooperativa, podría llegar a confundirse con la mediación.

¹⁴ MOORE, C., *El proceso de mediación...* cit, p. 258.

¹⁵ Cfr. GORJON, F, Y SAENZ, K., *Métodos Alternos de Resolución de Controversias*. Continente, México, 2007, p. 65-66. Este modelo significa respeto y consta de siete fases: Preparación —se fijan todos los objetivos, se reúne toda la información posible y se planea la estrategia de trabajo—; Exploración —dedicada a la investigación de las necesidades reales de las partes. En reunión conjunta las partes aclaran sus intereses y necesidades—; Avance —momento de dar impulso al intercambio, después de las aclaraciones anteriores—; Sondeo —planteamiento de propuestas—; Intercambio —se inicia el ceder y recibir—; Cierre —se busca cerrar el trato de forma creíble y aceptable para evitar un excesivo otorgamiento de concesiones—; Atadura de cabos sueltos —se confirma la convenido, se resume el acuerdo en forma escrita y se prevén actuaciones en caso de futuros conflictos—.

¹⁶ *Ibíd.* pp. 66-67. Es llamado así por el acróstico de las fases del sistema: Poder —determinar el grado de poder de cada una de las partes en busca de aclarar las pretensiones—; Información —búsqueda de la información. Entre más contemos con información clara y real, mejor será el proceso de negociación—; Tiempo —las partes deberán conocer el tiempo tanto propio como del otro para evitar vencimientos de plazos—; Unidad —este punto es esencial cuando se opera en equipo. Este debe tener un frente unificado y un responsable único—; Filosofía —estilo propio del negociador—; Organización —es responsabilidad del negociador, informarse, organizar la intervención de manera adecuada y facilitar el intercambio de información para lograr acuerdos.

Respecto de las diferencias que operan en otras figuras, como pueden ser la conciliación y el arbitraje, hemos considerado interesante el enfoque que sobre la conciliación aportan el mediador Daniel Bustelo Elicabe-Urriol¹⁷ y el jurista Christopher Moore¹⁸. En el planteamiento del primero hay una visión esencialmente jurídica de la conciliación, sin ser un elemento esencial del proceso de mediación. Sobre todo afirma, y citamos literalmente:

“...En la conciliación, ámbito en que las partes procuran poner fin a un litigio en base a un acuerdo llegado por negociación, se transigen derechos desde una perspectiva de intereses jurídicos protegidos. Así mismo, en toda conciliación realizada desde el paradigma del principio de la justicia distributiva, las concesiones se van realizando en la medida en que se van obteniendo logros en beneficio del propio interés. Es decir, la desconfianza en ceder antes de haber recibido algo hace que la especulación y el regateo sean las bases de la estrategia negociadora.

Ahora bien, en la mediación, en donde la confidencialidad, la presencia del tercero que solo interviene en el marco de la conducción del proceso y no de los contenidos, y en donde su formación incluye la capacidad para crear un tercer espacio de confianza y bajo riesgo, hace que solo se negocie luego de haber pasado por instancias de compartir información, habiendo reformulado el nombre del problema. Esto significa haber movido a las partes de los intereses jurídicos protegidos y de la necesidad de obtener una reparación “justa” a la postura de poder hablar de los intereses propios, tanto materiales como emocionales, tales como el conocer el por qué ha sido elegido como víctima o por qué determinadas actitudes tenidas durante el acto delictivo, o la necesidad de recibir disculpas sinceras. Todo esto hace que al llegar al momento de la negociación, el clima de trabajo y lo que es la materia de negociación sea radicalmente distinto de lo habitual en un proceso de conciliación...”

Sin embargo para Moore la conciliación es:

La “táctica psicológica aplicada que apunta a corregir las percepciones, atenuar los temores injustificados y mejorar la comunicación hasta el punto

¹⁷ Presidente de La Asociación Interdisciplinaria Europea de Estudios de la Familia (AIEEF). Dicho planteamiento fue expuesto por el autor en las I Jornadas Nacionales de Victimología en la Rioja “La Víctima del Delito y... ¿sus necesidades?”, organizadas por la Consejería de Desarrollo Autonómico, Medio Ambiente y Administraciones Públicas del Gobierno de la Rioja y la Asociación de Ayuda a la Víctima de la Rioja, 16 y 17 de Octubre de 1997. Documentación de trabajo entregada en las Jornadas en versión CD., cit. por PALMA CHAZARRA, L., *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, Sevilla, 2007, tesis doctoral en acceso digital <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/04/tesis-doctoral-luhc3a9-palma.pdf.p.24-26>. Último acceso el 22-1-2015.

¹⁸ MOORE, C., *El proceso de mediación...*cit. pp., 205-206.

en que ella permita una discusión sensata y de hecho posibilite la negociación racional (...). La conciliación es el ingrediente psicológico de la mediación en que el tercero intenta crear una atmósfera de confianza y cooperación que conduzca a la negociación (...). En la práctica la conciliación es un proceso dinámico que se desarrolla a través de la negociación (...)"¹⁹.

Para la Prof.^a Dra. Doctora Morán, la conciliación es una modalidad de ADR que "consiste en el acuerdo alcanzado entre las partes en disputa por el que consensuan solicitar los servicios de un conciliador, quien se entrevistará separadamente con los interesados para obtener con la mayor objetividad posible los diversos puntos de vista, e intentar mejorar la comunicación entre las partes al reducir la tensión creada por la disputa"²⁰.

No obstante la mediación y la conciliación están ancladas en dos paradigmas distintos. En la conciliación se induce a las partes a solucionar su disputa con la participación de un tercero que tiene poder de decisión. Sin embargo, en la mediación el poder del tercero es ajeno y sólo conduce el proceso; por ello sólo facilita a las partes una toma de decisiones lo más libre y voluntaria posible²¹. El interés del mediador no es que las partes concilien o negocien mediante cesión o renuncia de sus derechos. Se trata de que éstas puedan decidir cómo desean gestionar ese conflicto y determinan resolverlo mediante negociación, arbitraje o cualquier otro sistema diferente a la propia mediación.

En el arbitraje el tercero también tiene poder de decisión e impone a las partes una solución a su disputa; por lo que, a diferencia de la mediación, no centra su actividad en el fomento del diálogo y la mejora de las relaciones de las partes. En este proceso, se sustrae así el elemento decisorio de las mismas para pasar a manos

¹⁹ *Ibid.*, pp. 206 y 232-240. Este autor también identifica la figura del mediador con la de un negociador y le denomina: el *mediador-negociador*. Lo considera un profesional que *actúa para crear confianza* entre las partes. Además, analiza las actividades de los mediadores que atenúan el conflicto innecesario y promueven una relación psicológica posible entre las partes en disputa. A este proceso es al que el autor denomina específicamente mediación.

²⁰ MORAN, G.M., "la Mediación en EEUU" ...cit.p.23.

²¹ PALMA CHAZARRA, L., *La mediación como proceso...* cit. p. 26.

del árbitro²², siendo la decisión de éste vinculante para las partes en conflicto. Esta decisión puede ser adoptada en aplicación de las disposiciones normativas o según equidad y posee “la autoridad de cosa juzgada”. Ello significa que una vez resuelta por el árbitro no puede ser llevada ante el juez, razón por la cual parte de la doctrina no lo considera dentro de los modos alternativos de resolución de las controversias, ya que cree que el conflicto sustancial permanece y en el plano formal, una parte gana y la otra pierde. Confían en la decisión de un tercero para saber quién no tiene razón y quien la tiene, justo como los sistemas jurisdiccionales estatales tradicionales.

Respecto a esta figura es interesante traer a examen lo manifestado por Gloria Moran respecto a las cláusulas contractuales de arbitraje en EEUU. En donde, si bien es cierto que el gobierno federal apoya expresamente esas cláusulas, cuya tutela se constatan en la legislación específica de la *Federal Arbitration Act*. No obstante cuando las cláusulas de arbitraje operan como contratos de adhesión propiamente dichos e impiden la voluntariedad de las partes, los tribunales estadounidenses han llegado a declarar su invalidez si resulta indefensión de una de las partes²³.

En la Unión Europea sobre la base de estas consideraciones y desde la elaboración del Libro Verde de 2002, se ha excluido que la normativa comunitaria en materia de ADR pudiera volver a incluir el arbitraje²⁴.

Sin embargo, a pesar de las diferencias existentes entre arbitraje y mediación, principalmente en cuanto al papel a desempeñar por el tercero, resulta ineludible mencionar que existen algunas formas de arbitraje de equidad que se desvían más

²² SAIZ GARITAONAENDIA, A., “El Medarb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras”. En V.A. *Mediación y resolución de conflictos técnicas y ámbitos*. (Coords. Carretero Morales, E. y Ruiz López, C.), Tecnos, Madrid, 2013, pp. 89-90.

²³ MORAN, G.M., “la Mediación en EEUU” ...cit. p.23.

²⁴ Sobre este tema, véase el Libro Verde relativo a los modos alternativos de resolución de controversias en materia civil y comercial.

http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=it&type_doc=COMfinal&an_doc=2002&nu_doc=196. Último acceso el 10-2-2015.

hacia un tipo conciliador, como son *High Low Arbitration* y el llamado *Baseball Arbitration*. Entre ADR y arbitraje de equidad se coloca la técnica denominada *Night Baseball Arbitration*²⁵. De todos ellos hablaremos a continuación al abordar otros procedimientos ADR.

Tras lo expuesto, es obligado referirnos a la consolidación de los métodos de resolución de conflictos en Estado Unidos. Al respecto Gloria Moran, opina que en el derecho estadounidense la mediación, la conciliación y el arbitraje voluntario en conflictos laborales, administrativos y civiles se han consolidado y expandido notablemente en las últimas décadas, “gracias al impulso de los movimientos a favor de los derechos civiles desde los años sesenta, que han facilitado un mayor grado de sensibilidad social en la tutela de los derechos individuales, los derechos de las minorías, de los menores, de la mujeres y en la lucha contra la discriminación y segregación en sus múltiples variantes, sexual, racial y religiosa, cuya inicial expresión jurídica se manifiesta en la *Civil Righth Act* de 1964. Una ley federal que permitió reclamar la tutela y garantía de los derechos individuales”²⁶. Estos métodos, continua afirmando la autora, cada vez son empleados con más frecuencia y en todos los ámbitos: familiar, educativo, laboral, contractual, administrativo, de medio ambiente y salud pública, e incluso, resalta que entre organizaciones y entidades religiosas²⁷. Dicho éxito ha propiciado su expansión tanto en el ámbito multinacional y global, como su introducción dentro de las nuevas tecnologías.

En otro orden de cosas, y centrándonos en nuestro objeto de estudio, hemos comprobado cómo la mediación parte de una perspectiva diferente a las otras

²⁵ Cfr. GASANNO, G., *ADR (Alternative dispute Resolution). Transazione Arbitrate e risoluzione alternativa delle controversia*, Turín, 2006, p. 480; cit. por RUGGERI, L. “ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres”, 10 (2010) *Revista de los Estudios de Derecho y ciencia Política de la UOC*, p. 32-39.

<http://idp.uoc.edu/index.php/idp/article/viewFile/n10-n10-presentacion/n10-monografico-justicia-relacionada>. Último acceso el 10-2-2015.

²⁶ MORAN, G.M., “la Mediación en EEUU” ... cit. p. 17.

²⁷ *Ibíd.* p.18.

figuras (conciliación, negociación, arbitraje) y cómo necesita crear un contexto²⁸ propio, utilizando unas estrategias encaminadas, no solo a tener en cuenta la parte objetiva del conflicto, sino también la parte subjetiva nacida de la interrelación entre las partes. Las variables que intervienen en la mediación son tan numerosas que el enfoque a utilizar para mediar una desavenencia va a depender de la naturaleza del conflicto, su ambiente, la experiencia y recursos de quienes intervienen en dicha desavenencia, como después veremos al analizar los distintos modelos de mediación.

Las características expuestas en torno a los métodos citados permiten ver la idoneidad de uno u otro de cara a afrontar las gestiones y/o resoluciones de los distintos conflictos. Dado que, si bien es cierto que se han desarrollado distintas teorías de cara a seleccionar el método más apropiado a cada conflicto, nosotros coincidimos con los profesores Frank Sander y Lukasz Rozdeiczner en que esta conexión es “más un arte que una ciencia” y que, aunque existen elementos que pueden hacernos apostar claramente por uno u otro método, la decisión final en relación con esa elección no siempre satisfará plenamente a todas las partes²⁹. Por ejemplo, cuando una de las partes busca algo que solo puede ser otorgado por la vía jurisdiccional, como una disputa basada estrictamente en la interpretación de una norma, no tendría sentido recurrir a estas vías, sería más aconsejable seguir acudiendo al proceso judicial.

Los métodos expuestos están basados en la flexibilidad al servicio de la voluntad de las partes, pero la existencia de los grandes métodos puros, como pueden ser la negociación, mediación, arbitraje, conciliación, etc., no debe bloquear el que haya

²⁸ Vid. BUSTELO ELIÇABE-URRIOL., “Panorama actual de la Mediación Familiar”, 3 (2002) *Revista de Servicios Sociales y Política Social del Consejo General del Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social*.

²⁹ SANDER, F. E. A. y ROZDEICZER, L., “Selecting an appropriate Dispute Resolution Procedure”, cit. por SAIZ GARITAONAENDIA, A., “El Medarb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras”. En V.A. *Mediación y resolución de conflictos técnicas y ámbitos*. (Coord. Carretero Morales, E. y Ruiz López, C.), Tecnos, Madrid, 2013, p. 90.

otros, como los que vamos a ver a continuación, que sirvan para adaptar el procedimiento al conflicto, la naturaleza o el deseo de las partes³⁰.

2.2. Otros procedimientos de resolución de conflictos de carácter híbrido: los ADR (*Resolución Alternativa de Disputas*) en EEUU y Europa.

A. Peculiaridades.

El desarrollo de la democracia en las sociedades ha desembocado en la necesidad de buscar mecanismos en donde la Justicia sea más participativa para el ciudadano y con una conceptualización menos vinculada al pensamiento lineal existente, donde la subjetividad individual del conflicto tenga un mayor protagonismo. De ahí el nacimiento de las figuras multidisciplinarias que se han venido desarrollando a lo largo del siglo XX: las ADR (*Alternativa Disputes Resolutions*) en las sociedades de bagaje anglosajón o las RAC (*Resolución Alternativa de Conflictos*) en la cultura latina.

El “Big Bang” de las ADR se fecha en el año 1976, con la realización en los EEUU de la *Pound Conference*³¹, relativa al tema “*Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*”, en la cual participó el Prof. Sander que, en su exposición sobre las *Varieties of Dispute Processing*, propugna la existencia de otros medios de resolución de conflictos y apunta las limitaciones del sistema judicial.

Durante estos treinta años, la expresión “*Alternative Dispute Resolutions*” ha sido interpretada de diversas maneras, ya sea en referencia al conjunto de métodos para los cuales ha sido acuñada, o en relación con el modelo de Justicia que emplea, resulta ser más flexible que los rígidos mecanismos procesales y adecuados a las necesidades de los ciudadanos.

³⁰ SAIZ GARITAONAENDIA, A., cit. p. 101.

³¹ Conferencia organizada por el *Chief Justice Warren Burger*, Presidente del Tribunal Supremo de EEUU (1969-1986), formalmente conocida como *National Conference in the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, cit. por MARQUES CEBOLA, C., *La Mediación*. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013 pp. 32-40.

Tanto es así que la filósofa del Derecho, Dra. María Antonia Foddai³², afirma que con el tiempo, la “A” de “*Alternative*” ha sido interpretada como la “A” de “*Appropriate*” para indicar un modelo integrado y complementario de métodos de resoluciones de controversias, en lugar de uno bipolar fundado en la oposición entre la jurisdicción del Estado y los mecanismos privados e informales.

En la actualidad la expresión ADR es una expresión ampliamente difundida y empleada en el ámbito internacional. Precisamente por el hecho de ser un fenómeno transnacional, capaz de traspasar todos los límites políticos y culturales, y de radicarse en ordenamientos marcados por tradiciones jurídicas diferentes, el ADR propicia una gran variedad de formas y contenidos, todos reconducibles a la crisis de la justicia que sufren la mayor parte de los países occidentales y a las soluciones que cada uno de estos ha elaborado para encauzarla³³.

Así el jurista Michael Palmer y el antropólogo Simón Roberts³⁴ han definido el ADR como una “*fugitive label*” por los numerosos e incluso contradictorios significados que expresa³⁵.

EEUU. cuenta con unos mecanismos extrajudiciales que constituyen formas híbridas basadas en aquellos que son considerados los medios primarios de ADR, (mediación, conciliación, negociación, arbitraje) ya referidos. Estos van desde el *Mini-trial*, *Summary Jury Trial*, *Settlement Conference*, etcétera, hasta los sistemas

³² Recogido por FODDAI, M.A., “Conciliación y Mediación: ¿Modelos diferentes de resolución de conflictos?”. En V.A. *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I, (coord. Fernández Canales, C.), Reus, Madrid, 2010, pp. 42-43.

³³ *Ibíd.*, p. 44.

³⁴ Antropólogo legal, realizó un estudio de la Kgatla, un grupo tribal de Tswana en Botswana, observando un sistema piramidal de mecanismos de resolución, con una gran tendencia hacia la reconciliación. En donde Los ancianos actúan como mediadores no como jueces. Esta investigación fue publicada en 1972 como Ley de la familia Tswana. Contribuyendo sus argumentos a que el gobierno británico para reducir la cantidad de tiempo y dinero gastado en los procesos de divorcio se planteara medidas de resolución similares, en vez de acudir a las resoluciones judiciales en la Corte. Acceso digital, consultado 1 -5-2015
<http://www.theguardian.com/science/2014/jun/03/simon-roberts>

³⁵ FODDAI, M.A., “Conciliación y Mediación... cit. p, p. 44.

mixtos *Med-Arb*, que expondremos a continuación. Todos ellos forman parte del sistema de resolución de conflictos, coexistiendo con los tribunales o en su seno³⁶.

La razón por la que nos detenemos a relacionar estos mecanismos es porque nos permiten comprobar que existe un panorama de opciones diversas y estructuras diferentes más allá de los medios primarios que hemos visto. Por ello, aunque la mayoría están basados en los *American Way of Life*, ello no es óbice para que no se pueda pensar en implementarlos y así ampliar los medios extrajudiciales europeos.

Siguiendo a Marques Cebola, detallaremos sólo aquellos que a su juicio han obtenido más éxito.

B. *Mini-Trial*.

Esta denominación fue utilizada por primera vez por un periodista del *New York Times*, en 1997, para describir las exitosas negociaciones entre la *TRW Inc.* y la *Telecredit Inc.*, en un conflicto en materia de patentes.

El *Mini-Trial* es un mecanismo de resolución de conflictos en donde los abogados de las partes, en presencia de un tercero neutral que preside la reuniones, presentan tanto su material probatorio como la argumentación relativa a la disputa ante un comité generalmente constituido por los máximos responsables de cada empresa parte del conflicto. De este modo, cada parte tiene la oportunidad de presentar su posición en el conflicto y conocer la de su adversario.

Este procedimiento puede incorporar componentes de negociación y de arbitraje y se estructura en dos fases. En la primera, los abogados de las partes exponen al comité la prueba y los argumentos de su defensa, además de intentar convencer a la parte contraria de que su pretensión tiene fundamento. En la segunda fase se reúne el comité de decisores para discutir la resolución del conflicto. Las partes, después de haber oído los argumentos, podrán intentar obtener la transacción. Si el acuerdo no se logra el comité de decisores realiza su pronunciamiento sobre

³⁶ MARQUES CEBOLA, C., *La Mediación*. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013, p. 33.

cuál sería la posible solución; que recaería si el asunto fuera resuelto por un juez. Por supuesto este veredicto no es vinculante y sólo tiene como finalidad proporcionar a las partes una visión de cuáles pueden ser las ventajas e inconvenientes de una solución judicial, incentivando así una negociación transaccional entre ellas³⁷.

El jurista Mullerat Balmaña, expone que este sistema del *Mini-Trial* debe intentarse en la fase preprocesal, “cuando la perspectiva del coste del proceso más preocupa a las partes y el incentivo para alcanzar una transacción es mayor. De acuerdo con las estadísticas, los mini-juicios alcanzan su objetivo en el 90 por 100 de los casos”³⁸.

C. *Summary Jury Trial*.

Este modelo de ADR fue implementado por el Juez Federal (*Justice*) Thomas Lambros en el año 1980. La idea fue presentar un simulacro de un posible juicio para que las partes pudiesen verificar cómo los jurados podrían decidir en un tribunal³⁹.

Es un procedimiento muy similar al *Mini-Trial*, solo que en este caso los abogados someten el asunto a consideración de un jurado que emite un dictamen no vinculante. Es una simulación de un juicio sumario que anticipa el que las partes puedan tener una orientación sobre la resolución que obtendrían. Pujadas Tortosa expone que, “tras la exposición del veredicto, las partes pueden preguntar a los miembros del jurado acerca de la fundamentación o razones de su veredicto, lo

³⁷ *Ibíd.* p.37.

³⁸ MULLERAT BALMAÑA, R. M^a., “La Justicia alternativa (“*Alternative Dispute Resolution*”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, 3 (2002) *Anuario de Justicia Alternativa*. p. 58, cit. por MARQUES CEBOLA, C., *La Mediación*. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013, p. 37.

³⁹ MARQUES CEBOLA, C., cit. p. 37.

que les ofrece una importantísima información sobre qué hechos, alegaciones o argumentos han influido sobre la decisión y de qué manera”⁴⁰.

Cuando las partes han oído el dictamen, se reúnen para tomar un acuerdo. Si este no fuera posible, pueden recurrir a juicio, pero deben de tener en cuenta la confidencialidad, ya que en este caso las alegaciones de los abogados y toda la información obtenida durante el procedimiento no puede constituir medio de prueba en el proceso.

Lambros opina que este procedimiento es importante porque permite que las partes tengan una visión más realista de las posibilidades de éxito de su caso⁴¹.

D. Early Neutral Evaluation.

Esta modalidad promovida por primera vez en 1985 en el Distrito Norte de California y, debido a su éxito, es utilizado en sus tribunales desde 1988. En este procedimiento, el litigio es sometido al análisis de un experto que será neutral y designado por el Tribunal y se reunirá con las partes para exponer su opinión al respecto. En esta sesión “no se practicarán pruebas, ni hay posibilidad de examinar los testigos de la parte contraria”, con lo cual, “la finalidad básica de este método es aprovechar los conocimientos específicos que este tercero tiene sobre un área del Derecho sustantivo”⁴².

Este procedimiento tiene por objeto mejorar la comunicación directa entre las partes, además de proporcionar una evaluación del caso por un perito neutral, para facilitar una transacción.

Al igual que sucedía con el *Mini-Trial* y el *Summary Jury Trial*, el dictamen del perito no es vinculante y, asimismo, el procedimiento es confidencial y no puede ser trasladado al tribunal, con lo que las partes se reservan la posibilidad de acudir

⁴⁰ PUJADAS TORTOSA, V., “Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica” XVIII (2003) *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. pp. 71-118.

⁴¹ LAMBROS, TH., S., “The Summary jury trial, an alternative method of resolving disputes” 69 (1986/5) *Judicature*. pp. 286-290.

⁴² PUJADAS TORTOSA, V., cit. p. 110.

al juicio si no hubiera acuerdo. Además, a diferencia de aquellos, la participación de las partes es determinada por el Tribunal, que también designa al tercero neutral⁴³.

E. Settlement Conferences.

Son reuniones en las que un juez o magistrado ayuda a las partes a conseguir un acuerdo antes del juicio. En Europa equivaldría al intento de conciliación que realiza el juez en el ámbito del proceso. La diferencia estriba en que el juez que participa en la *Settlement Conferences* no puede conocer el asunto en vía judicial.

El *Settlement Judge* no impone un arreglo a las partes ni las coacciona. El acuerdo que se obtiene se plasma por escrito y se envía al juez responsable de la *Settlement Conferences*. Si no se obtuviere el acuerdo, el proceso continúa. Aquí también rige el principio de confidencialidad.

F. Sistemas *Med-Arb* y *Arb-Med*.

El sistema *Med-Arb* consiste en aplicar consecutivamente la mediación y el arbitraje. Para ello un tercero neutral intenta resolver el conflicto a través de la mediación. De no alcanzarse el acuerdo, se inicia entonces una segunda fase de arbitraje que concluiría con una decisión vinculante emitida por el árbitro. Este sistema suele ser bastante frecuente en las prácticas comerciales, en donde las partes han estipulado en sus contratos varias posibilidades para la resolución del conflicto.

Durante la Segunda Guerra Mundial se dieron experiencias que, se puede decir, cumplen las características más importantes del *Med-Arb*. Existe consenso en citar al mediador Sam Kagel como la primera persona que implementó un proceso de resolución de conflictos bajo el nombre de *Med-Arb*. Dicha experiencia tuvo lugar para hacer frente a una huelga de enfermeras en la ciudad de San Francisco en 1970. En dicho proceso, las partes renunciaron a la huelga y el cierre patronal,

⁴³ MARQUES CEBOLA, C., cit. p. 39.

otorgando al mediador el poder para establecer una solución vinculante en el supuesto de que llegaran al acuerdo. Tras esa experiencia, el *Med-Arb* ha ido ganando terreno en EEUU y, a pesar de las críticas que después analizaremos, tiene bastante aplicación en los conflictos de naturaleza laboral y los surgidos entre corporaciones o empresas y particulares con una relación continuada en el tiempo⁴⁴.

Las variantes de *Med-Arb* son numerosas, con alguna característica que las diferencia de la “fórmula pura”, pero tan solo citaremos aquellas más destacadas acudiendo a la clasificación ofrecida por Baril, M. B. y Dickey, D., recogida por el jurista Saiz Garitaonaendia⁴⁵:

- *Med-Arb* (con el mismo tercero), esta sería la forma más pura a la que ya hemos hecho referencia.
- *Med-Arb* (con diferente tercero), en donde el papel del mediador y del árbitro van a ser desarrollados por personas diferentes. Observamos cómo esta variante viene a salvar el problema del uso de la información confidencial y de la posible parcialidad que el *Med-Arb* acarrea con el mismo tercero, pero, en opinión de Saiz Garitaonaendia⁴⁶, no estaríamos ante un *Med-Arb* puro, “pues no fusiona las fórmulas en un verdadero híbrido, sino que se limita a presentarse como un sumatorio de ambas fórmulas, un *Med-Arb* que no combina las características de uno y otro”.
- *Med-Arb* con posibilidad de opción (*Med-Arb Opt-Out*).
Este supuesto funciona como el *Med-Arb* puro, con la salvedad de que cualquiera de las partes puede, una vez concluida la fase de mediación, solicitar la remoción del tercero y el nombramiento de otro para la fase de arbitraje. Ello permite a las partes mantener el control sobre la persona que ejercerá las funciones decisorias. Esta es una cuestión de gran transcendencia en el caso de que alguna de las partes no tuviera la

⁴⁴ SAIZ GARITAONAENDIA, A., “El Medarb como procedimiento...cit., p. 91.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 92.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 92.

confianza necesaria en el mediador y temiese que éste podría actuar de forma parcial en la fase de arbitraje.

- Mediación con arbitraje de oferta final (*Mediation&Last Offer Arbitration*)

Conocida como MEDALOA, esta variante implica la realización de una fase de mediación al uso. De no concluir en acuerdo, las partes remiten al mediador su oferta final y éste debe elegir la que considere más razonable. El ámbito “decisional” del mediador convertido en árbitro queda reducido a las dos ofertas remitidas por las partes, sin que el mediador pueda realizar aportación personal alguna. Este sistema puede tener la ventaja de que ambas partes tiendan a mejorar sus posturas al saber que el mediador-árbitro no va a realizar una nueva propuesta sino que elegirá la que considere mejor.

- *Med-Arb “flexible” (Mediation Windows in Arbitration).*

Permite que durante un arbitraje en curso y a petición de una de las partes, pueda comenzarse una mediación sobre todos o alguno de los puntos en conflicto. Se configura como una variante que aplica con total flexibilidad la mediación, pero parte de la base del arbitraje para introducir la solución dialogada de forma sobrevenida. Las partes pueden solicitar que la mediación sea realizada por un tercero distinto al árbitro o por éste mismo.

Respecto a la figura del *Arb-Med*, la secuencia se invierte, con lo que se realiza el arbitraje en primer lugar, para posteriormente proceder a desarrollar la fase de la mediación. En palabras de Marques Cebola, esta figura consiste en que “el tercero imparcial realice primero un arbitraje y, sin divulgar su decisión, indique a las partes si quieren negociar un acuerdo a través de mediación. Si la mediación llega a buen puerto, la decisión arbitral nunca es revelada. Si las partes no obtuvieran ningún arreglo, el árbitro expone su decisión que se torna en vinculante para las partes”⁴⁷.

⁴⁷ MARQUES CEBOLA, C., *cit.* p. 40.

Esta modalidad de mediación flexible, al realizarse previamente la fase de arbitraje, puede eliminar el problema de la potencial falta de confianza de las partes en el mediador y sus reticencias hacia una mediación con un proceso de arbitraje posterior dirigido por la misma persona.

El procedimiento *Arb-Med* fue propuesto inicialmente en los EE.UU. en la industria aeronáutica⁴⁸.

La Prof.^a Pujadas Tortosa señala como ventaja de los sistemas *Med-Arb* o *Arb-Med* el ahorro de tiempo y de esfuerzos, ya que no existe la necesidad de buscar un árbitro después de haber sido practicada una mediación sin éxito⁴⁹. Aunque, como la misma autora refiere, “el recurso a la mediación podría estar condicionado, puesto que las partes se cuidarán de no revelar toda la información al mediador sabiendo que seguidamente la misma persona puede decidir el caso”. Por lo tanto, la confidencialidad característica de la mediación no sería respetada.

G. Consumer Complaint Boards⁵⁰.

En esta modalidad el tercero orienta a las partes hacia una recomendación que estas pueden seguir o no. Este es el caso de los de los países escandinavos. El consumidor que inicialmente ha recurrido a dichos órganos de resolución de controversias puede, si la solución propuesta no le satisface, recurrir al juez.

H. High low arbitration.

Esta figura consiste en un arbitraje de equidad que se desvía más hacia una forma de tipo conciliador. Las partes, sin que lo sepa el árbitro, fijan un margen de fluctuación sobre las cantidades indemnizables y si el laudo arbitral es exorbitante, éste será reconducido a dicha cantidad fijada previamente.

⁴⁸ SPENCER, D., y BROGAN, M., *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, New York, 2006, p. 473, cit. por MARQUES CEBOLA, C., cit. p. 40.

⁴⁹ PUJADAS TORTOSA, V., cit. p. 112.

⁵⁰ Figura citada ya en el propio Libro Verde, presentado por la Comisión en Bruselas 19-4-2002, COM (2002) 196 final, al hablar sobre Modelos Alternativos en el ámbito civil.

I. *Baseball Arbitration.*

En este supuesto la tarea del árbitro es la de elegir la más razonable de entre las propuestas elaboradas por los contendientes, figura muy similar a la *Mediation & Last Offer Arbitration (MEDALOA)*.

J. *Night Baseball Arbitration.*

Ofrece a los contendientes la posibilidad de formular propuestas que no se presentan al árbitro. La controversia se resuelve siguiendo la propuesta de la parte más conforme a la propuesta efectuada por el árbitro⁵¹.

Tras la descripción de los ADR más relevantes hemos visto como los ADR evolucionan en función de los estudios, investigaciones y prácticas que se han ido desarrollando, dando lugar a una gran variedad. Asimismo hemos observado como en la base de todas estas figuras se encuentra la transacción y la negociación que, fusionándose y complementándose, originan una gran diversidad de modalidades. También hemos advertido que el fin hacia el que se encaminan todas ellas es el mismo, evitar el proceso judicial mediante la resolución pacífica de los conflictos.

Tras esta síntesis, enumeración y clasificación de la gran variedad de medios existentes para afrontar el conflicto podemos ya crear un marco conceptual para establecer claramente cuál es el papel del mediador, pues éste es el que va a determinar ante qué figura nos encontramos. Lucia Ruggeri, al efecto, y refiriéndose a las ADR, propuso dos sistemas de clasificación: uno precisamente referido a la intervención del tercero y el segundo fijándose exclusivamente en el medio usado para poner en contacto los sujetos en conflicto, las denominadas *On line Dispute Resolution (ODR)* de las que hablaremos expresamente en el apartado siguiente, dada la transcendencia que tienen y cómo se van a emplear en la mediación.

En función del papel que desempeña el tercero, esta autora establece una clasificación articulada en tres grupos⁵²:

⁵¹ Cfr. GASANNO, G., *ADR (Alternative dispute resolution). Transazione Arbitrate...* cit, 480.

- Dentro del primer grupo se refiere al tercero cuando, sin asumir una posición formal sobre la solución que tiene que dar a la controversia, ayuda a las partes a llegar a un acuerdo. Esta forma de resolución de la controversia equivaldría en los derechos internos nacionales a la “conciliación” o “mediación”.
- El segundo grupo lo circunscribe al tercero cuando es él quien encuentra la solución que después presenta a las partes⁵³. Estas formas de ADR están difundidas en el ámbito de las controversias relativas a los derechos del consumidor. El tercero se pronuncia sobre la solución idónea. Las decisiones de estos defensores son vinculantes para las empresas que se han adherido al sistema. En esta circunstancia, si el consumidor no queda satisfecho con la decisión tomada por el defensor, puede llevar el mismo pleito ante el juez.
- Dentro del tercer grupo la autora engloba al tercero cuando adopta una decisión para resolver la controversia. Esta decisión es vinculante para las dos partes en conflicto y puede ser adoptada en aplicación de las disposiciones normativas o según equidad. La decisión tomada por el árbitro posee la “la autoridad de cosa juzgada”, ello significa que una vez resuelta por el árbitro, no puede ser llevada ante el juez.

Este último grupo de formas de resolución alternativa de controversias es equiparable al arbitraje y, por ello, cabe recordar que parte de la doctrina no lo incluye dentro de los modos alternativos de resolución de las controversias ya citados.

K. Negotiated rulemaking.

También conocido de forma abreviada como “neg-reg” o “regulatory negotiation”, este reglamento negociado es un proceso de derecho administrativo estadounidense. Resulta un método interesante por dos razones: a) porque a diferencia de los otros métodos enunciados es un mecanismo que no se emplea en una disputa sino que su objetivo es que ésta no se produzca, por lo tanto es un método preventivo y b) porque suele intervenir como parte la Administración Pública.

⁵² RUGGERI, L., “ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres”, 10 (2010) *Revista de los Estudios de Derecho y ciencia Política de la UOC*, p. 32-39, acceso digital. Consultado el 25-4-2015 <http://idp.uoc.edu/index.php/idp/article/viewFile/n10-n10-presentacion/n10-monografico-justicia-relacionada>

⁵³ *Ibíd.*, p. 35.

Suele emplearse cuando un proyecto, ley o acto de Administración pública puede afectar a un colectivo de personas. Por lo que se invita a ese colectivo de personas que pudieran verse afectadas para negociar entre ellos y las autoridades públicas la gestación y puesta en marcha de esa ley, proyecto u obra de la Administración pública. Su pretensión es que a través del diálogo escuchando a todos los actores implicados (Administración, autoridades, grupo afectado, etc.) el posible impacto conflictivo que pueda visualizarse se minimice⁵⁴.

Fijar los límites de la noción de mediación y diferenciarla de otros términos o mecanismos de solución de controversias es tal vez uno de los elementos más complejos para el desarrollo de las bases de la mediación. Las distintas definiciones que se han hecho al respecto buscan establecer sus características y límites. De ahí su importancia y nuestro interés para diferenciarla del resto de figuras de resolución, solución o transformación de conflictos existentes, para después abordar la figura del mediador.

2.3 La comunicación a distancia y las ADR: nacimiento de las ODR (*On line Dispute Resolution*).

La segunda clasificación propuesta por Lucia Ruggeri, a la que hacíamos referencia en el apartado anterior, se basaba exclusivamente en el medio usado para poner en contacto a los sujetos en conflicto. Se refiere al uso específico de mecanismos de ADR a través de medios telemáticos de información y comunicación (TIC). Es decir, cuando entra en juego un medio de comunicación a distancia y la controversia puede resolverse “en línea”. En este caso, la resolución de la controversia toma el nombre de *On Line Dispute Resolution* (ODR).

Antes de entrar a enumerar la clasificación adoptada por la autora, creemos conveniente precisar ciertas cuestiones en torno a su irrupción en el panorama de las ADR.

⁵⁴ TORRES OSORIO, E., *La Mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p.115.

Las ODR comenzaron a utilizarse en EEUU y Canadá, cuando en el ciberespacio se prestan servicios de negociación asistida (mediación, conciliación, *med-arb* para consumidores, arbitraje, etc.). Las ODR son importantes, porque agilizan la búsqueda de soluciones a los conflictos; sin embargo, y a pesar de las ventajas tecnológicas, el acceso a estas opciones y la obtención de la ejecución judicial de tales resoluciones obtenidas por medio electrónico, aún generan obstáculos en cuanto a la seguridad jurídica⁵⁵.

Las siglas ODR, del inglés *Online Dispute Resolution*, no se corresponden con un concepto legal sino más bien práctico. El acrónimo es empleado para referirse a diferentes tipos de procedimientos y técnicas de solución de conflictos que tienen en común el hecho de utilizar la tecnología de la comunicación y la información. La caracterización “*online*” alude a que el método de provisión del servicio de resolución de diferencias es suministrado “en línea”. En otras palabras, cuando las diversas fases del procedimiento, como la presentación de escritos, las notificaciones, las deliberaciones y los resultados, son llevados a cabo a través de medios electrónicos utilizando plataformas multifuncionales, software de negociación, firma electrónica, salas de chat sincronizadas o no sincronizadas, correos electrónicos, videoconferencias, etc.⁵⁶ Actualmente todas estas herramientas se ven ya superadas por nuevas formas de comunicación como la Web 2.0⁵⁷, o el *cloud computing*, que permite la prestación de servicios de computación en internet (la nube) y eliminan, para los proveedores, la necesidad de gestionar por sí mismos los recursos informáticos necesarios para la prestación de sus servicios⁵⁸. La facilidad que estos avances proporcionan ha hecho necesario

⁵⁵ *Ibid.*, p. 117.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 117.

⁵⁷ Término que aglutina los nuevos desarrollos de internet dinámico que permite la interoperabilidad de los usuarios en los contenidos (redes sociales, servicios de alojamiento de vídeos, *blogs*, *Wikis*...)

⁵⁸ SANZ PARRILLA, M., “El uso de medios electrónicos en la Mediación”. En V.A. *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y ámbitos*. (Coords. Carretero Morales, E. y Ruiz López, C.) Tecnos, Madrid, 2013, p. 337.

delimitar los tipos de transacciones electrónicas según el perfil de los usuarios y establecer un régimen jurídico adecuado de protección para cada uno de ellos.

Convencionalmente se acepta que hay tres tipos de transacciones electrónicas:

- a) B2B (*business to business*): transacciones comerciales entre empresarios
- b) B2C (*business to consumer*): transacciones comerciales entre una empresa o un profesional y un consumidor.
- c) C2C (*consumer to consumer*)/P2p (*peer to peer*): transacciones comerciales entre dos particulares, sin que ninguno de ellos tenga la condición de empresario o profesional en el marco de esa transacción. Aunque estas transacciones pueden no tener contenido comercial, especialmente en el caso de las P2P⁵⁹.

Y a todas ellas son de aplicación un nuevo género de normas jurídicas, el Derecho electrónico que, desde los inicios del siglo XXI, trata de fijar el equilibrio entre el impacto del nuevo entorno tecnológico en las relaciones comerciales y las instituciones jurídicas preexistentes, cuya naturaleza no se modifica por el cambio en el modo de contratación⁶⁰.

Según el catedrático de Derecho Mercantil Illescas Ortiz⁶¹, este derecho del comercio electrónico se sustenta sobre cuatro principios básicos, recogidos en la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL/ CNUDCI⁶² sobre comercio electrónico de 1996:

- a) Principio de equivalencia funcional de los actos electrónicos y los actos manuales.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 337.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 337.

⁶¹ ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la Contratación Electrónica*, Cívitas, Madrid, 2009, cit. por SANZ PARRILLA, M., "El uso de medios electrónicos en la Mediación". En V.A. *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y ámbitos*, (coords. Carretero Morales E. y Ruiz López, C.), Técno, Madrid, 2013, p. 338.

⁶² CNUDMI/UNCITRAL/CNUDCI, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional/*United Nations Commission for the Unification of International Trade Law/Commission des Nations unies pour le droit commercial international*.

- b) Principio de neutralidad tecnológica, que permite recoger cualquier desarrollo en la técnica que haga posible nuevas formas de comunicación.
- c) Inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos.
- d) Buena fe.

Estos principios, que adelantamos en este apartado, han sido recogidos por la normativa comunitaria en materia de comercio electrónico, así como por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (SICE) y que, por lo tanto, deberemos de tener en cuenta, no solo a la hora de tratar las nuevas tecnologías en la mediación relativas al alcance jurídico, sino también para establecer el régimen de los mediadores y de las instituciones de mediación *online* que puedan establecerse en España, a las que haremos referencia en su momento.

Una vez realizadas las anteriores consideraciones generales sobre las ODR, retornamos a la clasificación realizada por Ruggeri⁶³, y sobre la que tampoco existe una catalogación precisa de las ODR; así esta autora distingue entre:

- *Blind-bidding*.

Se emplea para controversias de carácter pecuniario. Las partes en conflicto envían propuestas transaccionales a través de un programa informático que garantiza la privacidad. El programa está configurado de tal forma que permite que los importes propuestos puedan compararse y se sugieren pujas ulteriores hasta alcanzar un porcentaje predefinido. La puja se circunscribe temporalmente y al llegar al porcentaje fijado, el sistema avisa a las partes de que se ha conseguido un acuerdo y comunica la cantidad, fruto de la media aritmética de los últimos importes propuestos.

- *Assisted negotiation*.

La negociación asistida utiliza software de gestión de información, lo que le permite a las partes una comunicación más efectiva mediante la reformulación de los argumentos utilizados⁶⁴. Las partes en conflicto entran directamente en

⁶³ RUGGERI, L., "ADR y ODR y su taxonomía. La identificación..." cit. 32-39.

⁶⁴ TORRES OSORIO, E., cit. p. 118.

contacto a través de un sistema informático que, mediante fases sucesivas, proporciona a los usuarios una serie de soportes informativos: hipótesis de acuerdo, sugerencias útiles para poder alcanzar un acuerdo proficuo.

- *Mediation.*

Se hace a través de una conexión a distancia. Los contendientes son seguidos por un tercer mediador que los guía y les aconseja con el fin de encontrar una solución que pueda ser aceptada por ambas partes en conflicto.

- *Arbitration..*

Siempre a través de un medio de comunicación a distancia, los litigantes confieren a un tercero un mandato para transigir (arbitraje de equidad). En la praxis difundida en los Estados Unidos, es el mismo programa informático el que localiza al árbitro que, a través del correo electrónico o de un *chat*, siempre de forma reservada, recibe la información sobre el caso y formula una decisión basada en la equidad en un tiempo breve preestablecido.

Los servicios ODR⁶⁵ han sido desarrollados para diferentes propósitos. Algunas ODR, tales como *CyberSettle*, se crearon para alcanzar agilidad y rentabilidad al

⁶⁵ Existe un gran número de proveedores de servicios ODR de los cuales enunciamos algunos de ellos a título meramente informativo: *All American Dispute Resolutions Online (AADROL)*, <http://WWW.medi84u.com>; *American Arbitration Association (AAA)*, <http://WWW.adr.org>; *Asian Domain Name Dispute Resolution Centre*, <http://www.adndrc.org>; *Camera Arbitrale di Milano*, <http://www.camera-arbitrale.com>; *Chartered Institute of Arbitrators*, <http://www.arbitrators.org>; *Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP)*, <http://www.aegisolutions.fr/cmap-reco/>; *ConflictResolution.com*, <http://www.conflictresolution.com>; *DisputeManager*, <http://www.disputemanager.com>; *Electronic Consumer Dispute Resolution*, <http://www.ecodir.org>; *Electronic Courthouse*, <http://www.electroniccourthouse.com>; *Freiwilligen Selbstkontrolle Multimedia*, <http://www.fsm.de>; *Euoropean Institute for Conflict Management*, <http://www.eucon-institute.com>; *Fair Shake*, <http://www.fairshakeodr.com>; *Hong Kong International Arbitration Centre*, <http://www.hkiac.org>; *International Chamber of Commerce*, <http://www.iccwbo.org>; *The Internet Ombudsman*, <http://www.theinternetombudsman.com>; *ICANN Ombudsman*, <http://www.icann.org/ombudsman>; *Der Internet Ombudsman*, <http://www.ombudsman.at>; *JAMS*, <http://www.jamsadr.com>; *Juripax*, <http://www.juripax.com>; *Mediation Arbitration Resolution Services*, <http://www.resolvemydispute.com>; *Médiateur du Net*, <http://www.foruminternet.org>; *Medaition Now*, <http://www.mediationnow.com>; *PayPal/eBay Resolution Center*, <http://www.paypal.com>; *Risolvi Online*, <http://www.risolvionline.it>; *Settle Today*, <http://www.settletoday.com>; *Smart Settle*, <http://www.smartsettle.com>; *Telecommunications Industry Ombudsman*, <http://www.tio.com.au>; *TRUSTe*, <http://www.truste.org>; *CyberSettle*, <http://www.cybersettle.com>.

decidir las controversias monetarias; mientras que otras, como *eBay*, se hicieron para construir confianza; en el resto de casos, para ahorrar costos, generar consenso, cumplir con requisitos del gobierno o evitar conflictos⁶⁶.

En la actualidad existen organismos que prestan servicios ODR y ofrecen licencias para que otros utilicen su software, ya sea en línea o en sus sistemas *Stand Alone* propio⁶⁷.

El éxito de estos procesos automatizados depende de la naturaleza del conflicto, la precisión de la información comunicada al sistema y la capacidad del software a la hora de examinar y resolver las controversias⁶⁸.

Bueno de Mata enumera varias ventajas sobre la mediación electrónica de sumo interés que, a su vez, fueron analizadas dentro de su contexto por Torres Osorio. A continuación y por su interés intrínseco reproduciremos cada una de ellas y las respectivas observaciones realizadas por esta última autora que sistematizamos en tres mecanismos:

- Rapidez en la resolución de conflictos. Internet es una vía de comunicación que resuelve conflictos de una forma muy rápida, gracias al intercambio instantáneo de comunicación entre personas que pueden estar situadas en puntos geográficos distintos. A su vez, esto tendría aparejada una ventaja adjunta a dicha celeridad, que sería el caso de mediar sin fronteras en todo el mundo⁶⁹. Sobre esta ventaja, Torres Osorio considera que, para llegar a esto, los organismos transnacionales, como por ejemplo Naciones Unidas o la

⁶⁶ TORRES OSORIO, E., cit. p. 118.

⁶⁷ Por ejemplo, *Juripax* y *TheMediationRoom.com* producen software, proporcionado así un espacio en línea privado para ayudar a un mediador a realizar mediaciones *online*. Estas plataformas se ofrecen, con licencia, a las entidades comerciales o usuarios privados. Versiones que van desde la básica hasta versiones más sofisticadas para grandes organizaciones (con servicios de pagos extendidos. Funcionalidades como panel de discusión, tomas de medida, opciones de idioma, marca, personalización etc.). TORRES OSORIO, E., cit. p. 118.

⁶⁸ CORTES, P., "Un modelo para la acreditación de los sistemas ODR en la Unión Europea", 10 (2010) *Revista internet Derecho y Política, Universitat Oberta de Catalunya*, pp. 4-7.

⁶⁹ Con más detalle en BUENO DE MATA, F., "Mediación On line: ¿la mediación del futuro?". En *La Mediación en materia de familia y Derecho Penal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp. 85-102.

Unión Europea, deberían emitir directivas al respecto, para proteger así al usuario de la ODR y para garantizar la calidad del prestador del servicio (institución mediadora y mediador a través de medios electrónicos)⁷⁰ .

- Base de datos para dar fiabilidad al mecanismo. Bueno de Mata sugiere la posibilidad de crear una base de datos a través de las resoluciones que han ido poniendo remedio a los conflictos vía *online* para perfeccionar la técnica de aquí a un futuro cercano⁷¹. Pero para Torres Osorio, esta propuesta “vulnera el nivel de confidencialidad que tiene la mediación; las grabaciones y la documentación de reuniones de mediación o similares pueden ser utilizadas para formación o investigación, previa autorización por escrito de todas las partes intervinientes en dicho procedimiento”⁷².
- Ahorro para las partes , como indica Bueno de Mata si miramos desde el punto de vista del mediador las ODR supondrían un mayor ahorro del tiempo laboral con el que hacer frente a nuevos clientes y con el que generar mayores ingresos ⁷³. Pero esta concepción tampoco es compartida por Torres Osorio, en base a que la mayoría de las plataformas de mediación por medios electrónicos funcionan con recursos privados y, si éstas no tienen buena difusión y manejo de marketing, no son rentables. Además, considera que mientras que no se difunda y se enseñe a la comunidad en general a resolver los conflictos a través de las ADR o de las ODR, estas no generarán recursos de subsistencia al mediador para que este pueda dedicarse de manera profesional. Sí podría favorecer al usuario sobre todo si lo hace a través de instituciones o centros de ODR de carácter público, pero no para quien brinde el servicio de forma privada⁷⁴.

⁷⁰ TORRES OSORIO, E., cit. p. 119.

⁷¹ BUENO DE MATA, F. cit. p. 99.

⁷² TORRES OSORIO, E., cit. p. 119.

⁷³ BUENO DE MATA, F. cit. p. 100.

⁷⁴ TORRES OSORIO, E., cit. p. 119.

En nuestra opinión, las observaciones de ambos autores son dignas de tener en cuenta porque ambos ilustran las ventajas e inconvenientes de forma reveladora y significativa, cuestiones que no podemos perder de vista. Por eso hemos considerado necesario precisar, también aquí, que todas las formas de resolución de las controversias, tanto a nivel comunitario como nacional, tienen que llegar a acuerdos cuyos contenidos no contradigan el orden público.

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 su artículo uno⁷⁵, establece expresamente que la mediación no puede operar para los derechos y las obligaciones no reconocidos a las partes por la pertinente ley aplicable.

El carácter indisponible de un derecho no sería deducible en mediación. El artículo 6⁷⁶ de la misma norma dispone que no se conceda ejecutividad al acuerdo si el contenido de éste es contrario a la ley del estado miembro en el que se presenta la solicitud o si la ley de dicho estado miembro no prevé su ejecución.

Pero ¿cuáles son las materias sobre las que no pueden disponer las partes en cada país?

Volviendo a Lucia Ruggeri, para responder a esta cuestión es inevitable la conexión con el concepto de “orden público” que puede hacer las veces de parámetro de validez de la actividad de los particulares, y manifiesta que:

⁷⁵ 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.

Artículo 1. Finalidad y ámbito de aplicación. 1. El objetivo de la presente Directiva es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.

⁷⁶ *Ibíd.*

Artículo 6. Carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación 1. Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. 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.

“El fruto del ADR o del ODR es un acuerdo destinado a vincular a partes ubicadas en uno o más estados. Sobre la base de la ley aplicable, localizable en el Reglamento Roma I o en la Convención de Roma, se establecerá cuál es la ley aplicable a la relación controvertida y, sobre la base del concepto de orden público operante en dicha ley, se podrá verificar la disponibilidad o no del derecho. En el caso de que todos los sujetos de la relación se encuentren en un mismo país, no surgen problemas especiales de individuación del derecho aplicable. En cambio, si el mediador opera en un estado distinto al de los litigantes o del de uno de los dos litigantes, la transnacionalidad del caso requiere una respuesta en términos de ley aplicable. La reglamentación incluida en la Directiva 2008/52 es demasiado escasa y solo contempla los principios generales que deben regular la actividad del mediador”⁷⁷.

Por lo tanto, Ruggeri sostiene que es necesario vigilar la praxis contractual para que la triangulación de la relación de mediación no facilite la ocasión de eludir las normas de protección de las partes débiles de la relación utilizando el rodeo de las normas barreras basadas en el orden público⁷⁸. Como consecuencia de los nuevos acuerdos entre los países y los nuevos bienes (alquiler de úteros, uso de células humanas, etc.) cada vez resulta más difícil la delimitación de la frontera de lo disponible y lo indisponible. Por lo tanto sólo un análisis estructural y funcional correcto de los fenómenos ADR y ODR junto con un control constante de la praxis y de los códigos de conducta, podrán dar una solución a los numerosos problemas que pueda plantear el uso de dichas técnicas⁷⁹.

En los últimos veinte años, el uso de las comunicaciones electrónicas ha experimentado un gran avance que ha supuesto un cambio importante tanto en las relaciones personales como comerciales, introduciéndonos en la “Sociedad de la

⁷⁷ RUGGERI, L., cit. pp. 39-40.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 40.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 40.

Información”⁸⁰. Dicha sociedad se sostiene sobre cuatro elementos: usuarios, información, estructura y entorno, que deben de ser tenidos en cuenta a la hora de valorar el grado de competencia de un individuo como usuario de las tecnologías de la información, porque, a pesar de las ventajas que pueden aportar las tecnologías (accesibilidad al conocimiento, inmediatez, flexibilidad), no debemos ignorar aquellas barreras que dificultan o imposibilitan el acceso a la información a determinados perfiles de usuarios (discapacidad visual o auditiva, ausencia de alfabetización informacional, etc.).

En este sentido, la posibilidad de la mediación *online* nos conduce a otro debate, el que debe construirse en torno a la necesidad de delimitar los tipos de transacciones electrónicas según el perfil de los usuarios y establecer un régimen jurídico adecuado de protección.

En palabras de Saiz Garitaonaendía⁸¹, que sintetiza los postulados de Sander y Goldberg: “desde la filosofía ADR es el proceso el que debe adaptarse al problema, y no el problema al proceso”. Esa realidad ha llevado a algunos autores a sugerir el término *Adaptive ADR*, para dejar constancia de un procedimiento flexible y adaptable, que no se limita a la implementación de mediaciones o arbitrajes como compartimentos estancos, sino que combina notas de estos e incluso de otros, como la conciliación, para construir un resultado más apropiado de cara a la resolución de cada conflicto individualmente considerado.

Lo que es evidente es que tras casi un lustro de experimentar con las ODR, tratando de implementarlas y expandirlas, se podría decir que se encuentran aún en un momento de inflexión, puesto que existen aún demasiados aspectos que impiden su adecuada incardinación en el ordenamiento jurídico. La falta de interacción entre las técnicas on line y el derecho normativo, la incertidumbre de los resultados obtenidos con estos métodos, unido a la proliferación de prácticas, reglamentos y normativa dispar y heterogénea, incluso podríamos decir que a

⁸⁰ SANZ PARRILLA, M., “El uso de medios electrónicos... cit. pp. 336-338.

⁸¹ SAIZ GARITAONAENDIA, A., cit. p. 101.

veces contradictoria, no están contribuyendo a su consolidación⁸² como cabría de esperar.

Por todo lo expuesto y a la vista de los análisis doctrinales que hemos recogido consideramos necesario sistematizar estándares y principios, tanto dentro de las ODR como de las ADR, que nos permitan identificar modelos que propicien la armonización de los procedimientos a nivel nacional e internacional, pero sin perder de vista uno de los principios que deben conformar estos modelos: la flexibilidad. Un exceso de normativización provocaría el mismo error que actualmente ha empujado al sistema judicial hacia una crisis inevitable: la rigidez. Los métodos expuestos y la administración de Justicia no tienen por qué ser contrapuestos, sino que deben de ser complementarios y poder interaccionar entre sí.

La globalización empuja a la eliminación de obstáculos legales y formales que faciliten el comercio y la comunicación a nivel mundial, por lo tanto se debe eliminar la normativa contradictoria e inoperante, situaciones que las modalidades de resolución de conflictos podrían ayudar a resolver. Aunque implementar estos medios extrajudiciales en contextos cuya cultura mantiene una tradición jurídica de derecho civil o continental, como es nuestro caso, no va a resultar igual de fácil que implementarlos en contextos con tradición jurídica de *Common Law*. En el primer caso, los tribunales se muestran más recelosos porque su tradición los ha erigido en garantes exclusivos del respeto del orden público y de las normas imperativas en la aplicación del Derecho. Sin embargo, en el *Common Law* son los propios tribunales los que estimulan estos medios como un paso previo a la vida jurisdiccional⁸³.

⁸² VILALTA, A.E., "Resolución electrónica de disputas. Primeras reflexiones en torno a la necesidad de un marco normativo internacional", 10 (2010) *Revista de los Estudios de Derecho y ciencia Política de la UOC*, pp.16-17. Acceso digital. Consultado el 22-5-2015.
<http://idp.uoc.edu/index.php/idp/article/viewFile/n10-n10-presentacion/n10-monografico-justicia-relacionada>.

⁸³ *Ibíd.*, pp. 17-19.

2.4 Cómo seleccionar el método idóneo para afrontar el conflicto.

Hemos visto como todos los mecanismos de resolución de conflictos son diferentes entre sí y como operan de distintas formas, ello nos sugiere la siguiente pregunta ¿Cómo identificar el procedimiento idóneo para aplicar a cada tipo de conflicto?

A. Presupuestos.

El destacado filósofo jurídico estadounidense Lon Fuller⁸⁴, considerado por muchos como el “*Jurisprudent of ADR*” fue uno de los primeros autores que definió los principios de aplicación de los diferentes medios de resolución de conflictos, asignando a cada uno su particular integridad funcional y su propia moralidad⁸⁵.

La necesidad de relacionar un conflicto con el sistema más adecuado para su resolución empieza a cobrar importancia en los años cincuenta con la escuela denominada “*Process Pluralism*”⁸⁶. Esta corriente mantiene seguidores, como los profesores Frank Sander y Stephen Goldberg, que, bajo el lema “*fitting the forum to the fuss*”⁸⁷, defienden dicha postura. Y mantienen que la cuestión de relacionar un conflicto con el método adecuado puede ser analizado siguiendo dos perspectivas: a) partiendo de las características de cada método (*The forum*); b) atendiendo a los objetivos e intereses de las partes. En la primera perspectiva, el método apropiado será aquel cuya descripción y características mejor respondan a las propias particularidades del conflicto que se pretende resolver. En la segunda perspectiva,

⁸⁴ Vid. FULLER, L.L. *La moralità del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1986. Filósofo jurídico estadounidense, escribió “La moral de la Ley” discutiendo la relación entre derecho y moral. Fue profesor de Derecho de la Universidad de Harvard. Su debate con H. L. A. Hart en la *Harvard Law Review*, resultó de gran interés para la definición de los conflictos modernos entre el positivismo jurídico y la ley natural.

⁸⁵ MARQUES DE CEBOLA, C., cit. p. 62.

⁸⁶ MENKEL-MEADOW, C., “The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices”, 11(3/1995) *Negotiation Journal*, pp. 217-242, cit. por MARQUES DE CEBOLA, C. cit. p. 62-63.

⁸⁷ Su traducción literal sería: “Montaje del foro para el alboroto”.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=572042. Consultado el 19-3-2015

el método adecuado es determinado por la capacidad de respuesta a los objetivos de las partes⁸⁸.

Sin embargo más recientemente Sander Y Rozdeiczer conjugaron las dos concepciones bajo un nuevo lema “*fitting the forum to the fuss and the fuss to the forum*”, en donde los autores intentaron determinar el método más apropiado en tres fases, dando lugar a tres categorías.

- Primera fase (objetivos): estudiar los intereses de las partes.
- Segunda fase (características): analizar las características de cada método a aplicar.
- Tercera fase (impedimentos): observar cómo las particularidades de cada método superan mejor los impedimentos a la resolución efectiva de la disputa.

Atendiendo a los factores apuntados, Sander y Rozdeiczer, consideraron que la mediación es el método que tiene mayores probabilidades de lograr la “Óptimo de Pareto”⁸⁹, que consiste en beneficiar más elementos de un sistema sin perjudicar a otros. Por lo tanto sugieren que debe ser la mediación la primera elección de las partes para resolver sus disputas, salvo que las partes la rechacen o existan impedimentos legales. Sin embargo, Marques Cebola considera que el punto de partida no deberían ser los intereses de las partes, sino las características de cada medio de resolución del conflicto disponible para las partes en relación a cada disputa. En primer lugar porque la autora considera que las partes pueden tener intereses diferentes e incluso antagónicos, y ante intereses incompatibles, ¿cómo elegir el mejor medio de resolución de conflictos?. En segundo lugar porque la ley

⁸⁸ *Ibid.*, cit. p. 63.

⁸⁹ También llamado *Pareto-optimalidad* u *Óptimo paretiano*. El concepto de eficiencia de Pareto, enunciado por V. Pareto, es aquella situación en la cual se cumple que no es posible beneficiar a más elementos de un sistema sin perjudicar a otros, basándose en criterios de utilidad: si algo genera o produce provecho, comodidad, fruto o intereses sin perjudicar a otro, provocará un proceso natural de optimización hasta alcanzar el punto óptimo. Para más información sobre el concepto, *vid.* PARETO, V., *Cours d'économie politique*, reeditado por Bousquet, G.H. y Busino, G., Libraire Droz, París, 1964, cit. por MARQUES CEBOLA, C., *La Mediación*. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2013, p. 68.

suele establecer restricciones materiales a la aplicación de cada método, y no sería oportuno cuestionar a las partes sobre sus objetivos respecto a los mecanismos de resolución de su conflicto si el método considerado más apropiado, no puede después ser aplicado por restricciones legales⁹⁰.

Cada medio de resolución de conflictos que hemos visto tiene sus características y ventajas funcionales, pero no todos los ordenamientos jurídicos cuentan con todas las formas híbridas o mixtas estudiadas, y menos la realidad española, en donde la introducción de la mediación, a pesar de las consideraciones de Sander y Rozdeiczer, sigue siendo la gran desconocida.

Todo ello nos lleva a explorar el modelo “Multi-door Courthouse” y la posibilidad de implementarlo en Europa.

B. Las Multi-door Courthouse.

El concepto de Multi-door Courthouse (Tribunal multi-puerta) fue sugerido por primera vez, en 1976, por el profesor de derecho de Harvard, Frank E.A. Sander, en la conferencia sobre las causas de insatisfacción popular con la Administración de la Justicia, conocida comúnmente como la “Conferencia de Libra”. Sander propuso asignar ciertos casos a procedimientos alternativos de solución de controversias, integrando en un mismo espacio varios métodos de resolución de conflictos judiciales y extrajudiciales⁹¹. Según el autor, el conflicto sería llevado al “tribunal multipuertas, “donde lo recibiría un funcionario que, tras analizar la naturaleza del conflicto, indicaría a las partes el método apropiado para su resolución. De este modo, el “edificio institucional” donde se reunirían los medios de solución de conflictos estaría dividido en diversas puertas que representarían los distintos métodos y serían abiertas teniendo en cuenta su adaptabilidad y ventajas resolutivas en relación al litigio. Para Sander y Rozdeiczer la primera puerta que se abriría a las partes para intentar resolver su litigio en un tribunal

⁹⁰ MARQUES CEBOLA, C., cit. p. 69.

⁹¹ SANDER, F., “Varieties of Dispute Processing”, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*, Edit. Leo Levin, A. y Wheeler Russel, R., West, 1979, pp.65-78, cit. por MARQUES CEBOLA, C., cit. p. 70.

“multipuertas” sería la mediación. De ahí la importancia de establecer las bases de esta figura y sus potenciales limitaciones.

2.5. Los medios extrajudiciales: ¿son medidas alternativas a la resolución de conflictos?

Anteriormente hemos hablado de los medios de solución de conflictos, denominando **primarios** a la mediación, negociación, conciliación, y arbitraje e **híbridos** al *Mini Trial*, *Summary Jury Trial*, *Early Neutral Evaluation*, *Sttlement Conferences* y sistemas combinados: *Med-Arb* (mediación-arbitraje) o *Arb-Med* (arbitraje-mediación).

Sin embargo, las denominaciones que se utilizan mayoritariamente para referirse a estos medios extrajudiciales de resolución de conflictos se inscriben bajo el término “alternativo”, con independencia de que se los denomine métodos, técnicas, gestión o resolución, como así lo recoge Gorjón y Steele en la tabla que reproducimos a continuación:

ADR	Alternative Disputes Resolution
MARD	Métodos Alternos para la Resolución de Disputas
MASD	Métodos Alternos para la Solución de Disputas
MASC	Métodos Alternos para la Solución de Conflictos
MARC	Métodos Alternativos de Resolución de controversias
RAC	Resolución Alternativa de Conflictos
RAD	Resolución Alternativa de Disputas
TARC	Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos
GAC	Gestión Alternativa de Conflictos
GAD	Gestión Alternativa de Disputas
JUSTICIA ALTERNATIVA	Título que se le asigna a los Métodos Alternativos en algunas legislaciones.

Fuente: Gorjón & Steele⁹².

El término “alternativo”, acuñado por la escuela norteamericana, ha sido muy cuestionado por los expertos en la materia.

⁹² GORJON, F., STEELE, J., *Métodos alternativos de Solución de Conflictos*. Oxford University Press, México 2008, p. 18.

Veamos Mackie⁹³ crítica esta designación de “medios alternativos” por tres tipos de razones que sintetizamos:

- En primer lugar, porque hay conflictos jurídicos que difícilmente son llevados ante los órganos jurisdiccionales. Entre ellos cita las disputas de vecinos o consumidores porque, al ser conflictos menores, según el autor, difícilmente llegan al sistema judicial, por lo tanto para este tipo de conflictos, los medios extrajudiciales no son una alternativa, sino que se convierten en la única vía para que los ciudadanos tengan una respuesta jurídica a su problema.
- En segundo lugar, porque en un porcentaje elevado de litigios las partes no llegan a la fase de juicio debido a que alcanzan un acuerdo (judicial o extrajudicial) antes de la realización de éste.
- En tercer lugar, el autor apunta que el término alternativo tiene una desafortunada conexión con un movimiento rebelde que intenta excluir la utilización de órganos jurisdiccionales y profesionales jurídicos para la resolución de litigios, cuando afirma que es todo lo contrario. La implementación de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, deberá de tener como objetivo primordial desarrollar una mayor implicación por parte de abogados y jueces en el proceso selectivo del mecanismo adecuada a cada situación⁹⁴.

Barona Vilar⁹⁵ hace una exposición interesante en torno al concepto de “medidas alternativas” y manifiesta que entonces también habría que partir del dato de que también el Poder Judicial es una alternativa a la fuerza, a la violencia, a la anarquía o a tomarse la justicia por cuenta propia

⁹³ MACKIE, K. J., *A handbook of dispute resolution. ADR in action*, Routledge, New York, 1991, p. 4, cit. por MARQUES CEBOLA, C. *La Mediación...* cit., p. 58.

⁹⁴ MARQUES CEBOLA, C., cit. p. 58.

⁹⁵ Cfr. BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos: “Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

M. Taruffo⁹⁶ opina que los medios de resolución extrajudicial de conflictos podrían considerarse alternativas al proceso, siempre y cuando ofrecieran una tutela equivalente de los derechos de las partes y que estas pudieran elegir el medio para resolver su disputa. No obstante, como refiere este autor, si la justicia pública no es accesible y eficiente, los medios extrajudiciales se transforman en instrumentos necesarios y no constituyen, de este modo, una alternativa, sino una "inevitabilidad".

Una vez más, nuestra labor de compilación doctrinal nos muestra un panorama plural, pudiendo darse una relación de alternatividad, complementariedad o incluso sustitución entre el proceso y los medios extrajudiciales. Por ello mientras los expertos en la materia siguen con su debate conceptual, la realidad es que, según el país donde nos encontremos, las formas pacíficas para enfrentarse al conflicto adquieren denominaciones diferentes, pero independientemente del nombre con el que se las identifique y la disputa teórica sobre su denominación, su fondo es el mismo, ya que intentan agrupar las distintas modalidades para enfrentarse al conflicto o a la disputa que, como hemos apuntado anteriormente, son conceptos que difieren entre sí.

En consecuencia, la pregunta primordial, no es qué tipo de relación debe existir entre el proceso y los medios extrajudiciales de resolución de conflictos, pues en teoría todas son posibles, sino qué medio aplicar en cada caso concreto que permita, a su vez, responder a diferentes necesidades⁹⁷.

Este análisis nos lleva a una propuesta:

¿Sería viable en el momento presente introducir los tribunales multipuertas en nuestra sociedad?

⁹⁶ TARUFFO, M., "Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti" *Revista de proceso*, año 32, núm. 152, Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), octubre 2007, pp. 322-331, cit. por MARQUES CEBOLA, C., *La Mediación...* cit. pp. 58-59.

⁹⁷ MARQUES CEBOLA, C., cit. p. 61.

-CAPÍTULO III-**LA MEDIACIÓN: MARCO JURÍDICO EN ESPAÑA**

- 3.1. Consideraciones generales: introducción de las ADR/MASC en el sistema judicial español
- 3.2. La mediación en el ámbito de las distintas Comunidades Autónomas (CC. AA.)
 - A. Criterios de comparación
 - B. Valoración de los criterios de comparación
 - C. El valor de los acuerdos en las Leyes Autonómicas
- 3.3. La mediación en el ámbito estatal: situación previa a la Ley 5/2012
- 3.4. Ley 5/2012 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles: como nuevo marco legislativo general
 - A. Consideraciones generales
 - B. Normativa vigente y su exégesis
 - C. El valor del acuerdo en la Ley 15/2012

-CAPÍTULO III-**LA MEDIACIÓN: MARCO JURÍDICO EN ESPAÑA****3.1 Consideraciones generales: introducción de las ADR/MASC en el sistema judicial español**

Desde la aprobación de la Constitución de 1978 y en opinión del Prof. Tajadura Tejada, España ha experimentado un proceso de modernización, pero no así la Administración de justicia, que ha permanecido prácticamente anclada en el siglo XIX. Todo ello ha generado un alto grado de insatisfacción social, por lo que la reforma de la justicia se convierte en un tema capital e ineludible para los próximos años¹. Incluso desde la propia judicatura el juez López Guerra ya por el año 2000, se cuestionaba hasta qué punto el mandato del artículo 24² de la CE se había cumplido en cuanto a la provisión de un servicio público de justicia capaz de satisfacer efectivamente las demandas sociales³.

El Prof. Toharia⁴ señala cuatro grandes procesos de cambio para explicar el papel institucional que la Justicia ha ido adquiriendo en la sociedad actual:

¹ TAJADURA TEJADA, J., "Reflexiones en torno a la configuración de la justicia como servicio público". 8, 9 (2002) *Uned teoría y Realidad Constitucional*. En acceso digital. Consultado el 19-3-2015. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/8/art/art8.pdf>.

² Art. 24 de la CE.

1. 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.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

³ LÓPEZ GUERRA, L., "La modernización de la Justicia como servicio público", 47 (2000) *Revista de Derecho Político*. p. 15.

⁴ TOHARIA CORTÉS J.J., Sociólogo y catedrático español. Presidente de Metroscopia, uno de los más influyentes institutos privados de investigación de la opinión pública en España.

- En primer lugar considera que el sistema legal ha crecido espectacularmente, extendiéndose a todos los ámbitos de la vida social, abarcando cada vez más áreas e incluyendo a más personas en su radio de acción⁵.
- En segundo lugar opina que ha surgido una nueva cultura cívico-jurídica en búsqueda de una justicia total, debido a que en las democracias contemporáneas se ha ido imponiendo la idea de que tras todo daño debe de haber una culpa y, por lo tanto una obligación para resarcir, en donde el azar, el accidente, lo imprevisible o lo inevitable ya no son factores de disculpa aceptados socialmente⁶. Todo ello ha dado paso a una cultura de la reclamación donde los tribunales de justicia se convierten en los garantes de esa nueva cultura. Tanto es así que en los años setenta, según los sociólogos López Pintor y Carlos Buceta, el 68% de los españoles declaraban que, aún en el caso de tener razón, prefería no armar bronca⁷; sin embargo un cuarto de siglo más tarde, en 1996, el Prof. García de la Cruz afirma que dos de cada tres ciudadanos que tienen un problema con alguna autoridad pública formulan una reclamación⁸. No cabe duda que se ha dado todo un vuelco tanto en actitudes como en comportamientos.
- En tercer lugar, el Prof. Toharia se refiere a la judicialización de la vida pública, ya que considera que el radio de acción de los tribunales de Justicia se han ido ampliados a cuestiones y ámbitos que solían ser territorio político⁹. Al respecto Alex de Tocqueville ya escribía, en 1834, que “casi no hay cuestión política en los Estados Unidos que no se resuelva, pronto o tarde, en cuestión judicial¹⁰”.

⁵ TOHARIA, J.J., *Opinión Pública y justicia; La Imagen de la justicia en la Sociedad Española*, C.G.P.J, Madrid, 200, pp.18-19.

⁶ *Ibíd.*, p. 25.

⁷ LOPEZ PINTOR, R. Y BUCETA, R., *Los españoles de los 70. Una versión sociológica*. Tecnos, Madrid, 1975, p. 120.

⁸ GARCÍA DE LA CRUZ, J. J., “Cultura cívica de la reclamación” *Informe España*, Fundación Encuentro, Madrid, 1997, p. 31.

⁹ TOHARIA, J.J., *Opinión Pública y justicia...cit.* p.19.

¹⁰ DE TOCQUEVILLE, A., *La Democracia en América*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, p. 254.

Cualquier observador atento a la actualidad política de España, caracterizada en buena medida por el papel desempeñado por los denominados jueces estrellas¹¹ y el impacto mediático de ciertas resoluciones judiciales, puede advertir que, cuando menos, existe el riesgo de que nuestro sistema político acabe en una situación similar. La mención de este tipo de juez estrella despierta, según el Prof. Cámara, “la idea de una judicialización de la política y de una politización de la justicia” provocando la pérdida de seguridad que debe presidir su funcionamiento¹². Para el jurista francés Antoine Garapon la expansión del poder judicial no constituye un síntoma de consolidación o refuerzo de la democracia, sino más bien lo considera un riesgo de debilitamiento y erosión de la misma¹³

- En el cuarto y último lugar el Prof. Toharia se refiere a la convicción generalizada de que el desarrollo económico del país requiere, como condición necesaria, un sistema judicial eficiente. La consecuencia de todo ello “es una nueva e intensa atención por los problemas de la Justicia, pero esta vez desde un ángulo totalmente novedoso: la de su consideración como agente económico de primer orden. Esta apertura hacia el mundo jurisdiccional de un área de conocimiento como la economía (...) viene a atribuir a la Justicia una importancia de primera magnitud en un ámbito de la vida social en el que, tradicionalmente, su impacto había tendido a ser considerado como inapreciable¹⁴”.

La convergencia de estos cuatro factores ha convertido a la Justicia en uno de los protagonistas principales de las sociedades desarrolladas y es en este contexto social y político en donde los sistemas de solución de conflictos deben encontrar su lugar para

¹¹ CAMARA VILLAR, G., “Justicia Política en la España Democrática”, 47 (2000) *Revista de Derecho Político*. pp. 27-52.

¹² *Ibíd.*, cit. p. 34.

¹³ Cfr. GARAPON, A., *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Odile Jacob, París, 1996. Hay una versión española con el título: *Juez y democracia*, Flor del viento, Barcelona, 1997.

¹⁴ TOHARIA, J. J., cit. p. 33.

implantarse. Sólo partiendo de la realidad y no de una teoría preconcebida sobre la posición de los tribunales de justicia en nuestro país, será posible tomar conciencia de la crisis del sistema judicial y comenzar a formular posibles soluciones para salir de ella.

Por tanto no es de extrañar que la implantación de la mediación en los tribunales españoles, según la investigación realizada por el Proyecto del libro Blanco de la Mediación¹⁵, presentara resultados poco optimistas. De hecho es que desde el propio mundo de la judicatura jueces como Pascual Ortuño opinan que la mayor parte de los jueces han oído hablar de la mediación, pero considera que su posición ante esta metodología es muy heterogénea, debido a las diferentes percepciones, las distintas jurisdicciones y, sobre todo, el erróneo conocimiento de lo que significa técnicamente la mediación. No obstante para Ortuño la confusión más llamativa es la de asimilar mediación con conciliación, y afirma que “para un grupo importante de jueces de los que practican la conciliación, el interés por la mediación realizada por un tercero al que han de derivar no tiene aliciente, por cuanto les complica el proceso y no se obtiene rendimiento práctico inmediato (...). Y además reconoce que los jueces que se emplean en un proceso de mediación, a los que se le denominan “jueces-mediadores”, tienen una escasa formación técnica mediadora y que generalmente improvisan su actuación, aun cuando su gestión suele trascender en la prensa y, especialmente, con su presencia en foros de mediación. Provocando, en opinión de Ortuño, un efecto negativo, “porque el grado de notoriedad, la presencia en los medios y el nivel de polémica que generan hacen que no tengan capacidad de arrastrar a su peculiar estilo a más jueces en su entorno¹⁶”.

¹⁵ En acceso digital. Consultado el 2-2-2105.

http://justicia.gencat.cat/web/content/documents/publicacions/lilibres_fora_colleccio/libro_blanco_medición.pdf.

¹⁶ Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, P., cit. pp. 33-34.

Boque Torremorell¹⁷ aporta una síntesis de los aspectos más significativos y las dificultades que sufrió la mediación en cada momento, dentro del proceso evolutivo en nuestro país:

- Un primer periodo de “gestación”, que correspondería a la década de los años 70 y 80, en donde surgirían los primeros contactos con la mediación de la mano de los mediadores extranjeros. Comienza el descubrimiento del interés por la mediación y nacen las primeras iniciativas esporádicas a través de personas y grupos pioneros. El desconocimiento absoluto de la mediación en la sociedad, las dudas sobre si la mediación debería ser o no un actividad profesional, junto con la percepción de concebir la mediación como una simple técnica, fueron las mayores dificultades de este periodo.
- Un periodo segundo de “expansión”, que la autora sitúa en los años 90. En esta etapa se incrementa la oferta formativa de cursos, talleres, jornadas y publicaciones, se acentúa el interés por investigar, comienzan a proliferar las entidades, asociaciones y colegios como difusores de la mediación y se inician las primeras prácticas en ámbitos diversos. Pero, igualmente, como sucedió en el periodo anterior, también hubo muchas dificultades: la adecuación de la mediación a nuestro contexto, la gran oferta de mediadores y la carencia de demanda, el miedo al intrusismo en determinados nichos laborales por parte de otros profesionales, la distorsión de la figura del mediador debido a algunas prácticas sin garantías de formación de calidad y, sobre todo, la inquietud por las implicaciones éticas.
- Un tercer periodo de “cristalización”, y que localiza en la primera década del siglo XXI. En él se produce la regulación normativa en determinados ámbitos de la mediación, así como la práctica creciente al amparo de las administraciones y la práctica privada. Por ejemplo, se acentúa una marcada tendencia hacia una formación universitaria de postgrado para mediadores y aparecen los registros de mediadores habilitados oficialmente, pero, aunque

¹⁷ BOQUE TORREMORELL, C., “La mediación como disciplina y como profesión: el perfil competencial del mediador”, en V.A., *La mediación nuevas realidades nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*. (Dir^a. Castillejo Manzanares, R.), La Ley, Madrid, 2013, p. 45 y ss.

surgen nuevos campos para la mediación, se produce, sin embargo, un estancamiento y una supuesta saturación del mercado. La inestabilidad y precariedad laboral de las personas mediadoras provoca el temor de una posible devaluación y regresión, que llega al desencanto.

- El cuarto y último periodo de “legitimación”, arranca en la segunda década del siglo XXI. Aquí la mediación se consolida como disciplina y profesión. De hecho, se produce el encaje de la mediación dentro del sistema judicial y se comienzan a utilizar prácticas innovadoras. También se va gestando una formación inicial de mediadores en el marco del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), con el que surgen nuevos mercados.

El encaje de la mediación dentro del sistema judicial español, así como su consolidación como disciplina y profesión quizás es aún una asignatura pendiente, pero queremos creer que, por el hecho de tratarse de un campo relativamente nuevo, el ámbito de la mediación y todo lo que le atañe se irá arraigando paulatinamente. No olvidemos que si bien la mediación, como uno de los métodos de resolución de conflictos, es conocida y aplicada desde hace décadas en los países de tradición anglosajona, su introducción en los Estados de la Unión Europea es reciente y más aún en España.

No obstante lo anterior, y a pesar de reconocer que la introducción de la mediación en nuestro país ha tenido que soportar una serie de impedimentos y afrontar una carrera de obstáculos, no debemos desestimar aquellos factores que sí han contribuido a la incorporación de la mediación en España, entre los que podrían destacarse, en opinión de la Prof^a. Dra. en Derecho Procesal Silvia Barona¹⁸, los siguientes:

- a) La influencia externa, recibida de otros países donde la mediación ya era una realidad.
- b) La gran labor realizada en el seno de la Unión Europea, que fomenta e impulsa los procedimientos extrajudiciales de conflictos con el fin de que los distintos Estados miembros los integren dentro de su normativa, haciendo

¹⁸ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 66-67.

especial mención a los procedimientos autocompositivos (mediación, conciliación).

- c) Todos esos elementos exógenos descritos han suscitado un interés político por la mediación: la labor encomiable realizada desde el seno de las CC. AA.; el impulso que se ha protagonizado desde el CGPJ a través de diversos proyectos piloto; sin olvidar la imparable actuación por parte del Ministerio de Justicia, en aras de conseguir la incorporación de la mediación en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero sean cuales fueren los motivos de todos estos impulsos, Barona afirma que todos ellos desembocan en un proceso imparable de incorporación de la mediación en nuestro país¹⁹.

Para poder corroborar esa influencia externa y la labor de la Unión Europea, a la que hace mención Barona, es necesario acometer un repaso de la legislación en las últimas décadas, aunque sea brevemente. Durante este tiempo, la protección al consumidor ha ido adquiriendo una importancia creciente en la Unión Europea. Así, el objetivo de conseguir un espacio interior sin fronteras para proteger los intereses de los más de 500 millones de consumidores que habitan el territorio comunitario ha requerido una serie de medidas. En consecuencia, la Unión Europea, desde finales de los años setenta, aproximadamente, ya ha desarrollado planes de acción e iniciativas encaminadas a dicho fin, lo que son numerosas las normativas que abordan distintos aspectos. Entre ellas, las relacionadas con el consumo que se ha transpuesto al derecho interno de los Estados miembros. Es en esta materia donde con más frecuencia entran en contacto distintos países comunitarios (compra en un país distinto al de residencia, ventas en ferias internacionales por catálogo, adquisiciones a través de internet, etc.) y el aumento de relaciones de consumo que presenta elementos extranjeros conlleva una serie de problemas entre las partes que hacen que se incremente el número de litigios a nivel comunitario. Dentro de este ámbito contamos con dos normas que se ocupan de

¹⁹ *Ibíd.*, p. 66.

regular este tipo de situaciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado y con otra norma para la determinación del Derecho aplicable²⁰:

- El Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en adelante CB.
- El Reglamento CE nº 434/2001 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 mercantil, en adelante R.
- El Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, en adelante CR.

Sin embargo, la realidad nos demuestra que aun existiendo estos textos legales, “la mayoría de los litigios en materia de consumo se caracterizan por una desproporción entre el valor económico del asunto y el coste de su solución judicial. En particular, en el caso de los conflictos transfronterizos, las posibles dificultades ligadas a los procedimientos judiciales pueden disuadir al consumidor de hacer valer efectivamente sus derechos²¹”. Esos motivos han hecho que los métodos de resolución de conflictos, distintos al procedimiento judicial, cobren una mayor relevancia, ya que para los tribunales de justicia supone una descarga de trabajo importante. Resulta imprescindible, pues, que el empresario o el consumidor los valore y los vea positivamente, por lo que es necesario ofrecerle la confianza suficiente, con las debidas garantías, para que pueda efectuar operaciones de consumo, ya sea vía internet²² o desplazado en otro país, sin tener que acudir a los tribunales de justicia.

²⁰ FACH GOMEZ, K., “Resolución extrajudicial de conflictos de consumo transfronterizos en la Unión Europea”. En acceso digital. Consultado el 2-5-2015. http://www.academia.edu/830244/Extrajudicial_Resolution_of_International_Consumer_Disputes_in_the_EU_Resoluci%C3%B3n_Extrajudicial_de_Conflictos_de_Consumo_Transfronterizos_en_la_Uni%C3%B3n_Europea

²¹ Vid. considerando número 2 de la Recomendación de la Comisión 98/257 de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. Diario Oficial L 115 de 17/04/1998. p. 31 y ss. En acceso digital. Consultado el 4-5-2015. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31998H0257>.

²² Para más información, véase el siguiente enlace, consultado el 2-5-2015:

En resumen, conciliar los intereses de las partes mediante la gestión pacífica es el objetivo de la justicia europea. Para ayudarla, la Unión Europea intenta fomentar una actividad armonizadora, dirigida a la consecución del Espacio Judicial Europeo, desarrollando una importante labor de legislación comunitaria con el fin de avenir los sistemas judiciales de todos los Estados miembros. Uno de esos objetivos de armonización es la introducción de los métodos y procedimientos no judiciales ni jurisdiccionales, las ADR o MASC/ODR. La meta, en este caso, es asegurar un mejor acceso a la justicia como parte de su política y, a su vez, consolidar dicho principio encaminado a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia²³. Esa tendencia se deduce de una serie de actuaciones e intervenciones normativas que han dado impulso a las ADR, entre las que cabe destacar:

- Recomendación nº R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del procedimiento penal, de 28 de junio de 1985, que recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros examinar las posibles ventajas de los procedimientos de conciliación y mediación.
- Recomendación nº R (86) 12 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, de 16 de septiembre de 1986, respecto a las medidas para prevenir y reducir la carga excesiva de trabajo de los Tribunales²⁴.
- Recomendación nº R (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, de 17 de

http://www.academia.edu/830244/Extrajudicial_Resolution_of_International_Consumer_Disputes_in_the_EU_Resoluci%C3%B3n_Extrajudicial_de_Conflictos_de_Consumo_Transfronterizos_en_la_Uni%C3%B3n_Europea

²³ Vid. considerando número 2 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 acceso digital. Consultado el 2-5-2015. <http://www.boe.es/doue/2008/136/L00003-00008.pdf>.

²⁴ En ella se invita a los Gobiernos de los Estados miembros a cumplir diferentes objetivos: "I. Promover, en el caso en que sea oportuno, la solución amistosa de los conflictos, sea ante el orden judicial, como anterior al proceso o durante el proceso judicial; III. Prever, para asuntos de pequeña importancia o para ciertas materias concretas, los órganos que, fuera del sistema judicial, estarían a disposición de las partes para solucionar sus conflictos; VI. Adoptar las disposiciones que sean más apropiadas para que, en los casos en que se solicite, el arbitraje constituya una alternativa más accesible y más eficaz respecto de la acción judicial".

septiembre de 1987, que recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros favorecer los experimentos, en el ámbito nacional o local, de mediación entre el infractor y la víctima y evaluar los resultados, observando en particular hasta qué punto sirven a los intereses de la víctima.

- El Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y las soluciones de litigios en materia de consumo en el Mercado único, del año 1993.
- Plan de Acción de 1996 sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior, del 14 de noviembre de 1996²⁵.
- Recomendación 98/257/CE, de la Comisión de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo²⁶.
- Resolución 1999/26, de 28 de julio de 1999 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre el desarrollo y la aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho penal. Insta a los Estados, las organizaciones internacionales y demás entidades a intercambiar información y experiencia sobre la mediación y la justicia reparadora.
- Plan de Acción de Viena, de 1999, que busca la instauración de procedimientos extrajudiciales alternativos o sustitutorios para la resolución de conflictos.
- Impulso de las ODR a través de la Creación de las Redes EJE²⁷ (Red extrajudicial europea) y FIN-NETT²⁸ (Red transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros).

²⁵ “Considerando que el Parlamento Europeo, en su Resolución del 14 de noviembre de 1996 (Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión “Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior”, del 14.11.1996, DO n° C 362 del 02.12.1996, p. 275), destacó que es necesario que dichos procedimientos satisfagan unos criterios mínimos que garanticen la imparcialidad del órgano, la eficacia del procedimiento y la publicidad y la transparencia de la actuación, e invitó a la Comisión a elaborar propuestas en la materia”. En acceso digital. Consultado el 2-5-2015.
<http://asp.adicae.net/proyectos/internacionales/dosierlegislacion/dosierpdf/C%20Legislaci%F3n%20europea%2011.pdf>.

²⁶ DOCE L 115 DE 17/4/1998, pp. 0031-0034. Sugiere que los órganos encargados de solucionar extrajudicialmente litigios en materia de consumo respeten los siguientes principios: independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.

- Recomendación N° R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar, aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998²⁹.
- Recomendación n° R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la mediación en materia penal, que establece unos principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la mediación en dicha materia.
- El Consejo Europeo de Tampere, de los días 15 y 16 de octubre de 1999, declaró, en el punto n° 30 de sus conclusiones, que los Estados miembros deberían instaurar procedimientos extrajudiciales alternativos³⁰.

²⁷ FACH GOMEZ, K., "Resolución extrajudicial de conflictos..." cit. pp. 11 y ss. Esta red inició su fase experimental el 16-10-2011. Se compone de puntos de contacto centrales, localizados en cada uno de los países de la Unión Europea (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia) y en Islandia y Noruega. Interconecta a los organismos de resolución de conflictos notificados de dichos países y asesora a los consumidores sobre cómo tramitar su reclamación. En otros idiomas comunitarios también se le denomina EEJ-Net, EEJ-Netz o Réseau EJE. En España, el punto de contacto nacional es el Instituto Nacional de Consumo –INC–, órgano perteneciente al Ministerio español de Sanidad y Consumo. En palabras de David Byrne, Comisario europeo de salud y protección de los consumidores, "la confianza de los consumidores es crucial para el funcionamiento de un mercado interior moderno y competitivo (...). La Red EJE constituye un elemento indispensable para generar este clima de confianza, ya que permite a los consumidores acceder a un método simple, eficaz y de bajo coste para resolver los litigios transfronterizos. La estructura de la Red EJE debe de ser flexible y adaptarse de modo que las empresas y los consumidores puedan resolver los litigios en el mercado interior de manera rápida y efectiva sin tener que recurrir a procedimientos largos y costosos".

²⁸ Esta Red está en marcha desde el 1-2-2001, su denominación procede los vocablos ingleses *Financial Network* y presenta unas características similares a las de la Red EJE. En España está funcionando a través del Servicios de Reclamaciones del Banco de España. Para más información, véase la guía del consumidor en: <http://www.bde.es/servicio/reclama/es-FINNET-GUIDE.pdf>. Consultado el 7-5-2015.

²⁹ Esta recomendación recoge literalmente: "10.- Convencidos de la necesidad de recurrir más a la mediación familiar, proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vista a la obtención de acuerdos comunes, 11.- Recomendamos a los Gobiernos de los Estados miembros: I.- instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente; II.- adoptar o reforzar todas las medidas que se juzguen necesarias para asegurar la puesta en marcha de los principios siguientes para la promoción y la utilización de la mediación familiar como medio apropiado de resolución de los conflictos familiares". En acceso digital. Consultado el 4-3-2015.
http://www.icam.es/docs/ficheros/201202170001_6_1.pdf

³⁰ "El Consejo Europeo invita al Consejo a que, a partir de propuestas de la Comisión, instaure normas mínimas que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica en litigios transfronterizos en toda la Unión, así como normas especiales de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía, así como a demandas de pensión alimenticia y a reclamaciones sin oposición. Los

- Resolución 2000/14, de 27 de julio de 2000, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva en materia penal, que insta a los Estados miembros a intercambiar información sobre la mediación y la justicia reparadora.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior³¹.
- La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, sobre la implantación de la mediación en la vía penal³².
- Recomendación n° R (2001) 310, de 4 de abril de 2001, de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo³³.
- Plan de Acción e-Europe 2002³⁴.
- Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea³⁵ (2007/C 306/01) que alude a las ADR³⁶.

Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos". En acceso digital. Consultado el 3-5-2015. http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm.

³¹ DOCE L 178, de 17 de julio de 2000, pp. 1 y ss. Se ha incorporado al ordenamiento jurídico español a través del artículo 32 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. BOE, n° 166, 12 de julio de 2002, pp. 25388 y ss. En acceso digital. Consultado el 2-5-2015. <http://convelia.com/wp-content/uploads/2011/05/DIRECTIVA-COMERCIO-ELECTRONICO.pdf>

³² Dispone, en su artículo 10, que 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 y velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales. El artículo 17 de esta misma Decisión dispone que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en su artículo 10, antes del 22 de marzo de 2006. En acceso digital. Consultado el 2-5-2015.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52002IG1008%2801%29>

³³ DOCE L 109, de 19 de abril de 2001, pp. 56 y ss.

³⁴ "El Plan de Acción e-Europa 2002 planteaba tres objetivos generales: conseguir que Internet sea más rápido, barato y seguro; invertir en formación y estimular el uso de Internet". En acceso digital. Consultado el 2-5-2015.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52002IG1008%2801%29>

³⁵ Tal y como pone de manifiesto el propio precepto, el título TCE (Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) se sustituye por TFUE (Tratado de funcionamiento de la Unión Europea).

- Libro Verde³⁷ de 19 abril de 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, publicado por la Comisión el 19 de abril de 2002, a partir del cual se presentó la propuesta de Directiva sobre mediación de la Comisión de 22 de octubre de 2004³⁸.
- 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 mercantiles³⁹.

³⁶ El Tratado de Lisboa introduce en su capítulo 3 una nueva regulación de la cooperación judicial en materia civil. Así, el apartado 2 del artículo 65 dice: “A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) El reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) La notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) La compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) La cooperación en la obtención de pruebas; e) Una tutela judicial efectiva; f) La eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando, si es necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros; g) **El desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios**; h) El apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia. En acceso digital. Consultado el 20-2-2015.

http://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_lisboa.pdf.

³⁷ “El libro Verde tiene por objeto esencialmente encontrar respuestas al equilibrio dedicado entre la necesidad de guardar la flexibilidad de estos procesos, garantizando al mismo tiempo su calidad, y la articulación armoniosa con los procedimientos judiciales. Este Libro Verde permite también garantizar una mejor legibilidad a las realizaciones e iniciativas ya tomadas en este ámbito por los Estados miembros y a nivel comunitario. Asimismo, con este Libro, la Comisión participa en los debates en curso en los Estados miembros y a nivel internacional sobre la mejor manera de garantizar un entorno óptimo para el desarrollo de **métodos alternativos de solución de conflictos**.

Las 21 cuestiones planteadas en el Libro Verde se refieren a los elementos determinantes de **los distintos métodos alternativos de solución de conflictos**, como la cuestión de las cláusulas de recurso a estos procesos, el problema de los plazos de prescripción, la exigencia de confidencialidad, la validez de los consentimientos, la eficacia de los acuerdos resultantes de estos procesos, la formación de terceros, su acreditación y su régimen de responsabilidad. Cuestiones todas ellas que han sido clave posteriormente en el desarrollo de la Directiva y que han marcado las líneas legislativas que debían asumir los legisladores nacionales”. BARONA VILAR, S., *Mediación en Asuntos Civiles...* cit. p. 69.

³⁸ “A pesar de que en el año 2002 se presentó, por parte de la Comisión, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Bruselas, 19 abril de 2002, COM (2002) 196 final (2002/03/04), donde se examinó una solución alternativa a la resolución de litigios en la Unión tras proceder a una amplia consulta sobre una serie de cuestiones jurídicas que se plantearon en lo referente a los MASC en el ámbito del derecho civil y mercantil. Finalmente, **se apostó por regular únicamente la mediación**. Decisión de la que surgió la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles COM (2004) 718 final-2004/ 0251 (COD)”. GONZALO QUIROGA, M., “Situación actual del Marco Normativo de la Mediación en España”. En V.A. *Estado del Arte de la Mediación*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 54.

³⁹ DOUE, núm.136, 24 de mayo de 2008, pp. 3-8. En acceso digital. Consultado el 2-5-2015.

- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo⁴⁰.
- Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁴¹).

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-80899>

⁴⁰ Su finalidad es garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en los procesos penales (artículo 1.1).

Art. 12. Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora

1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

a) Que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento;

b) Antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;

c) El infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;

d) Todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;

e) Los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de **justicia reparadora**, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.

Art. 27. Incorporación al Derecho interno.

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar el 16 de noviembre de 2015. En acceso digital. Consultado el 3-4-2015.

<http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>.

⁴¹ Que las distintas instituciones de la UE apoyan claramente el desarrollo de la resolución alternativa de conflictos, se demuestra en el contenido de los siguientes considerandos:

(8) Resoluciones, de 25 de octubre de 2011, del Parlamento Europeo, sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil, mercantil y de familia, y de 20 de mayo de 2010, sobre cómo ofrecer un mercado único a los consumidores y los ciudadanos, preconizan que “cualquier

Respecto a las actuaciones e intervenciones normativas relacionadas, llevadas a cabo por parte de la CE, para impulsar la implantación de las ADR en los Estados miembros, cabe aclarar que se les suele otorgar un valor referencial por parte de los poderes públicos a la hora de inspirar la normativa⁴², aun cuando la mayoría se han realizado mediante Recomendaciones que no tienen carácter vinculante.

En la celebración del Consejo Europeo que tuvo lugar en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, y como consecuencia de la información que presentó el Libro Verde en 1993 que sensibilizó a justiciables, magistrados, y profesiones jurídicas ante esta nueva forma de solución de conflictos, el Consejo además de su interés por conseguir ese Espacio Judicial Europeo, añadió una invitación a los Estados miembros para que instaurasen procedimientos extrajudiciales alternativos, introduciendo una serie de prioridades que apuestan por una nueva visión de la justicia:

“El Consejo Europeo está resuelto a que la Unión se convierta en un espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando plenamente las posibilidades que ofrece el Tratado de Ámsterdam. El Consejo Europeo lanza un firme mensaje político para confirmar la importancia de este objetivo y ha acordado una serie de orientaciones y prioridades políticas que convertirán rápidamente este espacio en una realidad⁴³”.

Y continúa:

“28. En un auténtico Espacio Europeo de Justicia, no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de

enfoque global del mercado único que ofrezca resultados a sus ciudadanos debe desarrollar prioritariamente un sistema de recurso sencillo, asequible, rápido y accesible”.

(9) Comunicación de 13 de abril de 2011 de la Comisión Europea, titulada “Acta del Mercado único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza. ‘Juntos por un nuevo crecimiento’”, identificó la legislación sobre resolución alternativa de litigios, incluida la dimensión del comercio electrónico, como una de las doce prioridades para estimular el crecimiento, reforzar la confianza y avanzar en la realización del mercado único.

(10) El Consejo de la Unión Europea, en sus conclusiones de 30 de mayo de 2011 sobre las prioridades para relanzar el mercado único, destacaba que los “sistemas de resolución alternativa de litigios” en materia de consumo pueden constituir un sistema de recurso asequible, sencillo y rápido para los consumidores y comerciantes. En acceso digital. Consultado el 19-3-2015.

<http://www.boe.es/doue/2013/165/L00063-00079.pdf>

⁴² ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Thomson Cívitas, Navarra, pp. 112-113.

⁴³ Consejo Europeo de Tampere, octubre de 1999. En acceso digital. Consultado el 2-2-2015.

http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

los Estados miembros impida a personas y empresas ejercer sus derechos o las disuada de ejercerlos.

30. El Consejo Europeo invita al Consejo a que, a partir de propuestas de la Comisión, instaure normas mínimas que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica en litigios transfronterizos en toda la Unión, así como normas especiales de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía, así como a demandas de pensión alimenticia y a reclamaciones sin oposición. Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos⁴⁴.

La Unión Europea reconoce expresamente que el sistema judicial tradicional es demasiado complejo y adverso para favorecer el mercado común, por lo tanto, sienta una idea de Justicia más amplia, centrándola en la necesidad de promover formas más ágiles y eficaces de resolver los conflictos, en donde el acceso a la justicia sea considerado un derecho fundamental de todos los ciudadanos europeos.

El sistema judicial tradicional “parece reforzar las modalidades antagónicas (el modelo denominado *Win-lose*), lo que dificulta alcanzar una solución de conflicto ‘real’ y ‘social’, en lugar de solo formal⁴⁵”. Así que, por lo que se indica, sería mejorable con el uso también de medidas extrajudiciales de resolución de conflictos.

Con la intención de favorecer el acceso a los métodos alternativos de resolución de las controversias por las personas realmente necesitadas, la propuesta de la Directiva del 18 de enero de 2002, relativa a la asistencia jurídica, ya prevé la posibilidad de extender el beneficio del patrocinio a costa del Estado de dichos procedimientos extrajudiciales⁴⁶ si se dan determinadas condiciones.

Resulta lógico, por consiguiente, pensar que el objetivo de la Directiva 2008/52 es fomentar el recurso a la MEDIACIÓN como vía o medio de solución de conflictos,

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ RUGGERI, L., “ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres”, 10 (2010) *Revista De Internet, Derecho y Política*, p. 33 y ss. En acceso digital. Consultado el 2-2-2015.
<http://journals.uoc.edu/index.php/idp/issue/view/n10>.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 34.

asegurando una relación equilibrada entre mediación y proceso judicial, una de las preocupaciones más importantes mostradas por las instancias europeas.

La Directiva surge para aplicarse a los conflictos transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles, como así lo dispone en su artículo 1.2.

“No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos y u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana.”

Europa, con esta Directiva de 2008, insta a los Estados miembros a que la incorporen a sus legislaciones nacionales⁴⁷ antes del 21 de mayo de 2011, pero pese a que en ella se desarrollan algunos aspectos esenciales de la mediación, como puede ser la necesidad de garantizar la calidad de la misma⁴⁸ o la preocupación de la relación entre la mediación y el proceso judicial⁴⁹, comprobamos cómo determinados elementos no se

⁴⁷ Art. 12 “Los estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva antes del 21 de mayo de 2011”

⁴⁸ En ese sentido, se fomenta la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y de las organizaciones que presenten servicios de mediación a dichos códigos, además de propugnar igualmente la formación inicial y la continua de los mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes. No obstante, no se establece la exigencia de estar en posesión de un determinado título universitario. Este ha sido un tema que ha planteado ciertas confusiones en algunos países, por cuanto aquellos colectivos que venían trabajando con mediación, o querían hacerlo tras una determinada formación, querían ver en la norma la restricción para la actividad de la mediación. El texto del proyecto socialista de 2010, que no llegó a ver la luz, asumía una posición amplia, en la que se permitía que diversos colectivos, siempre que contaran con una titulación oficial, pudieran desarrollar la mediación, y no tenía en cuenta la reivindicada exigencia de que hubiese una formación en materia de mediación con carácter previo, que limitara o restringiera la labor del mediador. Sin embargo, el texto definitivo aprobado mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, ha venido a delimitar algo más las exigencias para ser mediador, en los términos siguientes: aptdo. 2 art. 11. “El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.” En acceso digital. Consultado el 4-3-2015.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>

⁴⁹ Aun cuando se trata de una mediación no judicial, insiste la Directiva en tres cuestiones: por un lado, la eficacia del acuerdo alcanzado en mediación. Se insiste en que no es una alternativa al proceso, sino que se incorpora como elemento complementario del mismo. Por lo tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva, de manera que solo deben negarse cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico. En segundo lugar, la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad, siendo lo más importante, a este respecto, la fijación en las legislaciones nacionales de los

han incluido⁵⁰. Esto se debe a que la Directiva ha actuado como una “legislación marco”, basada en la libertad de elección y aunque es cierto que se trata de una mediación transnacional, ello no debe de ser un obstáculo para que los legisladores nacionales no aprovechen la oportunidad de implantar la mediación nacional. La Directiva nos permite impulsar la mediación dentro del marco jurídico como mecanismo de justicia complementaria y alternativa a los tribunales estatales en el seno de la Unión, como una forma segura, accesible, viable y efectiva de hacer frente a la tendencia al litigio, tanto interna como transfronteriza⁵¹, surgida en su territorio. Un régimen jurídico común de mínimos para la mediación en el marco de la Unión Europea⁵².

A tal fin, la Directiva establece cinco normas sustantivas⁵³:

- Obliga a los Estados miembros a promover la formación de mediadores y a garantizar una mediación de alta calidad.
- Faculta a todo juez, si lo considera adecuado a las circunstancias del caso, para invitar a las partes inmersas en un conflicto a que prueben la mediación.
- Dispone que, si las partes lo solicitan, los acuerdos resultantes de la mediación adquieran carácter ejecutivo, lo cual puede lograrse, por ejemplo, mediante la

“*dies ad quem*” y los “*dies a quo*” y, finalmente, la confidencialidad, como pilar esencial sobre el que construir la mediación. En acceso digital. Consultado el 4-3-2015.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>

⁵⁰ No se ha incluido el modelo de mediación que se recomienda a los estados miembros incorporar, lo que les deja en plena libertad, respetando el derecho a la diversidad. Tampoco se han incluido los requisitos del sujeto director de la mediación, en el sentido de las condiciones exigibles para ser mediador, ni el procedimiento a seguir con las fases pre-establecidas. Tampoco se recoge si se debería de tratar de una mediación gratuita o con coste para las partes y la determinación de este o la duración de la mediación, que sería diversa en función del tipo de mediación, de los sujetos implicados, del tipo de conflicto que se suscita en la mediación, etc. En acceso digital. Consultado el 4-3-2015

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>

⁵¹ BARONA VILAR, S., cit. p. 75.

⁵² ESPLUGES MOTA, C., “Mediación Civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de Mediación de 2012”. En V.A. *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (Dr. Etxeberria Guridi, J.F.) Aranzadi, Madrid, 2102, p. 71 y ss.

⁵³ En acceso digital, consultado el 23-3-2015.

https://e-justice.europa.eu/content_eu_overview_on_mediation-63-es.do

aprobación del acuerdo por un órgano jurisdiccional o su certificación por un notario público.

- Garantiza que se respete la confidencialidad en el proceso de mediación y dispone que no se puede obligar al mediador a prestar declaración ante un tribunal sobre lo ocurrido durante el proceso en un conflicto futuro entre las mismas partes.
- Garantiza que las partes no pierdan la posibilidad de acudir a juicio como consecuencia del tiempo dedicado a la mediación, ya que los plazos para interponer una acción judicial quedan suspendidos durante el proceso de mediación.

A la vista de lo enunciado, vemos cómo existen diversas posturas frente a los métodos alternativos de resolución de conflictos en el marco de la Unión Europea. “Por una parte, se pretende la regulación, pero, por otra, se defiende la libertad de cada Estado o incluso región o entidad local en el establecimiento de servicios y procedimientos, que habrían de adaptarse al caso concreto, huyendo por lo tanto de procedimientos rígidos o prefijados⁵⁴”.

No obstante, resulta imprescindible puntualizar la crítica suscitada en cuanto que haya sido la Directiva la técnica legislativa empleada por parte de Europa y no el Reglamento. La Directiva ha sido, durante largo tiempo, el instrumento estrella en materia de armonización de legislaciones en el ámbito comunitario, pero, en la actualidad, su eficacia armonizadora está siendo cuestionada. En la práctica, se ha comprobado que son muchos los Estados miembros que no transponen la Directiva en el plazo indicado. De hecho, con fecha 24-11-2011⁵⁵, la comisión inició actuaciones formales contra seis Estados miembros de la Unión por ausencia de transposición de la Directiva: Chipre, República Checa, España, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos. Dentro de estos países, al menos Francia y España han cumplido en el primer

⁵⁴ SOLETO MUÑOZ, H., “Mediación en la Unión Europea”. En V.A. *Mediación y Solución de Conflictos: habilidades para una solución emergente*. (Coord. Soletto Muñoz, E. y Otero Parga, M.) Madrid, 2007, p. 173.

⁵⁵ Artículo “Cross-border legal disputes: Commission takes action to ease access to justice”. En acceso digital. Consultado el 10-2-2015.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1432&type=HTML>

trimestre de 2012 con su obligación de transposición, pero aún cuando lo hacen dentro de plazo, a veces, llevan a cabo su incorporación de manera incompleta. Otro problema se produce cuando la Directiva choca con la regulación interna del Estado que la debe transponer, en estos casos, directamente lo solucionan recurriendo sencillamente a la no incorporación de los preceptos problemáticos. En palabras de Gonzalo Quiroga⁵⁶: “Todas estas prácticas han contribuido a la creación de un clima de desconfianza y cierta distorsión de la armonización pretendida mediante la técnica legislativa de la Directiva. Por ello, la vía del Reglamento hubiera sido aquí más adecuada. Al aplicarse directamente, eliminaría la incertidumbre del cuándo, cómo y el qué va a ser lo finalmente vigente en cada Estado miembro, dándonos una mayor seguridad a efectos transfronterizos de lo que va a ser efectivamente aplicado por los jueces y tribunales de los diversos estados en materia de mediación”.

Respecto a España, debemos reconocer que, aunque le queda mucho camino por andar, el Consejo General del Poder Judicial, como después veremos, ha realizado desde el año 1997 una gran labor. Ya con la aprobación del libro blanco de la Justicia centró un particular interés en potenciar los métodos de resolución de conflictos, como comprobaremos al hablar de la mediación dentro del ámbito estatal.

3.2.- La Mediación en el ámbito de las distintas Comunidades Autónomas.

Mucho antes de que la Directiva 2008 instase a los Estados miembros para que incorporasen las ADR dentro de su legislación nacional antes del 21 de mayo de 2011, los legisladores autonómicos ya habían estado sufriendo, y no con poca dificultad, la conformación legislativa en materia de mediación. Pero pese a que es destacable la actuación de las comunidades autónomas como las primeras en impulsar la mediación en España⁵⁷, no podemos ignorar que la delegación de competencias en esa materia trajo como consecuencia distintos enfoques y desarrollos normativos respecto a su funcionamiento. Observaremos como en casi todas las Leyes Autonómicas se

⁵⁶ GONZALO QUIROGA, M., cit. p. 55.

⁵⁷ Ciertamente se limitaron más bien al ámbito familiar y en casi todas ellas se consagra la necesidad de velar públicamente por la protección social, económica y jurídica de la familia derivada del artículo 39.1 de la Constitución.

establecen: los principios rectores de la mediación, las entidades de mediación familiar, un régimen sancionador detallado, la posibilidad de un registro para su inscripción, así como el procedimiento y el valor del acuerdo. Pero, como ya anticipamos, la delegación de competencias, ha originado ciertas diferencias que consideramos importantes resaltar y lo haremos a través de unos criterios de comparación, a fin de obtener de forma clara y resumida la evolución de la mediación en el ámbito autonómico y su encaje en la normativa estatal.

A. Criterios de comparación.

El presente apartado responde a la necesidad de conocer de manera puntual las iniciativas autonómicas de leyes específicas sobre mediación. Prácticamente todas las Comunidades Autónomas (a excepción de la Región de Murcia, Extremadura, Ciudad Autónoma de Ceuta, Ciudad Autónoma de Melilla y la Rioja, que solo regula Puntos de Mediación familiar) ya habían aprobado su legislación sobre mediación antes de la promulgación de la actual Ley Estatal 15/2012. Por lo tanto, por un lado, vamos a relacionar las 13 Leyes Autonómicas⁵⁸ promulgadas expresamente sobre mediación que, aunque la mayor parte de las disposiciones autonómicas se circunscribieron al ámbito familiar, fueron nuestro referente hasta la Ley 15/2012 y, por otro lado, subrayaremos el desorden legislativo que ha prevalecido ante la existencia de diferentes conceptos y contradicciones.

Para un mejor entendimiento y análisis de este capítulo nos hemos decantado por incorporar cuadros resúmenes que refuercen el estudio y la comprensión de las normas que analizaremos mediante la comparación de doce puntos o reseñas que nos van a permitir detectar fácilmente tanto las similitudes y diferencias existentes entre las normas analizadas, como el poder comprobar si las Leyes primigenias Autonómicas han sido reformadas o actualizadas posteriormente. Además en dichos cuadros especificaremos cuáles de las CCAA. han desarrollada alguna normativa complementaria al respecto (Reglamento, Órdenes, etc.) y en cuántas de aquéllas que,

⁵⁸ Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Cataluña, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Galicia, Madrid, País Vasco, Valencia. Respecto a Navarra, a pesar de que no ha desarrollado específicamente una Ley de Mediación, el Servicio de Mediación Familiar es introducido como un anexo a través de la Orden Foral 147/2007, a la que haremos referencia expresamente.

a pesar de no haber promulgado su Ley de mediación, sin embargo sí la han integrado en su sistema judicial, como sería el caso de Murcia. También abordaremos esas otras que, como en el caso de Extremadura y Navarra, están tramitando algún proyecto de Ley de mediación.

Los doce puntos o reseñas seleccionados son los siguientes:

- 1.- Desarrollo normativo.
- 2.- Composición de la norma.
- 3.- Fundamentación jurídica.
- 4.- Objeto del procedimiento.
- 5.- Principios informadores.
- 6.- Duración del procedimiento.
- 7.- Desarrollo del procedimiento.
- 8.- Características de los mediadores.
- 9.- Régimen sancionador.
- 10.- Coste de la mediación.
- 11.- Gestión Registral.
- 12.- Situación Actual.

Dentro del apartado “desarrollo normativo” recogeremos la Ley Autonómica primigenia y, a continuación, si la hubiere, las leyes que han modificado o derogado esa primera Ley.

En el apartado dedicado a la “situación actual”, relacionaremos toda la normativa que, al efecto, se haya desarrollado hasta la actualidad (órdenes, decretos, leyes, etc.) y que haya podido afectar a la normativa originaria.

ANDALUCÍA

Desarrollo normativo	Ley 1/2009 , de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la C. A. de Andalucía (BOJA, nº 50, de 13 marzo de 2009). MODIFICADA por el Decreto-ley 5/2014, de 22 de abril, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas.
Composición de la norma	39 Artículos 1 Disposición Adicional 1 Disposición Transitoria 2 Disposiciones finales
Fundamentación jurídica	Art.148.1.20.ª de la CE Protección social
Objeto del procedimiento	Art. 2. Procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre una familia o grupo convivencial.
Principios informadores	Dedica todo el Capítulo II (arts. 6 a 12) Voluntariedad Interés de los menores y de personas en situación de dependencia Imparcialidad y neutralidad del mediador Confidencialidad y Secreto profesional Carácter personalísimo Buena fe Flexibilidad
Duración del procedimiento	Art. 24. 3 meses, con posibilidad de prorrogar por 3 más cuando se aprecie la necesidad para conseguir el acuerdo.
Desarrollo del procedimiento	Art. 20. Inicio a petición de todas las partes, o a instancia de una de ellas, con el consentimiento de la otra. Art. 23. Acta inicial y final.
Características de los mediadores	Art. 13. Licenciado en Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogo, Sociología, Trabajo Social, Educación social o cualquier otra homologada. Formación específica. Inscripción Registro Mediadores.
Régimen sancionador	Arts. 28 al 39. Leves, graves, siendo las muy graves: cobro de compensación económica existiendo gratuidad; discriminación por razón de sexo, lengua, raza, etc.; abandono función mediadora con perjuicio para los menores; quebrantar los ppos. de neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, secreto profesional. Mediar existiendo duda de malos tratos o violencia de género; participar en una mediación estando suspendido; una infracción más dos faltas grave en un año.
Coste de la mediación	Art. 27. Beneficiarios los que tengan derecho asistencia Jurídica Gratuita.
Gestión Registral	No tiene Registro de Mediadores. Los colegios Profesionales y Asociaciones poseen los listados de los profesionales que reúnen las condiciones exigidas por la Ley para ejercer como mediadores.
SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Orden, de 16 mayo de 2013, por la que se regulan las tarifas en los procedimientos de Mediación Familiar gratuita en el sistema de turnos. Decreto-ley 5/2014, de 22 de abril, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas (modifica la Ley 1/2009).

El Real Decreto 5/2014, de 22 de abril, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas, ha realizado algunas modificaciones a la Ley originaria de mediación andaluza, de las que solo mencionaremos aquellas que afectan o modifican los criterios de comparación establecidos:

- Mediante este Real Decreto se modifica el artículo 13 referido a la persona mediadora y, a diferencia con la Ley 1/2009, ya no se le exige que la titulación esté vinculada a determinadas disciplinas, exclusivamente. Con la modificación, el mediador solo “deberá ostentar una titulación universitaria, título de grado o de formación profesional superior y contar con la formación específica en los términos reglamentarios”, venga de la disciplina que venga.
- También se modifica la duración del procedimiento (apartado 1 del artículo 24) en el sentido de que no podrá exceder de tres meses, pero solo para los supuestos de mediación gratuita.
- Una curiosa modificación es la introducida en el apartado h del **artículo 31**, que deja de considerar falta muy grave el ejercer la mediación familiar, prevista en la presente Ley, sin estar inscrito en el Registro, con lo que queda únicamente como falta muy grave “participar en un procedimiento de mediación estando suspendido para ello”.

ARAGÓN

Desarrollo normativo	Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón (BOE nº 115, de 14 de mayo de 2011).
Composición de la norma	34 Artículos 2 Disposiciones Adicionales 1 Disposición Transitoria 2 Disposiciones finales
Fundamentación jurídica	Art. 148.1.20.^a de la CE , en conexión con el art. 71.34 ^a del Estatuto de Autonomía de Aragón.
Objeto del procedimiento	Art. 1. Regular la mediación familiar en Aragón que pretende facilitar la resolución de conflictos derivados de rupturas matrimoniales o de pareja o cualquier otra problemática familiar.
Principios informadores	Art. 8. Voluntariedad Igualdad Imparcialidad Confidencialidad Transparencia Flexibilidad Buena fe Carácter personalísimo Neutralidad
Duración del procedimiento	Art. 18. 60 días en principio, aunque depende de las características del proceso. A propuesta razonada del mediador, prorrogar por el tiempo necesario para conseguir los fines del procedimiento.
Desarrollo del procedimiento	Art. 12. Inicio del proceso por las partes, antes, durante y después de haber finalizado cualquier actuación judicial. Art. 13. A petición de ambas partes o instancia de una con aceptación de la otra, a instancia Judicial. Arts. 16 y 19. Reunión inicial levantando Acta inicial y final.
Características de los mediadores	Art. 8. Titulación universitaria y acreditar formación específica en mediación (se regulará reglamentariamente). Deberá de estar inscrito/a en el Registro Mediadores y colegiarse en el correspondiente colegio profesional.
Régimen sancionador	Arts. 25 al 34. Leves, graves, siendo calificadas de muy graves: cobro de compensación económica existiendo gratuidad; discriminación por razón de sexo, lengua, raza, etc.; quebrantar los ppos. de neutralidad e imparcialidad; confidencialidad, secreto profesional; abandonar la mediación sin causa justificada con perjuicio para los menores, celebrar acuerdos contrarios a Derecho; 1 infracción más dos faltas graves en un año.
Coste de la mediación	Art. 24. Se reconoce su gratuidad bajo unas determinadas circunstancias económicas, caso contrario, según tarifas establecidas reglamentariamente.
Gestión Registral	No tiene Registro de Mediadores y tampoco existe ninguna acción por parte de los colegios profesionales como consecuencia de que es una ley reciente.
Situación Actual	<ul style="list-style-type: none"> • No hay decreto que regule el Reglamento de desarrollo. • Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres de Aragón, dedica el Capítulo III a la mediación familiar.

ASTURIAS

Desarrollo normativo	Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del Principado de Asturias (BPPA, de 9 abril de 2007).
Composición de la norma	34 Artículos 1 Disposición Adicional 2 Disposiciones Finales
Fundamentación jurídica	Art.148.1.20.^a de la CE Asistencia y bienestar social
Objeto del procedimiento	Art. 2 y 3. Procedimiento extrajudicial para solución de conflictos en el ámbito familiar. Parejas de hecho.
Principios informadores	Dedica todo el Capítulo II (arts. 4 al 9) Voluntariedad Neutralidad Imparcialidad del mediador Confidencialidad Inmediación Buena fe
Duración del procedimiento	Art. 13. 3 meses, prorrogable por otros 3 meses a solicitud de las partes o del propio mediador.
Desarrollo del procedimiento	Art. 10. Inicio de mutuo acuerdo o por una parte con el consentimiento de la otra o a propuesta de autoridad judicial. Acta inicial y final de proceso.
Características de los mediadores	Art. 18. Titulación universitaria en Derecho, Psicología, Pedagogía, Trabajo Social, Educación social. Acreditación de formación específica. Inscripción en el Registro de Mediadores.
Régimen sancionador	Arts. 27 al 34. Leves, graves, siendo calificadas de muy graves: cobro de compensación económica existiendo gratuidad; discriminación por razón de sexo, lengua, raza, etc.; quebrantar los principios de: confidencialidad; secreto profesional; abandonar la mediación sin causa justificada perjudicando a menores o incapacitados; ejercer sin estar inscrito en el Registro de Mediadores o estar suspendido.
Coste de la mediación	Art. 26. Beneficiarios los que tengan derecho asistencia Jurídica Gratuita, caso contrario, lo establecido reglamentariamente.
Gestión Registral	No hay Registro de Mediadores. Los Colegios profesionales y las Asociaciones de Mediación (MAPA) recaban la información sobre profesionales que reúnen los requisitos
SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> No hay Decreto que desarrolle el Reglamento.

BALEARES

Desarrollo normativo	Ley 18/2006 , de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares ⁵⁹ (BOE nº 303, de 20 de diciembre de 2006). DEROGADA por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre (BOE, nº 16, de 19 de enero de 2011).
Composición de la norma	42 Artículos 1 Disposición Adicional 2 Disposiciones Finales
Fundamentación jurídica	Art. 148.1.20.^a de la CE Posibilita a las Comunidades Autónomas asumir la competencia de la protección social.
Objeto del procedimiento	Arts. 1, 4 y 5. Solución extrajudicial de conflictos surgidos en el seno de la familia, incluye la pareja estable y el grupo convivencial.
Principios informadores	Art. 2. Buena fe Voluntariedad Neutralidad Imparcialidad del mediador Confidencialidad Inmediatez Flexibilidad
Duración del procedimiento	Art. 10. 3 meses, con posibilidad de prorrogar por el plazo que considere necesario el mediador.
Desarrollo del procedimiento	Art. 9. Inicio con contrato escrito. Protección interés superior de menores y discapacitados. Redactar acta final.
Características de los mediadores	Art. 29. Licenciados o diplomados en Derecho, Psicología, Pedagogía Psicopedagogía, Trabajo Social, Educación social. Formados en la materia. Inscripción Registro de Mediadores.
Régimen sancionador	Arts. 33 al 42. Leves, graves, siendo calificadas de muy graves: quebrantar los principios de confidencialidad; secreto profesional; neutralidad, imparcialidad; adoptar cuerdos contrarios a Derecho, en especial los lesivos a menores y discapacitados; abandono injustificado de la mediación.
Coste de la mediación	Art. 18. Beneficiarios los que tengan derecho asistencia Jurídica Gratuita
Gestión Registral	Está constituido el Registro de Mediadores y el de Centros de Mediación de Colegios Profesionales y Entidades Públicas y Privadas.
SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> • La actual Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Islas Baleares, deroga la Ley 18/2006 primigenia. • Resolución de la Consejería de Asuntos Sociales Promoción e Inmigración, de 4 de noviembre de 2008, por la que se crea la Comisión de Valoración y Homologación de la Formación en materia de mediación familiar.

⁵⁹ Derogada por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre.

La actual Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares, vino a derogar la Ley 18/2006. Consta de 8 artículos menos que la anterior y amplía su ámbito de aplicación, incluyendo no solo los conflictos originados en las situaciones de ruptura de pareja (matrimonios o parejas de hecho), sino también otras circunstancias conflictivas que se puedan producir en el medio familiar. Así, pueden ser objeto de la mediación familiar los conflictos entre progenitores y sus hijos e hijas, siempre que se traten de materias disponibles por las partes de acuerdo con el derecho de familia y susceptibles de ser planteadas judicialmente; los conflictos surgidos entre la familia biológica y la familia adoptante o la familia acogedora; los conflictos por razón de alimentos entre parientes y la atención de personas en situación de dependencia. Esta Ley, a diferencia de la anterior, sí hace referencia concreta y específica a la elaboración de un Acta inicial y un Acta final en el procedimiento de mediación.

La duración del procedimiento se establece en tres meses, pero al igual que sucedía en la normativa anterior, puede ser prorrogado, por acuerdo entre el mediador y las partes, según el tiempo que el mediador considere necesario. En cuanto a las personas que pueden ejercer como mediadores, esta Ley respeta en su totalidad lo dispuesto por la normativa anterior.

También se produjo una modificación significativa relacionada con el inicio del procedimiento de mediación. La normativa anterior, al respecto, lo hacía de forma escueta a través del artículo 9⁶⁰, en el que hacía mención a un contrato, que debería

⁶⁰ Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de las Islas Baleares

Art. 9. Forma y contenido

1. El contrato debe otorgarse por escrito y en él deben constar:

a) Las circunstancias personales de las personas que lo otorgan, consignando su nombre y sus apellidos; el documento nacional de identidad (o documento equivalente); la mayoría de edad —o, si no, la emancipación— y la residencia habitual. También deben consignarse la condición civil de casado, soltero, viudo, separado o divorciado; la circunstancia de constituir pareja estable, de hecho o grupo convivencial y, en su caso, también debe expresarse el régimen económico matrimonial o de la pareja.

b) Las circunstancias personales del mediador familiar y su número de registro. Si pertenece a un centro de mediación de un colegio profesional o de una entidad pública o privada, deben reseñarse también sus datos de identificación.

otorgarse por escrito, en el que deberían constar una serie de datos y circunstancias. Sin embargo, la actual Ley de mediación Balear, a través del artículo 10⁶¹, es más precisa y establece que la mediación se inicia a petición de las partes interesadas de mutuo acuerdo, o de una de las partes interesadas debiendo el mediador citar a la otra parte.

Dentro de las sanciones muy graves se incluyen, además de las recogidas por la normativa derogada, actuar en procedimientos de mediación familiar sin estar inscrito en el Registro de Mediadores o actuar con una suspensión temporal. El que se haya incorporado esta sanción deviene precisamente de que la Ley 14/2010 crea el Registro de Mediadores y de entidades Públicas o Privadas justificando en la exposición de motivos que:

“La creación del Registro de Mediadores y del Registro de Centros de Mediación de colegios Profesionales y de entidades Públicas o Privadas, por un lado, responde a la necesidad de controlar que efectivamente llevan a cabo la mediación las personas que cumplen los requisitos que exige esta Ley, con la

c) La determinación del conflicto por el cual se otorga el contrato y de las cuestiones que serán el objeto de la mediación, así como las instrucciones, en caso de existir.

d) La programación del desarrollo de las actuaciones de mediación que se consideren necesarias, así como la planificación y la duración aproximada. Debe hacerse constar si la persona mediadora debe ayudarse de otros profesionales.

e) La fecha y la firma de las partes. Deben extenderse tantas copias como personas integren las partes contratantes.

2. Una vez firmado el contrato, la persona mediadora debe entregar a la otra parte un pliego que contenga los principios por los cuales se rige la mediación y los derechos y las obligaciones de ambas partes.

⁶¹ Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Islas Baleares.

Artículo 10. Iniciación del procedimiento.

1. La mediación puede llevarse a cabo:

a) Antes de iniciar el proceso judicial, cuando se producen los conflictos de convivencia o las discrepancias.

b) Cuando el proceso judicial está pendiente, en cualquiera de las instancias y los recursos, en ejecución de sentencia o en la modificación de las medidas establecidas por una resolución judicial firme, en los términos que determine la legislación procesal.

2. La mediación se inicia a petición de:

a) Las partes interesadas de mutuo acuerdo.

b) De una de las partes interesadas. En este caso, el mediador o la mediadora debe citar a la otra o a las otras partes para que expresen por escrito si aceptan la mediación, en el plazo de diez días hábiles desde la notificación. En caso de que en este plazo no se haya aceptado, la mediación no debe iniciarse.

finalidad de asegurar que los servicios se prestan con un determinado nivel de calidad. Por otro lado, los registros con instrumentos para que los ciudadanos y ciudadanas puedan conocer las personas que prestan los servicios de mediación y también los servicios de mediación existentes”.

CANARIAS

Desarrollo normativo	Ley 15/2003 , de 8 abril, de Mediación Familiar (BOC. nº 85 de 6 mayo). MODIFICADA ⁶² por la Ley 3/2005 , de 23 de junio (BOE nº 177, de 26 de julio 2005).
Composición de la norma	23 Artículos 1 Disposición Transitoria 2 Disposiciones Finales
Fundamentación jurídica	Carece de derecho foral , vincula la mediación a su Consejería de Justicia, por entender que es una institución tanto con beneficios sociales como para la justicia.
Objeto del procedimiento	Art. 1. Regulación del proceso de mediación realizado por personas físicas o jurídicas dentro del ámbito de la CC. AA. Parejas de hecho estables o no.
Principios informadores	Art. 4. Voluntariedad Rogación Flexibilidad Antiformalismo Inmediatez Carácter personalísimo Confidencialidad Secreto profesional Imparcialidad Neutralidad del mediador
Duración del procedimiento	Art. 13. 3 meses, prorrogable por otros 3 meses por solicitud motivada por las partes o por el propio mediador.
Desarrollo del procedimiento	Arts. 10 al 14. Inicio por solicitud escrita de todas las partes en conflicto, o una con consentimiento de la otra. Acta inicial final del proceso.
Características de los mediadores	Art. 5. Exigencia de titulación universitaria: colegiados en Derecho, Psicología, Trabajo social u otras ciencias sociales. Estar inscritos en sus respectivos colegios profesionales y acreditar una formación específica en mediación familiar ⁶³ . Inscripción en el Registro mediadores de la CC. AA. Exigencia de formación específica.
Régimen sancionador	Arts. 15 al 20. Leves, graves, siendo calificadas de muy graves: discriminación por razón de sexo, lengua, raza, etc.; quebrantar los ppos. de confidencialidad, secreto profesional; neutralidad; abandonar la mediación sin causa justificada con perjuicio para los menores; admitir acuerdos ilegales; reiteración de tres faltas graves en un año.

⁶² Modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio.

⁶³ Estas dos últimas condiciones fueron impuestas por la ley 3/2005, que modificaba la Ley 15/2003.

Coste de la mediación	Art. 21. Beneficiarios los que tengan derecho asistencia Jurídica Gratuita.
Gestión Registral	Art. 23. Establece un plazo de 6 meses para crearlo ⁶⁴ .
SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> • Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar. • Ley 3/2005, de 23 de junio, de modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar. • Orden, de 10 de marzo de 2008, donde se establecen disposiciones de desarrollo de las actuaciones de mediación familiar y se fijan las tarifas de la mediación en supuestos de gratuidad reguladas por el Decreto 144/2007.

La Ley 15/2003 de Mediación Familiar de Canarias fue modificada mediante la aprobación de la Ley 3/2005, de 23 de junio, y en su exposición de motivos manifiesta que:

“Con la presente modificación legislativa se pretende incorporar a la Ley preexistente novedades legislativas ahora existentes, ampliando el ámbito de la mediación a otros conflictos que puedan surgir en el seno de la familia, como es el caso de los abuelos con los nietos, así como extenderlo expresamente a la protección de los discapacitados o a los conflictos entre menores de acogida y sus familias biológicas o de acogida. Igualmente se pretende clarificar titulaciones y requisitos que han de tener los mediadores familiares, al objeto de regular situaciones de “facto” existentes con anterioridad a la Ley originaria que no fueron suficientemente resueltas por la misma.”

Esta Ley incluye uno de los requisitos no recogidos en la norma anterior: que el mediador tenga que acreditar una formación específica en mediación.

Cuatro años más tarde de lo establecido por la Ley 15/2003⁶⁵, a través del Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar, se crea el Registro de Mediadores adscrito a la Consejería que en cada momento tendrá atribuidas las competencias en materia de justicia, pudiendo inscribirse en él tanto los mediadores, como las entidades de mediación familiar.

⁶⁴ Registro que no será creado hasta la publicación del Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Mediación familiar (cuatro años más tarde).

⁶⁵ El art. 23 de la Ley 15/2003, de 8 abril, de Mediación Familiar de Canarias, establece: “En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, la consejería competente en materia de mediación familiar creará el Registro de Mediadores Familiares, en donde se inscribirán las personas físicas y jurídicas que reúnan los requisitos de capacidad y aptitud para el desempeño de esta función, en los términos expresados en la presente Ley”.

CANTABRIA

Desarrollo normativo	Ley 1/2011, de 28 de marzo , de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE, nº 99, 26 de abril de 2011).
Composición de la norma	54 Artículos 1 Disposición Adicional 2 Disposiciones Transitorias 2 Disposiciones Finales
Fundamentación jurídica	Art. 148.1.20.^a de la CE , en conexión con el Art. 24, 22 y 23 de su Estatuto de Autonomía.
Objeto del procedimiento	Art. 1. Facilitar el acceso a la ciudadanía a modalidades alternativas de solución de conflictos, fomentar la resolución amistosa, evitar un pleito o poner término al comenzado.
Principios informadores	Dedica todo el Capítulo II (arts. 15 al 14) Voluntariedad Imparcialidad Neutralidad Confidencialidad Buena fe Transparencia Flexibilidad Debate contradictorio Inmediatez Presencialidad y calidad
Duración del procedimiento	Art. 39. 3 meses, con posibilidad de prórroga por otro mes en situaciones de mediación gratuita.
Desarrollo del procedimiento	Art. 35. Inicio del proceso por las partes. Podrá realizarse antes, durante y una vez concluido el proceso judicial. Reunión inicial informadora. Acta inicial y final del proceso.
Características de los mediadores	Art. 7. Licenciatura o diplomatura en Derecho, Filosofía y letras, Medicina, Psicología, Pedagogía o Psicopedagogía, Sociología o Ciencias de la Salud, Trabajo Social o Educación Social, Magisterio, Relaciones laborales, Graduado Social, Ciencias del Trabajo, Grado de relaciones laborales o Recursos Humanos. Es necesario estar inscrito en el Registro de Personas Mediadoras.
Régimen sancionador	Arts. 44 al 54. Leves, graves, siendo calificadas de muy graves: cobro de compensación económica existiendo gratuidad; abandonar la mediación sin causa justificada con grave perjuicio para las partes; no poner fin a la mediación en los supuestos de violencia o desigualdad; incumplir con el deber de confidencialidad; mediar estando suspendido.
Coste de la mediación	Art. 15. Reconocimiento del derecho al beneficio de justicia gratuita bajo unas determinadas condiciones económicas; pero solo podrá reconocerse este derecho una vez que se desarrolle reglamentariamente la Ley ⁶⁶ .
Gestión Registral	No tiene Registro de Mediadores. Los que existen están gestionados por las asociaciones de mediadores o colegios profesionales.
SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> No ha habido desarrollo reglamentario a pesar de lo recogido en la Disposición final primera, que le da el plazo máximo de un año a partir de su entrada en vigor.

⁶⁶ Disposición final primera de la Ley 1/2011 de Mediación de Cantabria (...) 2. “En concreto, el derecho a la mediación gratuita sólo podrá reconocerse una vez que se desarrolle reglamentariamente la presente ley”.

La Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria es sin duda la más atrevida. Cantabria es una Comunidad Autónoma sin competencia en materia civil y su Ley, junto con la Ley catalana sobre mediación, sobrepasa la barrera del ámbito familiar con vocación general. Aunque es cierto que en su preámbulo reconoce que no puede incidir ni en materias procesales ni en cuestiones de Derecho Civil reservadas ambas al Estado, justifica su competencia en base a los siguientes fundamentos:

- a) Respecto al “desarrollo legislativo en materia de ejercicio de profesiones tituladas, como será la del mediador”, se enmarca en la competencia autonómica plasmada en el artículo 25.5 del Estatuto de Autonomía para Cantabria⁶⁷.
- b) “En lo que afecte a la mediación en el ámbito familiar, se dicta la presente Ley al amparo del artículo 24.22 y 23 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, que atribuyen competencia a nuestra Comunidad Autónoma, respectivamente, en materia de “asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario incluida la política juvenil, para las personas mayores y de promoción de la igualdad de la mujer” y de “protección y tutela de menores”, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Española”.
- c) La presente Ley tiene su encaje en la competencia que reconoce a la Comunidad Autónoma el artículo 24.32 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, sobre “procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia”⁶⁸.

Sobre la idoneidad de los títulos competenciales alegados por Cantabria, ya en su día, el CGPJ emitió un informe sobre el Proyecto de Ley, en el que concluía que “la

⁶⁷ Ley Orgánica 8 /1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria.

Artículo 25. En el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de Cantabria el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: (...) 5. Corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales. Ejercicio de profesiones tituladas (...).

⁶⁸ ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Análisis de la normativa autonómica sobre mediación en asuntos de derecho privado y la incidencia en ella de la normativa estatal”. En V.A. *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una respuesta Innovadora en los diferentes Ámbitos Jurídicos?* (Dr. Etxeberria Guridi, J. F.) Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 205.

justificación competencial del Proyecto se resiente en todo lo que tiene que ver con el procedimiento de mediación, para el cual no se aprecia título competencial que habilite a la Comunidad Autónoma de Cantabria a dotarse de una ley sobre esta materia”. En cuanto a la pretensión de extender el objeto de la mediación a los conflictos suscitados en el ámbito penal y social, el Consejo afirma que, “queda huérfana de la más mínima justificación competencial en la propia Exposición de motivos⁶⁹”.

La pregunta que cabe plantearse es: ¿se puede trasladar este debate al resto de CC. AA. que se han dotado de regulación sobre la mediación en base a fundamentos idénticos?

CATALUÑA

Desarrollo normativo	Ley 1/2001, de 15 de marzo ⁷⁰ , de Mediación Familiar de Cataluña (BOE N° 91, 16 de abril de 2001). DEROGADA por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado (BOE n° 198, de 17 de agosto de 2009).
Composición de la norma	32 Artículos 1 Disposición Adicional 2 Disposiciones Finales
Fundamentación jurídica	Excepción del Art. 149.1.8.ª de la CE Tiene Derecho Foral y cumple con esta Ley lo estipulado en el art. 79.2 y DF 3ª del Código de Familia.
Objeto del procedimiento	Art. 1. Medida de apoyo y método de resolución de conflictos. Uniones estables. No estables con hijos.

⁶⁹ Apartado III. Consideraciones Generales sobre el Proyecto del Informe emitido por el CGPJ, sobre el Proyecto de Ley de mediación de Cantabria de 21 de junio de 2010. Recoge literalmente: “Recapitulando diríamos que la justificación competencial del Proyecto se resiente en todo lo que tiene que ver con el procedimiento de mediación, para el cual no se aprecia título competencial que habilite a la Comunidad Autónoma de Cantabria a dotarse de una ley sobre esta materia. La competencia en materia de ejercicio de profesiones tituladas permitiría a lo sumo avalar la intervención normativa proyectada en todo lo tocante al estatuto de las personas mediadoras, los requisitos para ejercer como tal, el Registro de Personas Mediadoras, la calidad de la mediación o las instituciones y organismos que pueden prestar servicios de mediación. La competencia en materia de asistencia y bienestar social podría dar cobertura a la regulación del papel de las Administraciones públicas en el fomento de la mediación o a la posibilidad de otorgar el beneficio de gratuidad de la mediación en el caso de personas con escasa capacidad económica. La competencia en materia de especialidades de procedimiento administrativo dudosamente permite normar lo relativo a la mediación en el ámbito administrativo y, de hecho, se constata que el Proyecto carece de un auténtico tratamiento de esa clase de mediación. A lo anterior se añade que la pretensión de extender el objeto de la mediación a los conflictos suscitados en los ámbitos penal y social, queda huérfana de la más mínima justificación competencial en la propia Exposición de Motivos”.

⁷⁰ Nueva Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña, deroga la Ley 1/2001.

Principios informadores	Dedica todo el Capítulo II (arts. 11 al 15) Voluntariedad Imparcialidad Confidencialidad Carácter Personalísimo Apoyo a la persona mediadora Respeto al interés del menor
Duración del procedimiento	Art. 20. 3 meses, con posibilidad de prórroga por otros 3 por solicitud motivada de las partes y del mediador.
Desarrollo del procedimiento	Art. 16. Inicio de la función mediadora por ambas partes de mutuo acuerdo o a instancia de uno con el consentimiento del otro. Acta inicial y final del proceso.
Características de los mediadores	Art. 7. Abogados, Psicólogos, Trabajadores y Educadores Sociales, Pedagogos. Todos ellos colegiados. Existencia Registro de mediadores.
Régimen sancionador	Arts. 26 al 30. Leves, graves, siendo calificadas de muy graves: incumplimiento del deber de imparcialidad, confidencialidad y no facilitar a las partes un acuerdo voluntario y equitativo siempre que comporten perjuicios graves a las partes; reiteración de una infracción grave en el plazo de dos años.
Coste de la mediación	Art. 9. Beneficiarios los que tengan derecho asistencia Jurídica Gratuita.
Gestión Registral	El Registro corresponde al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, auxiliado por el Registro de los Colegios Profesionales, encargados de comprobar si se cumplen los requisitos para inscribirse.
SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> • Decreto 139/2002, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña. • Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado, que deroga la Ley 1/2001. • Decreto 135/2012, de 23 de octubre, que desarrolla la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado. • Decreto Legislativo 3/2008, de 25 de junio, de tasas y Precios Públicos, que establece las tasas por homologación de cursos de mediadores y su renovación.

El preámbulo de la Ley catalana 15/2009 expone qué tres factores han hecho necesario superar la regulación anterior establecida por la Ley 1/2001:

- a) La experiencia obtenida desde la entrada en vigor de la Ley 1/2001.
- b) La modificación de la LEC por la Ley Estatal 15/2005.
- c) La normativa europea sobre la materia, en especial la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea.

Y añade:

“La presente Ley respeta voluntariamente los contenidos de la Ley 1/2001, tiene como objetivos: ampliar el alcance de la mediación a determinados conflictos del ámbito civil (...). La presente Ley se inscribe en una corriente europea de

actualización de las leyes de mediación. Austria, con la Ley 29/2003, y Bélgica, con la Ley 21 de febrero de 2005, han promulgado leyes de mediación general; Francia (...) y otros países están en proceso de adaptación de su legislación. Cataluña también necesita actualizar su legislación. Fundamentalmente, los reducidos ámbitos previstos inicialmente para aplicar la Ley han sido un obstáculo para acoger determinados tipos de conflictos del círculo más próximo a las personas para las que la mediación se revela muy útil (...)."

Cataluña, con esta Ley, aprovecha para realizar un enfoque integral de la mediación, amparándose en el artículo 106.2 de su Estatuto de Autonomía de 2006, según el cual puede establecer los instrumentos y los procedimientos de mediación y de conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia. Con ello se entiende que esta competencia exclusiva comporta, de manera íntegra, la potestad legislativa, la reglamentaria y la función ejecutiva⁷¹.

Esta Ley incorpora la posibilidad de que la mediación pueda iniciarse, además de a petición de las partes, también a instancias de la autoridad judicial, bien por derivación de los juzgados de Paz, de los profesionales colegiados o de los servicios públicos de diversos ámbitos, que pueden proponerla a las partes y contactar con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. Da un importante salto cualitativo al incorporar, aparte de los conflictos familiares (incluyendo discapacidad psíquica o por enfermedad degenerativa limitativa de la capacidad de obrar), los conflictos surgidos en materia de Derecho Privado.

⁷¹ OGAZÓN GÓMEZ, Y.A., "Construcción de la mediación (civil y mercantil) en España", *Revista legaltoday.com* (12/3/2013). En acceso digital. Consultado el 20-02-2015.
<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/arbitraje/construccion-de-la-mediacion-civil-y-mercantil-en-espana>

CASTILLA - LA MANCHA

Desarrollo normativo	Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla- La Mancha (BOE, nº203, de 25 de agosto de 2005).
Composición de la norma	33 Artículos 2 Disposiciones Adicionales 1 Disposición Transitoria 3 Disposiciones Finales
Fundamentación jurídica	Art. 148.1 de la CE Servicio social especializado dentro de la protección a la familia.
Objeto del procedimiento	Art. 1. Resolución extrajudicial de los conflictos familiares. Prima el interés de los menores. Incluye parejas hecho. Art. 3.2.
Principios informadores	Art. 8. Voluntariedad Confidencialidad Imparcialidad Neutralidad Profesionalidad .
Duración del procedimiento	Art. 20. 3 meses. Las partes junto con el mediador podrán solicitar prórroga por otros 3 meses más.
Desarrollo del procedimiento	Art. 16. Inicio a petición de las partes de común acuerdo, o a petición de una con aceptación de la otra. Acta inicial y final del proceso.
Características de los mediadores	Art. 6. a) Administraciones públicas a través de personas especializadas en la materia. b) Entidades públicas o privadas que se inscriban en el Registro de Mediadores. c) Licenciados en Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogo, Sociología, Trabajo Social o Educación social .
Régimen sancionador	Arts. 28 al 33. Leves, graves, siendo calificadas de muy graves: discriminación por raza, sexo, religión etc.; adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio a terceros; obstrucción a la labor inspectora; tres o más infracciones graves distintas en el plazo de tres años.
Coste de la mediación	Art. 9. Beneficiarios los que tengan derecho asistencia Jurídica Gratuita.
Gestión Registral	No hay Registro, se encargan los Colegios Profesionales.
SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> • Actualmente, a fecha 22 de junio de 2015 acaba publicarse La Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla- La Mancha. • Decreto 7/2009, de 27 de enero, sobre organización y funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familiar • .

El día 22 de junio de 2015 en el Boletín Oficial del Estado nº 148 se publicó la Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla - La Mancha, que entró en vigor el pasado 15 de marzo de 2015, y aunque no vamos a desgranar aquí su contenido, ni extendernos más de lo necesario, aprovechamos dicha publicación para recuperar una serie de apreciaciones que ya habíamos reseñado a cerca del anteproyecto⁷² (antes de publicarse la Ley). Apreciaciones que aparentemente pueden parecer triviales, pero que podrían resultar ciertamente reveladoras y significativas, por eso las reproducimos igualmente sin perjuicio de recoger las variaciones producidas con la posterior publicación de la Ley :

El Anteproyecto, en la Exposición de motivos, rezaba así:

“La presente Ley tiene por objeto integrar en un una única norma los distintos ámbitos sociales y familiares de la mediación, concibiéndola para ello con carácter amplio y general, como un método de resolución extrajudicial de conflictos entre sujetos de Derecho, a través de la labor conciliadora de una tercera parte: el mediador, quien intervienen con carácter neutral e imparcial respecto a las partes en controversia, al objeto de alcanzar un acuerdo que satisfaga de forma ecuánime los intereses de uno y otro”.

Contenido que se mantiene literalmente en la Ley.

Y añadía también en la exposición de motivos:

“Otro de los aspectos fundamentales de esta Ley es la mediación para la conciliación y reparación del daño en el ámbito de la justicia penal juvenil, con el fin de dar aplicación a lo que se recoge en este sentido en la legislación, tanto comunitaria como de ámbito estatal”.

En su artículo 32 recogía los tipos de mediación con el siguiente enunciado:

A los efectos de la presente Ley y dependiendo del caso, se pueden llevar a cabo los siguientes tipos de mediación:

⁷² Aprobado por el consejo de Gobierno de Castilla- La Mancha el 2 de octubre de 2014.

- a) Mediación directa: consiste en el encuentro directo entre ambas partes para lograr alcanzar acuerdos de conciliación y reparación.
- b) Mediación indirecta: cuando a solicitud de la víctima no tenga lugar el encuentro directo y/ pero sí la conciliación indirecta.
- c) Reparación sin participación de la víctima: en los casos establecidos en la normativa vigente, cuando el autor acepte la realización de actividades educativas”.

Al hilo de los puntos previamente indicados cabría la pregunta:

¿Mediación para la conciliación?. Es evidente que el anteproyecto sufría una confusión de términos, y no un error de transcripción como podríamos esperar, especialmente si acudimos al contenido del artículo 32 citado, donde se prevén los tipos de mediación. Porque si se llega a un acuerdo de conciliación, no se ha hecho mediación, sino conciliación. Si hay una conciliación indirecta, no puede haber mediación indirecta.

Por otro lado, cuando en el apartado c) del artículo 32, se habla de que el autor acepte la realización de actividades educativas, da a entender que el mediador puede orientar, cuando precisamente partimos de que un mediador nunca puede proponer acuerdos, solo dirigir el proceso.

Sin embargo, si bien la Ley, acertadamente, ha eliminado el artículo 32 del anteproyecto en cuanto a los tipos de mediación, y sustituido la frase de “justicia penal de los menores” por la de “responsabilidad penal de los menores” ha mantenido, en nuestra opinión erróneamente, el texto “mediación para la conciliación y reparación del daño” creando cierta confusión que podría haberse evitado.

CASTILLA-LEÓN

Desarrollo normativo	Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León⁷³. (BOE, nº 105, de 3 mayo de 2006). MODIFICADA por el Decreto Ley 3/2009, de 23 de diciembre.
Composición de la norma	30 Artículos 4 Disposiciones Adicionales 1 Disposición 2 Disposiciones Finales
Fundamentación jurídica	Art. 148.1 de la CE Servicio social especializado dentro de la protección a la familia.
Objeto del procedimiento	Art. 2. Resolución de conflictos familiares de forma no contenciosa. Uniones de hecho, personas con hijos, excluido expresamente violencia de género.
Principios informadores	Art. 4. Libertad Voluntariedad e igualdad de partes Interés del menor y discapacitados Confidencialidad, Secreto y competencia profesional Ética Imparcialidad y neutralidad del mediador Intervención corporativa y Buena fe Carácter personalísimo Sencillez y celeridad
Duración del procedimiento	Art. 16. 3 meses, con prórroga por otros 3 por solicitud motivada del mediador.
Desarrollo del procedimiento	Art. 15. Inicio a petición de las partes de común acuerdo. Acta inicial. Justificante de cada sesión. Acta final del proceso.
Características de los mediadores	Art. 8. Licenciados en Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía Sociología, Trabajo Social, Educación social o cualquier otra titulación de carácter social, educativo, jurídico o sanitario. Acreditar la formación familiar con un mínimo de 300 horas. Inscripción en el Registro de Mediadores.
Régimen sancionador	Arts. 21 al 31. Leves, graves, siendo calificadas de muy graves: mediar estando suspendido temporalmente; valerse de intermediarios; quebrantar el secreto profesional y la confidencialidad; impedir los intereses de los menores, discapacitados y personas mayores; no estar inscrito en el Registro de Mediadores; recibir compensación económica de las partes que tenga reconocida gratuidad; obstaculizar la actuación inspectora; abandonar la mediación sin causa justificada; actuaciones discriminatorias de cualquier índole
Coste de la mediación	Art. 13. Beneficiarios los que tengan derecho asistencia Jurídica Gratuita.
Gestión Registral	Tiene Registro de Mediadores Familiares, que depende de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades.

⁷³ Modificada parcialmente por el Decreto Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de medidas de impulso de las actividades de Servicios de Castilla y León.

SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> • Decreto 61/2011, de 13 de octubre⁷⁴, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León. • Decreto Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas del Impulso de las Actividades de Servicio de Castilla y León, que modifica parcialmente la Ley 1/2006, de 6 de abril. • Orden FAM/1497/2077, de 14 de septiembre, por la que se desarrolla el Reglamento de la Mediación Familiar respecto a la Mediación Familiar Gratuita.
-------------------------	---

El Decreto Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León, modificó su Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar, eliminando el requisito relativo a la previa inscripción en el Registro de Mediadores Familiares de la Comunidad de Castilla y León para ejercer la mediación familiar de forma individual o en equipo, con el objeto de evitar posibles obstáculos a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en este ámbito. En sustitución de la previa inscripción, la nueva redacción del texto legal establece la obligación de aportar una declaración responsable que habilita para la realización de la mediación familiar desde el día de su presentación. Correlativamente con este cambio se ha modificado también el régimen de infracciones, en el que se califica como muy grave el hecho de ejercer la mediación familiar incumpliendo los requisitos exigidos para su ejercicio, y como grave, la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial de cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a la declaración responsable o a la comunicación relativa a la creación de equipos. Consecuentemente con ello, estas modificaciones, realizadas en la Ley, deben trasladarse a su desarrollo reglamentario.

El Desarrollo reglamentario se ha efectuado mediante la publicación del Decreto 61/2011, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León. Con lo que queda, por lo tanto, derogado el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, aprobado por el Decreto 50/2007, de 17 de mayo, y su desarrollo por la Orden FAM/1495/2007, de 14 de septiembre, en lo que se

⁷⁴ Este Decreto derogó al Decreto 50/2007 de 7 de mayo de 2007, primer Decreto que aprobó el Reglamento que desarrolló la Ley 1/2006.

refiere a la mediación familiar gratuita y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo regulado en el presente Decreto.

El objeto del actual Reglamento, se recoge en las disposiciones generales dentro del Capítulo I.

Artículo 1. Objeto.

El presente reglamento tiene por objeto el desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, en lo relativo a:

- a) Establecer el órgano competente para ejercer, en materia de mediación familiar, las funciones previstas en el artículo 5 de la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León.
- b) Regular la acreditación y la homologación de la formación en materia de mediación familiar.
- c) Regular el Registro de Mediadores Familiares.
- d) Desarrollar la regulación de la mediación familiar gratuita, así como establecer el sistema de turno de oficio de mediación gratuita.
- e) Desarrollar el procedimiento de mediación familiar.
- f) Establecer los órganos competentes para la inspección, iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores en materia de mediación familiar.
- g) Regular un sistema de sugerencias y quejas.
- h) Desarrollar otros aspectos previstos en la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León.

GALICIA

Desarrollo normativo	Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de Galicia (BOE, n° 157, de 2 de julio 2001).
Composición de la norma	25 Artículos 2 Disposiciones Finales
Fundamentación jurídica	Tiene Derecho Foral, pero basa su Ley en el art. 148.1.20.ª de la CE Actividad de interés público y mecanismo de ayuda para la protección de la familia como parte de la asistencia social prestada por las CC. AA.
Objeto del procedimiento	Art. 1. Método. Para intentar solucionar los conflictos de supuestos de divorcio y ruptura matrimonial o de pareja.
Principios informadores	Art. 8. Voluntariedad Imparcialidad Confidencialidad. Rogación Antiformalismo Flexibilidad Inmediatez Secreto profesional Neutralidad
Duración del procedimiento	Art. 14. 3 meses, con posibilidad de prórroga de otros 3 meses por solicitud motivada de las partes y del mediador.
Desarrollo del procedimiento	Art. 12. A petición de ambas partes o instancia de una con aceptación de la otra. Acta inicial y final.
Características de los mediadores	Art. 5. Persona inscrita en el Registro Mediadores. La experiencia profesional y la formación específica se regula reglamentariamente.
Régimen sancionador	Arts. 21 al 30. Leves, graves, siendo calificadas de muy graves: incumplimiento del deber de neutralidad y confidencialidad; abandonar la mediación sin causa justificada con perjuicio para menores o las partes; adopción de acuerdos ilegales; tres faltas graves en el periodo de 1 año; discriminación por cualquier causa.
Coste de la mediación	Art. 9. Beneficiarios los que tengan derecho asistencia Jurídica Gratuita.
Gestión Registral	Tiene Registro de Mediadores de Familia, que depende de la Secretaría General de Política Social de la Consejería de Trabajo y Bienestar.
SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> • 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 gratuita. • Orden, de 3 de junio de 2008, por la que se fijan las tarifas de mediación familiar. • Ley gallega 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género⁷⁵.

⁷⁵ La ley modifica mediante la disposición Adicional Primera el punto 1 del artículo 3, referido a la finalidad de la mediación; el punto 4 del artículo 6 y añade un punto 2 bis al artículo 7 y un punto 4 al artículo 8.

A pesar del título genérico de la Ley de mediación de Galicia, es necesario precisar que se restringe el concepto de familia al ámbito de la pareja. Los problemas que puedan surgir en otro ámbito familiar, como podría ser el caso de los abuelos con los nietos o de los hermanos entre sí (véase los conflictos surgidos en casos de herencia), no serían de aplicación según lo dispuesto en esta Ley. Sin embargo, es necesario resaltar que es aplicable tanto a los cónyuges como aquellas personas que convivan en una relación estable de pareja. Nada recoge respecto a la orientación sexual de la pareja, por lo que debemos entender que si se da unión estable de pareja exigida, la orientación sexual no tiene mayor trascendencia a los efectos de solicitar la aplicación de ésta. Otra cosa es demostrar que la unión sea estable, ya que la Ley nada dice sobre el particular. Por lo tanto, ¿a partir de qué momento podemos entender que nos encontramos ante una unión estable? Es de suponer que valdrá cualquier prueba admitida en Derecho, aunque no estaría mal un desarrollo reglamentario de la Ley que aclarase este y otros muchos puntos.

Si bien es cierto que no existe un desarrollo reglamentario general de la Ley de mediación en Galicia, sí se regularon, mediante el Decreto 159/2003, algunos apartados de la Ley de mediación, tales como la figura del mediador familiar, el Registro de mediadores Familiares y el reconocimiento de la mediación gratuita. Precisamente, la Orden de 3 de junio de 2008 se encargó de fijar las tarifas de la mediación familiar en Galicia tanto para el caso de que las partes tengan o no tengan reconocidos el derecho a la mediación gratuita.

A través de la Disposición primera de la Ley gallega 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género, se modificó la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar, en los siguientes puntos:

Uno. - Se modifica el punto 1 del artículo 3, que queda redactado como sigue:

«Artículo 3. - Finalidad de la mediación.

1. Los programas de mediación familiar tendrán como finalidad el asesoramiento, orientación y búsqueda de un acuerdo mutuo o la aproximación de las posiciones de las partes en conflicto a favor de regular, de común acuerdo, los efectos de la separación, divorcio o nulidad del

matrimonio, o bien la ruptura de la unión, así como en conflictos de convivencia, en beneficio de la totalidad de los miembros de la unidad familiar⁷⁶».

Dos. - Se modifica el punto 4 del artículo 6, que queda redactado como sigue:
«4. El departamento de la Xunta de Galicia competente en materia de igualdad, y en materia de familia, a través de sus recursos propios, ofrecerá programas de mediación y de orientación familiar, de manera individual o dirigidos a las familias en su conjunto cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar. Estos programas preverán de manera prioritaria la prevención de situaciones de violencia de género⁷⁷».

Tres. - Se añade un nuevo punto 2 bis en el artículo 7, con la siguiente redacción:
«2 bis. El personal especializado de los servicios de mediación elaborará, en cada caso, un informe en el que se especifique la idoneidad del recurso de mediación».

Cuatro. - Se añade un nuevo punto 4 en el artículo 8, con la siguiente redacción:
«4. Se interrumpirá, o en su caso no se iniciará, cualquier proceso de mediación familiar cuando en él esté implicada una mujer que sufriera o sufra violencia de género».

Con las modificaciones introducidas por la citada Ley, la mediación queda prohibida en el caso de que la mujer sufriera o sufra violencia de género, sin darle opciones de elegir. Así podríamos preguntarnos: ¿tiene menos poder de decisión una víctima de violencia de género para acudir a mediación si es su voluntad, que la víctima que decide acudir a Justicia reparatoria, reconocida por Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos?

Por otro lado, ¿no sería necesario tener en cuenta que no todas las situaciones que se clasifican dentro de la violencia de género revisten igual gravedad?

⁷⁶ Contenido de la redacción anterior a la modificación: 1. La intervención en los conflictos objeto de la mediación familiar tendrá como finalidad el asesoramiento, la orientación y la consecución de un acuerdo mutuo o la aproximación de las posiciones de las partes en conflicto en orden a regular, de común acuerdo, los efectos de la separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, o bien la ruptura de su unión, así como en conflictos de convivencia, en beneficio de la totalidad de los miembros de la unidad familiar.

⁷⁷ Contenido de la redacción anterior a la modificación: 4. La Consellería competente en materia de familia adoptará las medidas apropiadas para ayudar a los padres a dar efectividad al derecho referido en el apartado anterior, prestándoles, cuando sea necesario, asistencia y programas de apoyo.

MADRID

Desarrollo normativo	Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid (BOCM, nº54, de 5 marzo de 2007).
Composición de la norma	29 Artículos 1 Disposición Adicional 2 Disposiciones Finales
Fundamentación jurídica	Art. 148.1.20.^a Competencia exclusiva en materia de servicios sociales
Objeto del procedimiento	Art. 1. Procedimiento de gestión o resolución positiva de tensiones o conflictos familiares. Art. 8. Uniones de hecho.
Principios informadores	Art. 4. Voluntariedad Confidencialidad y reserva de las partes Imparcialidad y neutralidad del mediador Buena fe Acto personalísimo
Duración del procedimiento	Art. 18. 3 meses, prorrogable por otros 3 a solicitud de las partes cuando el mediador aprecie la posibilidad de llegar a acuerdos.
Desarrollo del procedimiento	Art. 16. Inicio por las partes de común acuerdo, o de uno con el consentimiento del otro. Documento inicial y documento final con los acuerdos.
Características de los mediadores	Art. 12. Titulación universitaria de grado superior o media. Acreditar formación técnico-práctica en mediación en los términos que reglamentariamente se determinan.
Régimen sancionador	Arts. 20 al 29. Leves, graves, siendo las muy graves: abandono de la mediación sin causa justificada, adopción de acuerdos contrarios a derecho, mediar estando suspendido temporalmente, cobro de honorarios distintos a los pactados, incumplir el deber de confidencialidad y reserva del acuerdo, reincidencia en infracciones graves.
Coste de la mediación	Art. 10. Habla de satisfacer los honorarios. Art. 24. Sanción muy grave si el mediador cobra más de lo pactado.
Gestión Registral	Actualmente no existe un Registro Central. Los colegios profesionales han constituido registros auxiliares.
SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> • Orden 14/2007, de 11 de enero, reguladora de las bases de la convocatoria de subvenciones a Entidades Locales para el desarrollo de programas dirigidos a favorecer la mediación familiar, los puntos de encuentro familiar, la prevención y el tratamiento de la violencia en entornos familiares y sociales de los menores y favorecer la participación social infantil, y de convocatoria para 2007. •

PAÍS VASCO

Desarrollo normativo	Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco (BOPV, nº 2008034, de 18 de febrero de 2008).
Composición de la norma	38 Artículos 1 Disposición transitoria 2 Disposiciones Finales.
Fundamentación jurídica	Art. 148.1.20. ^a Asistencia social
Objeto del procedimiento	Art. 1. Procedimiento para encontrar soluciones a los conflictos entre los miembros de una familia o grupo de convivencia
Principios informadores	Art. 8. Voluntariedad Confidencialidad Transparencia Soluciones conforme a derecho Imparcialidad y neutralidad del mediador Flexibilidad Debate contradictorio Inmediatez y Buena fe
Duración del procedimiento	Art. 23. 4 meses, pero se puede prorrogar por 2 más si hay posibilidad de acuerdo, a petición de las partes
Desarrollo del procedimiento	Art. 19. Inicio a petición de ambas partes. A petición de una debiendo citar el mediador a la otra en 10 días. Certificado inicial y final del procedimiento.
Características de los mediadores	Art. 9. Licenciado en Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía, Sociología, Trabajo Social o Educación social. Inscripción en el Registro de Personas Mediadoras. Preparación específica, suficiente y continua en Mediación Familiar
Régimen sancionador	Arts. 25 al 38. Leves, graves y son consideradas muy graves: quebrar los principios recogidos en el artículo 8; permitir acuerdos ilegales; discriminación por raza sexo, religión; valerse de representante o intermediario; recibir retribución reconocida la gratuidad; no estar inscrito en el Registro; mediar estando suspendido temporalmente; no tener en cuenta intereses de los menores, discapacitados y personas mayores; abrir o cerrar un centro de mediación sin autorización administrativa; abandonar la mediación sin causa justificada.
Coste de la mediación	Art. 4. Beneficiarios los que tengan derecho asistencia Jurídica Gratuita.
Gestión Registral	No existe registro de personas mediadoras, son los colegios encargados de relacionar los colegiados mediadores.
SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> • Decreto 124/2008, de 1 de julio, regulador de los Puntos de Encuentro Familiar por derivación judicial⁷⁸. • Decreto 84/2009, de 21 de abril, del Consejo Asesor de la Mediación Familiar.

⁷⁸ Que establece, en su artículo 31, la coordinación de funciones entre los Puntos de Encuentro Familiar y los Servicios de Mediación Familiar.

VALENCIA

Desarrollo normativo	Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (BOE nº 303, de 19 de diciembre de 2001).
Composición de la norma	32 Artículos 2 Disposiciones Adicionales. 1 Disposición Final
Fundamentación jurídica	Art. 148.1.20.^a de la CE Medida de asistencia y protección social especializada para sectores o grupos sociales, en especial la familia No le atribuye efectos procesales (procedimiento extrajudicial complementario)
Objeto del procedimiento	Art. 3. Método para solución de conflictos entre personas unidas por vínculo familiar. Información sobre filiaciones en personas adoptadas.
Principios informadores	Arts. 4 y 5. Voluntariedad Buena Fe Carácter personalísimo del proceso
Duración del procedimiento	Art. 18. 3 meses, con posibilidad de prórroga por 2 meses si lo solicitan las partes.
Desarrollo del procedimiento	Art. 13. Inicio por cualquiera de las partes o de ambas. Acta inicial y final.
Características de los mediadores	Art. 7. Formación universitaria en Derecho, Psicología, Trabajo y Educación Social o Graduado Social, y de formación específica de postgrado en la materia. Creación de un Registro de Mediadores.
Régimen sancionador	Arts. 22 al 31. Leves, graves, siendo consideradas muy graves: abrir o cerrar un centro de mediación sin autorización administrativa; obstruir la labor inspectora; trato degradante; vulnerar el derecho a la intimidad; reincidir en infracciones graves cometiendo más de una infracción de la misma naturaleza en el término de un año.
Coste de la mediación	Art. 6.2. Beneficiarios los que tengan derecho asistencia Jurídica Gratuita.
Gestión Registral	Actualmente no existe un registro de Personas mediadoras.
SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> • Decreto 41/2007, de 13 de abril, del Consell, por el que se desarrolla la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de la Generalitat, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana. • Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven⁷⁹.

⁷⁹ Sobre la cual el Tribunal Constitucional tiene en suspenso algunos de sus preceptos hasta que se resuelva un recurso de Inconstitucionalidad, interpuesto por el Gobierno Central.

NAVARRA (UN CASO ESPECIAL)

Desarrollo normativo	Orden Foral Navarra 147/2007, de 23 julio, de la Consejera de Bienestar Social Deporte y Juventud, por la que se clasifica el Servicio de Mediación Familiar.
Composición de la norma	Desarrollo del anexo del Decreto Foral 209/ 1991, de 23 de mayo ⁸⁰ .
Fundamentación jurídica	Servicios sociales especializados.
Objeto del procedimiento	Ayudar a los miembros de la familia tras el conflicto en la toma de decisiones de las relaciones personales, económicas e intergeneracionales.
Principios informadores	Voluntariedad Confidencialidad Neutralidad Imparcialidad
Duración del procedimiento	No se fija
Desarrollo del procedimiento	No se fija
Características de los mediadores	Formación universitaria de primer ciclo, diplomatura, licenciatura. Formación específica en Mediación acreditada con los títulos reconocidos por las diferentes universidades o por otras organizaciones cuando estas estén avaladas por el Foro Europeo de Mediación Familiar.
Régimen sancionador	No lo fija
Coste de la Mediación	No lo fija
Gestión Registral	No lo fija
SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> • 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 sexista⁸¹.

Si hacemos referencia expresa a Navarra como un caso especial es porque, a pesar de que, en la actualidad, carece de una Ley específica de mediación⁸² familiar,

⁸⁰ Es un anexo que se añade como punto 5.4, denominado “servicio de mediación familiar”, al Decreto Foral 209/ 1991, de 23 de mayo, sobre el régimen de autorización, infracciones y sanciones en materia de servicios sociales.

⁸¹ Esta ley foral, a través del artículo 8, ya en el año 2003 adicionó un artículo nuevo el 12 ter. A la anterior Ley 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista “Art. 12 ter. Mediación familiar.

1. 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 ruptura de pareja.

2. 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 pareja, al objeto de evitar potenciales conflictos o desavenencias entre las partes”.

entendemos que su interés por la mediación no ha pasado desapercibido. Desde el año 2001 funciona un Servicio de Mediación Familiar ubicado en el Departamento de Familia, Infancia y consumo. En el año 2003, a través de la Ley Foral 12/2003, de 7 de **marzo**, adicionó, a la Ley 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista, un nuevo artículo, el 12 ter., referido a la Mediación Familiar. Posteriormente, mediante su Orden Foral 147/2007, de 23 julio, de la Consejería de Bienestar Social Deporte y Juventud, clasifica el Servicio de Mediación Familiar como un “Servicio Social Especializado”, considerándolo “un sistema para la resolución de conflictos entre los miembros de una familia, en sentido extenso, que a través de un proceso voluntario y confidencial, posibilita la comunicación entre las partes en conflicto para llegar a acuerdos viables que sean satisfactorios para todas y garanticen la atención a las necesidades del grupo familiar. El profesional mediador es el responsable de proceso de mediación y actúa de manera neutral e imparcial”. Establece los objetivos del servicio, las personas usuarias y los requisitos exigibles, para lo que requiere que los profesionales mediadores tengan la formación específica en mediación familiar.

La razón por la que el Servicio de Mediación Familiar en Navarra es introducido como un anexo a través de la Orden Foral 147/2007, se explica en la propia Orden, que literalmente recoge:

“La Ley foral 9/1990, de 13 de noviembre, sobre el régimen de autorizaciones, infracciones y sanciones en materia de Servicios Sociales, establece una serie de actuaciones administrativas tendentes a conseguir una mejor calidad y nivel de prestaciones, estableciendo un sistema sancionador para los casos de incumplimiento.

A tal efecto, el Decreto Foral 209/1991, de 23 de mayo, que la desarrolla, clasifica los Servicios y Centros en materia de servicios sociales y establece las condiciones de infraestructura, equipamiento, personal y funcionamiento que debe reunir cada uno de ellos.

⁸² En su web, el Gobierno de Navarra aduce como fundamento normativo, además de la Recomendación R(98)1 sobre mediación familiar del Comité de Ministros del Consejo de Europa, las Leyes Forales 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista y 12/2003, de 7 de marzo, que modifican la anterior, pero en dichas disposiciones no existe mención alguna a la mediación.

http://www.navarra.es/home_es/Servicios/ficha/2580/Mediacion-familiar

La necesidad de contemplar un nuevo Servicio de Mediación Familiar por no poder asimilarlo a ninguno de los establecidos en el Anexo del citado Decreto Foral 209/1991, de 23 de mayo, obliga a acceder a la clasificación individualizada del mismo, en los términos previstos en su artículo 4, que determina que aquellos Centros o servicios que no se hallen contemplados en el Anexo al mencionado Decreto Foral, y que no puedan asimilarse a ninguno de ellos, serán objeto de clasificación individualizada, determinada por el Consejero de Bienestar Social mediante Orden Foral.”

La reciente Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres, contiene un capítulo específico sobre mediación familiar (art. 2)⁸³, aunque limitado a las cuestiones conflictivas vinculadas a la custodia.

EXTREMADURA: proyecto de Ley de Mediación familiar

Sobre Extremadura, sólo decir que en el DOE nº 221, del pasado 17 de noviembre del 2014, la Consejería de Empleo, Mujer y Políticas Sociales, mediante la Resolución de 10 de noviembre de 2014 de la Secretaría General, acordó la apertura del periodo de información pública en relación con el anteproyecto de Ley de Mediación Familiar. Texto que ha concluido el paso de exposición pública y comenzará su trámite parlamentario para su entrada en vigor una vez sea aprobada de forma definitiva.

El anteproyecto extremeño contempla un ámbito reducido de aplicación comparado con otras leyes autonómicas, ya vistas. En general y salvo los derechos y deberes de las partes en conflicto, que se regulan de forma más detallada no se aleja demasiado de lo previsto en la normativa estatal Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Sin embargo, en cuanto a los requisitos para actuar como mediador hay que señalar que puede producirse un choque entre la norma autonómica y la estatal. El anteproyecto establece que el mediador familiar deberá cumplir con los requisitos

⁸³ Art. 2. Mediación familiar.

1. A los efectos previstos en el artículo anterior, los padres podrán someter voluntariamente sus discrepancias a **mediación familiar**, con vistas a lograr un acuerdo. Asimismo, el juez podrá igualmente proponer una solución de mediación en caso de presentación de demanda judicial.
2. Los acuerdos entre los padres obtenidos en la **mediación familiar** deberán documentarse para su aprobación en su caso por el juez.
3. A efectos de lo dispuesto en esta Ley Foral, el Gobierno de Navarra facilitará un servicio de mediación familiar público e imparcial para las partes.

establecidos en el anteproyecto pero además “cualquier otro exigido para el desarrollo de la función mediadora, recogidos tanto en la ley 5/2012 de 6 de julio, como en el resto de la legislación de la Comunidad Autónoma de Extremadura que resulte de aplicación”. Como quiera que el legislador extremeño se muestra más exigente__ en cuanto a titulación oficial y horas de formación__ que el legislador estatal, puede plantearse el problema de que una persona habilitada como mediadora de acuerdo con la normativa estatal, no se le permita, por no reunir los requisitos, actuar en Extremadura, o aun no impidiéndosele la actuación tuviera que aplicar en Extremadura la normativa estatal, lo que supondría la existencia de dos mediaciones familiares paralelas. Consideremos estas reflexiones de cara a resolver y no a dificultar la implantación de la mediación en nuestro sistema judicial. El Derecho positivo nace para satisfacer una necesidad de los ciudadanos, no para complicar su aplicación.

MURCIA: un caso singular

Respecto a esta Comunidad Autónoma no podemos obviar la iniciativa del Partido Judicial de Murcia⁸⁴ que, mediante la Orden JUS/1721/2014, de 18 de septiembre⁸⁵,

⁸⁴ SOLETO, H., “Presente y futuro de la resolución de conflictos”. En V.A. *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. (Coords. Carretero Morales, E. y Ruiz López, C.), Tecnos, Madrid, 2013, p. 34.

⁸⁵ Orden JUS/1721/2014, de 18 de septiembre, por la que se amplía la Oficina Judicial de Murcia y se modifica la Orden JUS/1741/2010, de 22 de junio, por la que se determina la estructura y se aprueban las relaciones de puestos de trabajo de las oficinas judiciales y de las secretarías de gobierno incluidas en la primera fase del Plan del Ministerio de Justicia para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, recoge literalmente:

Art. 5. Unidad de Mediación Intrajudicial.

La sección que integra el Servicio Común Procesal de Ordenación del Procedimiento, «Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia» (UMIM), asumirá la coordinación de los asuntos que se deriven a mediación en los conflictos ya judicializados, dando servicio a todos los órganos y jurisdicciones del partido judicial.

1. Su jefatura corresponderá a los secretarios judiciales que ejercerán, además de las funciones que les son propias, las definidas en el art. 13.3 de la Orden JUS/1741/2010, de 22 de junio, por la que se determina la estructura y se aprueban las relaciones de puestos de trabajo de las oficinas judiciales y de las secretarías de gobierno incluidas en la primera fase del Plan del Ministerio de Justicia para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, de acuerdo con las instrucciones de la dirección del servicio, así como las siguientes:

a) Planificar, organizar, supervisar y orientar el trabajo de la sección, debiendo atenerse a los protocolos de actuación correspondientes y las instrucciones de funcionamiento del servicio por parte del secretario judicial director.

b) Elaborar las propuestas de protocolos de derivación intraprocesal a mediación, su revisión, ampliación o actualización en su caso, conforme a los protocolos de mediación intrajudicial que establezca el Consejo General del Poder Judicial.

introduce una novedosa sección de mediación intrajudicial, incardinada en el Servicio Común Procesal de Ordenación del Procedimiento. Dicha unidad centralizará la actividad de mediación correspondiente a todas las jurisdicciones, “aprovechando las experiencias piloto ya desarrolladas en la sede y fortaleciendo la práctica de una actuación que cobrará progresivamente mayor importancia dentro de la Administración de Justicia para la resolución de conflictos”.

“Con ello, la resolución ministerial hace un reconocimiento de la Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia (UMIM) como un servicio integrado en la Oficina Judicial, lo que supone la consolidación de un proyecto puesto en marcha, de forma experimental, por el Decanato de Murcia, y la convierte en el primer servicio de mediación de España que se incorpora de forma reglada a la organización judicial⁸⁶”.

¿Podríamos pensar ya en un posible embrión de un tribunal bipuertas?

B. Valoración de los criterios de comparación.

c) Coordinar la renovación y actualización de la bolsa de mediadores colaboradores, garantizando la evaluación de los mismos de acuerdo con parámetros de gestión de calidad del servicio.

d) Coordinar y supervisar, dentro de la sección, la tramitación de los expedientes judiciales, asumiendo las funciones de impulso procesal, calificando demandas y asuntos susceptibles de derivación a mediación intraprocesal y dictando, en su caso, las resoluciones que procedan.

e) Realizar aquellas funciones, actividades y tareas análogas que, siendo inherentes al puesto de trabajo, sean encomendadas por los superiores jerárquicos, orgánicos o funcionales, en el ejercicio de sus competencias.

2. Los funcionarios del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa destinados en la sección ejercerán, además de las funciones que les son propias, las definidas en el artículo 22 de la Orden JUS/1741/2010, de 22 de junio, por la que se determina la estructura y se aprueban las relaciones de puestos de trabajo de las oficinas judiciales y de las secretarías de gobierno incluidas en la primera fase del Plan del Ministerio de Justicia para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, así como las siguientes:

a) Colaborar con la jefatura de la sección y con los mediadores en la completa elaboración de cuantas actas, minutas de sesión y demás documentación requeridas en las sesiones de mediación.

b) Colaborar con la jefatura de la sección en la actualización y mantenimiento de la bolsa de mediadores.

c) Colaborar con la jefatura de la sección y con los mediadores en la realización y visionado en línea de sesiones de mediación que sean objeto de prácticas formativas.

d) La realización de registros, mantenimiento y actualización de los estados y fases informáticas para garantizar auditorías internas, mediciones estadísticas y evaluaciones de resultados de las sesiones.

e) Realizar aquellas funciones, actividades y tareas análogas que, siendo inherentes al puesto de trabajo, sean encomendadas por los superiores jerárquicos, orgánicos y funcionales en el ejercicio de sus competencias.

⁸⁶ En acceso digital. Consultado el 9-3-2015.

<http://www.laopiniondemurcia.es/murcia/2014/09/26/nueva-oficina-judicial-llega-jurisdicciones/591966.html>

Tras la breve recopilación realizada de las distintas Leyes de mediación observamos que, pese a que éstas son aprobadas por los diversos parlamentos autonómicos, tienen muchos puntos en común, aunque con sus propias diferencias e idiosincrasias. A continuación intentaremos resumirlas realizando una valoración de los criterios de comparación elegidos.

Pero antes y en este contexto debemos recalcar el papel de las Comunidades Autónomas como las auténticas impulsoras de la mediación, porque su labor, al menos en la mayoría de ellas, fue llevada a cabo antes de la aprobación de la Directiva 2008/52/CEE y, aunque casi todas se centraron en el ámbito familiar, no cabe duda de que es un trabajo digno de reconocimiento.

Así, hemos visto cómo en ellas se consagra la necesidad de velar por la familia desde un punto de vista social, económico y jurídico, derivado del artículo 39.1⁸⁷ de nuestra Constitución, con lo que se comprenden los conflictos surgidos tanto en el contexto de crisis matrimoniales como en la disolución de parejas, especialmente los referidos a custodia, alimentos, régimen de visitas, patria potestad, tutela y curatela entre familias de origen, de acogida o de adopción. Salvo la Comunidad Valenciana o la del País Vasco, que también recogen la posibilidad de plantear y gestionar los conflictos que puedan surgir en las relaciones sucesorias de empresa e incluso alimentos entre parientes.

Antes de que se publicara la Ley Estatal 5/2012, Galicia y Cataluña fueron pioneras al promulgar sus Leyes en el año 2001, mientras que Aragón y Cantabria, con sus Leyes de mediación familiar 9/2011, de 24 de marzo, y 1/2011, de 28 de marzo, respectivamente, fueron las últimas, sin olvidarnos de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de convivencia de los padres y que incorpora la mediación familiar en el ordenamiento navarro.

Composición y extensión.

⁸⁷ Art. 39.1. "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia."

La composición y extensión de las leyes publicadas es muy similar. Quizás una de las más extensas en cuanto articulado se refiere sea la de Cantabria, con sus 54 artículos, 1 Disposición Adicional, 2 Transitorias y 2 Finales.

Fundamentación jurídica.

Respecto a la fundamentación jurídica, cabe resaltar que no todas las Comunidades Autónomas tienen potestad legislativa en materia civil, como así lo recoge el Artículo 149.1.8.^a de nuestra Constitución⁸⁸. Por lo tanto, y en atención a ese precepto, la primera pregunta que cabe plantearnos sería: ¿cómo en aquellas Comunidades Autónomas que no hay derecho foral civil han podido promulgar leyes de mediación? (por ejemplo, Canarias). La respuesta la encontramos en el artículo 148.1.20.^{a89} del mismo cuerpo legal, al disponer que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materias de asistencia social y en el artículo 39, que encomienda a los “poderes públicos” asegurar la protección de la familia y de los hijos. De esta forma, todas aquellas Comunidades Autónomas que carecen de derecho foral pudieron utilizar estos preceptos, como sustento jurídico a su legislación en materia de mediación familiar, alegando que es un servicio social prestado debido a la gran demanda que existe del mismo.

Cabría pensar que ese podría ser el motivo por el cual la mayoría de las CC. AA. se limitan al ámbito familiar, pero incluso aquellas comunidades que poseen derecho foral Civil utilizaron, igualmente, el artículo 148.1.20.^a y 39 de la CE como sustento jurídico a su legislación en materia de mediación familiar, con lo que desaparece toda

⁸⁸ Art. 149.1.8.^a de la CE de 1978. “El estado tiene competencia exclusiva sobre las siguiente materias: 8.- Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

⁸⁹ Constitución Española, 1978.

Art. 148.1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 20^a. Asistencia social.

referencia a la competencia exclusiva sobre el derecho civil propio. Así, la Ley gallega 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar, califica en su Preámbulo a la mediación como un “mecanismo calificado de ayuda” de entre los ofrecidos por los poderes públicos gallegos “en virtud de la competencia que en materia de asistencia social tiene asumida la Comunidad Autónoma, para la protección de la familia “. También la Ley Valenciana 7/2001, de 26 de noviembre, menciona el artículo 39 CE, así como su Estatuto de Autonomía, en los apartados en los que le atribuye a la Generalitat competencia exclusiva para adoptar medidas de asistencia a determinados grupos o sectores sociales requeridos de protección, entre ellos, la familia. Asimismo, la Ley Andaluza 1/2009, además del artículo 39 de la CE, menciona los artículos 17, 61.4 y 150 de su Estatuto de Autonomía, relativos a la protección y promoción de la familia y la infancia.

Cataluña, sin embargo, ya en la derogada Ley 2/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar, aclaraba en su Preámbulo que la misma daba respuesta a los dispuesto en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Es decir, lo entronca dentro del marco de sus competencias en materia de Derecho civil. La posterior Ley Catalana 15/2009 no altera esta fundamentación competencial, su competencia exclusiva en materia de derecho civil⁹⁰ y su competencia para dictar las normas procesales específicas⁹¹.

La Ley Foral Navarra 3/2011 se ocupa también de la mediación familiar, pero no constituye su objeto principal, tal y como ya hemos expuesto. Sin embargo, su Exposición de Motivos recoge que se “dicta al amparo de las competencias que Navarra tiene en materia de Derecho civil y en materia procesal derivada de las particularidades de su derecho sustantivo”.

⁹⁰ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña
Art. 129. Derecho civil.

“Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña”.

⁹¹ Art. 130. Derecho procesal

“Corresponde a la Generalitat dictar las normas procesales específicas que deriven de las particularidades del derecho sustantivo de Cataluña”.

Todo ello, teniendo presente lo expuesto anteriormente respecto al informe emitido el 21 de junio de 2010 por el CGPJ sobre el Proyecto de Ley de Cantabria, en el que realiza un análisis de la idoneidad de los títulos competenciales alegados.

Objeto, desarrollo y duración del procedimiento

Antes de entrar a tratar el objeto, desarrollo y duración del procedimiento, consideramos necesario precisar la diferencia entre “proceso” y “procedimiento”, para ir obteniendo un sistema de conceptos coherentes que, al enlazarlos entre sí, nos permita ir precisando nuestro objeto de estudio y delimitando su definición, porque, aunque la mayoría de las Leyes de mediación Autonómicas hablan de procedimiento de mediación, no sucede así con todas ellas. Para poner de relieve las diferencias existentes entre ambos conceptos, nos hacemos eco de las palabras de Silvia Barona: “Aun cuando proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere*, el procedimiento existe en cualquier actividad jurídica, siendo la manera formal en que se desarrolla aquella, y proceso se refiere tan solo al ejercicio de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de manera irrevocable, que no es sino la función jurisdiccional (artículo 117.3 CE)⁹²”.

En el caso de la mediación, continúa afirmando la autora, no estamos ante una función jurisdiccional, el mediador no actúa heterocompositivamente o *supra partes*, sino autocompositivamente o *intra partes*. Opinión que compartimos, toda vez que el mediador no impone la decisión, como sí lo hace el juez. Otra cosa es que el procedimiento de mediación esté incurso en un proceso jurisdiccional.

¿Existe un procedimiento de mediación o *iter* que haya de seguirse para realizar una mediación? Para autoras como Soletto, la respuesta es sí y no a la vez, porque afirma que cada mediador tiene en su mente cómo ha de realizar una mediación, y “si preguntáramos a varios, posiblemente podrían coincidir algunos de ellos, pero no tendríamos una respuesta absoluta ni homogénea”. “La maravilla de la mediación, lo que aporta a la resolución tradicional de los conflictos en la sociedad, es precisamente

⁹² BARONA VILAR, S., “Delimitación objetiva de la mediación penal”. En V.A. *La Mediación nuevas realidades nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*. (Dir^a. Castillejo Manzanares, R.) La Ley, Madrid, 2013, p. 300.

la capacidad de adaptación de su estructura a las necesidades y voluntad de los participantes en cada caso. Por ello tendríamos que responder que no, que no existe un proceso de mediación y que la mediación se adapta al medio⁹³.

Hechas las anteriores aclaraciones vamos a comprobar qué sucede al respecto en la normativa autonómica:

La Ley de mediación de Cantabria, junto con la de Castilla la Mancha, parecen seguir la línea expuesta por Barona y Soletto, dado que distinguen esa diferencia así:

El título III de la Ley 1/2011 de Mediación de Cantabria, al hablar “Del procedimiento de mediación”, recoge dentro de su articulado:

“Artículo 35. Requisitos previos.

2. Si las partes acuden al procedimiento de mediación una vez iniciado un proceso judicial, terminado el procedimiento de mediación, corresponderá a las partes, en los términos previstos en la legislación estatal, comunicar al juzgado el resultado del mismo”.

También el Capítulo IV de la Ley 4/2005 de Mediación de Castilla la Mancha habla de Procedimiento de mediación y su artículo 15 menciona y diferencia claramente procedimiento de mediación de proceso judicial⁹⁴.

Pero no sucede así con todas las Leyes de mediación, algunas, como en el caso de Canarias, pueden llevarnos a confusión, porque aun cuando su artículo 2, al contemplar el concepto y finalidad de la mediación familiar, se refiere a ella como un procedimiento extrajudicial, sus artículos 10, 12 y 13 hablan de “iniciación del proceso”, “duración del proceso de mediación familiar” y “terminación del proceso familiar”, respectivamente. Lo mismo sucede con la Ley de mediación del Principado

⁹³ SOLETO, H. “El procedimiento de Mediación”. En V.A. *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. (Coord. Carretero Morales E. y Ruiz López, C.) Técno, Madrid, 2013, p. 261.

⁹⁴ Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio social Especializado de Mediación Familiar. Art. 15. Procedimiento de mediación y procesos judiciales. 1. Sin perjuicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las partes, el procedimiento de mediación familiar podrá iniciarse antes del comienzo de un proceso judicial, en el curso de este o una vez concluido por resolución judicial firme. 2. Si las partes acuden al procedimiento de mediación familiar una vez iniciado el proceso judicial (...).

de Asturias⁹⁵, cuando en su artículo 10, al hablar de las “formas y condiciones de inicio de la mediación familiar”, recoge en su apartado 1 que “el proceso de mediación familiar se iniciará de mutuo acuerdo”.

Aclarada la diferencia entre proceso y procedimiento, cabe señalar que tanto el **objeto**, como el **desarrollo y duración** del procedimiento de mediación en casi toda la normativa autonómica se nos presenta similar. Unas nos hablan de procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos entre familias o grupo convivencial, otras se refieren a la resolución de conflictos derivados de rupturas matrimoniales o familiar, algunas incluyen expresamente las parejas de hecho y otras hablan de medidas de apoyo, pero todas ellas tienen en común el tratar de facilitar a los ciudadanos el acceso a modalidades diferentes a la vía judicial, con el objeto de fomentar la resolución amistosa, intentando evitar el pleito.

La **duración** del procedimiento de mediación en la mayoría de las CC. AA. es de tres meses, con posibilidad de ser prorrogado ante situaciones en las que se prevea el posible acuerdo, facultando al mediador para poder determinarlo.

En cuanto al **desarrollo** del procedimiento, la generalidad de las Leyes primigenias Autonómicas estipulan que se iniciará a petición de las partes o de una con aceptación de la otra, levantándose el acta inicial y final correspondiente, salvo Aragón y Asturias, que ya incorporaban el inicio de la mediación a instancia judicial. Sobre este tema volveremos a hablar en el capítulo cuarto, al tratar la voluntariedad como un principio fundamental de la mediación.

Principios informadores.

Dentro de los principios informadores, cabe resaltar que las diferentes Leyes de mediación existentes en la actualidad en España solo guardan uniformidad en cuanto al principio de “voluntariedad”, que está contemplado en todas ellas. Por lo demás, cada una ha establecido principios más o menos homogéneos. Tenemos, por ejemplo,

⁹⁵ Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar. Art. 10. Formas y condiciones de inicio de la mediación familiar. 1. 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 (...).

que los principios de “imparcialidad, neutralidad y confidencialidad” no son contemplados ni por Valencia ni por Navarra, que los sustituyen por la buena fe y el carácter personalísimo del proceso.

Tampoco Cataluña contempla el principio de neutralidad como uno de los principios informadores de la mediación. Sin embargo, es la primera Comunidad Autónoma que, dentro de los principios informadores recogidos en el capítulo II dedicado a las “características de la mediación familiar”, acoge “el apoyo a la persona mediadora”.

Por su parte, Madrid, Castilla-León y Andalucía contemplan dentro de sus principios la protección de los intereses de los menores y personas dependientes o incapaces. Al margen, la Ley de mediación familiar del Principado de Asturias indica en su numeral 2º que: “si se diere, con carácter excepcional, alguna conversación individual con cualquiera de las partes sobre las materias que son objeto de mediación, la información que sobre ello obtenga el/la mediador/a no deberá comunicarse a la otra parte, salvo que fuese expresamente autorizado por la persona confidente⁹⁶”.

Por otro lado, la Ley de mediación de Cantabria señala claramente que el/la mediador/a no puede proponer fórmulas de acuerdo, porque al hacerlo atenta contra el principio de imparcialidad⁹⁷, y establece, en su artículo 12.1⁹⁸, que si el conflicto no trata de “*ius cogens*”, los intervinientes pueden otorgar poder de representación a otras

⁹⁶ Respecto al consentimiento a dichas sesiones privadas, denominadas también “caucus”, por estar vinculadas al principio de confidencialidad, hablaremos al tratar en el capítulo IV: “¿Cómo se debe desarrollar el proceso de mediación?”.

⁹⁷ Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de Cantabria. Art. 6.2. “El poder de decisión recae en las partes. La persona mediadora deberá abstenerse de proponer acuerdos, siendo su obligación respetar los puntos de vista de las partes y preservar su igualdad en la negociación. Su labor consistirá en conseguir que las partes alcancen por sí mismas soluciones al asunto sometido a mediación”.

⁹⁸ *Ibid.* Art. 12.1. “Las partes deberán asistir personalmente cuando el conflicto afecte a derechos personalísimos, de “*ius cogens*” o deba ser fiscalizado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la representación necesaria de menores e incapaces. Fuera de estos casos, las partes podrán acudir representadas mediante escrito acreditativo de la representación dirigido a la persona mediadora. En su caso, la persona mediadora podrá proponer la presencia de otras personas en calidad de consultoras, que deberán ser aceptadas por las partes. Dichas consultoras estarán sujetas también a los derechos y deberes que se requieren a las partes y a las personas mediadoras. Además, en caso de personas con dificultades de expresión o comprensión, podrán acudir los intérpretes adecuados para que las sesiones de mediación sean inteligibles”.

personas. En este caso, ¿no estaría atentando al carácter personalísimo que debe de tener toda mediación, independientemente de cuál sea el conflicto a mediar?

Haciendo uso de la síntesis realizada por Torres Osorio⁹⁹, tenemos que los principios de mediación encontrados en las Leyes enumeradas serían:

- Voluntariedad (enunciado en las 14 leyes);
- Confidencialidad (enunciado en 13 de las 14 leyes);
- Imparcialidad (enunciado en 13 de las 14 leyes);
- Neutralidad (enunciado en 13 de las 14 leyes);
- Buena fe (enunciado en 11 de las 14 leyes);
- Carácter personalísimo (enunciado en 9 de las 14 leyes);
- Flexibilidad (enunciado en 8 de las 14 leyes);
- Inmediatez (enunciado en 5 de las 14 leyes);
- Secreto o secreto profesional (enunciado en 4 de las 14 leyes);
- Igualdad de las partes (enunciado en 4 de las 14 leyes);
- Consideración de las personas menores o incapacitadas (enunciado en 3 de las 14 leyes);
- Transparencia (enunciado en 3 de las 14 leyes);
- Antiformalismo (enunciado en 2 de las 14 leyes);
- Reserva de las partes (enunciado en 2 de las 14 leyes);
- Profesionalidad (enunciado en 2 de las 14 leyes);
- Rogación (enunciado en 2 de las 14 leyes);
- Debate contradictorio (enunciado en 2 de las 14 leyes);
- Libre disposición (enunciado en 1 de las 14 leyes);
- Libertad (enunciado en 1 de las 14 leyes);
- Ética (enunciado en 1 de las 14 leyes);
- Intervención cooperativa (enunciado en 1 de las 14 leyes);
- Sencillez en el procedimiento (enunciado en 1 de las 14 leyes);
- Celeridad en el procedimiento (enunciado en 1 de las 14 leyes);
- Respeto al derecho (enunciado en 1 de las 14 leyes);
- Calidad (enunciado en 1 de las 14 leyes);
- Incidencia en el cómputo del plazo (enunciado en 1 de las 14 leyes).

Pero para Torres Osorio, muchos de los principios relacionados por las leyes ya están contenidos en los que ella considera principios fundamentales y los fusiona dando lugar a la siguiente relación:

- Voluntariedad: contiene la rogación, la libertad y la libre disposición;
- Igualdad de las partes;

⁹⁹ TORRES OSORIO, E., "La Mediación a la luz de la tutela judicial efectiva". Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, pp. 400-401.

- Confidencialidad: contiene el secreto profesional y la reserva de las partes;
- Carácter personalísimo: contiene la inmediatez;
- Imparcialidad: contiene transparencia y ética;
- Flexibilidad: contiene antiformalismo, sencillez del proceso y celeridad;
- Oralidad: contiene debate contradictorio e intervención cooperativa;
- Neutralidad: no contiene ninguno;
- Buena fe: no contiene ninguno.

A su vez, la autora diferencia aquellos deberes o cualidades que debe tener el/la mediador/a y que, por ende, tampoco son principios, tales como la consideración especial de los derechos de los menores e incapaces, la libre disposición y el respeto al derecho, los cuales ve como un deber u obligación del/de la mediador/a y que se traduce en proporcionar, durante todo el proceso, “seguridad jurídica”; lo mismo respecto a la profesionalidad y calidad que el mediador debe obtener a través de la formación y la práctica. En cuanto a la incidencia en el cómputo de plazos, lo considera una prerrogativa que debe contener la legislación y, por tanto, no es un principio. “La incidencia en el cómputo de plazos, calidad, respeto al derecho, celeridad en el procedimiento, sencillez del procedimiento son características que debe tener el procedimiento de mediación, otorgadas por el legislador en el momento de concepción de las leyes de mediación¹⁰⁰”.

Todos y cada uno de los principios ideados en las Leyes de mediación de España son de gran contenido jurídico y ético. En consecuencia, tenemos que plantearnos tres preguntas: ¿es necesario acudir a estos principios para lograr seguridad jurídica y transparencia dentro del procedimiento, tanto por parte del mediador, como de los intervinientes?; ¿es indispensable que todos y cada uno de estos principios conformen las bases de la mediación? Y si es así ¿son suficientes?

Características de los mediadores

En lo que se refiere a las características de los mediadores, señalar que en cuanto a similitudes, en todas ellas se le exige título universitario de grado superior o medio. Las titulaciones de psicólogos, abogados, trabajadores y educadores sociales son comunes a todas las CC. AA. Algunas, como Valencia, lo amplían a graduados

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 401.

sociales; Castilla-León y Baleares incluyen también psicopedagogos y pedagogos. Es decir, que según en qué comunidad autónoma esté establecido el aspirante a mediador, su titulación universitaria podrá darle acceso directo o no para poder inscribirse como tal.

Al principio, se consideraba que solo un grupo reducido de profesionales, una vez formados, podrían ejercer la mediación, mientras que ahora se va abriendo el acceso a cualquier persona en posesión de título universitario. Sin embargo, cabe señalar que tanto la normativa autonómica, así como también la estatal, como después veremos, están convirtiendo de antemano la MEDIACIÓN en una “PROFESIÓN VICARIA¹⁰¹”, o sea, una profesión dependiente de otra cualificación de base a la que se accede en segundo lugar y nunca directamente.

Régimen sancionador

A pesar de que toda la normativa autonómica clasifica las infracciones en muy graves, graves y leves, no en todas las CC. AA. el incumplimiento, por parte del mediador, de determinados deberes es clasificado de igual gravedad.

Veamos algunos ejemplos: en Andalucía y Aragón se convierte en falta muy grave el cometer dos faltas graves en un año. Sin embargo, en Canarias son necesarias tres faltas graves en un año, pero en Castilla la Mancha habría que cometer tres o más faltas graves distintas en tres años.

Se considera falta muy grave en casi todas las Comunidades Autónomas ejercer la mediación estando suspendido para ello, salvo en Canarias, Andalucía, Cataluña, Castilla-La Mancha, Galicia y Aragón que, dentro de sus infracciones “muy graves”, nada dicen al respecto.

El incumplimiento de los principios básicos informadores de la mediación, ya citados (voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad), no es sancionado igual en todas las CC. AA. Mientras que el incumplimiento del deber de “confidencialidad” es sancionado como infracción muy grave en casi todas ellas, salvo en Castilla-La

¹⁰¹ BOQUE TORREMORELL, C., “La mediación como disciplina... cit., p. 63.

Mancha que lo considera una infracción grave, Valencia ni siquiera lo incluye dentro de sus principios informadores, por lo que no forma parte de su procedimiento sancionador. En cuanto al deber de “neutralidad”, este es sancionado como infracción muy grave, excepto por Asturias, que no lo recoge como principio, y Cantabria, que si bien lo recoge como tal, nada dice en cuanto a su incumplimiento, salvo que considere que la imparcialidad y la neutralidad sean equivalentes y, por lo tanto, al ser aquella sancionada como infracción muy grave, se aplique a esta o quede su incumplimiento incluido dentro de las infracciones leves recogidas en el apartado e) del artículo 46 de su Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación¹⁰². Por otro lado, incumplir el deber de imparcialidad es sancionado, mayoritariamente, como infracción muy grave, pero también existen diferencias. Así, en Asturias sería considerada infracción grave; sin embargo, Canarias nada dice expresamente respecto a su incumplimiento, por lo cual podríamos concluir que, al igual que Cantabria respecto al deber de neutralidad, queda incluido dentro de las infracciones leves recogidas el artículo 19 apartado e) de la Ley 15 /2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias¹⁰³.

Por otra parte, las Comunidades Valenciana y la de Islas Baleares son las únicas que han establecido régimen sancionador para las instituciones de mediación, además del régimen sancionador para los mediadores¹⁰⁴.

Al margen, la Ley de mediación familiar de Castilla la Mancha solo legisla para las entidades que son propias de la Comunidad, no para los entes y mediadores privados. Consideramos que el legislador autonómico debe regular directrices generales en el

¹⁰² Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Art. 46. Son infracciones leves: “e) El incumplimiento de cualquier otro deber que incumba a la persona mediadora que no esté calificado como infracción grave o muy grave”.

¹⁰³ Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar, de Canarias. Art. 19. Serán infracciones leves. “e) El incumplimiento de cualquier otro deber que incumba al mediador que no esté calificado como infracción grave o muy grave”.

¹⁰⁴ TORRES OSORIO, E., cit. p. 459.

procedimiento de mediación, pues los vacíos legales pueden dejar indefenso al ciudadano¹⁰⁵.

Como se observa, todas las Comunidades Autónomas han reglamentado su régimen sancionador, garantizando un debido procedimiento, para proteger con ello a los intervinientes de las actuaciones indebidas del mediador.

Cabe destacar, como indica Torres Osorio¹⁰⁶, y cito literalmente:

“que las leyes precisan que el régimen sancionador sea administrativo, quedando fuera todas aquellas actuaciones del/de la mediador/a que puedan generar responsabilidades civiles o penales, las cuales (a voluntad de los/las intervinientes o terceros afectados/as), pueden reclamarse ante el correspondiente orden jurisdiccional.

Todo lo que no esté regulado en el régimen sancionador (siempre y cuando el órgano que resuelva sea un ente de las Comunidades Autónomas) deberá remitirse al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y demás disposiciones que sean de aplicación, tal como contienen las leyes de mediación de Cataluña (art. 42 del Dc. 135/2012¹⁰⁷), Galicia (art. 25 de la Ley 4/2001), Comunidad Valenciana (art. 40 D. 41/2007¹⁰⁸), Canarias (art. 17.1º D. 144/2007¹⁰⁹); Castilla La Mancha (art. 30.2º Ley

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 459.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.459.

¹⁰⁷ Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

Art. 42. Régimen sancionador.

“El régimen jurídico aplicable a los procedimientos disciplinarios que se incoen por causa de las eventuales infracciones que resultan aplicables a los procedimientos de mediación se rigen por aquello que dispone el Capítulo V de la [Ley 15/2009, de 22 de julio](#), de mediación en el ámbito del derecho privado. Igualmente, son aplicables al procedimiento sancionador las previsiones sobre la potestad sancionadora de la legislación de régimen jurídico y procedimiento administrativo, y de forma supletoria las contenidas en el [Decreto 278/1993, de 9 de noviembre](#), sobre el procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalidad, en aquello que no se oponga a la [Ley 15/2009, de 22 de julio](#), de mediación en el ámbito del derecho privado y a este Reglamento”.

¹⁰⁸ Decreto 41/2007, de 13 de abril, del Consell, por el que se desarrolla la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de la Generalitat, Reguladora de la Mediación Familiar en el Ámbito de la Comunitat Valenciana.

“Art. 40. Del régimen sancionador. En cuanto al régimen sancionador, se estará a lo dispuesto en el título V de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de la Generalitat, Reguladora de la Mediación Familiar en el Ámbito de la Comunitat Valenciana, y en lo previsto en el capítulo V del título VII de la 5/1997, de 25 de junio, de la Generalitat, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, y, en lo no previsto en estas Leyes, se deberá estar a lo que establece la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

4/2005); Castilla y León (art. 24, D. 61/2011¹¹⁰); Islas Baleares (art. 33 Ley 14/2010); Madrid (art. 29 Ley 1/2007); Principado de Asturias (art. 34.2º Ley 3/2007); País Vasco (art. 25.3 Ley 1/2008); Andalucía (art. 37 Ley 1/2009) y Cantabria (art. 54 Ley 1/2011), excepto Aragón”.

¿No sería, por tanto, conveniente que las sanciones se regulasen de forma uniforme en todo el territorio nacional?

Coste de la Mediación

En cuanto al coste de la mediación, cabe resaltar que aunque es contemplado por todas las Leyes Autonómicas, no todas ellas establecen el beneficio de la gratuidad de la mediación, como en Castilla la Mancha y Madrid. Otras Comunidades como Galicia, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Principado de Asturias, País Vasco, Aragón y Cantabria reconocen el beneficio de la mediación gratuita, pero, sin embargo, no han establecido el procedimiento para resolverlo. En el caso de Andalucía, Canarias y Castilla y León los plazos fijados para resolver la solicitud de beneficio de mediación gratuita son tan extensos (dos meses) que podría contribuir a perjudicar la efectividad de la mediación.

Registro de Mediadores

Respecto al Registro de Mediadores, este está por crearse en la mayoría de las CC. AA. Aquellas que lo tienen son Registros de Mediadores de Familia, salvo Baleares y Cataluña, que a través del Registro de Mediadores de Centros de Mediación, Colegios Profesionales y Entidades Pública y Privadas y el Registro que corresponde al Centro

¹⁰⁹ Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de la Mediación Familiar.

“Art. 17. Procedimiento. 1. El procedimiento para la imposición de sanciones se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa sobre procedimiento administrativo común”.

¹¹⁰ Decreto 61/2011, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

“Art. 24. Competencia sancionadora. 1. Corresponderá por desconcentración a las personas titulares de las Delegaciones Territoriales de la Junta de Castilla y León la iniciación y tramitación de los procedimientos sancionadores en materia de mediación familiar. 2. La competencia para la imposición de las sanciones leves corresponderá por desconcentración a las personas titulares de las Delegaciones Territoriales de la Junta de Castilla y León, la de las sanciones graves corresponderá por desconcentración a la persona titular de la Dirección General que tenga atribuidas las competencias de familia, y la imposición de las sanciones muy graves corresponderá a la persona titular de la Consejería que tenga atribuidas las competencias de familia”.

de Mediación de Derecho Privado incluyen otro tipo de mediadores, no solamente del ámbito de familia. Canarias crea el Registro de Mediadores adscrito a la Consejería de Justicia mediante el Decreto 144/2007, de 24 de mayo. En Galicia, el Registro de Mediadores depende de la Secretaría General de Política, regulado por el Decreto 159/2003, de 31 de enero. En Castilla-León está adscrito a la Dirección General que tenga encomendadas las competencias en materia de familia, regulado por el propio Decreto 61/2011, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006.

Situación normativa actual

Sobre la situación actual de las trece Comunidades Autónomas es necesario decir que solo cinco de ellas¹¹¹ han promulgado el reglamento que desarrolla su Ley de mediación. Respecto a Galicia, cabe precisar que si bien no ha promulgado el Reglamento que desarrolle toda la Ley de mediación, sí ha desarrollado determinados puntos de la misma a través de la publicación del Real Decreto 159/2003: la figura del Mediador, el Registro de Mediadores y el reconocimiento de la mediación gratuita.

Con esta breve comparativa, solo hemos querido resaltar la dispersidad normativa y la dificultad a la que la mediación planta cara en aras a que, sin perder su flexibilidad e informalidad en cuanto a procedimiento y su voluntariedad en cuanto a la libertad de opciones por las partes, se puedan asentar con precisión sus bases (principios, ámbito, y estructura) ante la necesidad de establecer parámetros de calidad y de aplicación. Podríamos decir, en palabras de Marques Cebola, que nos enfrentamos al “dilema de la Diversidad-Uniformidad”, que consiste en la procura de encontrar un punto óptimo de equilibrio entre la flexibilidad de la mediación y la inherente capacidad de adaptarse a diferentes conflictos y a diferentes mediados, al mismo tiempo que intenta afianzar la seguridad y la calidad del método. Dilema que intentaremos resolver a lo largo de nuestra labor investigadora.

¹¹¹ Andalucía, Canarias, Cataluña, Castilla-León y Valencia

C) El valor del acuerdo en las Leyes Autonómicas.

En relación al valor del acuerdo conviene recordar que para que un acuerdo sea ejecutivo tiene que estar amparado por una norma jurídica, inexistente en ese momento. No en vano la Directiva 2008/52/CE menciona, en el considerando nº 51, su preocupación por la fuerza ejecutiva que los acuerdos que se adoptan en mediación, en el ámbito del derecho de familia, puedan tener entre los estados miembros. Para salvar este escollo, nuestros legisladores autonómicos dotaron a dichos acuerdos de eficacia contractual, exigiéndosele el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para la validez de los contratos.

A su vez, en todas las Leyes Autonómicas de mediación referenciadas observamos que no se hace mención a los efectos procesales que podrían derivarse de la mediación, porque, de hacerlo, se estaría vulnerando lo dispuesto en el artículo 149.1.6.^a de nuestra Constitución¹¹². Una excepción es la Ley Catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado, que supuso un cambio respecto a cuanto se ha venido regulando en las distintas CC. AA., ya que, en este caso, regula más allá de la mediación familiar y se adentra en el ámbito de Derecho privado. Con esta Ley, el Parlamento catalán desarrolla las competencias que con la reforma estatutaria de la LO 6/2006, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 19 de julio, se le otorgan, como señala en el artículo 106.2: “La Generalitat puede establecer los instrumentos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia”. Pero, no obstante, la misma Ley 15/2009 prevé la aprobación de una futura Ley del Estado en materia de mediación como consecuencia de la trasposición obligatoria de la Directiva comunitaria, con lo que asume la regulación autonómica hasta ese momento para evitar un vacío legal.

¹¹² Véase como ejemplo el preámbulo de la ley 3/2007, de 23 de marzo de Principado de Asturias, que concluye que “las consecuencias que sobre el proceso judicial tenga el inicio de un procedimiento de mediación familiar, seguirán lo establecido por la correspondiente normativa estatal. Así se ha regulado ya en la modificación del artículo 770 de la LEC operada a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio. Lo mismo ocurrirá con la eficacia dentro de un proceso judicial de los acuerdos alcanzados a través de la mediación.”

En conclusión, pese al impulso efectuado por las CC. AA., hasta la publicación de la actual Ley Estatal de Mediación 5/2012 podemos decir que no existía una ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles que garantizara una conexión con la jurisdicción ordinaria para hacer efectivo ese primer eje de la mediación, que el propio preámbulo de la Ley de Mediación 5/2012 dice que “es la desjudicialización de determinados asuntos¹¹³”.

Por lo tanto, si realizamos un breve repaso por las distintas Leyes Autonómicas observamos que:

En **Cataluña**, el acuerdo por sí solo no produce ningún valor ejecutivo. Tanto es así que la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del derecho privado, manifiesta claramente, en su artículo 19, que cuando se haya llegado a un acuerdo sobre temas de especial protección determinado en las leyes, debe de ser homologado por el juez. Por lo tanto, la ejecutabilidad de los acuerdos es regulada en el artículo 38 del D.135/2012¹¹⁴, que reglamenta la Ley 15/2009.

La Ley 4/2001, reguladora de la Mediación Familiar en **Galicia**, no expresa nada sobre los efectos del acuerdo ni tampoco sobre su homologación o cómo obtener la ejecutabilidad del mismo.

¹¹³ Preámbulo II, 1º de la Ley 5/2012, Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

¹¹⁴ Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

Art. 38. Los acuerdos de mediación y sus efectos.

38.1. La eficacia y ejecutabilidad de los acuerdos de mediación queda condicionada a la disponibilidad de las materias objeto de la mediación, a la formalización jurídica de los acuerdos y a aquello que prevea la legislación vigente.

38.2. Los abogados de las partes pueden trasladar el acuerdo alcanzado mediante la mediación al convenio regulador o al documento o protocolo correspondiente, a fin de que se incorpore al proceso judicial en curso o a fin de que se inicie, para que sea ratificado y, si procede, aprobado.

38.3. En las mediaciones derivadas judicialmente, con proceso judicial en trámite, los acuerdos tienen el valor y la eficacia que prevea la legislación procesal

La **Comunidad Valenciana** tampoco contempla el derecho a la ejecución del acuerdo, solo le da la validez de los contratos y especifica que podrá ser aprobada judicialmente¹¹⁵.

La Ley 4/2005, de 24 de mayo, del servicio social especializado de mediación familiar de **Castilla la Mancha** solo contempla la posibilidad de homologación ante el juez y especialmente si están entre los puntos contemplados en el convenio regulador, en los demás casos no dice nada¹¹⁶.

Tanto la Ley 1/2006, de 6 abril, de mediación familiar, de **Castilla y León**, como su Decreto 61/2011 nada dicen respecto a la ejecutabilidad del acuerdo o sus efectos¹¹⁷, lo dejan en manos de los abogados.

La Ley **Balear** 14/2010¹¹⁸ contempla que los efectos del acuerdo serán los que les reconozca la legislación aplicable. Por lo tanto, si son cuestiones de convenio

¹¹⁵ Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

Art. 20. "De la naturaleza de los acuerdos. Los acuerdos que se tomen pueden serlo respecto a la totalidad o a una parte de las materias sujetas a la mediación y, una vez suscritos, serán válidos y obligatorios para las partes si en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos".

Art. 21. Del contenido de los acuerdos. "4. Los acuerdos tomados podrán ser revisados en los casos y con los procedimientos propios de los contratos, elevándolos, en su caso, a la autoridad judicial, para que los valide".

Art. 19. Del acta final. "Los acuerdos, en su caso, podrán ser aprobados judicialmente".

¹¹⁶ La Ley 4/2005, de 24 de mayo, del servicio social especializado de mediación familiar de Castilla la Mancha

Artículo 25. Convenio regulador.

"1. Las partes podrán utilizar los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación familiar para la redacción del convenio regulador que, en su caso, presenten al Juzgado para su aprobación a través del cauce procesal correspondiente.

En dicho convenio podrá recogerse el acuerdo de las partes para que las visitas a los hijos puedan realizarse en los Puntos de Encuentro".

¹¹⁷ La Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

"Artículo 17. Finalización del procedimiento.

3. Finalizado el procedimiento de mediación, si las partes decidieran iniciar o continuar el correspondiente procedimiento jurisdiccional y persistieran en los acuerdos alcanzados en aquella, entregarán la copia de su acta final al abogado o abogados a quienes encarguen o tengan encargado su trámite, a fin de que pueda hacerlos valer procesalmente".

¹¹⁸ Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears.

"Artículo 17. Efectos.

Los acuerdos entre los sujetos de la parte familiar en conflicto producen los efectos que les reconozca la legislación aplicable, según la naturaleza de cada acuerdo y una vez otorgados en la forma pública o

regulador, se homologará el acuerdo ante el juez, y si es otro asunto, actualmente se puede remitir al artículo 26 de la Ley 5/2012.

En cuanto a la **Comunidad de Madrid**, el artículo 19.3º de la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar, sólo permite que el mediador entregue un certificado a los intervinientes para que, si lo desean, acudan a la autoridad judicial con el fin de que ésta le dé la fuerza que por ley proceda¹¹⁹.

La Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del **Principado de Asturias** otorga al acuerdo la validez de los contratos, pero si los intervinientes quieren darle ejecutabilidad, deben acudir al juez para que lo homologue¹²⁰.

La Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del **País Vasco** solo les brinda a las partes acudir a los jueces para que el acuerdo pueda ser homologado y así obtener su ejecutabilidad¹²¹.

privada o seguidos los procedimientos que la legislación exija, y cuando, además, se cumplan todos los requisitos de validez y eficacia que imponga”.

¹¹⁹ Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.

“Art. 19. Finalización del procedimiento de mediación familiar (...). 3. En aquellos casos en los que el resultado de la mediación pueda producir efectos en un procedimiento judicial, el mediador entregará a las partes implicadas un certificado, en el que se hará constar la fecha de iniciación y finalización del procedimiento, y si han alcanzado o no, algún acuerdo, sin especificar ningún otro dato”.

¹²⁰ Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar, del Principado de Asturias.

“Art. 17. Acuerdos. 1. Los acuerdos que consten en el acta final serán válidos y obligarán a las partes que los hayan suscrito, siempre que en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos. 2. Los acuerdos alcanzados mediante la mediación familiar pueden ser elevados a la autoridad judicial para su ratificación y aprobación en los términos que, en su caso, resulten de la legislación estatal”.

¹²¹ Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar, del País Vasco.

“Art. 8. Principios rectores de la mediación familiar (...). b) Confidencialidad. Toda la información obtenida –verbal o documental– en el transcurso del proceso de mediación será confidencial, incluso el resultado, salvo que las partes acuerden su ejecución, ratificación u homologación.

Artículo 22. Actas de mediación familiar (...). 2. La persona mediadora levantará acta de la sesión final de la mediación, incluyendo el número total de sesiones realizadas y haciendo constar también el lugar y la fecha de celebración, los participantes en la misma y los acuerdos totales o parciales que se hubieran alcanzado o, en su caso, la inexistencia de acuerdo. Se librá una copia firmada a cada una de las partes, conservándose el original en el archivo del expediente. Este documento tendrá carácter confidencial en los términos expresados en el artículo 8.b. No obstante, el acta de mediación podrá utilizarse por cualquiera de las personas afectadas por la mediación en el caso de hacer valer dicho acuerdo ante los tribunales u otras instituciones y administraciones”.

La Ley reguladora de la Mediación Familiar en **Andalucía** otorga al acuerdo la fuerza de los contratos, pero nada dice respecto al derecho de ejecución¹²².

La Ley de Mediación Familiar de **Aragón**¹²³ otorga la posibilidad de homologar los acuerdos en aquellos casos en que la ley lo exija. En los demás, podrán obtener la aprobación judicial o elevarlo a escritura pública para obtener así el derecho a la ejecución.

La Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de **Cantabria**, sin embargo, otorga varios efectos al acuerdo. Según de la materia de que se trate, así tenemos que los acuerdos adoptados durante una mediación en el ámbito civil y social se podrán homologar judicialmente como transaccionales, otorgándoles los demás efectos que las leyes establezcan y pudiendo ser elevados igualmente a escritura pública¹²⁴. “La elevación a escritura pública en los casos legalmente previstos producirá los efectos

¹²² Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 26. Contenido de los acuerdos (...). 2. El contenido de los acuerdos podrá incluir toda o una parte de los conflictos y deberá respetar las normas de carácter imperativo establecidas en la legislación vigente. Una vez firmados, serán vinculantes, válidos y obligatorios para las partes, siempre y cuando en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos.

¹²³ Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón.

Artículo 20. Ratificación judicial de los acuerdos. 1. Los acuerdos entre los progenitores obtenidos en la mediación familiar, cuando se refieran a rupturas de la convivencia de los padres, deberán ser aprobados por el Juez, en los términos que, para el pacto de relaciones familiares, establece el artículo 3, de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. 2. Tratándose de acuerdos sobre materias distintas, las partes podrán elevarlos a escritura pública o solicitar la homologación judicial de los mismos por el tribunal que conociere del litigio al que se pretende poner fin.

¹²⁴ Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Art. 41. Acta final de la mediación (...). 2. Esta acta, que irá firmada por las partes y la persona o personas mediadoras que hayan intervenido en el procedimiento, deberá utilizarse como base para que se redacten los documentos que según el caso corresponda y deberá regirse por lo dispuesto en la normativa legal aplicable.

Art. 43. Efectos de los acuerdos adoptados durante la mediación. 1. Los acuerdos adoptados durante la mediación en los ámbitos civil y social podrán, en su caso, ser homologados judicialmente como transaccionales, teniendo los demás efectos que las leyes establezcan, pudiendo igualmente ser elevados, en su caso, a escritura pública. La elevación a escritura pública en los casos legalmente previstos producirá los efectos inherentes a la misma que las leyes establecen. 2. Los acuerdos alcanzados en un procedimiento administrativo se insertarán en el mismo con carácter previo a la resolución que les ponga fin. 3. Los acuerdos alcanzados en el ámbito penal deberán ser trasladados al procedimiento penal en cuyo seno se adopten para surtir efectos, en caso de existir procedimiento en curso, en aquellos aspectos en que exista capacidad dispositiva de las partes afectadas.

inherentes a la misma que las leyes establecen; en procedimiento administrativo, debe insertarse el acuerdo dentro del procedimiento y emitir una resolución que ponga fin al mismo; en el procedimiento penal, el juez dará los efectos¹²⁵”.

Por lo expuesto es de entender que cuando las Leyes de mediación familiar guardan silencio respecto a la ejecutabilidad del acuerdo, si el acuerdo versa sobre derechos de menores e incapaces o que tienen que ver con el convenio regulador, deberá ser homologado por el juez. En los demás casos, cuando se desea tener un título ejecutivo, deberá remitirse al artículo 25 de la actual Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil, y elevarlo a escritura pública, como veremos.

En síntesis podríamos decir que la regulación en España de la mediación no puede disgregarse del ámbito familiar. El interés del legislador autonómico por regular la mediación en esta área no es casual, sino que obedece a una evolución social y jurídica del régimen jurídico aplicable a la familia. El modelo familiar en España ha evolucionado notablemente en las últimas décadas y el ordenamiento jurídico español ha tratado de darle una respuesta puntual¹²⁶. Las nuevas realidades familiares¹²⁷ han hecho que se busquen nuevos métodos para hacer frente a conflictos o problemas que puedan resolverse de manera diferente a la que tradicionalmente se concebía. Es más, podríamos afirmar que la mediación va unida a un proceso de cambio.

Resulta comprensible, e incluso loable, que en ausencia de un marco estatal general, las CC. AA. hayan intentado cubrir ese vacío normativo introduciendo un método de resolución de conflictos que aportaba una serie de ventajas indudables. Pero tras la publicación de la Ley Estatal 5/2012 (previamente del Real Decreto 5/2012), ya no resulta demasiado aceptable que puedan convivir diferencias tan notables entre unas Comunidades y otras y, a la vez, entre éstas y la normativa estatal.

¹²⁵ TORRES OSORIO, E., cit. pp. 393-394.

¹²⁶ GARCÍA VILLALUENGA, L. Y VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”. 50 (2013/I) *Revista Política y Sociedad*, pp. 77-78. En acceso digital. Consultado el 22-2-2015. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/39344-57471-2-PB.pdf>.

¹²⁷ El matrimonio entre personas del mismo sexo, el nuevo régimen de separación y divorcio, la igualdad efectiva entre los cónyuges, etc.

Es evidente que si el Real Decreto Ley, así como la propia Ley 5/2012, se hubieran anticipado en el tiempo, la regulación hubiera sido al menos más uniforme.

También hemos podido comprobar cómo el fundamento competencial alegado para abordar una misma realidad difiere entre una Comunidad y otra. Diverso también lo es su ámbito de aplicación. Incluso el tipo de conflicto que puede someterse a mediación es distinto, porque se manejan en cada Comunidad conceptos de familia diversos. Difiere entre unas CC. AA. y otras la condición requerida para ser mediador. La gratuidad de la mediación en algunas Comunidades se comprende como un servicio gratuito, cuando en otras ha de hacerse frente a los costes que se generan, salvo que se carezca de recursos suficientes.

No obstante, es necesario precisar que se aprecia una evolución en las disposiciones autonómicas a la hora de ubicar el fundamento competencial, dependiendo de si se trata de las primeras regulaciones pioneras, con un ámbito de aplicación limitado generalmente a la mediación familiar, o de las más recientes, donde dicho ámbito se amplía de forma más general. Será, pues, el ámbito competencial una de las cuestiones de mayor complejidad al abordar el tratamiento de la mediación por parte de las Comunidades Autónomas respecto a la distribución de competencias entre ellas y el Estado, ya que del breve análisis realizado, si bien cada comunidad se expresa estableciendo que actúa en el ejercicio de sus correspondientes competencias, hemos podido comprobar que hay concurrencia en determinadas cuestiones tratadas tanto desde la perspectiva autonómica como estatal.

En nuestra opinión, ha llegado el momento de adoptar las medidas necesarias para uniformar ciertos criterios básicos que garanticen una igualdad de oportunidades a los ciudadanos, con independencia de cuál sea su lugar de residencia. No resulta comprensible que se pueda estar hablando de una justicia única europea cuando continúan existiendo unas diferencias tan notables dentro de nuestras propias autonomías. Como apunta Carretero, “uno de los principales problemas hasta fechas recientes ha sido la dispersión legislativa y la ausencia de un norma estatal que

complete la normativa autonómica existente, asegurando la eficacia de la mediación y su coherencia con la legislación procesal¹²⁸”.

Para finalizar este apartado lo haremos en palabras de García Villaluenga y Vázquez Castro:

“Queda aún un largo camino por recorrer para que la mediación resulte ser el modo habitual de resolver los conflictos en España y que acudir a los tribunales de justicia sea el último recurso, cuando la vía de la mediación haya resultado infructuosa o improcedente. Podría considerarse, siguiendo un paralelismo con la psicología evolutiva, que el estado actual de crecimiento de la mediación en España, tomando en cuenta la primera Ley de mediación familiar de 2001, habría superado la niñez, quedando aún el difícil camino de la adolescencia que logrará desembocar en la madurez. Esta madurez se alcanzará con el desarrollo de la actual Ley Estatal de mediación en asuntos civiles y mercantiles y las nuevas Leyes de mediación Autonómicas que podrán considerarse de segunda generación y que ya han visto la luz en Cataluña y en Cantabria¹²⁹”.

No cabe duda de que, a pesar de la gran labor realizada por las CC. AA., a día de hoy, en la práctica, la mediación sigue siendo la gran desconocida.

3.3.- la mediación en el ámbito estatal: situación previa a la Ley 5/2012.

Si bien es cierto que afirmábamos que nuestros legisladores autonómicos se adelantaron a los legisladores estatales y que éstos han perdido algunas oportunidades para consolidar la incorporación de la mediación en nuestro ordenamiento, también hay que reconocer que, de hecho, el germen de la mediación ya formaba parte de nuestra realidad social mucho antes de la aprobación del Real

¹²⁸ CARRETERO MORALES, E., “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos”. En V.A. *Mediación y resolución de conflictos Técnicas y ámbitos*. (Dir. Soletto Muñoz, H.) Técnos, Madrid, 2013, p. 68.

¹²⁹ GARCÍA VILLALUENGA, L. Y VAZQUEZ DE CASTRO, L., “La mediación civil en España...cit. pp. 71-98.

Decreto 5/2012, siendo aceptada por diversos colectivos como una realidad que se ha venido consolidando en el ámbito del derecho allí donde existe la disponibilidad de los mismos.

Por consiguiente, cuando nos referimos a la actual incorporación de la mediación a nuestro sistema jurídico tras la publicación del Real Decreto 5/2012, sustituido por la actual Ley 5/2012, eso no supone que no haya existido la mediación dentro de nuestro panorama jurídico, y el hecho de que no existiera un tratamiento legal estatal, no significa que no se haya utilizado la mediación como un método para resolver los conflictos sobre una base de absoluta libertad, tanto para articular el procedimiento, como para diseñar el modo y alcance de la intervención del mediador. Aunque hay que reseñar, como ya anticipábamos, que los acuerdos adoptados no podían beneficiarse de la nota de ejecutividad que acompaña a los acuerdos actuales bajo la Ley 5/2012. Por lo tanto, podemos decir que, además de la mediación familiar que se venía consolidando lentamente a nivel autonómico, el legislador estatal se ha preocupado de la mediación, pese a hacerlo de forma tangencial: con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Violencia de Género, adicionó un artículo 87 Ter a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para excluir la mediación en los supuestos que la Ley establece¹³⁰. La Ley 15/2005, de 8 julio, por la que se modifican el Código Civil¹³¹ y la Ley de Enjuiciamiento Civil¹³² en materia de separación y divorcio también contribuyó, a su forma, al uso de la mediación favoreciendo la posibilidad de suspensión del proceso en los casos de remisión a la mediación¹³³. Esta Ley¹³⁴

¹³⁰ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE 02-07-1985. Art. 87 ter. (Artículo añadido por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), en el apartado "5. En todos estos casos está vedada la mediación".

¹³¹ La ley 15/2005 modifica los artículo 68, 81, 82, 86, 87, 92, 97, 101.3, 834, 835, 837, 840 y 945 del Código Civil.

¹³² La ley 15/2005 modifica los artículos, 770, 771, 775 de la LEC.

¹³³ 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, establece en su *Disposición final tercera*: "El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas".

introdujo modificaciones importantes tanto en Código Civil, como en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, así como en la Ley, de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil, logrando incluir la mención expresa a la mediación como método autocompositivo de resolución de conflictos a través de las siguientes modificaciones:

- Introducción de una nueva regla, la 7ª al artículo 770 de la LEC:

«Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación».

- Inciso específico que se añade en el apartado 2 del artículo 777 de la LEC:

«2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo».

- El anuncio de una futura Ley de mediación en la disposición final 3ª:

«El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas».

¹³⁴ En su exposición de motivos recoge: “Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, 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.

En el ámbito laboral existía una mediación previa a la tramitación del proceso referenciado en los arts. 63 a 68 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social¹³⁵ (que sustituye a la anterior Ley de Procedimiento Laboral).

En el ámbito penal nos encontrábamos con una regulación de la mediación para el caso de la responsabilidad penal de los menores atendiendo a los artículos 19¹³⁶ y 51.3¹³⁷ de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y en el artículo 15¹³⁸ de su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.

¹³⁵ Art. 63. Conciliación o mediación previas.

Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones, que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como mediante los acuerdos de interés profesional a los que se refieren el artículo 13 y el apartado 1 del artículo 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo.

¹³⁶ Art. 19 Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A 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 esta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el 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 con la responsabilidad civil.

¹³⁷ Art. 51. Sustitución de las medidas.

3. La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

¹³⁸ Art. 15. Revisión de la medida por conciliación. 1. Si durante la ejecución de la medida el menor manifestara su voluntad de conciliarse con la víctima o perjudicado, o de repararles por el daño causado, la entidad pública informará al juzgado de menores y al Ministerio Fiscal de dicha circunstancia, realizará las funciones de mediación correspondientes entre el menor y la víctima e informará de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento al juez y al Ministerio Fiscal, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Si la víctima fuera menor, deberá recabarse autorización del

En ese contexto descrito debemos resaltar la mediación en materia de consumo¹³⁹, que cuenta con una regulación específica, el RD 231/2008¹⁴⁰, de ámbito estatal. Aunque esta norma no introduce algo novedoso, sino que ya se contemplaba en la legislación anterior, el artículo 4 del ya derogado RD 636/1993, de 3 mayo, reconocía expresamente la posibilidad de la mediación ejercida por la Juntas Arbitrales de Consumo, aún cuando se trataba de una mediación preprocesal que jugaba un papel importante. Es cierto que el abandono o ruptura de una de las partes del acuerdo alcanzado carecía de la fuerza jurídica que por ejemplo se le otorgaba al laudo, por lo que esta modalidad de mediación prearbitral, configurada ya en la anterior legislación, era claramente un contrato, un pacto entre las partes, pero, aún así, se planteaba la duda de si era posible que, en el desarrollo del proceso arbitral, las partes pudieran dirigirse a la Junta Arbitral de Consumo para tratar de alcanzar un acuerdo por mediación. No existía impedimento a esta posibilidad, salvo que la actividad procesal arbitral no podía detenerse, a menos que las partes de común acuerdo así lo solicitaran al colegio arbitral¹⁴¹. En este caso, el acuerdo alcanzado por las partes podía incardinarse en el marco de lo que dispone el artículo 36 de LA¹⁴².

juez de menores en los términos del artículo 19.6 de la citada ley orgánica. 2. Las funciones de mediación llevadas a cabo con menores internados no podrán suponer una alteración del régimen de cumplimiento de la medida impuesta, sin perjuicio de las salidas que para dicha finalidad pueda autorizar el juzgado de menores competente.

¹³⁹ Razón por la cual, al contar con una regulación específica, queda excluida expresamente del ámbito de aplicación de la actual ley 5/2012 de Mediación Civil y Mercantil en su art. 2.2, d.

¹⁴⁰ RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se modificaba la regulación en materia de consumo.

¹⁴¹ BARONA VILAR, S., cit. pp. 80-81.

¹⁴² Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Art. 36. Laudo por acuerdo de las partes.

1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes.

2. El laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Con la reforma introducida por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema Arbitral de Consumo, se incorpora el artículo 38 en los siguientes términos:

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 la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, 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 arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros.

Al respecto, BARONA VILAR¹⁴³ afirma que el modelo de mediación que se propugna, “responde a una concepción amplia, flexible y común en la mayor parte de las legislaciones modernas, de las que se pueden obtener las siguientes conclusiones”:

1. Este precepto está acogiendo la posibilidad de la mediación intraprocesal y la posibilidad de que pueda efectuarse en sede arbitral.
2. Reconoce una mediación preprocesal.
3. Las reglas y normas a seguir en la mediación no se recogen en la normativa arbitral, remitiéndose para ello a la legislación que regule la mediación.
4. No existe norma que diga, como lo hace la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de arbitraje de 2003, que el mediador no debe de ser árbitro para conocer y resolver el conflicto planteado, salvo que las partes de común acuerdo así lo hubieran decidido.

¹⁴³ BARONA VILAR, S., cit. pp. 81 -82.

5. Se ha insistido en la necesidad de que quien actúe “como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros”.

Se divisa claramente la existencia de dos profesionales diferentes, según se lleve a cabo la función de mediación o la arbitral, pero en ambos casos se exige el compromiso de independencia confidencialidad e imparcialidad.

Es evidente que, junto a los medios heterocompositivos de resolución de conflictos (arbitraje y sistema judicial contradictorio), ya se está germinando una nueva vía que trata de devolver a las partes implicadas su protagonismo. Se empieza a evidenciar la necesidad de otorgar reconocimiento a la figura de la mediación, institucionalizándola. Tanto es así, que el curso destinado a Jueces fiscales, celebrado en Barcelona los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2006, bajo el título de “Alternativas a la judicialización de los conflictos”, en una de sus conclusiones recoge, precisamente, que:

“Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005, que introduce la mediación en el proceso de familia, los resultados de su práctica en los juzgados que han tenido programas públicos de promoción de la misma ponen de manifiesto que la mediación no solo ha de ser utilizada en la fase prejudicial, sino que es de suma eficacia cuando este recurso se ofrece vinculado al servicio público de la justicia, y se promueve su utilización desde la propia sede judicial, bien por el propio juez, por el fiscal o por el secretario judicial. Las negociaciones previas conducidas por los abogados, juegan un importante papel, como se pone de manifiesto con el incremento de procesos consensuados, pero no obstante son insuficientes (...) Desde el punto de vista psicológico, se acude a la justicia con ánimo vindicativo, con la convicción de que va a ser saciada la sed de venganza frente a quien se considera ha obrado injustamente, sin reflexionar en que la respuesta que puedan dar los tribunales pueden frustrar tales expectativas¹⁴⁴”.

¹⁴⁴ LUQUIN BERGARECHE, R., “Contestación al cuestionario presentado a los participantes de la mesa redonda ‘problemas de la implantación de la mediación intrajudicial desde los Juzgados de familia’, síntesis y valoraciones sistematizadas”. En V.A. *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. (Dir. Sáez Valcárcel, R., Ortuño Muñoz, P.) Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 301.

En aquel momento ya no se hablaba solamente de mediación en el ámbito familiar, sino que, al mismo tiempo, se iban configurando algunas regulaciones específicas en torno a supuestos de mediación en otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico.

Consideramos acertado transcribir a continuación los datos estadísticos de la Memoria del Instituto Nacional de Consumo, del año 2003, facilitando la realidad numérica de los resultados que se habían logrado, en aquel entonces, a través de la mediación, gracias al artículo 4 del Real Decreto 6363/1993, de 3 mayo, que la reconocía legalmente, y que reza así¹⁴⁵:

IV.2 La Mediación y el Laudo como formas de resolución del conflicto.

La resolución de las quejas o reclamaciones planteadas por los consumidores ante las Juntas Arbitrales de Consumo puede llevarse a cabo mediante dos formas:

- La Mediación llevada a cabo por la Junta Arbitral de Consumo, según lo previsto en el Art. 4 del R.D. 636/1993, de 3 de mayo. En donde el acuerdo resultante de la mediación tiene carácter de acuerdo privado entre las partes, consumidor y empresario.
- El Laudo es la decisión del Colegio Arbitral designado para la resolución del conflicto, tiene la misma eficacia jurídica que si se tratara de una sentencia judicial.

AÑO 2003

	TOTAL	%
Resueltos	22.500	100%

¹⁴⁵ Memoria del sistema Arbitral de Consumo. En acceso digital. Consultado el 5-2-2015.

<http://consumo-inc.gob.es/arbitraje/docs/memarbl03.pdf>

Resueltos por mediación	5.117	22,74%
Resueltos por laudo	17.383	77,26

Datos nada despreciables para una etapa en que la mediación era una figura prácticamente desconocida.

También es necesario reconocer que tanto las instancias políticas como las judiciales, en las últimas décadas, han aunado sus esfuerzos para incorporar la mediación en nuestro país. Aunque es verdad que cada una lo hizo por diversas razones, consideramos necesario destacar las siguientes:

- El Plan estratégico para la Modernización de la Justicia 2009-2012 ofreció interesantes propuestas orientadas hacia una política que pasaba necesariamente por el aumento de medios materiales y personales, si bien también por la introducción de otros que responden a un deseo finalista de transformación revolucionaria, capaz de producir un cambio en los sentimientos de los ciudadanos acerca del funcionamiento de la Justicia. Esta hoy “se percibe como no respondiendo a sus expectativas y que ofrece un servicio arcaico, lento y caro. En esa línea y entre las aportaciones que se efectúan en ese “repensar” la Justicia del siglo XXI, el Ministerio hace expresa mención de la incorporación de Centros de Mediación que permitan autocompositivamente la evitación de la escalada del conflicto o la resolución de este. Se ha producido, con ello, una palmaria costumbre de referirse a la mediación y en general a los medios ADR como piezas del nuevo modelo moderno de justicia¹⁴⁶”.
- Como acción complementaria a la anterior tenemos la creación de una Comisión Institucional por el Consejo de Ministros del Gobierno de España¹⁴⁷,

¹⁴⁶ BARONA VILAR, S., cit. p. 90.

¹⁴⁷ Reunión celebrada el 24 de abril de 2009. La Comisión, presidida por el Secretario de Estado de Justicia, quedó formada por ocho vocales elegidos en razón a su dilatada experiencia, su máxima cualificación jurídica y su extracción de los diversos sectores profesionales e institucionales del ámbito de la Justicia:

con el cometido de determinar, estudiar y proponer los elementos esenciales para la elaboración de una nueva Ley de Planta y Demarcación Judicial en el plazo de 6 meses. La Comisión, compuesta por ocho vocales, formuló recomendaciones que directamente referían a la Planta y Demarcación Judicial, pero también desarrolló otras diez recomendaciones asociadas, entre la que destacaba, como número primero¹⁴⁸, “la efectiva implantación de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, incluyendo la mediación, el arbitraje y la actuación de órganos colegiados administrativos con carácter previo a la de los órganos jurisdiccionales¹⁴⁹”.

- El Consejo General del Poder Judicial también se ha mostrado partidario de la incorporación de la mediación en nuestro ordenamiento, porque, ya en el año 1997, con la aprobación del Libro Blanco de la Justicia por acuerdo del pleno de Consejo del 8 de septiembre, en el punto 3.4 del capítulo primero, al referirse al acceso a la justicia, reconoce que “merece particular interés, como propuesta, la tendencia a potenciar la intervención del abogado en actividades de mediación, transacción y arbitraje, cometidos esenciales para limitar el número de asuntos que llegan los Juzgados y Tribunales¹⁵⁰”.

- Silvia Barona Vilar
- José Luís Bueren Roncero
- Landelino Lavilla Alsina
- Fernando Ledesma Bartret
- Augusto Méndez de Lugo y López de Ayala
- Victoria Ortega Benito
- Herminia Palencia Guerra
- Juan Antonio Xiol Ríos.

En acceso digital. Consultado el 2-3-2015.

http://www.ajfv.es/uploads/documentos/documentos/PROYECTOS/informe_demarcacion_y_planta.pdf

¹⁴⁸ BARONA VILAR, S. cit. p. 90.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 90.

¹⁵⁰ Consejo General del Poder Judicial, “Libro Blanco de la Justicia”. En acceso digital. Consultado el 28-3-2015. http://www.icam.es/docs/ficheros/201202170003_6_0.pdf,

Lo anterior se refleja en el contenido de su página web¹⁵¹, en la “HOJA DE RUTA PARA LA MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA”, en donde, a través de la imagen, se nos ofrece un mensaje implícito sobre la mediación del que hablaremos al tratar sobre la justicia restaurativa.



- En la citada Hoja de Ruta y dentro del punto 6 dedicado al “impulso de reformas orgánicas y procesales para dar soluciones más ágiles a la justicia”, el CGPJ reconoce la mediación civil y penal como un instrumento probadamente eficaz en la resolución de conflictos en base a dos tipos de razones:
 - a) “La mediación es positiva para las partes, que son las protagonistas de la resolución del conflicto, asumiendo libremente el acuerdo, facilitando el futuro cumplimiento voluntario de sus términos; y supone la obtención de una solución más rápida y ágil del conflicto”.
 - b) “La mediación es positiva para el sistema judicial porque reduce la carga de trabajo de los Juzgados y Tribunales, con el consiguiente ahorro de los enormes costos que siempre genera un proceso judicial”.

Dentro de ese plan de modernización de la justicia, aprobado el 12 de noviembre de 2008, correspondiente al Eje “impulso de las reformas procesales”, se alude explícitamente a la mediación civil y penal. En el caso de la mediación civil, el Consejo

¹⁵¹ file:///C:/Users/Usuario/Downloads/hojaRutaModernizacionJusticia_1.0.0.pdf

parte de que, si bien hasta ahora la mediación había sido utilizada en la esfera familiar, también puede aplicarse con éxito en los desacuerdos sobre contratos, de carácter mercantil, en el ámbito de consumo y propiedad horizontal.

Pero bien es cierto que, como se recuerda en la propia presentación del Proyecto de Mediación Penal y Civil del CGPJ, para que un órgano judicial pueda participar en el proyecto, tendrá que contar con la colaboración institucional: Comunidades Autónomas, Ayuntamientos y Colegios de Abogados, que permitan presupuestariamente disponer de un acreditado grupo de profesionales de la mediación, así como dotar de un lugar adecuado para la celebración de los encuentros.

En definitiva, que la mediación está cristalizando en España es evidente, pero lo ha hecho rodeada contradicciones y dilemas, provocando con ello que su implantación final sea especialmente difícil y compleja. Se suele considerar que el núcleo duro del proceso de mediación lo constituyen tres amplios movimientos: “la exploración del pasado, la comprensión del presente y la planificación del futuro¹⁵²”. Nuestro pasado histórico ha proyectado en nuestro presente una cultura adversarial que nos obliga a resolver cuestiones muy controvertidas y que nos afectan en la actualidad, dificultando la implantación de la mediación y una mejor comprensión de la misma. La mediación tendrá que sortear innumerables escollos y responder un sinfín de preguntas¹⁵³ y ello no es una cuestión baladí.

3.4. La Ley 5/2012 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles: como nuevo marco legislativo general.

A) Consideraciones generales.

El largo camino que se ha recorrido hasta la aprobación, el 6 de julio, de la Ley de mediación española 5/2012 se ha servido tanto de la experiencia de las Leyes

¹⁵² BOQUE TORREMORELL, C., “La mediación como disciplina... cit. pp. 48-49.

¹⁵³ ¿Cómo ensamblar la mediación en nuestro estado de derecho?, ¿debería institucionalizarse completamente o mantener su total independencia?, ¿mediación como profesión y con entidad propia o como proveedora de herramientas para negociar mejor?, ¿cualificación específica del mediador o libertad para ejercer libremente?, ¿mediación nuclear o sectorial?, ¿mediación como disciplina? La respuesta a estas preguntas es lo que va a determinar el futuro de la mediación.

Autonómicas, como de la jurisprudencia, y también, cómo no, de esa larga tramitación parlamentaria que empezó con el texto normativo que resultó frustrado en la legislatura anterior, pasando por la aprobación del Real Decreto Ley 5/2012, tramitado posteriormente como Proyecto de Ley por vía de urgencia, para concluir en la actual Ley, que poco difiere de lo proyectado con anterioridad. No obstante, cabe decir que, durante la tramitación parlamentaria, el legislador aprovechó para mejorar la redacción de algunas disposiciones, matizando algunos extremos y aclarando otros que parecían haber quedado confusos. A grandes rasgos, las pequeñas modificaciones que plantea la Ley se producen en doce de los veintiocho preceptos originales y operan en varios apartados¹⁵⁴.

- a) Disposiciones generales (mediación en conflictos transfronterizos, efectos sobre los plazos de prescripción de caducidad e instituciones de mediación).
- b) Principios informadores de la mediación (intervención de las partes).
- c) Estatuto del mediador (condiciones para ejercer de mediador y responsabilidad).
- d) Procedimiento (desarrollo por medios electrónicos, garantías para personas con discapacidad y terminación)
- e) Redacción, posibilidad de impugnación y ejecución del acuerdo de mediación.

Por lo tanto, y en un primer momento, podríamos afirmar que el legislador español no ha resultado pionero y que se ha movido a remolque de Europa. De hecho, si solo analizáramos superficialmente nuestra normativa estatal, sin tener en cuenta otras consideraciones, advertiríamos cómo la inclusión de las referencias a la mediación familiar en la LEC, en 2005, provienen de dos Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1986 y 1998, a las que ya hemos hecho referencia. Además, comprobaríamos también que la Ley 5/2012 sobre mediación civil y mercantil no es más que la trasposición al Derecho español de la directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos

¹⁵⁴ ALBA ISASI, J., "Estudio de la mediación como sistema alternativo de resolución de controversias, análisis de la Ley 5/2012, de 6 de julio", 5 (2013) *Portal de la Administración electrónica la inclusión digital y la sociedad del conocimiento*. En acceso digital. Consultado el 28-5-2015.

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/estudio-de-la-mediacion-como-sistema-alternativo-de-resolucion-de-controversias-analisis-de>.

de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por último, respecto a la mediación penal, hay que señalar que la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, del 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el marco del proceso penal, imponía a los Estados miembros la obligación de procurar impulsar la mediación en asuntos penales con la puesta en marcha de disposiciones legales y que, por cierto, el Estado español incumplió en 2006¹⁵⁵.

Sin embargo, no podemos realizar un análisis tan simplista de la situación española sino que debemos tener en cuenta otras consideraciones, entre ellas las manifestadas por el magistrado Pascual Ortuño al señalar que “la publicación de la Ley 5/2012 y el debate parlamentario que le ha precedido ha puesto en la agenda de muchos juristas, que hasta ahora profesaban el agnosticismo en la materia, la cuestión de la mediación. Acumulamos un retraso importante respecto de otros países de nuestro entorno, cuyo indicador más fiable es el número de tesis doctorales publicadas sobre la materia en el ámbito de las ciencias jurídicas. Por no cruzar el estrecho e irnos al mundo anglosajón, basta con bucear en las webs de las Universidades de Milán, de Montpellier o de Fráncfort para comprender que nuestro retraso no obedece únicamente a la indolencia de nuestros gobernantes en materia de reformas jurídicas, sino también al desinterés de la academia que únicamente se ha movilizó respecto de la metodología de la mediación, hay que reconocerlo, en el ámbito de otras ciencias sociales, como la Psicología, la Educación o el Trabajo Social, que pasan por ser disciplinas menores, pero que han demostrado que tienen mayor agilidad que las ciencias jurídicas para comprender que las sociedades de nuestros días necesitan una justicia diferente, más alejada del burocratismo autoritario en el que estamos instalados desde hace décadas¹⁵⁶”. Sus palabras definen, con “claridad meridiana”, las dificultades con las que se encuentra la mediación y los obstáculos que ha tenido y tiene que vencer, aunque ello no justifique la falta de iniciativa de nuestros legisladores al respecto.

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación en el proceso de modernización de la justicia”. En V.A. *La mediación nuevas realidades nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores*. (Coord. Torrado Tarrío, C.) La Ley, Madrid, 2013, p. 29.

Pero volviendo a la Ley 5/2012, hay que decir que la Sesión Plenaria celebrada en el Congreso de los diputados, el 28 de junio de 2012, puso punto y final al proceso legislativo de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. En dicha Sesión, Diputados de distintos grupos parlamentarios formularon una serie de juicios en torno a la Ley que pusieron de relieve una serie de ventajas e inconvenientes, que en la mayoría de los casos eran realizadas en relación con el Real Decreto Ley 5/2012 (anterior). Estos Diputados fueron: Señora Pigem, del Grupo Catalán; Señor Llamazares, del Grupo Izquierda Plural y Señora Valerio, del Grupo Socialista¹⁵⁷. Ventajas e inconvenientes que, siguiendo nuestro sistema metodológico, recogemos en el siguiente cuadro resumen en aras a facilitar la comparación.

¹⁵⁷ ROGEL VIDE, C., "Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles". En V.A. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles comentarios a la Ley 5/2012*. (Coordra. Fernández Canales, C.), Reus S.A., Madrid, 2012, pp. 21-22.

DIPUTADO	VENTAJAS	INCONVENIENTES
Pígem	<ul style="list-style-type: none"> • Inclusión de los colegios profesionales dentro de las posibles instituciones mediadoras. • Oportunidad de que el acuerdo sea firmado únicamente por las partes y no por el mediador. • Oportunidad de un informe de evaluación de la Ley y del señalamiento de medidas que puedan mejorar la mediación. • Igualdad de oportunidades garantizada a las personas con discapacidad en los procedimientos de mediación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Falta de separación nítida entre mediación y arbitraje. • Indefinición de las personas que pueden ser mediadoras. • Indefinición de las instituciones de mediación, de la responsabilidad de las mismas y de los mediadores. • Necesidad de un mayor protagonismo de las Administraciones Públicas en la supervisión y control de la debida titulación y formación continuada de los mediadores. • Poca o nula atención prestada a la necesidad de información jurídica previa o durante el proceso de mediación, así como la intervención letrada en la redacción de los acuerdos de mediación.
Valerio	<ul style="list-style-type: none"> • Apuesta por la mediación electrónica. • Configuración del acuerdo de mediación como título ejecutivo. • Igualdad de oportunidades garantizada a las personas con discapacidad en los procedimientos de mediación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Inexistencia de una duración limitada del procedimiento de mediación. • Inexistencia de un registro de mediadores y de instituciones de mediación con rango legal y carácter constitutivo en el caso de los mediadores. • Encarecimiento del proceso de mediación resultante de la protocolización obligatoria del acuerdo de mediación.
Llamazares	<ul style="list-style-type: none"> • Ninguna. 	<ul style="list-style-type: none"> • Inexistencia de la mediación como servicio público, con gratuidad aparejada, en casos de personas con rentas escasas.

Es indudable que gana el número de inconvenientes frente al número de ventajas, por lo que cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿es posible que haya sido una Ley introducida solo para evitar una sanción y cubrir el expediente?

B. Normativa vigente y su exégesis.

Para facilitar la comparación de la LMACM con las Leyes Autonómicas, paso a exponerla, siguiendo el mismo esquema expositivo que utilice para aquellas.

Desarrollo normativo	Ley 15/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
Composición de la norma	27 artículos 4 Disposiciones Adicionales 1 Disposición Derogatoria 10 Disposiciones finales
Fundamentación jurídica	Art. 149.1.6.^a y 8.^a de la CE¹⁵⁸.
Objeto del procedimiento	Art. 2. Es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos conflictos transfronterizos, que no afecten a derechos y obligaciones no disponibles.
Principios informadores	Arts. 6 al 10. Voluntariedad Libre disposición Igualdad de las partes Imparcialidad y neutralidad de los mediadores Confidencialidad Buena fe Respeto mutuo Lealtad
Duración del procedimiento	Art. 20. Lo más breve posible/ mínimo número de sesiones.
Desarrollo del procedimiento	Art. 16. Inicio de común acuerdo entre las partes, por una de las partes en cumplimiento de pacto de sometimiento a mediación existente. Acta inicial y final del procedimiento. Art. 19. A petición de ambas partes. A petición de una, debiendo citar el mediador a la otra en 10 días. Certificado inicial y final del procedimiento.
Características de los mediadores	Art. 11. Título oficial universitario o de formación profesional superior. Formación específica y Seguro de RC.

¹⁵⁸ Art. 149

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

6^a Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

8^a Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

Régimen sancionador	No ha dedicado ningún título o artículo a regular un régimen sancionador como tal, solo el artículo 14 se refiere a la “responsabilidad de los mediadores” por los daños y perjuicios causados, dándole al perjudicado acción directa contra el mediador o institución de mediación.
Coste de la mediación	Art. 15. Coste a partes iguales entre las partes, salvo pacto contrario.
Gestión registral	La Ley no establece un registro de personas mediadoras con carácter nacional. Faculta al Gobierno para su creación mediante la Disposición final octava.
SITUACIÓN ACTUAL	<ul style="list-style-type: none"> • Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Respecto a la composición de la norma, solo resaltar, a modo de curiosidad, la gran cantidad de disposiciones finales (10), que junto con las adicionales (4) y derogatorias (1) casi igualan al número de artículos (27) que componen la norma.

La fundamentación jurídica de la Ley 5/2012 está recogida concretamente en la disposición final quinta en los siguientes términos:

“Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149.1, 6ª y 8ª de la Constitución. No obstante lo anterior, la modificación de la Ley 34/2006 se efectúa al amparo del artículo 149.1ª, 6ª y 30ª de la Constitución”.

De esta forma, no deja lugar a duda de cuál es la competencia del Estado en dichas materias. A su vez, su preámbulo nos advierte que:

“Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja.

En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas **alternativos** de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento **complementario** de la Administración de Justicia.

Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa,

permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto”.

Este precepto tampoco ofrece la menor duda en cuanto que la mediación forma parte del sistema judicial y toda la regulación que se haga de la esencia de la mediación será el Estado el competente. En conclusión, si asumimos sin más análisis lo detallado en los párrafos precedentes, nos llevaría a pensar, de inmediato, que todas las normas autonómicas reguladoras de la mediación familiar que hemos visto se deberían entender derogadas. No obstante, parece ser que no es así.

Es cierto que el objetivo esencial¹⁵⁹ de la norma marco, o general, no puede ser ignorado por las normas autonómicas, pero eso no es óbice para que no pueda existir la simultaneidad de la norma estatal y autonómica¹⁶⁰, siempre que ambas normas tengan presentes sus títulos competenciales en los que se deben amparar una y otra. Porque si se pretende atribuir elementos en las Leyes de mediación Autonómicas que son de exclusiva competencia del Estado, tal y como sucede con la eficacia posible procesal de los acuerdos alcanzados en mediación a través de la elevación a escritura pública y la conversión en título ejecutivo, deberán ser las normas autonómicas las que se adapten a la Ley Estatal, en virtud de esas competencias exclusivas del Estado atribuidas por el artículo 149.1, 6º y 8º de la Constitución. No obstante, y la práctica nos lo demandará, será imprescindible “articular medidas de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en aquellas cuestiones que puedan encontrar diversos posicionamientos¹⁶¹”. Una de ellas es precisamente la referida al desarrollo reglamentario¹⁶², ya que afecta, entre otras, al Registro de Mediadores e Instituciones

¹⁵⁹ Que estaría compuesto por los principios esenciales, bases de la mediación, reglas mínimas del procedimiento, ámbito de aplicación y eficacia procesal.

¹⁶⁰ Otra cosa es que ello sea conveniente y genere posicionamientos que puedan provocar discordias interpretativas.

¹⁶¹ BARONA VILAR, S., cit. pp. 133-135.

¹⁶² Disposición final octava. Desarrollo reglamentario del control del cumplimiento de los requisitos de la mediación exigidos en la Ley.

1. El Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de

de Mediación, así como a la formación (duración y contenido mínimo de los cursos que deberán realizar los mediadores). Situaciones que se deberán coordinar entre ambas instancias para evitar discrepancias que puedan desembocar en un descrédito de la mediación.

En base a lo expuesto, sería aconsejable que las Comunidades Autónomas adaptasen aquellas disposiciones autonómicas a la nueva Ley nacional. Sin embargo, ello no es un impedimento para que la norma estatal, al ser una norma genérica y marco, no pueda ofrecer a los legisladores autonómicos un margen de maniobra suficiente como para que se presenten diferencias destacables entre las diversas legislaciones autonómicas. Otra cosa es que, en aras a favorecer el carácter abierto y flexible que se le quiere dar a la mediación, sea deseable o conveniente mantener esas diferencias entre las propias autonomías y de éstas, con el Estado, sin que ello pueda llegar a afectar la puesta en práctica de la mediación en cuanto a esa heterogeneidad.

¿Será posible, entonces, sintonizar las disposiciones autonómicas y estatales que nos permitan evitar un tratamiento desigual del mediador según en qué Comunidad ejerza? ¿Es deseable o conveniente mantener esas diferencias entre las Autonomías y el Estado en aras a favorecer el carácter abierto y flexible de la mediación?

En cuanto al objeto, desarrollo y duración del procedimiento debemos indicar que aun cuando el objeto o ámbito de aplicación, recogido en el artículo 2 de la Ley¹⁶³, parece

Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley se podrá dar de baja a un mediador.

2. El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, podrá determinar la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir.

Reglamentariamente se podrá desarrollar el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores.

¹⁶³ Art. 2. Ámbito de aplicación. 1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español. 2. Quedan excluidos, en

claro, no lo es tanto. De hecho, arroja una serie de dudas y preguntas que una vez más nos hacen acudir a la práctica y de nuevo serán nuestros tribunales los encargados de dar respuesta a las imprecisiones de nuestros legisladores.

La Ley extiende su ámbito a determinados conflictos surgidos en el marco de asuntos civiles y mercantiles, incluidos los transfronterizos, en los que se pueda mediar y transigir, por lo tanto, excluye, además de las mediaciones expresamente citadas (mediación con las Administraciones públicas, mediación penal, mediación laboral, mediación en materia de consumo), todos aquellos asuntos que, regulados por normas imperativas, no sean disponibles por las partes.

¿Por qué se excluyen expresamente esos ámbitos? ¿Es que los conflictos de consumo no son mercantiles y, en algunos casos, civiles? Autores como Blanco Carrasco opinan que pueden existir dos razones: bien porque se considera que los ámbitos excluidos no son materias civiles ni mercantiles, o bien porque siéndolo tienen especiales características que justifican su exclusión¹⁶⁴.

Si acudimos a la lectura de la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo¹⁶⁵, parece desprenderse que el Gobierno excluyó estos ámbitos porque no los considera puramente civiles ni mercantiles. Ello se debe, asegura la autora, a que España y Europa tienen una discrepancia en torno al concepto de lo que es civil y mercantil. Esta discrepancia se demuestra a través de la propia Directiva que se

todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) La mediación penal. b) La mediación con las Administraciones públicas. c) La mediación laboral. d) La mediación en materia de consumo.

¹⁶⁴ BLANCO CARRASCO, M., "Mediaciones excluidas del ámbito de aplicación de la Ley". En V.A. *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*. (Coord. Fernández Canales, C.) Reus, Madrid, 2012, p. 42.

¹⁶⁵ "La Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. Por su lado, la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002".

pretende trasponer, ya que, en su artículo 1.2, precisamente excluye, además de los ya excluidos por nuestro RDL, otros ámbitos¹⁶⁶.

Sin embargo, si vamos a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, justifica dicha exclusión en la conveniencia de “reservar esta regulación a sus normas sectoriales¹⁶⁷”. Esto podría entenderse como una exclusión provisional que no impediría que se incluyera en un futuro en una normativa similar.

Pero ¿qué sucede con la mediación familiar? Si dentro del listado de mediaciones excluidas por la Ley no aparece, se plantea la duda de si queda o no incluida en la misma. Es extraño que la Ley no la mencione, teniendo en cuenta que fue precisamente la mediación familiar la primera en introducirse en España y la que ha alcanzado mayor desarrollo. Es verdad que existen muchas materias sujetas a mediación familiar en las que no concurre el principio de disponibilidad (todo lo relacionado con menores), pero entonces, ¿debemos entender que la LMACM sería aplicable en temas de familia siempre y cuando no estén en juego materias indisponibles? y, a su vez, ¿no cabría en temas tales como la guardia y custodia de menores, régimen de visitas o alimentos, o dotar de ejecutividad el acuerdo adoptado sin intervención del Ministerio Fiscal y sin aprobación judicial¹⁶⁸?. Continuamos con más dudas que resolver.

¹⁶⁶ LEY 5/2012; El art. 1.2 excluye los asuntos, fiscales, aduaneros o administrativos y la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana. Junto a estos ámbitos que excluye expresamente recoge materias a las que tampoco podrá aplicarse la Directiva: “A las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional, como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto” (considerando 11).

¹⁶⁷ Apartado II del Preámbulo de la Ley 15/2012 (...) “Las exclusiones previstas en la presente norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren, sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes”.

¹⁶⁸ ATARES GARCIA, E.M., “Mediación intrajudicial civil”. En acceso digital. Consultado el 7-6-2015. http://mediacion.icacor.es/descarga/PonenciasyPresentaciones/MEDIACION_INTRAJUDICIAL_CIVIL_2.pdf,

En cuanto al desarrollo del procedimiento de mediación, podríamos decir que la Ley 5/2012 establece dos procedimientos¹⁶⁹:

- Un procedimiento “ordinario” (artículos 16 al 22)
- Un procedimiento “simplificado” (artículo 24)

En el primero de ellos se distingue, como en todo procedimiento, un comienzo, un desarrollo y una terminación: el comienzo está integrado por la solicitud de inicio de común acuerdo o, a petición de una de ellas, en cumplimiento de un pacto previo de sometimiento a mediación¹⁷⁰; la sesión informativa y la sesión constitutiva. El desarrollo se materializará en las sesiones que se celebren entre el mediador y las partes en conflicto. La fase de terminación puede ser por algunas de las siguientes causas: que se haya llegado a un acuerdo; que las partes o una de ellas así lo decidan; el transcurso del plazo máximo acordado por las partes; la apreciación del mediador de que las posturas de las partes son irreconciliables; la renuncia del mediador cuando no se nombre a otro o cuando concurra otra justa causa que determine su conclusión.

La Ley Estatal a diferencia de las Leyes Autonómicas de mediación no recoge la derivación judicial a una sesión informativa de mediación.

En cuanto al procedimiento “simplificado”, éste se regula en el artículo 24 de la Ley, bajo el epígrafe: “Actuación desarrollada por medios electrónicos”. Conforme a este precepto, las partes podrán acordar que todas o algunas de las actuaciones de mediación se tramiten por dichos medios, entre los cuales se hace referencia expresa a la videoconferencia “u otro medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de mediación”. La Ley remite a estos medios las mediaciones relacionadas con reclamaciones de cantidad que no superen los 600 euros. Esta previsión se conecta con el artículo 5.2 de la Ley, que reconoce que las instituciones de mediación podrán

¹⁶⁹ *Ibid.* p. 17.

¹⁷⁰ Cabe mencionar que el número 3, del artículo 16, de LMACM se refiere concretamente a la mediación intrajudicial y, aunque se centra en el caso de una mediación voluntariamente iniciada estando en curso un proceso judicial, no aclara cómo ha de llegarse a la mediación. No obstante, sí queda clara la posibilidad de iniciar un proceso mediador dentro de un procedimiento judicial abierto sin ser necesario suspender este, sino que “podrá” solicitarse su suspensión.

implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias. En relación con ello, la Disposición Final Séptima de la Ley prevé que “el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Las pretensiones de las partes, que en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho, quedarán reflejadas en los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación, que el mediador o la institución de mediación facilitarán a los interesados. El procedimiento tendrá una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y será prorrogable por acuerdo de las partes”.

Para llevar a cabo este tipo de mediación se están desarrollando plataformas de negociación asistida o informatizada, que permiten efectuar la mediación sin necesidad de un mediador físico, conocidas como “resolución de conflictos on line” (ODR), a las que ya hemos hecho referencia. No obstante, a modo de recordatorio, cabe decir que el Pleno del Parlamento Europeo, celebrado el 12 de marzo de 2013, aprobó una proposición de Reglamento del Parlamento y el Consejo para el desarrollo de una plataforma “on line”¹⁷¹, destinada a la resolución de los conflictos de consumo que surjan en las transacciones en línea. Se prevé que la plataforma vincule a todas las entidades de resolución alternativa de conflictos nacionales y opere en todos los informes oficiales de la Unión. Además, se conceden dos años a los Estados miembros para implementar las reglas ADR/ ODR. Con ello se prevé que la plataforma esté operativa a finales de 2015.

¹⁷¹ En España, el grupo de investigación G.I.A.A (Grupo de Inteligencia Artificial Aplicada) y el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, de la Universidad Carlos III de Madrid, han llevado a cabo el proyecto SEMADISC (Sistema Electrónico de Mediación y Arbitraje para Personas con Discapacidad), destinado a ofrecer una plataforma de mediación accesible de forma universal y gratuita. SEMADISC es un producto que nace con la misión de proporcionar una herramienta software para la intermediación y el arbitraje centrada en personas con problemas de accesibilidad o con algún tipo de discapacidad.

Este proyecto multidisciplinar abarca los campos del derecho y la ingeniería para ofrecer un servicio de mediación, donde personas con discapacidad puedan resolver sus problemas sin necesidad de llegar a un juicio, sin coste económico y con la mayor comodidad y ergonomía posible. En acceso digital. Consultado el 2-6-2015.

<http://www.usc.es/atpemes/SEMADISC-Sistema-Electronico-de,1136>

Para finalizar este apartado, concluiremos diciendo que si bien en el procedimiento simplificado se establece un plazo de duración máximo de un mes, para el ordinario, el artículo 20 de la Ley solo deja claro que la **duración del procedimiento** será lo más breve posible y que las actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, pero no lo concreta, en contraste con las normas autonómicas de mediación familiar, que si bien la duración suele hacerse depender de la naturaleza y complejidad del conflicto, se señalan unos plazos máximos, como hemos podido comprobar¹⁷².

Principios informadores.

Aunque no vamos a analizar aquí todas las cuestiones relativas a los principios rectores de la mediación, sí vamos a fijarnos en algunos de los aspectos que nos van a permitir más tarde determinar qué principios deben de ser consustanciales a dicha institución.

Es evidente que el legislador español ha atribuido como característica intrínseca de la mediación la voluntariedad¹⁷³ al enunciarla en el artículo 6 de la LMACM. Este principio es coincidente en todas las Leyes Autonómicas de mediación y aparece como un rasgo propio y constante. Sin embargo, el legislador vincula, mediante este artículo, el principio de “voluntariedad” y el de “libre disposición”, entendiéndose ésta no tanto como la opción de las partes de acudir a mediación, sino qué puede plantearse en mediación.

Al respecto ya hemos reiterado en varias ocasiones que la mediación no es posible para todos los sujetos ni para todos los casos. Existen tipos de conflictos que quedan excluidos del ámbito de la mediación porque el ordenamiento jurídico así lo ha dispuesto y otros en los que no es recomendable acudir a mediación por el

¹⁷² 2 meses en el caso de Aragón; 3 meses en: Andalucía, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla-León, Castilla- la Mancha, Cantabria, Galicia, Valencia y Madrid y 4 meses en el País Vasco. En todos ellos desde la sesión inicial, con posibilidades de prórroga.

¹⁷³ Aunque existen autores que opinan que el legislador español contradice el principio de voluntariedad cuando, a través del art. 395.1 de la LEC, se prevé que se entenderá que, en todo caso, existirá mala fe si antes de presentada la demanda, no se hubiese formulado el procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación. CASTILLEJO MANZANARES, R., “La desaparición de la voluntariedad como principio esencial de la mediación con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”. En V.A. *La Mediación nuevas realidades nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*. (Coordra. Torrado Tarrío, C.), La Ley, Madrid, 2013, p. 544.

desequilibrio que incurre entre las partes. Por lo tanto, la libre disposición debe interpretarse no tanto como el derecho que tienen las partes de acudir a mediación de forma voluntaria, sino que lo que se someta a mediación sean derechos disponibles. Y el que sea disponible va a ser un presupuesto del ejercicio de la disponibilidad, como apunta Barona Vilar, “la disponibilidad de lo disponible”.

La buena fe también es consagrada como uno de los principios informadores recogido en el numeral 2º del citado artículo, al incidir en que “cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial”.

Entre los principios rectores que se presentan como garantías mínimas de la mediación, la imparcialidad cuenta con un amplio refrendo, tanto en las Leyes Europeas, como en la normativa española. Este principio se encuentra íntimamente ligado a la obligación del mediador de garantizar el equilibrio de las partes y el derecho fundamental de éstas a la igualdad a lo largo de todo el procedimiento; pero la esencia de la mediación se encuentra en el principio de neutralidad, recogido en el artículo 8 de la Ley, porque es el que confiere a las partes la total capacidad para gestionar sus disputas, dejando claro el lugar que ocupa el mediador respecto al conflicto, que debe respetar lo que las partes son y traen al mismo. La filosofía que se recoge en este artículo 8 de la Ley se materializa en permitir que las partes alcancen “por sí mismas” un acuerdo.

Sin embargo, todos los principios citados (voluntariedad, buena fe, neutralidad, igualdad) se desmoronarían si no fueran sustentados sobre la confidencialidad. La transcendencia de este principio ha sido reconocida ampliamente desde los inicios de la mediación actual, ya que permite generar el espacio de confianza para que las partes puedan expresar sus intereses y así llegar o no a un acuerdo. Tiene como destinatario al “mediador, que quedará protegido por el secreto profesional”, aunque

es necesario señalar que el propio artículo recoge una serie de excepciones que podrían ser cuestionables¹⁷⁴.

Hay que señalar que todos los principios citados se encuentran dentro de los denominados “principios informadores de la mediación”, recogidos en el título II de la Ley 15/2012.

Características de los mediadores.

La Ley 5/2012 regula, en el Capítulo III, el Estatuto del mediador y dispone, en el art. 11, las condiciones para ejercer como tal, pero al igual que lo hizo su antecesor el Real Decreto-Ley 5/2012³, de 5 de marzo, y el Proyecto de Ley, de 10 de abril de 2012, tampoco recoge una definición de esta figura. Sin embargo el Anteproyecto de Ley de mediación de 19 de abril de 2010, si definía la figura del mediador en su artículo 13¹⁷⁵.

No obstante el apartado III del Preámbulo de la Ley 5/2012 se refiere al mediador como “(...) la pieza esencial del modelo (...)”, si eso es así que menos que dedicarle un artículo que lo defina, evitando tener que recurrir al preámbulo para extraerla; porque es precisamente en el apartado III del Preámbulo de la Ley, donde se encuentra lo que puede considerarse la definición del mediador:

“La figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes”, para recoger a continuación su formación y las habilidades que debe poseer según el conflicto que aborde “(...) el mediador ha de tener, pues, una formación general que le

¹⁷⁴ Art. 9. Confidencialidad. 2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

¹⁷⁵ El Anteproyecto de Ley de mediación, de 19 de abril de 2010, señalaba, en el artículo 13, relativo al “concepto de mediador”, que “a los efectos de esta Ley se entiende por mediador 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”.

permita desempeñar esa tarea... La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto (...)"

El mediador deberá ser persona natural, al que se le exigirá, además de otra serie de requisitos, "estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación".

Sobre la formación de origen del mediador se ha especulado mucho, especialmente por los conocimientos exigibles para llevar a cabo determinados acuerdos con trascendencia jurídica, favoreciendo por ello el papel del abogado. Sin embargo, compartimos la afirmación de Font Guzmán, que al referirse a la acreditación exigida a los mediadores, señala que, en base a su experiencia, "los programas de mediación son más robustos cuando se abre la puerta a que diversos profesionales puedan servir como mediadores. Los conflictos no son unidimensionales. Los conflictos que llegan a los tribunales ciertamente tienen un elemento legal, pero... también pueden tener un elemento social, psicológico, o económico. A tales efectos, limitar los registros de mediación únicamente a abogados, me parece que limita innecesariamente las opciones a la comunidad. De igual manera, es importante tener diversidad en género, edad, raza y cultura en los registros de mediadores¹⁷⁶".

La Ley 5/2012, en sintonía con lo que se desprende de la Directiva 52/2008, no ha incluido un catálogo cerrado de titulaciones, a modo de *numerus clausus*, a las que le esté reservado el acceso a ser mediador. En cuanto a las Leyes de mediación de las distintas Comunidades Autónomas, hemos podido comprobar cómo no contemplan de forma unánime el perfil de mediador, aunque muchas de ellas son coincidentes al referirse a determinados profesionales (abogados, psicólogos, trabajadores sociales, educadores sociales, pedagogos, etc.).

En la práctica, los equipos de mediadores suelen constituirse de modo interdisciplinario, porque el enriquecimiento que se produce con las distintas visiones

¹⁷⁶ FONT GUZMAN, J. N., "Programa de derivación judicial en Estados Unidos". En V.A. *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* (Dir. Soleto H.) Tecnos, Madrid, 2013, p. 466.

que desde el respectivo bagaje académico y de su experiencia, trae cada una de las personas mediadores al proceso¹⁷⁷ es incuestionable.

Régimen sancionador.

También hemos advertido cómo la Ley 5/2012 no recoge ningún procedimiento o régimen sancionador y tampoco remite a ningún régimen o ley vigente. Solo el art. 9.3º establece que “la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico”.

¿Cómo se sancionaría, pues, a un mediador ante una infracción en un procedimiento civil (no familiar) o mercantil? Porque aunque es cierto que las CC. AA. sí han regulado su procedimiento sancionador, no debemos olvidar que la mayoría de ellas han legislado específicamente sobre mediación familiar¹⁷⁸.

¿Cabe entender que cualquier daño o perjuicio causado por un mediador en un procedimiento mercantil o civil (no familiar) deberá ser tratado como responsabilidad civil contractual o extracontractual o dentro del ámbito penal si su actuación estuviera tipificada?

El coste de la mediación se encuentra regulado en el artículo 15¹⁷⁹ de la Ley. En él se nos indica que haya o no concluido el proceso con un acuerdo, el coste se dividirá entre las partes, salvo que se hiciese un pacto en contrario. De esta forma, los gastos

¹⁷⁷ GARCÍA VILLALUENGA, L., “Condiciones para ejercer de mediador”. En V.A. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la ley 5/2012* (Coord. Fernández Canales, C.) Reus, Madrid, 2012, pp. 152-153.

¹⁷⁸ TORRES OSORIO, E., *La Mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p. 435 (PDF-DVD).

¹⁷⁹ Art. 15. Coste de la mediación.

1. El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario.

2. Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.

Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución, podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución, antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.

generados en un procedimiento de mediación que no ha concluido con acuerdo no van a integrar el contenido de la condena en costas de un posible proceso.

Dado que la actuación del mediador no es gratuita, las partes deberán hablar con él para acordar lo que se le tiene que pagar y, si no se llega a un acuerdo, podrán elegir otro mediador, pero deberán elegirlo de mutuo acuerdo o pedirle al juez que lo designe. Así, hasta que se obtenga un pacto.

Por otro lado, no es clara la forma en la que el Estado garantiza la gratuidad del servicio de mediación para las personas con escasos recursos. Parece delegar esta responsabilidad a las Comunidades Autónomas, tal y como se desprende de la Disposición Adicional Segunda, que, al hablar del impulso a la mediación, señala: “Las Administraciones públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes”.

Gestión Registral.

La Ley no establece un registro de personas mediadora con carácter nacional. No obstante, a través de su Disposición Final Octava¹⁸⁰, habilita al Gobierno para la creación de este registro estatal.

Situación Actual.

Con la publicación del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en

¹⁸⁰ Disposición final octava. Desarrollo reglamentario del control del cumplimiento de los requisitos de la mediación exigidos en la Ley.

1. El Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios (...). Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley se podrá dar de baja a un mediador.

asuntos civiles y mercantiles, se desarrollan cuatro aspectos esenciales de la Ley de mediación¹⁸¹:

- 1.- La formación del mediador (se exige un mínimo de cien horas, de las cuales treinta y cinco por ciento deberán ser prácticas y además una formación continua cada cinco años, con un mínimo veinte horas)
- 2.- Creación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación.
- 3.- Obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador¹⁸².
- 4.- Un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

C. El valor del acuerdo en la Ley 15/2012.

El legislador ha querido que el acuerdo de mediación sea un título ejecutivo y la ejecución en España es, sin duda, monopolio jurisdiccional ya desde la formulación del artículo 117.3 de la Constitución Española de 1978. Si la mediación fructifica en un acuerdo, su ejecutividad ya no puede depender solo de la buena voluntad de las partes. Esa voluntad ha contribuido libremente a la gestación del acuerdo, “pero el respeto a la palabra dada, el imperio de la buena fe y la evitación del abuso de derecho requiere que lo resuelto en mediación tenga la protección jurisdiccional de su fuerza ejecutiva”¹⁸³.

¹⁸¹ Preámbulo I, 1 de Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre: La Ley ha querido dejar también un margen de intervención del Gobierno en aras a incrementar la seguridad jurídica y la confianza de los ciudadanos y le habilita para desarrollar su contenido en cuatro aspectos esenciales: por un lado, en su disposición final octava, en lo que se refiere a la formación del mediador, su publicidad a través de un Registro dependiente en el Ministerio de Justicia y el aseguramiento de su responsabilidad, y, por otro lado, la disposición final séptima, para la promoción de un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

¹⁸² Art. 28. “La suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga. El mediador informará a las partes, con carácter previo al inicio del procedimiento, de la cobertura de su responsabilidad civil, dejando constancia de la misma en el acta inicial”.

¹⁸³ MARTI MINGARRO, L., “La mediación civil y mercantil en la nueva ley 5/2012, de 6 de julio” 29(2013) *Revista Jurídica de Castilla y León*. pp. 10-11. En acceso digital. Consultado el 2-6-2015. <http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/650/131/14.-%20La%20mediaci%C3%B3n%20civil%20y%20mercantil%20-digital.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=>

La mediación puede dar lugar a dos tipos de títulos ejecutivos:

- a) Si las partes elevan a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación¹⁸⁴, éste será título ejecutivo¹⁸⁵.
- b) Si el acuerdo de mediación se ha alcanzado después de iniciarse un proceso judicial, las partes podrán solicitar al tribunal la homologación del acuerdo de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El auto que apruebe u homologue el acuerdo de mediación es también título ejecutivo¹⁸⁶. Asimismo, se establece que, contra lo convenido en el acuerdo de mediación, solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos¹⁸⁷.

Hasta aquí hemos realizado una breve referencia sobre los distintos marcos normativos que regulan la mediación en España¹⁸⁸, y no parece lógico que trece, dentro de poco catorce, comunidades autónomas puedan regular conceptos que difieran entre sí (procedimiento de mediación, formación de los mediadores, etc,) generando la existencia de tanta normativa diferente que, lejos de ayudar al ciudadano, le está provocando una mayor inseguridad jurídica. A su vez no podemos perder de vista que las profesiones evolucionan a medida que lo hacen las sociedades, por lo tanto los mediadores deben de estar preparados para adaptarse a las nuevas

¹⁸⁴ Ley 15/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Art. 25. Formalización del título ejecutivo. 1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.

¹⁸⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Art. 517. Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: (...) 2º. Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹⁸⁶ *Ibid.*, Art. 517. Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: (...) 3º. 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.

¹⁸⁷ Art. 23.4. de la Ley 5/2012. "Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos".

¹⁸⁸ A nivel europeo, autonómico y estatal.

expectativas que, como hemos visto, en estos momentos el campo de acción aún no se ha delimitado claramente y la normativa no ayuda ello. Además, la clave para que una profesión goce de autonomía suficiente para autorregularse y mantener estándares de práctica de calidad y expandir su radio de conocimiento es la “exclusividad” y ello no se consigue siendo una “profesión vicaria”, dispersa y antagónica.

Desde esta situación es muy importante ahondar en la configuración de la mediación, delimitando el concepto, las características, el ámbito de aplicación (objetivo, subjetivo, espacial, temporal, procedimental) y los principios consustanciales sobre los que se configura. Pero, ante todo, debemos de ser capaces de vislumbrar las ventajas que puede reportar tanto al ciudadano a nivel individual, como a la sociedad, sin olvidarnos de la Justicia en general, por lo que cabe preguntarse: ¿debe convertirse la mediación en un escalafón más de nuestro sistema judicial o debe mantener su independencia y autonomía como sistema de resolución de conflictos al que acuden las partes voluntariamente? Demasiadas preguntas para ser contestadas con tan corto recorrido práctico que tenemos de la mediación. No obstante, conviene retener que la Ley 5/2012 proporciona los tres ejes¹⁸⁹ sobre los que poder construir el nuevo concepto de mediación, que retomaremos en el próximo capítulo.

Lo que si podemos afirmar es que cada vez más se demandan con urgencia acciones encaminadas a consolidar la mediación como una nueva modalidad de intervención social que necesita de una imagen común y un lenguaje compartido. Es decir, sentar unas bases que puedan establecer una metodología propia de la mediación, antes de que esta cristalice rodeada de disyuntivas y dilemas que dificulten su reconocimiento, enturbiando su implante y condenándola al ostracismo.

¹⁸⁹ La ley 5/2012 recoge, en el apartado III de su preámbulo, que el modelo mediación se basa en tres ejes: un primer eje, la voluntariedad, libre decisión de las partes, con la intervención de un mediador (desjudicialización); un segundo eje basado en la pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo: la deslegalización y un tercer eje basado en el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, previa elevación a escritura pública: la desjuridificación.

-CAPÍTULO IV-**LA NECESIDAD DE UN NUEVO PARADIGMA MEDIADOR**

4.1. Del paradigma de la complejidad al paradigma de la autogestión

4.2. El legado de las distintas escuelas doctrinales sobre la mediación

A. Modelo Tradicional-Lineal (Escuela Harvard)

B. Modelo Circular Narrativo (Escuela Circular- Narrativa de Sara Cobb)

C. Modelo Transformativo (Escuela Transformativa de Robert A., Baruch Bush y Joseph. P., Folger)

D. Modelo Tópico

E. Modelo Estratégico

F. Modelo Ecosistémico

G. Modelo Integrador

4.3. El “nuevo concepto de mediación”

A. La mediación: ¿un concepto multi-inter o transdisciplinar?

B. Precisiones terminológicas

C. Los tres ejes de la mediación

D. Principios nucleares de la mediación

-Voluntariedad

- Igualdad de las partes

- Imparcialidad

- Neutralidad

- Confidencialidad

- Buena Fe

- Carácter personalísimo

- Flexibilidad

- Oralidad

E. Características esenciales de la mediación: la relación

4.4. Bases de asentamiento del nuevo paradigma

A. ¿Debe ser todo mediable?

B. ¿Debe ser obligatoria?

C. ¿Cómo se debe desarrollar el procedimiento de mediación y qué herramientas utilizar?

D. ¿Cuáles son los elementos que deben componer la ética del mediador?

-CAPÍTULO IV-**LA NECESIDAD DE UN NUEVO PARADIGMA MEDIADOR****4.1- Del paradigma de la complejidad al paradigma de la autogestión**

A lo largo de la investigación realizada hemos comprobado cómo la aplicación de las leyes, desde un punto de vista meramente “objetivo y racional”, no está obteniendo el resultado deseado en el ámbito de la administración de justicia. El aumento de los pleitos judiciales, el gran número de incumplimientos de las sentencias, además de esa insatisfacción, incluso, por parte de los ganadores, pregonan que algo está fallando. La aplicación generalista de las normas no es suficientemente efectiva para resolver los conflictos

Las perspectivas de análisis y estudio de la realidad han variado, ya que la complejidad de nuestra sociedad ha crecido exponencialmente. De hecho, las teorías científicas se han exportado a la dinámica social, demostrando que todo está interaccionado entre sí. Además, aquello que antes tenía connotaciones negativas, como el conflicto, ahora, tras profundizar en su estudio, se ha descubierto que también las tiene positivas.

¿Podríamos decir que la tendencia de este nuevo siglo es el redescubrimiento de lo subjetivo, de lo individual y propio de cada ser humano?

Tras estudiar el conflicto, los diferentes tipos existentes, las variables que lo componen, así como las distintas maneras que cada uno de nosotros tenemos de hacerle frente, ya no cabe hablar de un único proceder o forma de actuar, reglada y determinada previamente en una base teórica para darle respuesta. Se precisan otros mecanismos que nos permitan poder desarrollar un modelo capaz de adaptarse al caso concreto, a medida de lo que necesiten las partes para resolver su problema de forma no adversarial. Ya no solo la mediación, sino todas aquellas figuras a las que hemos hecho referencia y que, según la circunstancia, podrían ser más apropiadas que otras dependiendo del caso a resolver.

No obstante, cuando hablamos del tercer paradigma, ya mencionado, hablamos de mediación, puesto que éste permite su nacimiento. Éste es un paradigma donde el tercero no ocupa la posición vertical y jerárquica, sino una horizontal, en la que trabaja para compatibilizar la satisfacción de todos los intereses intersubjetivos en esta sociedad tan globalizada y compleja.

De esta forma, evita un planteamiento en términos dicotómicos (bueno-malo, culpable-inocente), crea un espacio en donde la autonomía individual se encuentra legitimada, porque se le reconoce dentro de él, y consiente que las partes puedan buscar las soluciones a sus conflictos en colaboración. Todo ello supone transformar ese proceso adversarial en colaborativo con la ayuda de ese tercero, cuya misión radica en conducir de forma pacífica a las partes durante esas situaciones de disputa que ellas mismas no saben cómo tratar, porque nadie sabe más sobre su conflicto que las propias partes.

La ciencia ha creado este tercer paradigma, al que denomina “paradigma de la complejidad”, frente al paradigma lineal, que se utiliza en el orden legal, basado en los conceptos fundamentales de objetividad y racionalidad, y la mediación usa ese tercer paradigma para devolverle a las partes la gestión de sus propios conflictos, luego podría decirse que estamos ante el paradigma de la autogestión.

4.2. El legado de las distintas escuelas doctrinales sobre la mediación

A lo largo de nuestra investigación hemos mantenido que todas las interpretaciones, teorías y experiencias resultan complementarias entre sí. Cada una surge, a su vez, de una experiencia específica y corresponde a unas circunstancias y necesidades concretas. En ello vamos a insistir al referirnos al legado de las escuelas doctrinales ante su diversidad de criterios, porque, al igual que aceptamos que cualquier fenómeno natural puede ser explicado desde varias teorías o disciplinas, sin que ello implique la existencia de

contradicción o negación mutua, también así pueden observarse los fenómenos o los comportamientos humanos¹.

En conclusión, es un hecho que la división disciplinaria del conocimiento ha ofrecido beneficios indiscutibles, aunque también tenemos que destacar que la mediación, sustentada en el nuevo paradigma de la complejidad, va a necesitar conciliar dichos conocimientos, y no de una forma multi o interdisciplinar, como se pretende.

La síntesis integradora de la mediación no se resuelve creando equipos multidisciplinarios de especialistas en distintas áreas (psicología, derecho, etc.) en torno a un problema. Con este mecanismo solo se alcanzará una acumulación de visiones de cada una de las materias. Esa síntesis integradora creemos que solo será viable a través de la TRANSDISCIPLINARIEDAD.

Pero antes de tratar el carácter transdisciplinar de la mediación, hemos de referirnos a varios planteamientos que sobre ella han realizado las diversas escuelas. Así, existen distintos modelos y formas de mediar en función del objetivo que persigamos: unos modelos se centran más en la forma en la que actúa el mediador ante el conflicto² y con las partes implicadas, y otros se centran más en la forma de mediación que en el propio papel del mediador. A continuación, comprobaremos cómo cada modelo encierra una serie de valores teóricos y prácticos que todo mediador que se considere experto en la materia deberá conocer. Sin embargo, debemos aclarar que ello no es óbice para que cada mediador construya su propio modelo, algo habitual con la experiencia, que da lugar a modelos eclécticos, conforme a las necesidades que requiere cada situación.

¹ VINYAMATA, E., *Conflictología: Curso de Resolución de Conflictos*, Ariel, Barcelona, 2005, p. 97.

² Estos modelos serían: Modelo del control por el mediador; Modelo intervencionista; Modelo del control por los disputantes y Modelo de desarrollo relacional. Solo los mencionamos a efectos meramente enunciativos, toda vez que los modelos que vamos a tratar son aquellos que se centran más en la forma de mediación.

En cuanto a los modelos seleccionados han sido elegidos, en primer lugar, por ser los más conocidos e innovadores y, en segundo lugar, porque cada uno de ellos nos ofrece diversas líneas de pensamiento, con diferentes epistemologías, que dan lugar a distintos modelos de mediación. Si hemos preferido hablar de modelos es porque ellos nos permiten añadir nuevas propuestas, que si bien son variantes de las principales escuelas, incorporan nuevas herramientas a considerar dentro de la mediación.

- Modelo Tradicional-Lineal (Escuela de Harvard): toma su nombre de la *Harvard Negotiation Project*, desarrollado por Roger Fisher y William Ury.
- Modelo circular narrativo(Escuela Circular-Narrativa): se le atribuye a Sara Cobb.
- Modelo transformativo: los defensores más conocidos de este modelo son Folger y Bush.
- Modelo Tópico: postulado por Luis María Bandieri.
- Modelo Estratégico: defendido por Calcaterra.
- Modelo Ecosistémico de mediación familiar: diseñado por Lisa Parkinson.
- Modelo Integrador: de Falcón Caro.

Para su desarrollo hemos optado por seguir la clasificación realizada por la Prof^a. Otero Parga debido a su precisión y claridad.

A. Modelo Tradicional-Lineal (Escuela de Harvard)³.

Este modelo, también conocido como modelo tradicional lineal, toma su nombre de la *Harvard Negotiation Project*. Fue desarrollado por Roger Fisher⁴ y

³ Denominado también PON por sus siglas en inglés "*Program On Negotiation*".

⁴ Roger Fisher, profesor emérito de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard; fundador del proyecto de negociación en Harvard. También es fundador del Conflict Management, Group y de Conflict Management, Inc., dos consultoras dedicadas al asesoramiento estratégico y el entrenamiento en negociación.

Willian Ury⁵, con la colaboración de Bruce Patton⁶ y creado originariamente para la negociación bilateral, especialmente de política internacional, extendiéndose más tarde al ámbito de la economía y el derecho⁷. Este modelo es conocido, también, como el de negociación basada en principios, que se aplica tanto a procesos de mediación como de negociación y se apoya en la promoción de la comunicación entre las partes, entendida en el sentido literal⁸ del término.

Características más destacables de este modelo:

- La mediación es entendida como una técnica de negociación colaborativa asistida por un tercero, cuya finalidad es la resolución del conflicto, porque éste se concibe como un obstáculo.
- Se basa en la causalidad lineal como su nombre indica, por lo que el conflicto tiene una causa, el desacuerdo. Ni el contexto del conflicto ni las circunstancias concurrentes se consideran factores determinantes del mismo.
- Se centra en el futuro. El pasado sirve para aprender de los errores.
- Separa a las partes del problema, por lo tanto, implica que el proceso se dirige a atacar el problema que las afecta, en lugar de atacarse las partes mutuamente. El conflicto es el centro de preocupación de esta escuela, no importa quién lo haya fomentado y menos los motivos, el objetivo es alcanzar el acuerdo.
- Se centra en intereses, no en posiciones. Los intereses definen el problema. Detrás de las posturas opuestas residen intereses compartidos y compatibles, así como otros que se hallan enfrentados o en conflicto.

⁵ Willian L. Ury es consultor y profesor de negociación en la Facultad de Derecho de Harvard, cofundador y director asociado del Programa de Negociación en la misma facultad.

⁶ Bruce Patton es director adjunto del Proyecto Harvard de Negociación.

⁷ OTERO PARGA, M., "Los modelos teóricos de la mediación". En V.A. *Mediación y Solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. (Coords. Otero Parga, M. y Soletto Muñoz, H.) Tecnos, Madrid, 2007, p. 159.

⁸ Los fundamentos del método aparecen en el libro de FISHER, R. y URY, W., *Sí, de acuerdo: cómo negociar sin ceder*, Norma, Colombia, 1991.

Metodología empleada:

- La función del mediador es facilitar la comunicación restableciendo el equilibrio.
- Se propicia la exteriorización de las emociones al comienzo del procedimiento para que no impidan después esa buena marcha.
- Este modelo considera un rasgo esencial la neutralidad del mediador, a través de su imparcialidad y equidistancia. Debe conseguir un cambio de actitud de las partes para conducir las a una solución cooperativa, establecer el orden en el conflicto y lograr que las partes generen soluciones como punto final del acuerdo.

Técnicas que usa este modelo:

- La normalización
- Reciprocación
- Enfocar hacia el futuro
- Sinopsis
- Preguntas como ¿por qué? y ¿por qué no? son utilizadas sistemáticamente y de forma oportuna para identificar los intereses de las partes en disputa o negociación⁹.

Su objetivo principal es conseguir el acuerdo y aumentar las semejanzas, porque así el conflicto se relajará o desaparecerá finalmente.

Pros y contras de este modelo:

- Pros: se centra más en los intereses que en las posiciones; intenta generar opciones en beneficio mutuo; busca el bienestar social, rápido y eficaz.
- Contras: siguiendo a Otero Parga, “es un modelo de inspiración utilitarista que no bucea en la raíz del conflicto (...). Huye de los problemas sociales y de la conflictividad humana que los origina (...). Lo que importa es mostrar una sociedad segura, aunque este orden sea

⁹ GIMÉNEZ ROMERO, C., “Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural” 10 (2001) *Revista Migraciones*, p. 5.

ficticio y superficial¹⁰". Afirma la autora que el protagonismo se cede a la solución más rápida, económica, segura y eficaz. En vez de solventar el problema, lo oculta, aplazándolo.

En resumen, esta escuela realiza un trabajo de método con el único objetivo de llevar a las partes a un acuerdo. El conflicto para ella es una contraposición de opciones y utiliza la metodología de la solución. Es un sistema que proviene del derecho y de la economía. Dadas sus características, está especialmente indicado para poder mediar en conflictos en los que no se precisa una mejora en la relación entre los mediados, cuando el conflicto es puntual y no existe una relación larga, por lo que puede ser especialmente interesante en mediación mercantil, organizacional, en el campo de las relaciones jurídicas, dentro del ámbito comercial o de política internacional.

Este modelo se nutre de técnicas de negociación que son claves para su éxito. Entre las menos conocidas se encuentra "el *jujitsu*¹¹ de la negociación", que es una denominación asociada a las artes marciales, con el fin de dar explicación a los posibles ataques que se puedan producir en mediación.

¹⁰ OTERO PARGA, M., "Los modelos teóricos... cit., p. 160.

¹¹ El *jujitsu* llevado a la mediación ayuda: a) Evitar la fuerza de la confrontación directa de cualquier ataque al mediador o entre las partes. Enseña la habilidad para hacerse a un lado y utilizar la fuerza del enemigo para lograr su propio fin. En lugar de oponer resistencia a la fuerza del ataque, se debe canalizar la fuerza para explorar intereses, inventar opciones para el beneficio mutuo y buscar criterios independientes. Se trata de convertir la crítica en un ingrediente esencial del proceso de negociación y no en un obstáculo, revisando las ideas, a la luz de la percepción sobre los intereses comunes. Es decir, pasar un ataque personal a un ataque hacia el problema. Se trataría de tomar distancia para ver la realidad de forma más amable; b) Canalizar la crítica de forma positiva. Se altera el mecanismo de respuesta-acción o reacción para alterar la situación y pedirles consejo. El mediador se coloca en su posición, preguntándoles lo que harían si ellos estuvieran en su lugar y les lleva a afrontar el problema; c) Hacer preguntas, en lugar de formulaciones que permitan reflexionar a las partes; d) El uso del silencio es una de las mejores armas en una negociación. MUNUERA GOMEZ, M. P., *Nuevos retos en mediación: familiar, discapacidad, dependencia funcional, salud y entorno social*, Tirant Humanidades, Valencia, 2014, p. 67.

B. Modelo Circular Narrativo (Escuela Circular-Narrativa de Sara Cobb¹²).

Este modelo está asociado a la práctica de su creadora, Sara Cobb, mediadora y profesora de la Universidad de California.

Sus características esenciales¹³ consisten en que:

- Centra todo su trabajo en la comunicación e interacción de las partes.
- La solución del conflicto, al contrario de lo que sucedía en el modelo anterior (Harvard), no es una prioridad.
- Posee bases teóricas de otras ciencias (terapia familiar sistémica, teoría de la comunicación, etc.).
- Utiliza la comunicación circular, es decir, tanto la digital (verbal), como la analógica (no verbal). A diferencia del modelo Harvard, considera que las causas del conflicto son múltiples.
- Lo verdaderamente importante para este modelo es mejorar las relaciones entre las partes.

Su metodología se fundamenta en:

- Aumentar las diferencias, permitiendo que las partes se manifiesten. Pretende desordenar la situación de orden con la que cada parte llega a la mediación, con la intención de flexibilizar el sistema. Al introducir el caos en el orden, el sistema se flexibiliza, y se da la posibilidad de que aparezcan “estructuras disipativas”. Eso implica la posibilidad de alternativas que probablemente no hubieran podido ni siquiera ser previstas, y así lograr un nuevo orden¹⁴.

¹² Sara Cobb, doctora en comunicación por la Universidad de Massachusetts. Directora del Instituto de Análisis y Resolución de Conflictos (ICAR), de la Universidad de George Mason en EE. UU.

¹³ OTERO PARGA, M., “Los modelos teóricos... cit., p. 161.

¹⁴ TORRES OSORIO, E., *La Mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p. 222.

- Legitimar a las personas, dándoles el protagonismo y el lugar legítimo dentro de la situación.
- Cambiar la definición del problema de cada parte, construyendo una historia alternativa que les permita verlo desde una perspectiva diferente.

Las técnicas usadas por este modelo son:

- Reformulación
- Connotación positiva
- Legitimación
- Re-contextualización

El objetivo final de este modelo es transformar las historias cambiando su significado para lograr el acuerdo, sin ser este prioritario. De esta forma, transforma también la relación y fomenta la reflexión.

Pros y contras de este modelo:

- Pros: se centra en valorar la historia del conflicto como una parte fundamental, para así conocerlo a fondo y solucionarlo; fomenta la comunicación y la importancia que se le da a las partes como artífices exclusivos de la creación de una historia alternativa.
- Contras: No persigue el acuerdo, ni tampoco la realización de la justicia o la protección de los derechos. Se considera un modelo excesivamente terapéutico, porque trata de cambiar a la persona sin preocuparse directamente del conflicto. Otero Parga expresa muy bien el defecto de este modelo cuando dice que es “como pretender curar a un enfermo atajando la fiebre, en vez de indagando cuál es la causa que la produce¹⁵”.

Podríamos concluir que esta escuela trabaja principalmente el reconocimiento del conflicto intercambiando la información. El individuo es parte de un

¹⁵ OTERO PARGA, M., “Los modelos teóricos de la mediación... cit. p. 162.

sistema y, por lo tanto, el conflicto es un proceso mental fruto de la perspectiva escogida por el individuo. Es un método que proviene de la psicología y utiliza una metodología reflexiva. Su aplicación se encuentra muy extendida en el campo de las relaciones familiares y se fundamenta en los trabajos de la Escuela californiana de Palo Alto¹⁶.

“Quien con propiedad ha trabajado el modelo circular-narrativo reconoce en este modelo la terapia sistémica, que a su vez toma fuerza de la construcción de problemas de Paul Watzlawick¹⁷, las preguntas circulares, las aportaciones

¹⁶ “En tiempos en los que el Modelo de Shannon y Weaver ocupa el centro de la escena, un grupo de Psiquiatras, Lingüistas, Antropólogos, Sociólogos y Matemáticos, entre otros, plantean la necesidad de la elaboración de un Modelo de Comunicación propio para las Ciencias Humanas que constituya una alternativa al modelo lineal de la teoría matemática y enfoque a la comunicación como un proceso social de puesta en común y participación. Un grupo de investigadores entre los que destacan Gregory Bateson, Ray Birdwhistell, Edward T. Hall, Erwing Goffman y Paul Watzlawick serán denominados como miembros del ‘Colegio Invisible’, dado que no contaban con una sede universitaria única y formalizada. Pero también son conocidos como “Escuela de Palo Alto”, por el nombre de la localidad ubicada en las afueras de la ciudad de San Francisco (EE. UU.), en la que se instaló el Mental Research Institute, institución en la que comenzaron a trabajar en común algunos de sus miembros fundadores. En el modelo construido por los miembros de **Palo Alto**, comunicar implica construir un sentido en la interacción. De esta manera, la concepción de la comunicación subyacente a esta corriente incorpora la noción de proceso social permanente, que integra múltiples modos de comportamiento (la palabra, el gesto, la mirada, el espacio interindividual) y múltiples niveles integrados entre sí”. En acceso digital. Consultado el 18-5-2015. <http://www.comunicologos.com/teor%C3%ADas/modelo-de-palo-alto/>. Véase también su esquema en el enlace digital. Consultado el 20-5-2015. <http://www.comunicologos.com/teor%C3%ADas/modelo-de-palo-alto/>

¹⁷ Paul Watzlawick es uno de los representantes más importantes de la Escuela de Palo Alto: considera la existencia de una serie de cuestiones que siempre están presentes en los actos comunicativos y reflejan condiciones de hecho de la comunicación humana, que llama Axiomas por su condición de cumplimiento indefectible y —dentro de su elaboración teórica sobre la comunicación humana— enumera cinco:

- “1) Todo comportamiento es una forma de comunicación. Es imposible no comunicar.
- 2) Toda comunicación tiene un nivel de contenido y un nivel de relación. Es decir, además del significado de las palabras, cualquier acto comunicativo provee información sobre cómo el que habla quiere ser entendido y que le entiendan y también sobre cómo la persona receptora va a entender el mensaje. Por ejemplo, cuando alguien dice: *Cuídate mucho*. El nivel de contenido en este caso podría ser evitar que pase algo malo y el nivel de relación sería de amistad-paternalista.
- 3) La naturaleza de una relación depende de la forma de pautar las secuencias de comunicación que cada participante establece. La comunicación puede ser entendida como una serie ininterrumpida de intercambio de mensajes. Sin embargo, los participantes en este proceso siempre introducen lo que se denomina por los teóricos de la comunicación humana como “puntuación de secuencia de hechos”, que implica la estructuración del flujo comunicacional dentro del cual, tanto el emisor, como el receptor, interpretarán su propio comportamiento como reacción ante el del otro. Por ejemplo, en un intercambio o interacción alguien tendrá la

sobre terapia narrativa de Michel White y David Epston, y la técnica de la externalización de White y Epston¹⁸”; además de la Teoría de Sistemas de Bertalanffy.

C. Modelo Transformativo (Escuela Transformativa de Robert A. Baruch Bush¹⁹ y Joseph P. Folger²⁰).

Con este modelo, los profesores Folger y Bush complementan entre sí campos como el derecho y la comunicación. Proponen una metodología que se centra en la mejora o transformación de las relaciones humanas y no tanto en la satisfacción de una determinada necesidad mediante el establecimiento de un acuerdo. Se intenta afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento del otro²¹.

Las características de este modelo son:

- El conflicto debe utilizarse para fomentar la transformación humana.
- Busca un retorno a las ideas de la comunidad y del bien común, con el fin de que prime el interés general sobre el particular.

iniciativa o el predominio o la dependencia, etc. Una persona con determinado comportamiento será considerado un líder, otra persona será considerado adepto y el surgimiento de ambos estará dado por el marco relacional.

4) En toda comunicación existe un nivel digital (lo que se dice) y un nivel analógico (cómo se dice). La comunicación implica la transmisión de un contenido (nivel digital), pero también es importante el modo en que ese contenido es transmitido (nivel analógico).

5) Todos los intercambios comunicacionales son simétricos o complementarios, según estén basados en la igualdad o la diferencia. Si la relación de las personas comunicantes tienden a igualar su conducta recíproca, será una relación simétrica y es la que presentan, por ejemplo, personas en igualdad de condiciones: hermanos, amigos, etc. En cambio, si la relación está basada en la complementariedad de uno y otro produciendo un acoplamiento recíproco, será una relación complementaria y es, por ejemplo, la que presenta un tipo de autoridad: padres e hijos, profesores y alumnos, etc.”

<http://www.comunicologos.com/teor%C3%ADas/modelo-de-palo-alto/>

¹⁸ TORRES OSORIO, E., *La Mediación a la luz de...* cit. p. 221.

¹⁹ Robert A. Baruch Bush, J.D., es profesor de Resolución Alternativa de Disputas en la Escuela de Leyes de Hofstra University, en el campus de Hempstead, ubicado en Nueva York. Ha publicado numerosos artículos y ensayos y ha sido merecedor de varios premios oficiales.

²⁰ J. Folger es Doctor en comunicación por la Universidad de Wisconsin. Cofundador y colaborador del Instituto de Estudios para Transformación del conflicto y, junto con J. Baruch Bush, el referente teórico de esta escuela transformativa.

²¹ MUNUERA GOMEZ, M. P., *Nuevos retos en mediación...* cit. p. 69.

- Causalidad circular; el conflicto no tiene una causa lineal, no es sólo un desacuerdo entre las partes, se ha generado dentro de un contexto formado por relaciones, las formas de ser de cada individuo y también el medio social.

La metodología utilizada:

- El mediador es el catalizador de la transformación de las relaciones entre las partes.
- Debe propiciar que las partes tomen conciencia de que está en su mano la posibilidad de cambiar y transformar el conflicto que las enfrenta.
- Tiene que crear vínculos de cooperación entre las partes para poder solucionar el conflicto.
- El acuerdo también aquí carece de importancia. Lo importante es la adquisición de capacidades nuevas, centradas en la gestión y transformación del conflicto.

Las técnicas que usa este modelo son:

- *Empowerment*, según Bush y Folger consiste en revalorizar y potenciar el protagonismo de las partes en su relación y en el conflicto. Significa permitir a las partes definir sus propios problemas y buscar soluciones por su propia cuenta.
- *Recognition*, potencia el reconocimiento del otro como parte del conflicto (reconocimiento del co-protagonismo). Significa que las partes puedan ver y entender los puntos de vista de la otra persona para comprender cómo define el problema y por qué plantea una determinada solución. Las técnicas utilizadas para facilitarle este reconocimiento son: reformulación, reencuadre y legitimación.

El objetivo final de este modelo es modificar la relación entre las partes, lograr una transformación relacional a través de fortalecer el yo de cada una de ellas y las capacidades. Es decir, su trabajo se centra en la reconstrucción de relaciones.

Para ello, utiliza una metodología de transformación y proviene de la sociología.

Pros y contras de este modelo:

- Pros: prima el bien común sobre el particular, facilita el retorno a la idea de grupo y mejora la relación entre las partes.
- Contras: carece de la idea de lo justo en general, olvida el derecho que cada parte tiene a aquello que para ella es intransferible, que normalmente suele ser la causa del conflicto mediado²².

En opinión de la mediadora Lisa Parkinson, este modelo tiene como contra que la mayoría de personas van a la mediación precisamente porque tienen problemas que resolver y no están pidiendo que se les transforme. Afirma igualmente que los mediadores no hacen milagros y que tampoco se puede convertir a la mediación en una terapia de larga duración que garantice transformar a las personas. Además, añade la autora que Bush y Folger deberían haber aclarado mejor si el objetivo de su enfoque era cambiar a las personas o las percepciones que tienen sobre su conflicto, puesto que cambiar el conflicto es posible, pero modificar a las personas como función del mediador es potencialmente peligroso, ya que podría cuestionarse su neutralidad²³.

Dada las características de este modelo estaría especialmente indicado en conflictos sociales, multiculturales, conflictos donde sea necesario acentuar la idea de bien común o de grupo. En relaciones de larga duración o aquellas cuyo mantenimiento interesa a las partes o resulta inevitable.

²² OTERO PARGA, M., cit, pp. 163-164. considera que el método transformativo “tiene la ventaja de retomar la idea de comunidad y de búsqueda del bien común primándolo sobre el particular, pero presenta el mismo defecto que el modelo lineal de Harvard: carecer de la idea de lo justo en general y de lo justo de cada uno en particular, y lo que es peor, quienes lo practican no son muchas veces ni siquiera conscientes de esta realidad, por estar enfrascados en la preocupación por la vuelta a lo comunitario, olvidando aquello a lo que cada uno tiene su particular e intransferible derecho. Que es la causa obvia del conflicto mediado”.

²³ PARKINSON, L., *Mediación familiar, Teoría y práctica: Principios y estrategia operativas*. (Trad. Sánchez Duran, A. M.) Gedisa, Barcelona, 2005, p. 50.

D. Modelo Tópico.

A diferencia de los otros modelos, éste recoge la mediación tópica, utiliza los *topoi* o lugares comunes aceptados por las partes. Postulado por el Prof. Bandieri, es un modelo donde la localización del “sentido común” es fundamental, porque será el que guíe a las partes por el camino más razonable hacia la solución del conflicto²⁴.

Características del modelo:

- Parte de la discusión entre las partes por el bien o derecho que se disputan.
- Se negocia y delibera siempre apoyándose en argumentos para sacar a relucir los intereses de ambas partes.
- El discurso se basa en *topoi* (lugares comunes) generalmente aceptados por las partes.
- No contempla una respuesta correcta para cada caso.
- La forma de resolución de conflictos es muy plural y variable.

La metodología empleada:

- Parte de posturas no coincidentes que suelen presentarse como irreductibles inicialmente.
- Se discuten y argumentan esas posturas, tratando de presentarlas como las más adecuadas y justas.
- Se asienta la argumentación en tópicos o lugares comunes que responden a la idea de justicia.
- Si la respuesta no es considerada como la más justa posible no podrá concluirse el proceso de mediación.

Las técnicas usadas:

- Este modelo no excluye otros métodos. Se nutre de las técnicas utilizadas por todos ellos.
- Escucha activa.

²⁴ BANDIERI, L. M., “La Negociación”. En V.A. *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 112-127.

- Asertividad.
- Empatía.
- Retórica dialéctica, utiliza el arte de convencer a través de la persuasión.

El objetivo final de este modelo es el acuerdo, pero no cualquier acuerdo, ni alcanzado de cualquier forma, sino mediante la búsqueda permanente de la justicia, a través de un cambio de actitud y armonizando posiciones, intereses y necesidades para mejorar la comunicación.

Pros y contras:

- Pros: defensa de lo razonable y del sentido común, búsqueda permanente de la justicia, soluciones múltiples que puedan satisfacer los intereses de las partes, entiende la mediación como un sistema abierto y creativo de experiencias nuevas.
- Contras: la dificultad y las diferentes concepciones que se tienen sobre los valores de justicia.

Sería el método ideal cuando el conflicto se centre en el reparto justo de bienes escasos.

E. Modelo Estratégico.

En palabras del propio Calcaterra, “el modelo estratégico nace con la aspiración de otorgarle un campo propio a la mediación y como resultado de un largo proceso de investigación que incluyó la apropiación de saberes de diferentes disciplinas científicas y de la interacción entre la teoría informada por la práctica cotidiana del autor. El modelo integra los postulados de sus colegas de la Escuela de Harvard del Circular Narrativo y del Transformativo sin ser ninguno de ellos²⁵”.

Características:

²⁵ CALCATERRA, R., “El modelo estratégico de mediación. Supuestos y fundamentos”. 3 (2003) *Revista en Red*. En acceso digital. Consultado el 11-6-2015.

<http://www.mediadoresenred.org.ar/larevista/modeloestrategico.html>

Este modelo tiene la misma fundamentación que el modelo Circular Narrativo de Sara Cobb, pero parte del supuesto de que la mediación es, fundamentalmente, un proceso estructurado en etapas, estadios y pasajes. Es esencialmente negocial y la transformación de las historias es un recurso estratégico para preparar la negociación

Metodología:

El proceso se moviliza en torno a tres ideas: la deconstrucción del conflicto, la reconstrucción de la relación y la co-construcción de la solución. Y para cada una de ellas el modelo dispone de recursos propios.

Técnicas:

El objetivo principal de este modelo es transformar las historias para predisponer a las partes y preparar el contexto de la negociación, y a la vez, como reconoce el propio autor, también la de integrar los postulados de las tres escuelas tradicionales, por lo tanto el mediador deberá conocer y manejar adecuadamente todas y cada una de las herramientas enumeradas para cada modelo, además de las propias que con su experiencia pueda componer.

Pros y contras:

- Pros: Calcaterra intenta crear un modelo capaz de operar en contextos de incertidumbre, porque según el autor la estrategia es precisamente el arte de trabajar con ella.

- Contras:

Este modelo coloca al mediador formando parte del sistema conflictivo, dominado por la incertidumbre y con una función multifacética: en la deconstrucción del conflicto el mediador deberá ser un facilitador del intercambio de información; durante la fase de reconstrucción de la relación tendrá que trabajar redefiniendo la interacción de las partes para poder crear un historia alternativa que contenga elementos de las historias individuales; y en la última etapa de co-construcción de la solución, deberá generar ideas y sugerir opciones. Todo ello dificulta

enormemente el papel del mediador para lograr no comprometer el principio de neutralidad e imparcialidad que debe imperar durante toda su intervención.

F. Modelo Ecosistémico.

Si hacemos mención a este modelo es por su utilidad para la mediación familiar. Mi experiencia como mediadora en esa área me lleva a resaltar que es un campo de trabajo muy complejo, al igual que el papel que juega el profesional que, en ocasiones, se siente tentado a aconsejar dentro de ese marco pleno de emociones, corriendo el riesgo de olvidar tanto su papel de figura neutral, como el del restrictivo marco jurídico en el que está actuando. Porque es precisamente en el ámbito familiar, donde las restricciones, por parte de la normativa, resultan bastante limitadoras en cuanto a los acuerdos que pueden adoptarse (menores, pensiones, alimentos, estado civil, etc.).

Este modelo fue diseñado por Lisa Parkinson²⁶ y está centrado especialmente en la familia, pero la familia considerada como “un todo”, por lo tanto incluye también a los menores, ya sea de forma directa o indirecta, y tiene en cuenta las necesidades familiares. Este modelo considera que si el mediador se centra sólo en la pareja que acude al conflicto, sin conocer las relaciones generacionales tanto verticales como horizontales, carecería de una parte importante de la información que puede revertir negativamente en el resultado final de la mediación.

Las características²⁷ de este modelo consisten básicamente:

- Se incluyen en el procedimiento también a los menores ya sea de forma directa o indirecta.
- Se trabaja con un mapa verbal o literal de la familia inmediata, desde la perspectiva de cada una de las partes. Esto lo puede hacer con un ecograma²⁸, (versión modificada del genograma²⁹).

²⁶ PARKINSON, L., *Mediación familiar, Teoría y...* cit. p. 52. y ss.

²⁷ TORRES OSORIO, E., *La Mediación a la luz de...* cit. p. 225

En cuanto a las técnicas, metodología pros y contras de este modelo se extraen precisamente de sus principios rectores que son los siguientes:

- Los miembros de la familia, especialmente los padres, pueden necesitar ayuda para negociar cambios en las distintas parcelas de su vida, incluyendo la necesidad de llegar a acuerdos con relación a los hijos, la vivienda y, por supuesto, la situación económica.
- La necesidad de un enfoque interdisciplinario, pues el conflicto y la mediación ocurren dentro de marcos culturales, sociales y jurídicos, por lo que es más útil que el procedimiento de mediación cuente con la presencia de co-mediadores adscritos a diferentes disciplinas. Yo aclararía, con diferentes conocimientos.
- Los hijos, los menores, no son posesiones, sino personas con derechos propios y dentro de esos derechos se encuentra incluido el derecho a mantener relaciones familiares que les brinden apoyo y formación, porque una familia separada todavía puede ser una familia.
- Los hijos, los menores, necesitan entender los cambios en sus vidas.
- Los mediadores familiares necesitan una formación adicional para incluir a los menores en la mediación.

Las técnicas a emplear serían:

- Además de todas las conocidas y que pueda desarrollar el mediador para aplicar al caso concreto, se incorpora la co-mediación, introduciendo la colaboración de profesionales con conocimientos adscritos a otras disciplinas.

La metodología utilizada:

- Enfoque interdisciplinario.

²⁸ El término ecograma se utiliza en vez de genograma por Parkinson para mostrar la ecología de las familias en transición, que tienden a crecer hacia fuera sobre un eje horizontal y no solamente vertical.

²⁹ El genograma es una herramienta clásica en terapia familiar que puede ser utilizada de forma diferente y con propósitos distintos en la mediación familiar. Por lo general es un diagrama que muestra una estructura familiar y las relaciones de líneas verticales generacionales.

- Visión de conjunto del problema
- Apoyo y formación

Pros y contras:

- Pros: Permite evaluar muchas variables a la vez , porque parte de que el comportamiento de cada sujeto está conectado de manera dinámica a los de los otros miembros de la familia y al equilibrio de conjunto.
Puede ayudar a fortalecer la comunicación y colaboración parental, y reforzar la comunicación entre progenitores e hijos al introducirse éstos dentro del procedimiento de mediación.
Exige una especialización del mediador en este ámbito.
- Contras: complica la investigación porque es extremadamente difícil hacer evaluaciones precisas al tener que manipular multitud de variables.

El objetivo final de este modelo se centra en salvaguardar un equilibrio entre los miembros de la familia que sea sostenible en el tiempo a pesar de la ruptura de la pareja.

G. Modelo Integrador³⁰ .

Es un método innovador, porque da paso a nuevas fuentes y herramientas para gestionar el conflicto en el proceso de mediación. Ha sido ideado por Falcón Caro³¹.

³⁰ “El método ‘integrador’ proviene de la Filosofía y de la Psicología:

- De la Filosofía como forma de entender la vida y el pensamiento de la Humanidad, desde la filosofía del lenguaje como estudio de la naturaleza del significado, de la referencia y la relación entre el lenguaje, los usuarios del lenguaje y el mundo, así también relacionado con la filosofía de la mente, que incluye la investigación de las percepciones, sensaciones, emociones, fantasías, sueños, pensamientos y creencias.

-De la Psicología como ciencia que explora conceptos como la percepción, la atención, la motivación, la emoción, el funcionamiento del cerebro, la inteligencia, la personalidad, las relaciones personales, la consciencia y la inconsciencia”. En acceso digital. Consultado el 16-5-2015.

<http://www.castillofalcon.com/las-tres-escuelas-tradicionales-de-la-mediacion-y-el-metodo-integrador/>

³¹ Jurista especialista en mediación, derecho penal, violencia de género y justicia de menores, Directora Académica de Mediar-Te. Creadora del método integrador, propio de Mediar-Te.

Características del modelo:

- Tiene una doble dimensión: la primera es que se aplica la PNL al proceso de mediación, la segunda forja la actitud del mediador en la gestión del proceso.

Metodología empleada:

- Utiliza las fórmulas de la PNL³², concebida esta como el canal de comunicación que el mediador gestiona para que las partes lleguen a un acuerdo.
- La PNL³³ aplicada a la mediación consiste en estudiar los procesos mentales que llevan a esa conflictividad para después utilizarlos a la inversa y reestructurar el pensamiento, con lo que se amplía así la perspectiva de resolución alternativa y se integra en el proceso mental constructivo. Se considera a la PNL como un recurso alternativo o integrador. Alternativo porque se apoya en encontrar caminos que difieren de los ya recorridos por el mediador e integrador porque su objetivo es integrar esas nuevas perspectivas en el proceso para que formen parte del entendimiento del conflicto.

Técnicas usadas:

- La PNL estudia, además de los procesos sensoriales, aquellos otros que hacen que transmitamos el producto de lo anterior a través del lenguaje. Afirma Falcón Caro que ello “nos permite, a través de las técnicas precisas, desarrollar habilidades para conocer de manera objetiva la percepción de los demás y la de nosotros mismos. Un mediador

³² Programación Neurolingüística.

³³ La Programación Neurolingüística nace de una metodología diseñada por Richard Bandler (informático) y John Grinder (psicólogo y lingüista), que unifica las mejores estrategias de desarrollo personal diseñadas por terapeutas como Fritz Perls, Virginia Satir o Milton Erickson. La PNL es una aplicación de programas de comportamiento a través de las percepciones sensoriales que determinan nuestro estado emocional subjetivo y del lenguaje o de la comunicación. En acceso digital. Consultado el 16-5-2015.

<http://www.castillofalcon.com/las-tres-escuelas-tradicionales-de-la-mediacion-y-el-metodo-integrador/>

entrenado en PNL, habiéndolo integrado en su gestión profesional, puede entender y dirigir el conflicto a través de la percepción y la comunicación y conseguir los resultados más óptimos esperados en Mediación³⁴”.

- La PNL parte del hecho de que cada uno de nosotros construimos la realidad a través de nuestros propios filtros sensoriales, en los que también inciden nuestras experiencias, nuestros recuerdos, nuestras circunstancias personales y evolutivas. Por eso cada individuo confecciona una realidad que no tiene por qué coincidir con la del otro o la de los demás. Por lo tanto, cuando partimos de que el otro debe de tener las mismas pautas de pensamiento o las mismas referencias, es precisamente cuando surge el conflicto, porque no siempre es así. Por eso es necesario desestructurar esa realidad para volver a construirla de forma comprensible mediante el lenguaje y la comunicación gestionada con PNL³⁵.

Pros y contras:

- Pros: Este modelo, en palabras de su creadora, puede ser complementario a cualquier otro método o escuela y aplicarse a cualquier procedimiento de mediación en sus diferentes fases.
- Contras: La dificultad de su aplicación

Su objetivo consiste en abrir alternativas de pensamiento para entender el conflicto a través de los procesos mentales e integrar la solución por el mismo camino.

Observamos cómo cada modelo refleja líneas de pensamiento con distintas epistemologías, que devienen del área sobre la cual han adquirido la

³⁴ FALCON CARO, M. C., “Mediación: Las Escuela Tradicionales y el Método Integrador”. En acceso digital. Consultado el 20-6-2015.
<http://www.castillofalcon.com/las-tres-escuelas-tradicionales-de-la-mediacion-y-el-metodo-integrador/>.

³⁵ *Ibíd.*

experiencia práctica. Por eso recurriremos a todas ellas, intentando realizar una síntesis que nos permita construir las bases de la mediación (bases comunes, con principios consustanciales inmutables, y a partir de ahí dotar a cada mediación de las características particulares y específicas para intervenir según en qué tipo de conflicto). En resumen, ningún método es mejor o peor, cada uno tiene sus ventajas e inconvenientes. El utilizar un modelo u otro dependerá del conocimiento que sobre cada uno de ellos tenga el mediador y el contexto donde tenga que intervenir. El mediador tiene que ser conocedor de sus habilidades, saber identificar el método apropiado y con cuál se identifica más como persona y profesional para poder abordar el conflicto y a las partes que intervienen, de la forma más profesional y efectiva, sin olvidar que los conflictos se tienen que resolver en derecho. Pero todo ello solo es posible adquirirlo con la práctica y la experiencia, que le permitirán al mediador apropiarse de características procedentes de cada modelo e incorporarlas a su modelo personal propio. Pese a todo, es imprescindible que el mediador domine una serie de herramientas³⁶ y para manejarlas deberá contar con habilidades de comunicación, entre otras, para lo que se requiere muchas horas de formación práctica y experiencia.

4.3- El “nuevo concepto de mediación”.

Hay quien cree que los conceptos teóricos son meras abstracciones y que poco tienen que ver con la realidad. Sin embargo, las teorías y sus conceptos son absolutamente necesarios para poder comprender y explicar la realidad desde el punto de vista científico³⁷. En lo que se refiere a esta exigencia metodológica, el fenómeno de la mediación no escapa a esta apremiante necesidad. En el momento actual tenemos una percepción de la mediación confusa, imprecisa e indefinida, construida sobre evidencias parciales y selectivas, pero la realidad social nos obliga a elaborar algo más que visiones impresionistas y para eso

³⁶ Tales como: la normalización, reciprocación, enfocar hacia el futuro, sinopsis, reformulación, connotación positiva, legitimación, re-contextualización. *Empowerment, Recognition*, entre otras muchas que el mediador deberá conocer y manejar.

³⁷ REQUENA M., SALAZAR, L. y RADL, J., *Estratificación social*, Mc Graw Hill, Madrid, 2013, pp. 2-3.

necesitamos la contribución de las teorías, porque nos indican qué fenómenos son relevantes, cómo debemos observarlos y medirlos, de qué forma están conectados entre sí y qué consecuencias tienen. Teniendo en cuenta todas estas premisas tenemos que partir de la idea general de estructura para ver cuáles son sus principales elementos y exponer la visión dominante de la misma. Aunque la noción de estructura aplicada al concepto de mediación no agota todos los fenómenos de interés relacionados con ella, ni constituye la realidad última de su estudio, nos puede ofrecer una perspectiva única para entender el fenómeno de la mediación que está ocupando un lugar destacado en la realidad actual. Así, una vez presentado el concepto de estructura de la mediación podremos obtener con mayor facilidad una definición operativa de la misma.

Fijar los límites de la noción de mediación y diferenciarla de los otros términos o mecanismos de solución de controversias es tal vez uno de los pasos más complejos para el desarrollo de las bases de la mediación. Las distintas definiciones que se han hecho al respecto buscan establecer las características y los límites de la mediación, pero al igual que sucede con el conflicto, encontrar una definición de mediación que se ajuste a la realidad es una tarea, o al menos así nos lo parece, laboriosa. Aquellos tratadistas y filósofos que se han adentrado en estas consideraciones, lo han hecho desde muy diversos contextos. A su vez, también hemos podido comprobar que hay cierta confusión en la utilización de los términos y se aprecia tanto en la práctica extrajudicial, como dentro de los textos legales. En consecuencia, no existe una definición de la mediación, sino un sinnúmero de definiciones, tantas definiciones como conflictos o mediadores dicen algunas voces. Tratemos pues de extraer de todos aquellos argumentos – definiciones, interpretaciones y contradicciones– la verdadera esencia de la mediación, erigiendo su estructura sobre los tres ejes jurídicos que la sustentan, los principios rectores que la fortalecen y las características que le permiten adaptarse a cualquier tipo de conflicto.

Alcanzar el propósito de construir el concepto actual de mediación encierra sus dificultades y riesgos. Es una investigación que se hace a tientas.

Paradójicamente toda práctica novedosa implica partir de una situación en la que, en ausencia de esa misma praxis, el recabar información se convierte en una tarea igualmente compleja y asediada por incontables errores e imprecisiones. Como decía Immanuel Kant, “la experiencia sin teoría es ciega, pero la teoría sin experiencia es un juego meramente intelectual”.

Mis experiencias en mediación, me han llevado a considerar que ésta, si bien deberá beber de otros saberes y disciplinas, como afirma Calcaterra³⁸, necesita conformar un campo propio, su propio sistema que pueda ser transmitido. El desafío, por tanto, radica en poder desarrollar una estructura que perdure a lo largo del tiempo sin que impida su evolución o dinamismo, pero que también nos permita contar con una definición delimitada y una exposición clara de sus principios rectores y sus principales características.

A. La mediación: ¿un concepto multidisciplinar, interdisciplinar o transdisciplinar?

Para poder responder a esta pregunta, resulta ineludible realizar un recorrido desde el paradigma cartesiano basado en la razón hasta el actual paradigma de la complejidad, basado en la integración.

El paradigma cartesiano sostiene que el mundo se encuentra ordenado y, por ello, lo podemos conocer si lo analizamos por partes. Esto ha hecho que desde la base de la ciencia, construida sobre esta experiencia, se encuentre “la mono disciplina” o disciplinas separadas, pero, como consecuencia del avance de las disciplinas científicas, determinadas áreas relativamente cercanas se integraron en su quehacer, apareciendo así la interdisciplina y multidisciplina. Ahora bien, todas las interpretaciones coinciden en la necesidad de que los conocimientos científicos se nutran y aporten una mirada global que no se reduzca a las disciplinas ni a sus campos, que considere el mundo en su unidad diversa,

³⁸ Cfr. CALCATERRA, R. A., *Mediación estratégica...* cit.

aunque distinga las diferencias³⁹. De esa nueva necesidad de integración surge la transdisciplinariedad.

Hecha esta pequeña introducción pasemos seguidamente a diferenciar los distintos conceptos para concluir cuál de ellos se identifica más con la mediación. Lo haremos recurriendo a Edgar Morín, padre del pensamiento complejo, y a un artículo de la Universidad de Palermo, concretamente de la Facultad de Diseño y Comunicación, cuyo enlace digital⁴⁰ aporto porque adapta estas definiciones al arte escénico y si, como dice el jurista Gorjón Gómez, la mediación es un arte⁴¹, me pareció apropiado aplicarlo al nuevo concepto de mediación.

El artículo diferencia los tres conceptos entre sí definiéndolos de la siguiente forma: considera la multidisciplina como un proceso mediante el cual varias disciplinas coinciden para cumplir un determinado objetivo. No obstante, aclara que la convergencia no implica una interacción entre esas disciplinas, ya que cada una se dedicará a la creación y/o estudio del objeto común, pero desde su marco conceptual o marco de acción, y pone como ejemplo lo que se vería en escena (resultado de la convivencia de los sistemas expresivos donde cada uno crea algo desde su carácter individual).

La interdisciplina resulta de la reunión de varias disciplinas y aunque implica la multidisciplina, donde el objetivo común se aborda desde la unión de varias disciplinas, se compone un nuevo marco conceptual o de acción a partir de los aportes y características propias de cada disciplina. La unión de las disciplinas crea una “nueva” disciplina, pero que, más allá de ser completamente nueva, representa una puesta en común en función del objetivo. Lo nuevo nace de los aportes significativos de cada disciplina. El ejemplo, en este caso, es la

³⁹ MORIN, E., “Qué es la transdisciplinariedad”. En acceso digital. Consultado el 6-5-2015. <http://www.edgarmorin.org/que-es-transdisciplinariedad.html>

⁴⁰ http://fido.palermo.edu/servicios_dyc/blog/docentes/trabajos/2686_5710.pdf.

⁴¹ Véase la obra de estos autores: “Estado del Arte de la Mediación”

danzateatro (dos lenguajes diferentes convergen y se retroalimentan para la construcción de un hecho teatral).

Sin embargo, la transdisciplina representa una relación compleja de disciplinas, en la que la creación de un nuevo marco conceptual y de acción es necesaria para hacer posible el abordaje de un nuevo objeto en común, que fue creado por las disciplinas unidas. Este marco no puede ser configurado, como en el caso de la interdisciplina, con la puesta en común de saberes individuales. Por otro lado, tanto el objeto como el marco trascienden los objetos y marcos que cada disciplina, por separado o de modo interdisciplinar, se encargaba de estudiar.

Todo ello lleva a pensar que la construcción del nuevo conocimiento que incita a la Transdisciplinarietà, implica que en ella los límites de las disciplinas son algo meramente nominal, al punto que se hace imposible, o difícil, el reconocimiento de las disciplinas que la conforman. Sirva como ejemplo el *performance/happening* que, aunque está integrado en las artes escénicas, debido a su proceso transdisciplinario, necesitó un nuevo lugar para ser estudiado: las artes performativas.

Edgar Morín define los tres conceptos de forma similar: considera la interdisciplina como una forma organizada de los conocimientos, donde los métodos que han sido utilizados con éxito dentro de una disciplina se transfieren a otra. Como resultado, se puede obtener una ampliación y cambio en el método transferido o incluso un cambio disciplinario total. Un ejemplo sería la terapia familiar, que toma métodos de la antropología, la psicología y la sociología y los aplica a la familia.

La multidisciplina, por su parte, no altera los campos y objetos de estudio disciplinarios ni metodológicos. Aquí, cada disciplina aporta su visión específica y todas confluyen en un informe final de investigación que caracteriza desde las perspectivas involucradas. Para Morín, “los estudios pluridisciplinarios no solo aportan lo extra que concierne al trabajo conjunto,

sino lo que se revierte sobre la propia ciencia y el modo de concebir la investigación⁴²”.

En cuanto a la Transdisciplina, Morín la ve como una forma de organización de los conocimientos que trasciende las disciplinas de una forma radical. Aspira a un conocimiento lo más completo posible, que sea capaz de dialogar con la diversidad de los saberes humanos. Por eso, el diálogo de saberes y la complejidad son inherentes a la actitud transdisciplinaria, que se plantea el mundo como pregunta y como aspiración⁴³.

Luego, ¿debe ser la mediación un procedimiento transdisciplinar, donde los conocimientos del mediador no procedan de la simple suma de sus conocimientos en otras disciplinas, sino que conformen un nuevo marco? Si la respuesta es afirmativa, entonces la mediación deberá beber de otras fuentes aparte de la jurídica y apropiarse de los saberes y conocimientos de esas otras disciplinas, para así conformar su propio marco de actuación. Con ello, se evitaría incurrir en los tan frecuentes desencuentros entre las distintas disciplinas para otorgarse la exclusividad en la materia.

En otro orden de consideraciones, conviene recordar que el término mediación conlleva un legado lingüístico que se ha ido reelaborando y transmitiendo desde generaciones anteriores. Para Puy Muñoz, reconstruir el proceso evolutivo de la mediación tropieza con que “los cambios nunca consiguen borrar el código genético significativo del étimo. Es decir, nunca matan el significado verdadero de la palabra⁴⁴”. Pero, en este caso, no se trata de reconstruir el proceso evolutivo del término mediación, sino de enriquecer nuestra comprensión de lo que es mediar y permitir que la evolución de los tiempos nos deje enriquecer su contenido.

⁴² MORIN, E., “Qué es la transdisciplinariedad... cit.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ PUY MUÑOZ, F., “La expresión ‘mediación jurídica’. Un análisis tópico”. En V.A. *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. (Coord. Soletto Muñoz, H. y Otero Parga, M.) Tecnos, Madrid, 2007, p. 30.

Como afirma el filósofo, matemático y lingüista Ludwig Wittgenstein, “los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo⁴⁵”.

B. Precisiones terminológicas.

Son múltiples los autores que han propuesto diversas definiciones de mediación. De hecho, “la doctrina proporciona tantas definiciones de mediación como definiciones de derecho existen⁴⁶”, a la vez que la mediación también ha sido definida en muchos y diversos textos normativos. Por supuesto, no vamos a dar cuenta aquí de todas ellas, pero si recogeremos aquéllas que han contribuido a centrar el discurso y la terminología implícita en el presente estudio.

Ciertos autores, como el Magistrado Mejías Gómez, identifican la mediación como “una forma pacífica de resolución de conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes⁴⁷”.

Para la Doctora Sara Cobb⁴⁸, la mediación es una “institución que otorga a las partes una manera o procedimiento para gestionar sus disputas, más que resolver el conflicto en concreto⁴⁹”.

Christopher Moore, abogado y experto en conflictos internacionales, considera la mediación como la “intervención en una disputa o negociación de un tercero

⁴⁵ Cita publicada en la revista científica *Catoblepas* 136 (2013). En acceso digital. Consultado el 6-7-2015. <http://www.nodulo.org/ec/2013/n136p01.htm>.

⁴⁶ GORJÓN GÓMEZ, F. J. y SÁENZ LÓPEZ, K. A., *Métodos Alternos de Solución de Controversias*, Patria, México, 2009.

⁴⁷ MEJIAS GÓMEZ, J. F., “Resolución alternativa de conflictos”, *Curso sobre resolución alternativa de conflictos*, Generalitat Valencia, Consellería de Bienestar Social, Valencia, 1997, p. 26.

⁴⁸ Doctora en comunicación por la Universidad de Massachusetts, directora del Instituto de Análisis y Resolución de Conflictos (ICAR), de la Universidad George Mason, de Arlington (VA) de Estados Unidos.

⁴⁹ MUNUERA GÓMEZ, M. P., *Nuevos retos en mediación: familiar, discapacidad, dependencia funcional, salud y entorno social*, Tirant Humanidades, Valencia, 2014, p. 34.

aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión, para ayudar a las partes en una disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable⁵⁰".

John Haynes, considerado pionero de la mediación, define ésta como "el proceso en virtud del cual un tercero, el mediador, ayuda a los participantes en una situación conflictiva a su resolución, que se expresa en un acuerdo consistente en una solución mutuamente aceptable y estructurada de manera que permita, de ser necesario, la continuidad de las personas involucradas en el conflicto⁵¹".

García Longoria, Doctora en Psicología, nos define la mediación como "una negociación entre partes, en presencia de una tercera parte neutral, cuyo papel consiste en facilitar la búsqueda de una solución para el conflicto".

No podemos dejar de mencionar la figura del Juez Pascual Ortuño, actual director de la Escuela Judicial y miembro del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME), por su labor activa para el desarrollo de la mediación desde los años 90, que introdujo una de las primeras experiencias piloto de mediación intrajudicial en los juzgados de familia de Barcelona. Para este autor, "la mediación está científicamente construida en torno a la intervención de un profesional neutral, experto en comunicación, que se limita a facilitar la racionalización de la solución del conflicto por las propias partes. No puede ser confundida con las actividades de negociación que realizan los abogados ni con la conciliación judicial o el arbitraje, puesto que el mediador no propone, no aconseja y no decide⁵²".

⁵⁰ MOORE, C., *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995, p. 44.

⁵¹ HAYNES, J. M., *Fundamentos de la Mediación. Cómo afrontar la separación de pareja de forma pacífica*, Gaia, Madrid, 1995, p. 11.

⁵² ORTUNO, J. P. y HERNÁNDEZ, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*. Fundación Alternativas, Madrid, 2007, p. 7.

El libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de conflictos en España recoge que la mediación “se trata de un procedimiento voluntario, informal y confidencial, por el cual una tercera parte neutral (una o más personas), con una formación profesional adaptada a las necesidades del conflicto, asiste a las partes con el objeto de que estas lleguen a un acuerdo por sí mismas. Las partes buscan en ese experto a un guía que escuche a los interesados y le ayude a llegar a un acuerdo mutuamente beneficioso⁵³”.

Textos normativos como las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008⁵⁴, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, definen la mediación, en su artículo 3, 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”.

En la misma línea, la Recomendación nº R (98)1, del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar, define la mediación como un “proceso en el que una tercera persona, el mediador, imparcial y neutro, asiste a las partes sobre los aspectos objeto de litigio, para que ellos mismos, por medio de la negociación, lleguen a acuerdos comunes”.

Por otra parte, y como ya decíamos, nos encontramos, además, con las diferentes definiciones que al respecto se pueden obtener de todas las Leyes Autonómicas citadas anteriormente.

Para la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias y la Ley 3/2005, de 23 de junio, que la modifica, “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

⁵³ PAZ LLOVERAS, E., *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, Aenor, Madrid, 2002, p. 16.

⁵⁴ L 136/3 Diario Oficial de la Unión Europea de 24-5-2008.

de diálogo y la búsqueda por estos 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 mismos⁵⁵".

Sin embargo, la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León se refiere a la mediación como "la intervención profesional⁵⁶".

Por su parte, la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears, reconoce esta como un "método de gestión pacífica de conflictos⁵⁷".

En cambio, la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, define la mediación como "un procedimiento voluntario de gestión o resolución positiva de tensiones o conflictos⁵⁸".

Por último, la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, se refiere a la mediación como "un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos⁵⁹".

⁵⁵ Art. 2 de la Ley.

⁵⁶ Art. 1. (...) "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".

⁵⁷ Art. 1. 2. "La mediación, como método de gestión pacífica de conflictos, pretende evitar que se abran procesos judiciales, poner fin a los que se hayan iniciado o reducir su alcance, con la asistencia de profesionales cualificados, imparciales y neutrales que hagan de mediadores o mediadoras entre los sujetos para posibilitar vías de diálogo y obtener acuerdos justos, duraderos y estables".

⁵⁸ Art. 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".

⁵⁹ Art. 1.1. "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

Si hacemos una síntesis de los términos contenidos en las definiciones expuestas, encontramos demasiadas divergencias sobre lo que es la mediación: procedimiento; proceso; procedimiento voluntario; negociación entre partes, procedimiento estructurado; procedimiento extrajudicial; institución; intervención profesional; forma pacífica (...). Unos hablan de resolución del conflicto, otros de resolución de disputas y otros de solución extrajudicial. Y así hay muchas más acepciones que no citaremos, porque lo consideramos innecesario, puesto que la intención de este resumen es tan solo destacar esa difusión de criterios dispares e incluso a veces contradictorios.

Todo ello se debe a que los autores centran su interés focalizándolo desde distintas perspectivas. a) sobre las partes en conflicto; b) sobre la forma de solución de los conflictos; c) desde el protagonismo del propio mediador. Si queremos apostar por la mediación, es necesario previamente tener un concepto claro de ella: ¿es un proceso o un procedimiento?, ¿nace para resolver, solucionar, gestionar o transformar el conflicto o la disputa?, ¿es intrajudicial, extrajudicial o ambas? Es verdad que algunos elementos se repiten en casi todas las definiciones, pero tenemos que hacer un esfuerzo de síntesis e intentar precisar el contenido de los términos que se deben utilizar para obtener una definición delimitada de la mediación que, al menos, no induzca a confusión, en aras a “favorecer la práctica profesional y a evitar la práctica irreflexiva⁶⁰”.

Es ahora cuando lo expuesto en los capítulos precedentes tiene que ser retomado nuevamente para proponer este nuevo concepto de mediación, alejándola de la dispersión actual. Concepto que puede resultar acertado o no, incluso incompleto, pero intentaremos referirnos a la misma figura, sin dudas ni confusiones, partiendo de esas analogías que se repiten en la mayoría de las

miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo”.

⁶⁰ RIVERA HERNÁNDEZ, P. R., “El impacto social de la mediación comunitaria como una política pública en la reparación del daño”, 4 (2013) *Revista Libertades*. En acceso digital. Consultado el 16-5-2015. http://www.revistalibertades.com/n03_cont08.html.

definiciones y unificando las diferencias existentes. No obstante, es necesario precisar que esa unificación no supondrá un obstáculo para desarrollar otras variables de mediación, según los ámbitos en los que ésta puede actuar (familiar, penal, mercantil, laboral, intercultural, familiar etc.), a partir del nuevo concepto (base), como así ya lo viene haciendo el propio Derecho Procesal que teniendo unos principios rectores, sin embargo desarrolla otras especialidades (derecho procesal civil, derecho procesal penal, derecho procesal laboral). Y será el principio de flexibilidad y el antiformalismo que rodea la mediación los que van a permitir su adaptación. Las propias escuelas de mediación, conscientes de la variedad de conflictos, y los ámbitos de aplicación de la mediación desarrollaron cada una su propio esquema preferencial de trabajo en función del objetivo perseguido, adaptando su metodología y herramientas según el conflicto a tratar. Realmente, lo que da lugar a confusión es que siempre se utilice el mismo término, “mediación”, sin apellidos.

Pero volviendo a nuestra síntesis, en busca del nuevo concepto de mediación, debemos recordar cómo, en el capítulo I, al tratar el conflicto, se analizó la evolución desde el pensamiento lineal al pensamiento complejo, con el objeto de descubrir el paradigma sobre el que se asienta la nueva definición; se repasó la evolución del conflicto como algo negativo que resolver, hasta su perspectiva actual, en la cual se postula como algo positivo que gestionar y transformar. Partiendo de ello, comentamos cómo fue necesario desarrollar nuevas técnicas y herramientas, o seleccionar de las existentes las más adecuadas, para tratarlo desde esta nueva visión destacando la necesidad de que el mediador las conozca y utilice todas. También nos hemos referido a los patrones que integran los distintos perfiles del conflicto, con el objeto de que el mediador cuente con un instrumento de utilidad práctica que le permita identificarlo y situarse ante él. Patrones que servirán para poder establecer las distintas especialidades de mediación, sus diferencias y posibles definiciones.

En el capítulo II, destinado a la negociación, hemos planteado el carácter alternativo, complementario o sustitutivo de la mediación frente al proceso

judicial, haciendo especial hincapié en distinguirla del resto de figuras que, si bien su objetivo también es la búsqueda de soluciones pacíficas del conflicto, no son mediación. Esas diferencias son las que nos van a permitir delimitar con mayor facilidad el perfil de la mediación.

El capítulo III, consagrado al marco jurídico de la mediación en España, es un capítulo clave, porque ha sido la propia normativa estatal la que nos brinda los tres ejes de la mediación⁶¹ (desjudicialización, deslegalización, desjuridificación) para crear su estructura. A su vez, las distintas normativas (europeas, estatales, autonómicas), junto con las distintas escuelas de mediación, nos van a proporcionar: los principios rectores de la mediación, las características que deba poseer para su adaptación a los distintos tipos de conflictos y las herramientas necesarias para manejarlos.

A lo largo de los capítulos citados, se han ido acotando una serie de conceptos que ahora importamos para intentar con ellos formular o reformular un nuevo concepto de mediación que nos sirva de referencia y, si es posible, concluir con una definición.

- Es un método que puede actuar de forma alternativa, complementaria e incluso sustitutiva al procedimiento judicial.
- Se desarrolla a través de un procedimiento estructurado.

⁶¹ Apartado III del preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. “El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes. El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública. En ningún caso pretende esta norma encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan sólo sentar sus bases y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto. Es aquí donde se encuentra, precisamente, el segundo eje de la mediación, que es la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto (...). Corolario de esta regulación es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, lo que se producirá con su ulterior elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales. En la regulación del acuerdo de mediación radica el tercer eje de la mediación, que es la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio”.

- Su fin es gestionar o transformar el conflicto manifiesto, no necesariamente resolverlo.
- Es fundamentalmente conversacional y presencial.
- Trabaja con el conflicto sistema.
- Trasciende del contenido del conflicto para incidir en la interacción.
- El tercero, denominado mediador, solo conduce el procedimiento, no induce, ni impone.
- El mediador debe explicar claramente el procedimiento y sus fases.
- El mediador ocupa una posición horizontal respecto a las partes.
- El tercero actúa inter partes no supra partes.
- El mediador deberá averiguar tanto las posiciones, como los intereses y necesidades de las partes.
- El mediador deberá conocer todas las herramientas posibles para poder gestionar bien el conflicto.
- Se basa en el paradigma de la complejidad (incluyendo el elemento subjetivo).
- Su binomio es gana-gana y no gana-pierde.
- Se comparte toda la información desde el comienzo del procedimiento.
- Se basa en la cultura de la paz.
- Actúa intrajudicial y extrajudicialmente.
- Normativamente en el derecho español se articula sobre tres ejes: la desjudicialización, deslegalización y desjuridificación⁶².

⁶² El apartado III del preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles recoge los tres ejes de la mediación: “se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes (...). En ningún caso pretende esta norma encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan solo sentar sus bases y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto. Es aquí donde se encuentra, precisamente, el **segundo eje de la mediación, que es la deslegalización** o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto (...). Corolario de esta regulación es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, lo que se producirá con su ulterior elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales. En la regulación del acuerdo de mediación radica el **tercer eje de la mediación, que es la desjuridificación**, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio”.

- De los 25 principios informadores recopilados de las distintas leyes enumeradas (comunitarias, estatales, autonómicas) hemos creído, compartiendo el criterio con Torres Osorio, que solo nueve se podrían considerar fundamentales a la hora de establecer ese nuevo concepto de mediación. Éste tiene que poder ser transmitido mediante la construcción de una definición que contenga su verdadera esencia, partiendo de unos principios rectores inalterables, adaptables a cualquier tipo de conflicto manifiesto. Principios que posteriormente desarrollaremos y que a continuación enunciamos:

- Voluntariedad
- Igualdad de las partes
- Imparcialidad
- Neutralidad
- Confidencialidad
- Buena fe (respeto mutuo y lealtad)
- Carácter personalísimo
- Flexibilidad
- Oralidad

La mediación, a pesar de ser una figura nueva, tiene ya firmes presupuestos sobre los que se asienta. Sin embargo, debemos reconocer que por mucho que hoy pretendamos convertirlos en inmutables, estos presupuestos no son estáticos ni eternos, sino que, como todo, están sujetos a evolución.

Antes de establecer ese nuevo concepto de mediación, es necesario determinar los ejes sobre los que se va a construir, definir los principios que la van a componer y matizar las características que la van a rodear. Sin olvidarnos de enumerar las fases de ese procedimiento flexible y estructurado que la conforma y repasar esas herramientas, técnicas o habilidades que todo mediador debe manejar.

C. Los tres ejes la mediación.

Es el texto legal de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles quien nos proporciona los tres ejes entorno a los que se ordena la mediación y que nos permiten configurarla. Son las tres piezas constructivas a la hora de dirigir el desplazamiento de la jurisdicción ordinaria hacia fórmulas

autocompositivas como la mediación. Así, en el preámbulo de la citada norma se reconoce como primer eje la “desjudicialización de determinados asuntos, que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal.

La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia, en este sector del ordenamiento jurídico, como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquellos, reduciendo su intervención a aquellos casos en los que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia⁶³.

El segundo eje que nos ofrece la norma “es la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto⁶⁴”. Esta norma sienta las bases de la mediación y favorece esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto.

En la regulación del acuerdo de mediación radica el tercer eje de la mediación, que “es la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio⁶⁵”.

En resumen, la regulación de la mediación en el texto legal se realiza desde tres ejes fundamentales precisamente ya enumerados anteriormente: La desjudicialización, la deslegalización, la desjuridificación.

⁶³ Apartado II del preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En acceso digital. Consultado el 24-5-2015.
<http://www.boe.es/boe/dias/2012/07/07/pdfs/BOE-A-2012-9112.pdf>.

⁶⁴ *Ibíd.*, cit. apartado III.

⁶⁵ *Ibíd.*, Apartado III.

Es sobre estos tres ejes desde donde se deben construir los principios básicos/nucleares sobre los que asentar el nuevo concepto de mediación.

D. Principios nucleares de la mediación.

- **Principio de Voluntariedad.**

Este principio ha sido muy debatido en cuanto a su significado. Con él se plantean diversas cuestiones, entre ellas: ¿es voluntaria la mediación cuando desde el procedimiento judicial el juez deriva a una primera sesión informativa?, ¿es voluntaria la mediación cuando las partes han aceptado una cláusula de sometimiento a mediación en un contrato?, ¿qué sucede si deciden no ir a mediación y después se allana a la demanda?

El legislador español ha querido configurar en nuestro ordenamiento jurídico la mediación “voluntaria”, a pesar de que el proyecto de Ley de abril de 2011 albergaba en su redacción la expresión “sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevé la legislación procesal”. Así mismo, la Directiva Europea, en su considerando 14, que a su vez queda recogido de forma notoria en el artículo 5.2.⁶⁶, también hace referencia a la posibilidad de que el legislador nacional pueda hacer uso de la mediación obligatoria o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que no impida el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. No obstante, existen voces que opinan que esa voluntariedad reconocida por el legislador no satisface la filosofía de la mediación y el espíritu de dicho principio en los casos expuestos.

Llegados a este punto, consideramos oportuno realizar un breve recorrido para ver cuáles eran los argumentos que sostenían la incorporación legal de la obligatoriedad de la mediación en España:

Uno de ellos se basaba en que ya existían otras manifestaciones y experiencias procesales en España, como la conciliación previa obligatoria, pero dicho

⁶⁶ Art. 5.2. “La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”.

argumento fue contraatacado por los detractores de la obligatoriedad de la mediación, precisamente, apoyándose en que la propia historia procesal vino a demostrar la ineficiencia del modelo de conciliación obligatoria⁶⁷.

Otro respondía al carácter litigante de la cultura procesal española, por lo que era necesario, según algunos, instaurar la mediación obligatoria para generar nuevos hábitos y cultura de la mediación. Una vez más se recurre a la utilización de la obligatoriedad, en lugar de acudir a la formación, capacitación y educación. Sin embargo, en palabras de Barona Vilar, “comenzar a enseñar en los colegios maneras de actuar, continuar formando jurídicamente y psicológicamente en la Universidad y, posteriormente, capacitando a los mediadores son las tres vías más seguras de prosperabilidad de este instrumento⁶⁸”. Pero como estas medidas son mucho más complejas, menos vistosas y más lentas, es más fácil instaurar la obligatoriedad. Pese a ello, como defiende Jacques Delors⁶⁹, ha llegado el momento de educar y formar para que además de “aprender a conocer” y “aprender a hacer”, también sea posible “aprender a vivir juntos” y “aprender a ser”.

Hablar de mediación y obligatoriedad resulta algo incompatible. La voluntariedad conforma el punto neurálgico de la mediación. De no cumplirse este principio, la mediación sería cualquier cosa menos mediación. Pero este principio de voluntariedad ha de ser apoyado por una serie de medidas complementarias, formación, información y educación del ciudadano sobre la existencia de la mediación, y en ello tienen mucho que hacer tanto los profesionales como los organismos públicos en general.

⁶⁷ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles* (...) cit. pp. 161-162.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 164.

⁶⁹ DELORS, J., “Los cuatros pilares de la educación”. *La educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI*, Santillana/UNESCO, Madrid, 1996, pp. 91-103, acceso digital, consultado 2-6-2015.
<http://www.uv.mx/dgdaie/files/2012/11/CPP-DC-Delors-Los-cuatro-pilares.pdf>

Tras lo expuesto, y volviendo a las preguntas planteadas *ab initio*, se entiende, y yo comparto, que existe voluntariedad aún en los casos de que se acuda a mediación, porque hubo un pacto previo de sometimiento a mediación, ya que tal voluntad es la que se expresa *ex post facto*, como la que se manifiesta formalmente a través de un documento previo a la existencia de un conflicto. En ambos casos es una manifestación expresa, basada en la libre decisión de las partes de regular una situación posterior de forma consensuada y voluntaria, sin que ello viole la tutela judicial efectiva, toda vez que nada impide, que a falta de acuerdo, se acuda a la vida judicial pertinente. Sin embargo, si la controversia versa sobre la validez de la propia cláusula, las partes podrán retirarse de la mediación en la primera sesión alegando precisamente dicha circunstancia⁷⁰.

En cuanto a la derivación judicial a mediación una vez iniciado el pleito, tal y como está instituida, en nuestra opinión no atenta contra el principio de voluntariedad de las partes. El acudir exclusivamente a una primera sesión informativa con el objeto de que las partes puedan conocer qué es y en qué consiste la mediación, para posteriormente decidir voluntariamente su sometimiento a ella o no, pudiendo abandonarla en cualquier momento, entendemos que, lejos de ser perjudicial, podría incluso ser beneficioso en aras a fomentar la misma. Pero, como siempre, el éxito de la mediación está en manos de los operadores que intervienen en todas y cada una de las fases, la predisposición del abogado y, especialmente y sobre todo, la forma en cómo la presente el mediador.

Ahora bien, refiriéndonos al principio de voluntariedad, no debemos perder de vista la “libre disposición”, interpretada esta como la disponibilidad de acudir a mediación, puesto que la normativa recoge una serie de supuestos sobre los que

⁷⁰ BARONA VILAR, S., “La mediación: mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”. En V.A. *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?* (Dir. Etxeberri Guridi, J. F.) Aranzada, Pamplona, 2012, p. 49.

el ordenamiento jurídico veta o imposibilita el acuerdo. Por lo tanto, desde el ámbito material, podrán someterse a mediación aquellos conflictos que puedan surgir en el ámbito de las relaciones jurídicas y que las partes puedan disponer libremente de su objeto. Es decir, cuando se articulan ambos principios, se está supeditando “la disponibilidad de lo disponible⁷¹”.

En este contexto, sí debemos decir que el artículo 395. 1 LEC referido a la condena en costas en caso de allanamiento, puede conculcar el principio de voluntariedad, puesto que se está forzando al demandado a acudir a la mediación, ya que, en caso contrario, se entendería que existe por su parte mala fe.

Art. 391.1. Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado.

Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación.

Resumiendo, el principio de voluntariedad respecto a la mediación debe de ser entendido desde la perspectiva de que nadie tenga que acudir a mediación de forma obligatoria, ni tampoco se debe admitir el que una vez iniciada no se pueda abandonar en cualquier momento o que se deba llegar a un acuerdo porque exista una limitación restrictiva de la disponibilidad.

La propia jurisprudencia, recién salida la Ley, ya refuerza este principio. De esta forma, la sentencia 661/2012, de 27 de septiembre, en su Fundamento

⁷¹ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles* (...) cit. p. 178.

Jurídico 2º (FJ. 2º), del Juzgado de Primera instancia de Málaga, refuerza el principio de la voluntad cuando manifiesta⁷²:

“Pero sobre todo esa obligatoriedad “reforzada” vendría dada porque estaríamos ante negocios jurídicos de familia cuya elaboración se efectúa en un entorno especialmente apto para que la expresión de la voluntad allí recogida lo haya sido sin vicio alguno, pues se desarrolla, por la intervención técnica del/la mediador[/a], garantizándose la voluntariedad de la participación, la igualdad en el desarrollo de los debates que llevan al consenso e incluso la posibilidad de contar con información y asesoramiento suficiente. Esa “pureza” comercial puesta en relación con las numerosas referencias del Código Civil al “acuerdo de las partes” a la hora de fijar las medidas del artículo 91 y siguientes en los procesos de familia (artículos 91, 92.5, 96 y 97 1ª), supone que los pactos alcanzados en un proceso de mediación técnicamente correcto pero no trasladados a un convenio regulador ratificado judicialmente, deben tener un alto peso en la adopción por el/la juez/a de las medidas a que se refieren. O dicho de otra forma, que tenga que ser quien se aparta de lo convenido en mediación quien acredite, de forma rotunda, aquellas circunstancias coetáneas o posteriores al proceso mediación al que justifiquen el que lo pactado por las partes entonces no deba ser ahora ratificado judicialmente”.

- **Principio de Igualdad de las partes.**

El principio de igualdad goza de una amplia protección constitucional (arts. 1, 9.2º y 14, entre otros) y garantiza, no solo la igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino la igualdad en la aplicación de la ley al caso concreto. En este sentido, nos preguntamos si el principio de igualdad de las partes, tal como lo plantea

⁷² Juez que dicta la sentencia: JOSÉ LUIS UTRERA GUTIÉRREZ. En acceso digital. Consultado el 26-5-2015. <http://www.mediacion.icav.es/archivos/noticias/397.pdf>

Martín Diz⁷³, debe ser un principio fundamental de la mediación o si este debe entenderse y renovarse, integrándose en un nuevo principio que parte del art. 24.1 CE, y que es el principio de no indefensión que denominaremos: “principio de no indefensión por desequilibrio de poder entre los intervinientes⁷⁴”.

No cabe duda de que la igualdad de las partes está garantizada por la ley en la mediación, permitiendo que cualquier ciudadano acuda a ella, pero aún siendo así, debe de tenerse en cuenta que es el mismo legislador quien determina qué casos no son susceptibles de resolverse a través de la mediación, como son los de violencia de género. Ahora bien, la igualdad de las partes que intervienen en la mediación se aplica en unión con el principio de la imparcialidad y la neutralidad, en los que opera en igual sentido la seguridad jurídica (proclamado también en el art. 9.3 CE)⁷⁵.

El TC en el (FJ) 6º de su Sentencia nº.41/2003 de 14 de febrero ha indicado sobre el principio de la igualdad que:

“(…) el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de

⁷³ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2010, pp. 69-71.

⁷⁴ TORRES OSORIO, E., *La Mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p. 515.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 516.

elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

De esta suerte, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En suma, el principio de igualdad en la Ley no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida⁷⁶.

Sin embargo, aunque el mediador no puede interpretar la norma como lo realiza el juez, sí debe de tener claro que existen derechos que poseen ciertas personas que se deben tratar de una manera especial y que prevalecen ante los demás, como puede ser el caso de los menores, los incapacitados y las personas dependientes.

En base a ello, en las mediaciones, cuando se traten derechos de cualquiera de las personas enunciadas y siempre que las decisiones de los intervinientes puedan afectarles, el trato tiene que ser preferente y diferente, incluso aunque no se encuentren personalmente dentro de las reuniones de mediación. Por lo tanto, más que introducir el principio de igualdad que opera desde la concepción constitucional, consideramos que debe introducirse en el procedimiento de mediación el “principio de no indefensión por desequilibrio de poder entre las partes⁷⁷”. Con este principio, el mediador se convierte en el garante jurídico para lograr la igualdad de los intervinientes, equilibrando el poder entre las partes o no iniciando una mediación que pueda generarles indefensión.

⁷⁶ En acceso digital. Consultado el 24-6-2015

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=20766>.

⁷⁷ TORRES OSORIO, E., *La Mediación a la luz de...* cit. p. 517.

Todos los principios se encuentran interrelacionados entre sí y estos, a su vez, lo están con las características de la mediación. El principio de igualdad se encuentra especialmente vinculado al de imparcialidad de los mediadores, porque debe garantizar a todos los sujetos intervinientes que van a contar con los mismos derechos y posibilidades, de tal manera que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de alguna de las partes⁷⁸. En un procedimiento como la mediación, en el que las partes deben consensuar libremente sus decisiones, es imprescindible que el equilibrio entre ellas sea efectivo. Aquí, la figura del mediador toma especial relevancia, puesto que es el encargado de evitar la posible desviación o existencia real de desigualdad para que esta no derive en un empoderamiento. Para ello es necesario incorporar una serie de garantías que permitan favorecer dicha igualdad.

- **Principio de Imparcialidad.**

Si bien las garantías frente al principio de igualdad antes expuesto estaban vinculadas a la función que debía desempeñar el mediador, el principio de imparcialidad le exigirá que deje de lado sus propios prejuicios, valores y creencias. Pero contemplar esta posibilidad de que los mediadores, o cualquier otra persona, puedan hacer esto, sería ignorar los aportes más elementales del psicoanálisis. La normativa exige al mediador que no tenga interés directo o indirecto en el resultado que pudiera alcanzarse en la mediación ni haber actuado anteriormente a favor o en contra de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, incluyendo todo tipo de relación personal o empresarial. En resumen, que no se vea incurso en determinadas circunstancias que puedan hacerle sospechoso de parcialidad. Si esto sucediera, la propia normativa⁷⁹ obliga a que lo ponga en conocimiento de las partes. En todo caso,

⁷⁸ MONTERO AROCA, J. y GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 249-250.

⁷⁹ LMACM. Artículo 13. Actuación del mediador.

4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.

5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

es necesario no confundir independencia con imparcialidad: la independencia es un elemento principalmente objetivo que se aprecia en relación con vínculos factuales, se refiere a la posición o situación del mediador; mientras que la imparcialidad es en esencia subjetiva y se observa en función de predisposiciones intelectuales, por lo tanto, viene referida a una actitud de orden intelectual o psíquico.

Según lo expuesto, cabe afirmar que la independencia, reducida a una noción objetiva, consiste básicamente en una situación de no dependencia respecto de una parte, mientras que la imparcialidad, como noción subjetiva, es no demostrar una prevención, dejándose invadir o dominar por opiniones preconcebidas y factores extraños a los méritos del caso⁸⁰.

Un mediador imparcial no se predispone en favor, ni actúa parcialmente en contra de uno de los intervinientes en particular o de sus intereses; un mediador independiente es el que no tiene ninguna relación cercana –financiera, profesional o personal– con uno o alguno de los intervinientes. La independencia se considera, generalmente, como destinada a las relaciones entre el mediador y los intervinientes, mientras que la imparcialidad concierne más bien a las relaciones entre el mediador y el objeto de la controversia. La imparcialidad se relaciona con un estado de la mente, evidenciado normalmente a través de una conducta que la afecta.

La imparcialidad se identifica con la necesaria igualdad de trato hacia las partes, pero basada en el principio básico de la justicia: la equidad. Por esta razón se excluye la posibilidad de mediar en situaciones donde el desequilibrio de poder entre las partes sea tan elevado que ninguna actuación del mediador

-
- a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.
 - b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.
 - c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

⁸⁰ MATHEUS LÓPEZ, C., *La independencia e imparcialidad del árbitro*. Dijusa, San Sebastián, 2009, p. 175.

pudiera equilibrarla. Es una de las causas por las que queda excluida por normativa acudir a mediación en casos de violencia de género. Restricción que, según en qué situaciones, no es compartida por algunos autores, como veremos más adelante.

En consonancia con lo enunciado, concluimos que la imparcialidad no significa que el mediador no tenga sus propios valores, creencias o prejuicios, dado que ello es totalmente imposible. Se trata precisamente de que sea consciente y conocedor de sus propios valores y capaz de relacionarse con personas de diferentes ambientes culturales, interactuando libre de todo favoritismo, inclinación o preferencia, ya sea de palabra o de actos, con el compromiso de estar con todas las partes. En caso contrario, deberá renunciar a la mediación.

Para el magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid, Andrés Ibáñez, actuar con imparcialidad conlleva que el mediador debe despojarse de todo deseo, amor y odio, temor o esperanza. Antes de examinar las razones, se ha de sondear el corazón para ver si se oculta en él algún impulso secreto de desear y hallar mejores y más fuertes las razones de favorecer a una parte que a la otra⁸¹.

- **Principio de Neutralidad.**

Uno de los conceptos que aparecen reiteradamente en la mediación es el de neutralidad, pero como consecuencia de que la mediación no tiene un campo propio, porque aún lo está compartiendo con otras disciplinas que aportan distintos criterios sobre el principio, surge la necesidad de reflexionar acerca de él.

Este principio y el de imparcialidad se han querido consagrar por la normativa como principios esenciales. El mediador deberá facilitar la comunicación entre las partes y velar porque dispongan siempre de la información y asesoramiento necesario para lograr el acercamiento entre ellas, pero bajo ningún concepto puede imponer o dar una solución o medida concreta. Son las partes en

⁸¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Imparcialidad judicial e independencia". En V.A., *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pp. 43-71.

conflicto las que tienen que alcanzar por sí mismas el acuerdo. El mediador sólo y exclusivamente puede conducir el procedimiento.

La neutralidad es una técnica que debe aprenderse, el mediador tiene que ser capaz de colocarse a la misma distancia entre una parte y otra (equidistancia) y eso no solo conlleva la distancia física, sino también el hecho de dedicarle el mismo tiempo de escucha, atribuirle las mismas posibilidades, mantener por igual el contacto ocular, dispensar el mismo lenguaje tanto verbal como no verbal; pero entonces surgen las preguntas: ¿incumple el mediador el principio de neutralidad cuando tiene que potenciar la intervención de una parte para evitar la desigualdad?, ¿si la narrativa de una parte tiene una duración inferior, deberá obligarla a que continúe hasta agotar su tiempo o deberá reducirse a la otra?

Por otro lado, el principio de neutralidad no se encuentra descrito en su contenido. Aun así, dentro de la mediación, adquiere un significado propio que debe entenderse como el principio que impide que el mediador imponga un determinado acuerdo u oriente a las partes a adoptar alguno que se pueda corresponder con su propia escala de valores. Ello no significa que el mediador no tenga sus propios valores, pero la neutralidad debe de ser entendida como la “capacidad del mediador para dar un espacio a la forma de entender la vida y el conflicto propia de las partes, así como un lugar para que los sujetos conozcan y ejerzan su propia voluntad, siendo conscientes de que la mejor solución es la que las partes quieran y no la que el mediador entienda como tal⁸²”.

Como señala Calcaterra, a veces, la “búsqueda de equilibrio de poderes entre las partes, compromete la neutralidad del mediador⁸³”, ya que en esa búsqueda

⁸² BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: Una visión jurídica*. Reus, Madrid, 2009. pp. 174-175.

⁸³ CALCATERRA, R. A., *Mediación estratégica*. Gedisa, Barcelona, 2002, p. 55.

es necesario utilizar recursos a favor de aquella parte más débil o menos poderosa.

Una vez más, nos encontramos que el principio de neutralidad en la mediación no puede contravenir al principio básico de la justicia, que es la “equidad”, entendida esta como un concepto fundamental que va más allá de lo legal⁸⁴.

Una de las tareas del mediador es ayudar a que las partes puedan expresarse, porque son las auténticas protagonistas, y en numerosas ocasiones es necesario apoyar a una de ellas, darle fuerza para que cuente su historia y dé su versión sobre cómo ve el conflicto o ayudar a ambas a que tengan igual o semejante poder en las decisiones que tomen. Por eso, el que el mediador deba actuar conforme al principio de neutralidad, entendido éste como la combinación de imparcialidad (dejar de lado sus propios valores y prejuicios) y equidistancia (actuar de forma idéntica ante situaciones desiguales), aparte de resultar imposible, podría contradecir el principio fundamental de la justicia, “la equidad⁸⁵”.

Al margen, los avances y la evolución de las sociedades dificultan la delimitación de los conceptos, especialmente cuando uno se va desarrollando para adaptarse a nuevas figuras y a nuevas tecnologías. Por eso, el concepto de neutralidad aplicado a la mediación resulta difícil de demarcar. Marinés Suares afirma: “cuando un concepto cambia como consecuencia de su deconstrucción, no es conveniente seguir utilizando la misma palabra, porque esto genera confusiones. Por lo tanto propongo realizar un “injerto”, en el sentido derrideano del término, a la palabra neutralidad, y usar una nueva palabra, que en sí misma dé idea de ese injerto: la DeNeutralidad, que nos remitiría a la deconstrucción de la neutralidad y a la involucración. Esto implica abandonar la monológica de esto o aquello, y aceptar la doble lógica o dialógica, de esto y

⁸⁴ SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas comunicación y técnicas*. Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 152.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 153.

aquello al mismo tiempo, en el sentido que Edgard Morín le da a este término⁸⁶ .

Un buen mediador, pues, es alguien que puede gestionar sus propios sentimientos siendo capaz de brindar apoyo conservando la objetividad para determinar el curso del procedimiento. Algunos autores hablan de suprimir los sentimientos, acepción que no comparto por lo expuesto anteriormente, puesto que los sentimientos se pueden controlar, dominar, moderar. En una palabra, gestionar, pero no suprimir.

- **Principio de confidencialidad.**

El principio de confidencialidad refuerza el de voluntariedad (que garantiza la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda abandonar la mediación cuando quiera), ya que si éste no se diera, provocaría en las partes un gran recelo a participar en la mediación. También ayuda a preservar la neutralidad del mediador, puesto que su testimonio, en ocasión de un juicio, favorecería inevitablemente a una de las partes, así que su papel de tercero imparcial también se vería afectado⁸⁷.

Este principio afecta a todas las partes intervinientes en el procedimiento (incluido por supuesto al mediador o cualquier otro sujeto interviniente), a las que exime de la obligación de declarar o aportar documentación en cualquier otro procedimiento judicial o arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación. Mediante la instauración de este principio se regulan dos vertientes, una objetiva, en relación con lo que se ha generado en el procedimiento de mediación, y una subjetiva, en relación con los sujetos intervinientes en la misma.

⁸⁶ SUARES, M., *Mediando en sistemas familiares*, Paidós, Buenos Aires, 2002, p. 36.

⁸⁷ DI STEFANO, L., "Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento". En V.A. *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. (Coord. Carretero Morales, E. y Ruiz López, C.) Tecnos, Madrid, 2013, p. 433.

El principio de confidencialidad es, por tanto, una obligación legalmente establecida consagrada en el artículo 9.1 de la LMACM⁸⁸ y se extiende a todas las partes intervinientes en el procedimiento. No tan solo consiste en mantener reserva sobre cuanto se haya incorporado al procedimiento, sino de cuanto se haya dicho verbalmente tanto en las sesiones conjuntas como en las separadas (actitudes, opiniones, declaraciones, confesiones etc.). Incluida toda aquella información que se haya podido incorporar mediante otros medios de comunicación. Además, no existe limitación temporal o plazo de mantenimiento de la obligación de confidencialidad.

Este principio, también reconocido en los textos europeos como *conditio sine qua non*, es una prueba tangible de la importancia que debe otorgársele para el buen funcionamiento de la mediación, con el que se crea un clima de confianza entre las partes, y de éstas con el mediador y con el propio procedimiento de mediación. Sin embargo, este deber de confidencialidad tiene sus excepciones:

- a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
- b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

⁸⁸ Art. 9.1 de la Ley 5/2012. Artículo 9. Confidencialidad.

1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

Personalmente, en cuanto a la última excepción, tengo mis reservas respecto a la interpretación que se puede dar a la expresión de “resolución judicial motivada”. De utilizarse con demasiada frecuencia o alegarse ante cualquier circunstancia, la mediación se acercaría más al concepto de conciliación que no exige el deber de confidencialidad de lo tratado. No obstante será la práctica y el tiempo quien nos facilite la respuesta.

- **Principio de Buena fe**⁸⁹

Aunque la Ley 5/2012, en su artículo 10.2⁹⁰, cita aquellos principios que considera de respeto ineludible para las partes: lealtad, buena fe y respeto mutuo, después no los define como tal.

De los tres principios mencionados sólo vamos a desarrollar el principio de la buena fe, toda vez que ésta, como veremos, ya lleva implícito el actuar con lealtad y respeto y tiene que ver con la confianza que se deben las partes. Tal y como expresa el jurista alemán Larenz, “el principio de la confianza tiene un componente de ética jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad del tráfico. Uno y otro no se pueden separar. El componente de la ética jurídica resuena sólo en la medida en que la creación de la apariencia jurídica tiene que ser imputable a aquél en cuya desventaja se produce la protección del que confió. En cambio, el componente ético-jurídico está en primer plano en el principio de la buena fe. Dicho principio consagra que una confianza despertada de un modo imputable debe ser mantenida cuando efectivamente se ha creído en ella. La suscitación de la confianza es “imputable” cuando el que la suscita sabía o tenía que saber que el otro iba a confiar. En esta medida, el principio de la buena fe, es idéntico al principio de la confianza. Sin embargo, lo sobrepasa y va más allá porque demanda también un respeto recíproco, ante todo en

⁸⁹ Ver sobre buena fe a: ORDOQUI CASTILLA, G., *Buena fe en los contratos*, Reus, Madrid, 2011, pp. 31 y ss.

⁹⁰ Artículo 10. Las partes en la mediación.

2. Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

aquellas relaciones jurídicas que requieren una larga y continuada colaboración, respeto al otro también en el ejercicio de los derechos y en general el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen honestamente en el tráfico⁹¹".

Vemos entonces como la buena fe puede ser objetiva y subjetiva. La objetiva es la que requiere el deber de información entre las partes, actuando con lealtad, veracidad y con el deber de secreto o reserva. La subjetiva tiene que ver con la apariencia de quien se cree que actuó legítimamente.

En conclusión, la buena fe en la mediación debe de ser entendida como "el actuar con lealtad, respeto, honestidad, coherencia, sin ocultar información, ser correcto en todo momento, no defraudar al/a la otro/a transgrediendo la voluntad con que este/esta accedió para solucionar el problema a través del diálogo, de la solución mediada⁹²".

- **Principio del carácter personalísimo.**

Hasta el momento hemos visto cómo la leyes de mediación contemplan que tanto el mediador como las demás partes intervinientes deben asistir siempre de manera personal a las reuniones de mediación y que podrán utilizarse medios electrónicos en algunas de las reuniones. Es evidente que si partimos de que los principios que conforman e intervienen en la mediación son la voluntad, la buena fe, la confidencialidad, la oralidad, etc., no pueden otorgarse poderes a terceras personas. Sería como entregarle a un tercero la decisión del litigio. En consecuencia, este principio lleva implícito la presencia de las partes implicadas para lograr un acuerdo.

Para gestionar o resolver un conflicto, se requiere que las personas implicadas en él estén presentes, porque nadie más que ellos pueden remover las emociones enquistadas y encontrar el punto donde y cuando se inició todo ello.

⁹¹ LARENZ, K., *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. (Trad. Díez-Picazo, L.) Cívitas, Madrid, 1985, pp. 95-96.

⁹² TORRES OSORIO, E., *La Mediación a la luz de la tutela...* cit. p. 415.

Es fundamental que sean las propias partes las que se enfrenten a sí mismas, a sus miedos y a los problemas de comunicación que de seguro originaron el conflicto, pues solo ellas conocen el fondo de la situación conflictiva y saben lo que les conviene o no. Con la inmediatez o carácter personalísimo es más fácil que el mediador pueda identificar los verdaderos hechos generadores del conflicto, los intereses y las necesidades de los intervinientes, así como formarse un criterio acertado para dirigir diligentemente el procedimiento y poder acercar a los intervinientes a la solución.

Este principio le permite al mediador tener una relación directa con las partes y poder analizar y observar el comportamiento de cada una de ellas, tanto a través de su lenguaje corporal, como del verbal. Si hubiera intermediarios, estos aspectos no podrían ser estudiados por el mediador.

Pero nos surgen varias preguntas: ¿deberían asistir también los menores a las sesiones de mediación para identificar lo que necesitan?, ¿deberían asistir los abogados de las partes intervinientes?

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia núm. 183/2008, de 22 de diciembre RTC 2008\183, ha dejado claro que en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, los menores deben ser tenidos en cuenta, es decir, ser oídos, pues se están tomando decisiones que afectan su esfera personal y familiar:

“(…) en diversas resoluciones el Tribunal Constitucional ha estimado vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (como ejemplo, SSTC 221/2002, de 25 de noviembre [RTC 2002, 221], F.5, o 17/2006, de 30 de enero [RTC 2006, 17], F. 5).

Así, se ha reiterado que el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12) y que en nuestro Ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de

protección jurídica del [de la] menor reconoce el derecho de este 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 (art. 9.1; por todas, STC 22/2008, de 31 de enero (RTC 2008, 22), F. 7). Además, cabe citar aquí el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que «los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez»⁹³.

Si tenemos en cuenta que la mediación crea un espacio de diálogo, los menores pueden ser escuchados y analizados también en sus posiciones y necesidades frente a ese conflicto que también les afecta. Deberíamos favorecer su asistencia a algunas sesiones de mediación, porque el mediador, en base al citado principio de no indefensión, vela por su seguridad jurídica.

Autores expertos en mediación como Parkinson, si bien son partidarios de la asistencia del menor al procedimiento de mediación, opinan que la intervención de un menor en la mediación debe ser muy bien programada y coordinada con los padres. Además, hay que tener presente que lo que diga el menor en la reunión de mediación, no puede ser tenido en cuenta en un eventual proceso judicial⁹⁴. Debe, pues, tenerse en cuenta que en mediación familiar con intervención de menores es necesario una preparación específica del mediador, donde la mera especialidad en derecho o psicología, no es suficiente.

En relación a la presencia de los abogados de los intervinientes existen distintas posturas. Hay quien, como Martín Amaya⁹⁵, abogado y mediador, plantea la

⁹³ En acceso digital. Consultado el 24-5-2015.

<http://www.boe.es/boe/dias/2009/01/24/pdfs/BOE-A-2009-1247.pdf>

⁹⁴ PARKINSON, L., *Mediación Familiar. Teoría y Práctica: Principios y estrategias operativas*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 201-202.

⁹⁵ “para la efectiva implantación de la mediación es fundamental establecer protocolos de actuación que contribuyan a conseguir que los abogados y procuradores no sientan una clara desconfianza hacia la institución y consideren al mediador como un colaborador, no como alguien que interfiere en su asesoramiento, llegando incluso a desplazar asuntos y clientes de su despacho (...). En un procedimiento de mediación el papel del mediador y del abogado deben

creación de protocolos de actuación para los abogados en mediación y otros, como Torres Osorio⁹⁶, opinan que estos deben estar incluidos en la formación de los futuros abogados en las facultades de derecho e, igualmente, en la formación que imparten los colegios de profesionales y en la difusión de la mediación como ADR.

Al respecto, es interesante traer a colación la legislación italiana⁹⁷, ya que los abogados italianos, en el momento que reciben el mandato de sus clientes, están obligados a informarles de la posibilidad de someter sus litigios a mediación⁹⁸, así como de las ventajas fiscales que eso conlleva⁹⁹. Dicha información tendrá que ser comunicada al cliente por escrito. En caso contrario, el contrato de prestación de servicios será nulo. Además, el documento que recoge la información, suscrito por el cliente, habrá de ser adjuntado a la demanda

quedar definidos de la forma más clara posible. Esta preocupación no es superflua y ya se ha demostrado necesaria en otros países del mundo: así, por ejemplo, hace unos años, un poderoso grupo de despachos de abogados de Estados Unidos intentó –aunque sin éxito– eliminar el deber de confidencialidad del proceso de mediación a través de una ley federal (...). Por ello, las actuaciones de unos y otros –mediadores y letrados– deben ser objeto de respeto mutuo, estableciéndose un marco de colaboración y cooperación dentro del principio de buena fe. El proceso de mediación no puede convertirse en un escenario para recabar informaciones sobre el contrario y obtener ventajas en el ulterior proceso judicial. Esta cuestión está resuelta en buena parte por el deber de confidencialidad, pero no dejará de ser un punto de tensión entre mediadores y letrados”. MARTIN AMAYA, J. L., “Intervención de los Abogados en los protocolos de mediación”, 185 (2012) *Casa del Libro*. En Acceso digital. Consultado el 24-5-2015. <http://www.latoga.es/detallearticulo.asp?id=30612180541&nro=185&nom=Abril%20-%20Junio%202012>.

⁹⁶ TORRES OSORIO, E., *La Mediación a la luz de...* cit. p. 525.

⁹⁷ Decreto Legislativo N.º 28 de 4 de marzo de 2010. En acceso digital. Consultado el 24-5-2015. <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10028dl.htm>

⁹⁸ *Ibid.*, art. 4.3ºD. “All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato e' tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito e' annullabile. Il documento che contiene l'informazione e' sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione”. En acceso digital. Consultado el 24-5-2015. <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10028dl.htm>

⁹⁹ *Ibid.*, arts. 17 al 20.

judicial para que el juez pueda comprobar que la parte ha sido debidamente informada.

En Colombia, en todas las Facultades de Derecho se imparte la asignatura de solución alternativa de conflictos. Los futuros abogados deben hacer la diplomatura en conciliación y resolución de conflictos (el cual tiene una intensidad de 180 horas teóricas y prácticas) para poder prestar servicios en el consultorio jurídico como conciliadores, así conocen la figura y pueden aconsejar perfectamente a sus futuros clientes sobre los beneficios de llegar a acuerdo por vía extrajudicial.

Mi opinión al respecto, y dado el escaso conocimiento que por parte de la abogacía existe aún sobre la mediación, es que la presencia del abogado, en principio, tendría que estar condicionada a la decisión de las propias partes y sólo si el mediador lo cree necesario dadas las circunstancias del caso. Una vez que se decida su asistencia, el abogado debería actuar como un mero observador en una reunión de carácter informativo, porque suele suceder que las partes están más pendientes de los gestos que realizan sus abogados ante sus actuaciones que del propio procedimiento.

- **Principio de Flexibilidad.**

Consideramos que la flexibilidad debe de formar parte como principio fundamental de la mediación, porque viene a fortalecer el principio de voluntariedad de las partes.

Si acudimos a la Real Academia Española (en adelante, RAE) define que flexibilidad deviene de flexible (Del lat. *flexibilis*) y son varios los significados otorgados:

- “1. adj. Que tiene disposición para doblarse fácilmente.
2. adj. Que en un enfrentamiento se pliega con facilidad a la opinión, a la voluntad o a la actitud de otro o de otros. Carácter, persona flexible.

3. adj. Que no se sujeta a normas estrictas, a dogmas o a trabas. Ideología, legislación flexible.
4. adj. Susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades. Horario, programa flexible.
5. m. Cable formado de hilos finos de cobre recubiertos de una capa aislante, que se emplea como conductor eléctrico.
6. m. Sombrero flexible¹⁰⁰.

Desde el punto de vista de la mediación podríamos decir que el significado que se adaptaría mejor para definir este principio sería la combinación de “que no se sujeta a normas estrictas” y “susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades”.

La flexibilidad en la mediación debe de ser entendida en el sentido de que el procedimiento no debe encuadrarse en normas precisas, tiene que poder desarrollarse de una manera antiformal, que se adapte a las situaciones de los intervinientes (dado el carácter voluntario), dependiendo de las circunstancias; pero, a la vez, compatible con la existencia de un procedimiento estructurado que contenga unas directrices generales mínimas de obligado cumplimiento, garantizando la calidad y los requisitos mínimos que exige la ley.

Bajo estos parámetros, la flexibilidad podría aplicarse al número de reuniones, el tiempo de duración, cambios o modificaciones en cuanto a las distintas fases del procedimiento, sesiones o lugar donde se puede realizar cada reunión, las partes que deben intervenir, el número de mediadores, etc.

Por otro lado, se pueden dar situaciones en las que el principio de flexibilidad e informalidad de la mediación choque frontalmente con su encuadramiento legal y sea una cuestión controvertida debido a las dificultades de equilibrar la flexibilidad e informalidad de la mediación y la necesidad de establecer parámetros de calidad y de aplicación de este mecanismo, a riesgo de excluir

¹⁰⁰ En acceso digital. Consultado el 26-5-2015. <http://lema.rae.es/drae/?val=flexibilidad>

ciertas prácticas en la búsqueda y logro de cierta uniformidad. De hecho, la tentativa de equilibrar ambas situaciones en materia de reglamentación de la mediación es denominada por los expertos “Dilema de la Diversidad-Uniformidad (*Diversity-Consistency Dilemma*)¹⁰¹”. El objetivo de este dilema es intentar encontrar un punto óptimo entre la flexibilidad de la mediación para adaptarse a diferentes conflictos y mediados y el ofrecer a los ciudadanos una seguridad y calidad del método evitando la mala praxis de los mediadores.

Por lo tanto, la primera cuestión que cabe plantearse es: ¿se debe reglamentar la mediación sí o no? y si la respuesta fuera positiva, ¿qué cuestiones deben reglamentarse? Tras poner de relieve la problemática que está causando tanto la dispersión normativa como la confusión terminológica, compartimos con Marques Cebola la necesidad de una reglamentación pero con matices:

- a) Deberá ser apropiada y contextualizada, porque no olvidemos que la mediación tiene que operar en contextos culturales y sociales diferentes.
- b) Deberá ser apropiada a los aspectos esenciales que necesitan de un régimen, pero de ninguna forma se debería reglamentar minuciosamente de forma restrictiva¹⁰².

- **Principio de Oralidad.**

Si el principio de flexibilidad dentro de mediación es importante, no lo es menos el de oralidad. Éste genera la agilidad en el procedimiento, permite que las partes sean conscientes de los errores que se cometen al hablar, las hace reflexionar sobre la dificultad que conlleva la comunicación, los problemas que pueden causar un gesto, un mal tono de voz, la forma de decir las cosas, etc. Parte de los conflictos se generan precisamente como consecuencia de la falta de comunicación. Durante el procedimiento de mediación, el mediador se

¹⁰¹ Cfr. ALEXANDER, N., *International and Comparative Mediation. Legal Perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 75. cit. por MARQUES CEBOLA, C. *La Mediación*. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013, p. 81.

¹⁰² MARQUES CEBOLA, C. *La Mediación...* cit. pp. 82-85.

encontrará con momentos tensos entre los implicados que deberá saber tratar, por lo que tendrá que aprender a manejar técnicas de comunicación que le facilitarán el direccionamiento del proceso para que transcurra de una forma más fluida.

A modo de resumen podríamos concluir que de los nueve principios que consideramos esenciales en la mediación, tres afectan directamente al procedimiento de mediación (flexibilidad, oralidad, carácter personalísimo), tres a cada una de las partes intervinientes (buena fe, confidencialidad, voluntariedad) y tres al mediador (imparcialidad, neutralidad, igualdad de las partes).

E. Características esenciales de la mediación: la relación

Decíamos al comenzar este capítulo que para tratar de definir la mediación era necesario concebir su estructura y para tal fin era ineludible buscar cuáles podían ser los ejes jurídicos que la sustentasen, los principios rectores que la fortaleciesen y las características que le permitieran adaptarse a cualquier conflicto.

Hasta aquí hemos encontrado esos tres ejes jurídicos que la propia norma nos ofrece y reconoce –desjudicialización, deslegalización, y desjuridificación–, también hemos extraído aquellos principios rectores que la conforman –voluntariedad, igualdad de las partes, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, buena fe, carácter personalísimo, flexibilidad, oralidad.

Así que, finalmente, nos queda plantearnos cuál o cuáles son esos elementos del procedimiento mediador que le hacen ser válido en cualquier tipo de conflicto.

Es evidente que el conflicto se asienta en la relación generando una interacción como consecuencia de la interdependencia creada y la mediación precisamente contempla dos elementos subjetivos: la relación entre las partes y la comunicación-información entre ellas mismas y, a su vez, con el mediador.

Como bien apunta Tricia Jones¹⁰³, experta en gestión de conflictos, la relación como interdependencia es la génesis del conflicto y supone tener que coordinar la acción, negociar la comprensión y distribuir los recursos. La relación es un elemento esencial que se tiene que tener en cuenta a la hora de investigar cualquier tipo de sistema. Así, de acuerdo con la Teoría General de Sistemas, lo que define el sistema no es sólo el número de sus componentes, sino la relación que se da entre ellos, la interacción caracteriza los sistemas abiertos. En consecuencia, en un sistema cuyo contexto es la relación entre las partes disputantes, o lo que es lo mismo, el conflicto, el mediador es el encargado de producir el cambio relacional a través del procedimiento con el uso de las herramientas adecuadas según qué circunstancias¹⁰⁴.

Ello nos lleva a reflexionar que puede ser precisamente esa atención dada por la mediación a la presencia de la relación lo que haya contribuido a su expansión¹⁰⁵, porque los sistemas legales tradicionales, como hemos visto, no tienen en cuenta ese elemento relacional, sino que instituyen la intervención de un tercero con autoridad que se impone en la relación. Sólo se utiliza la misma como mero elemento informativo, sin que el contexto relacional pueda modificar o influir en el proceso legal. Es posible que esta desatención de la relación por parte del modelo judicial, regido por el paradigma dicotómico (ganador-perdedor) haya contribuido a la crisis actual del proceso judicial.

Ahora bien, lo que califica un acto como jurídico es la existencia de una relación entre partes y es esa constante la que se repite en cualquier sistema social, por lo

¹⁰³ JONES, T. S., "Un reenmarcamiento dialéctico del proceso de mediación". En V.A. *Nuevas direcciones en mediación*. (Coord. Jones, T.S) Paidós-Buenos Aires-Barcelona-México, 1997, pp. 55 y 62.

¹⁰⁴ PALMA CHAZARRA, L., *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, Sevilla 2007, tesis doctoral. En acceso digital. Consultado el 25-5-2015.

<https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/04/tesis-doctoral-luhc3a9-palma.pdf>.

¹⁰⁵ JONES, T. S., "Un reenmarcamiento... cit.

tanto, si la mediación se centra en la relación, existe esa posibilidad de que se aplique a los distintos contextos.

La mediación, basada en un sistema autocompositivo, extraprocesal y extrajudicial¹⁰⁶, ha nacido para enfrentarse a los conflictos relacionales, sea cual sea la causa de origen (el poder, la autoestima, recursos escasos, la identidad, la inadaptación, los intereses, etc.) o el ámbito donde actúe (familiar, laboral, mercantil, comunitario, etc.). La flexibilidad de su método, su esfuerzo por preservar la igualdad de poder entre las partes para la toma de decisiones y su voluntad para reconducir la naturaleza confrontativa y competencial, con la que nace el conflicto, hacia una naturaleza cooperativa de las partes, la convierten en un modelo de referencia, incluso a pesar de la poca divulgación y la escasa aceptación por parte de algunos profesionales.

De esta manera, el paradigma ganar-ganar sobre el que se asienta la mediación la obliga a estar diseñada para poder aceptar cualquier tipo de conflicto y aceptar la relación que todo conflicto supone. A su vez, las diferencias en el procedimiento de mediación van a venir de las distintas circunstancias contextuales externas, a las que deberá adaptarse, pero ello no afectará a sus elementos estructurales.

4.4. Bases de asentamiento del nuevo paradigma.

Antes de proponer el nuevo concepto de mediación, necesitamos precisar y responder a una serie de cuestiones relevantes.

Couture afirmaba que “el primer impulso del alma rudimentaria es la justicia por mano propia. Solo a expensas de grandes esfuerzos históricos ha sido posible asumir en el alma humana la idea de la justicia por mano propia por la

¹⁰⁶ BARONA VILAR, S., “La mediación: mecanismo para mejorar y complementar la vía judicial. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”. En V.A. *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?* Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 45.

idea de justicia a cargo de la autoridad¹⁰⁷". "Es aquí, en este punto, donde se requiere una toma de conciencia de las personas involucradas en conflictos para que analicen y decidan si quieren seguir enfrentados a la solución del conflicto bajo la fórmula: ganador versus perdedor, a la necesidad de que un tercero le otorgue o no la razón; o si deciden resolver su conflicto a través de otros mecanismos idóneos y legales, como la mediación, que se encuentra legislativa y operativamente vigente en la mayoría de los Estados¹⁰⁸".

Sin perjuicio de lo anterior, personalmente considero que la única forma de disminuir la litigiosidad existente parte de la educación. Es imprescindible reeducar a las personas sobre cómo manejar sus propios conflictos, pero este propósito no será posible si no se les facilitan las herramientas apropiadas a través de la formación. Además, ahora que nuestra normativa nos ha proporcionado, a través de la LMACM, los tres ejes que permiten la existencia de otras alternativas diferentes al proceso judicial, es el momento de que el paradigma de la litigiosidad judicial se despeje de la mente del ser humano.

¿Puede la educación contribuir a este propósito?

En lo concerniente al papel que la educación puede desempeñar ante el cambio de paradigma que se está gestando, bastará remitirnos al informe emitido, en el año 1996, a la UNESCO, por la Comisión internacional sobre la educación para el Siglo XXI, presidida por Jacques Delors¹⁰⁹. Ya en aquel entonces se

¹⁰⁷ COUTURE, E. J., *Introducción al estudio del proceso civil*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 17.

¹⁰⁸ TORRES OSORIO, E., *La Mediación a la luz de (...)* cit. p. 15.

¹⁰⁹ En noviembre de 1991, la Conferencia General invitó al Director General a convocar "una comisión internacional para que reflexionara sobre la educación y el aprendizaje en el siglo XXI". El Sr. Federico Mayor pidió al Sr. Jacques Delors que presidiera dicha comisión, junto con un grupo de otras 14 eminentes personalidades del mundo entero, procedentes de diversos medios culturales y profesionales. La Comisión Internacional sobre la Educación para el Siglo XXI fue establecida oficialmente a principios de 1993.

Componían los Miembros de la Comisión: Jacques Delors, Presidente; In'am Al Mufti ; Isao Amagi; Roberto carneiro; Fay Chung; Bronislaw Geremek; William Gorham; Aleksandra Kornhauser; Michael Manley; Marisela Padrón Quero; Marie-Angélique Savané; Karan Singh; Rodolfo Stavenhagen; Myong Won Suhr; Zhou Nanzhao.

En acceso digital. Consultado el 20-5-2015.

http://www.unesco.org/education/pdf/DELORS_S.PDF

presentaron sugerencias y recomendaciones a los decisores y a los responsables oficiales de más alto nivel para dar respuesta a los desafíos a los que la educación tendría que enfrentarse en los años venideros. El informe centra su reflexión en qué tipo de educación será necesaria mañana y para qué tipo de sociedad. Se nos hace ver que la educación tiene una doble función en el desarrollo de la persona y de las sociedades, siendo una vía al servicio del desarrollo humano que intenta acabar con la exclusión, la pobreza y las guerras, porque, en palabras de Delors, “el siglo XXI, que ofrecerá recursos sin precedentes tanto a la circulación y al almacenamiento de informaciones como a la comunicación, planteará a la educación una doble exigencia que, a primera vista, puede parecer casi contradictoria: la educación deberá transmitir, masiva y eficazmente, un volumen cada vez mayor de conocimientos teóricos y técnicos evolutivos, adaptados a la civilización cognoscitiva, porque son las bases de las competencias del futuro. Simultáneamente, deberá hallar y definir orientaciones que permitan no dejarse sumergir por las corrientes de informaciones más o menos efímeras que invaden los espacios públicos y privados y conservar el rumbo en proyectos de desarrollo individuales y colectivos. En cierto sentido, la educación se ve obligada a proporcionar las cartas náuticas de un mundo complejo y en perpetua agitación y, al mismo tiempo, la brújula para poder navegar por él¹¹⁰”.

Para cumplir el conjunto de las misiones que le son propias la educación debe estructurarse en torno a cuatro aprendizajes fundamentales que se convierten en sus cuatro pilares¹¹¹:

- “**Aprender a conocer**, combinando una cultura general suficientemente amplia con la posibilidad de profundizar los conocimientos en un pequeño número de materias, lo que supone, además, aprender a

¹¹⁰ DELORS, J., “Los cuatros pilares...” cit. pp. 91-103.

¹¹¹ http://www.unesco.org/education/pdf/DELORS_S.PDF

aprender para poder aprovechar las posibilidades que ofrece la educación a lo largo de la vida.

- **Aprender a hacer**, a fin de adquirir no sólo una calificación profesional sino, más generalmente, una competencia que capacite al individuo para hacer frente a gran número de situaciones y a trabajar en equipo, pero, también, aprender a hacer en el marco de las distintas experiencias sociales o de trabajo que se ofrecen a los jóvenes y adolescentes, bien espontáneamente a causa del contexto social o nacional, bien formalmente, gracias al desarrollo de la enseñanza por alternancia.
- **Aprender a vivir juntos**, desarrollando la comprensión del otro y la percepción de las formas de interdependencia –realizar proyectos comunes y prepararse para tratar los conflictos– respetando los valores de pluralismo, comprensión mutua y paz.
- **Aprender a ser**, para que florezca mejor la propia personalidad y se esté en condiciones de obrar con creciente capacidad de autonomía, de juicio y de responsabilidad personal. Con tal fin, no hay que menospreciar en la educación ninguna de las posibilidades de cada individuo: memoria, razonamiento, sentido estético, capacidades físicas, aptitud para comunicar”.

Pese a ello, los sistemas educativos formales siguen dando mayor prioridad a la adquisición de conocimientos, es decir, aprender a conocer y, en menor medida, el aprender a hacer, en detrimento de otras formas de aprendizaje, aunque la Comisión estima que en cualquier sistema de enseñanza estructurado, cada uno de esos cuatro “pilares del conocimiento” debe de recibir una atención equivalente a fin de que la educación sea para el ser humano, en su calidad de persona y de miembro de la sociedad, una experiencia global y que dure toda la vida en el plano cognoscitivo y práctico. Así, observamos la necesidad de implementar una nueva concepción de la educación que permita a cada persona descubrir, despertar e incrementar sus posibilidades creativas actualizando así el tesoro escondido en cada uno de nosotros, lo cual supone trascender una visión puramente instrumental de la educación, percibida como la vía obligada

para obtener determinados resultados (experiencia práctica, adquisición de capacidades diversas, fines de carácter económico), para considerar su función en toda su plenitud, a saber, la realización de la persona que, toda ella aprenda a ser¹¹².

Respecto a esto, nos hacemos eco de las palabras del profesor Xesús Jares, Presidente de la Asociación española de Investigación para la Paz (AIPAZ) y sabemos que “la educación por sí misma no puede erradicar las violencias estructurales que niegan la paz y que afectan a la propia supervivencia de la especie humana. La paz no va a llegar por la vía escolar. Ello se realiza, básicamente, a través de la acción social y política. Sin embargo, la escuela y la Educación Primaria (EP) pueden ayudar a ese logro en su trabajo de facilitar la conciencia que nos ejercite la acción social¹¹³”.

A. ¿Debe de ser todo mediable?

Con la normativa en la mano, la posibilidad de acudir a mediación es evidente en el ámbito de los derechos disponibles, pero ¿qué ocurre con los derechos que no son disponibles tanto en el ámbito penal como civil?

Al respecto, mencionaremos el contenido de algunos preceptos para ver qué nos sugieren. El antiguo artículo 791.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) ya contemplaba la posibilidad de que el acusado prestase su conformidad, pero, además, a través de las reformas operadas en la citada Ley por la Ley 38/2002 y Ley Orgánica 8/2002, el actual artículo 801.2¹¹⁴ señala que la pena solicitada se reducirá en un tercio si ésta no fuera superior a tres años de

¹¹² DELORS, J., “*Los cuatro pilares* (...) cit. p. 91.

¹¹³ JARES, X. R., *Educación para la paz. Su teoría y su práctica*, Popular, Madrid, 1991, p. 126.

¹¹⁴ Artículo 801.2. Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. Si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución.

privación de libertad o de diez años en otro caso. Por su parte, el artículo 93 bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 1/1988 (en adelante, LO), habla sobre la remisión condicional para drogodependientes. A su vez, es el artículo 57 bis b), introducido por la LO 3/1988, el que establece la remisión de la pena para actividades terroristas con ciertas condiciones si el reo no vuelve a cometer estos delitos.

Pero una vez inmersos en este debate es obligado traer al mismo el contenido de la recomendación NR (87) 18 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la simplificación de la justicia penal adoptada por el Comité de Ministros que, para remediar la lentitud de la justicia, entre otras medidas, propone: “recurrir al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal” y hay que destacar los matices que guarda el contenido del punto quinto al señalar “que debe inspirarse en la igualdad y en la individualización de la justicia penal y, concretamente, teniendo en cuenta:

- a) la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción,
- b) la personalidad del denunciado,
- c) la condena que pudiera imponerse,
- d) los efectos de esta condena sobre el denunciado,
- e) la situación de la víctima”.

También hay que reseñar, especialmente, el punto sexto, al establecer que el principio de oportunidad puede ser puro o simple —acompañado de advertencia o amonestación— o sometido a determinadas condiciones que han de ser cumplidas por el denunciado, como las de someterse a reglas de conducta, pago de una suma de dinero, la indemnización de la víctima o supuesta a *probation* y, dentro del mismo epígrafe y como punto b), la Recomendación señala una serie de medidas que tienen el mismo objetivo que el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, pero destinadas a aquellos estados que por su evolución histórica o su constitución se rigen por el principio de la legalidad: a) aumentar el número de supuestos legales en los que la iniciación de la persecución penal se sujete a una condición y b) la ley debe

facultar al juez para que suspenda, bajo determinadas condiciones, la instrucción o que sobresea la causa en los casos y por procedimientos semejantes a los utilizados en los sistemas donde rige el principio de oportunidad.

No cabe duda que nos encontramos ante la delicada cuestión del principio de oportunidad reglada, sobre la que la doctrina ya ha mantenido pronunciamientos en contra y a favor.

En contra se ha manifestado el jurista de derecho procesal Gómez Orbaneja¹¹⁵, que aduce que el principio de legalidad “es el único adecuado a la naturaleza del derecho represivo y lo contrario sería dejar en cada caso concreto el arbitrio del que monopoliza la función de acusar (principio de oportunidad) y, con ello, el Ministerio Fiscal podrá eximir de la pena a cualquier acto punible por la sola razón de que la persecución le parezca inoportuna o intrascendente, y el derecho penal quedaría mediatizado por consideraciones y reservas que no son propias”. Por otro lado, la memoria de la Fiscalía general del estado de 1983 señala que el Ministerio Fiscal “no está facultado para acogerse al principio de oportunidad, de modo que conocido un hecho delictivo, ha de actuar¹¹⁶”.

Pero no todos son detractores. Como adelantábamos, el abogado y catedrático de derecho procesal Moreno Catena se ha manifestado a favor de la introducción del principio de oportunidad en nuestro derecho en el siguiente tenor: “Hay que introducir en el sistema procesal el principio de oportunidad, facultando al órgano público de la acusación-Ministerio Fiscal para dejar de perseguir ciertos hechos delictivos tras una negociación con el inculpado (el *bargaining* americano) en supuestos reglados y cuando la lesión social es escasa, debiendo entonces acordarse el sobreseimiento provisional por la autoridad

¹¹⁵ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, A.G.E.S.A., Madrid, 1959, p. 94.

¹¹⁶ Artículo de Jueces para la democracia “principio de oportunidad”. En acceso digital. Consultado el 25-5-2015.
<http://www.juecesdemocracia.es/congresos/IVCONGRESO/ponencias/I/Principio%20de%20oportunidad.pdf>

judicial¹¹⁷". Como vemos, es evidente que se inclina por el principio de oportunidad reglada bajo condición y le otorga las virtudes de conseguir una mayor humanización del proceso penal, donde el perseguir cualquier hecho punible de forma rigurosa, que proviene del positivismo científico y del movimiento codificador del siglo XIX, se está dejando atrás.

A favor también se ha manifestado el Magistrado del Tribunal Constitucional Gimeno Sendra, al reconocer que la oportunidad reglada supondría, entre otros fines, un instrumento para obtener la agilización de la justicia penal¹¹⁸.

En definitiva, aunque en la práctica la mayoría de la doctrina rechaza el criterio de oportunidad porque se quebraría el principio de igualdad de todos los ciudadanos, en cuanto que supone contemporalización, utilitarismo u oportunismo en la aplicación de los preceptos penales y, sobre todo, negociación o pacto con los delincuentes, existen más argumentos jurídicos a favor que en contra, a pesar de que nuestro ordenamiento procesal está presidido por el principio de legalidad o necesidad.

En otro orden de cosas, podríamos plantearnos la pregunta: ¿mediación en violencia de género?

Si tratar la cuestión de la aplicación del principio de oportunidad, porque en nuestro sistema judicial se rige por el principio de legalidad, ocasionó una división de criterios tanto dentro de la doctrina como en la propia praxis, tratar de introducir la mediación en procesos de violencia de género cuando está expresamente prohibida por la normativa¹¹⁹ puede resultar altamente

¹¹⁷ *Ibíd.*, cit.

¹¹⁸ *Ibíd.*, cit.

¹¹⁹ Art. 44 L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción: "Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos: a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos

controvertido. Sobre el tema se ha escrito y debatido tanto que habría material suficiente para elaborar una tesis doctoral al respecto. Pero nosotros simplemente vamos a presentar los datos de una encuesta realizada a la abogacía gallega por los juristas Sánchez González-Dans y Varela Alonso¹²⁰ que al preguntar a los encuestados “sobre la posibilidad de llevar a cabo mediación en situaciones de violencia de género”, los resultados fueron los siguientes: “más de la mitad de las personas encuestadas (el 53,28%) manifestaron que sí podría llevarse a cabo; el 7,79% consideró su pertinencia siempre; mientras que

contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género. b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior. c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia. d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado. 2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos: a) Los de filiación, maternidad y paternidad. b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio. c) Los que versen sobre relaciones paternas filiales. d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar. e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores. f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción. g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. 3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto algunas de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo. b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo. c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género. d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género. 4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente. 5. En todos estos casos está vedada la mediación”. (El subrayado es nuestro).

¹²⁰ SÁNCHEZ GONZALEZ-DANS, R. y VARELA ALONSO, J. A., “La abogacía gallega ante la mediación”. En V.A. *La mediación: nuevas realidades nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*. (Coord. Torrado Tarrío, C.) La Ley, Madrid, 2013. p. 177. y ss.

el 45,49% ha matizado aquellas circunstancias en las que entendía que era factible la mediación. De este último grupo, el 35,1% de las personas encuestadas entienden que la mediación puede llevarse a cabo en supuestos de violencia de género, cuando no exista violencia física; en un 26,32 % los sujetos de la muestra la consideran adecuada si la violencia es leve o esporádica y, en un 14,2% ponen como requisito que la mediación sea aceptada por las partes en conflicto; el 4,63% considera la pertinencia de la mediación cuando exista un informe psicológico favorable y el 6,15% cuando afecte a menores¹²¹". Este informe, a parte de otras precisiones, aclara que los profesionales como menores años de ejercicio profesional se oponen en mayor medida a la práctica de la mediación cuando ha habido violencia de género que aquéllos que tienen mayor experiencia quienes se muestran más abiertos a su práctica. La pregunta que se nos plantea es obvia ¿Son válidas tales estadísticas?

Sea cual fuere la respuesta a la pregunta planteada y dada la cualificación de los encuestados (abogacía gallega) los datos extraídos de este muestreo son extraordinariamente indicativos. Se podría decir que "hablan por sí solos" y eso que procedemos de una cultura adversarial, en donde la mediación aún no está suficientemente reconocida. Por lo tanto, se merecen que reflexionemos sobre ellos antes de prohibir, sin excepción, la mediación en supuestos de violencia de género¹²². Y en cuanto al ámbito penal, compartiendo la opinión con Barona Vilar, no debería existir una lista cerrada de supuestos a los que poder aplicar la mediación penal, pero sí que se puedan establecer criterios o condiciones que permitan acceder a ella. No obstante, tampoco esos criterios deberán

¹²¹ *Ibid.*, p. 177.

¹²² Autores como Parrone, R y Nannini, M. establecen las diferencias entre acto violento y relaciones violentas. Mientras que el acto violento tiene un carácter más puntual, las relaciones violentas obedecen a una forma de comportarse o de interactuar. Se identifican cuatro tipos de relaciones de violencia: la violencia agresión, la violencia castigo, la violencia castigo con simetría latente y la violencia episódica o reactiva. Ante tantos tipos de violencia quizás lo prudente, antes de determinar si un caso de violencia entre la pareja debe de ser excluido o no de la mediación, sería conveniente poder averiguar ante qué tipo de violencia nos encontramos. Cfr. PARRONE, R. Y NANNINI, M., *Violencia y abusos sexuales en la familia: una visión de las conductas sociales violentas*, Paidós SAICF, Buenos Aires, 2007.

establecerse de forma rígida. Todas estas situaciones se convierten en un reto futuro para la mediación.

Otros países, como Estado Unidos (donde inicialmente se rechazaba la mediación, así como otros instrumentos de *Restorative Justice* cuando se trataba de delitos graves y violentos), terminaron posicionándose a favor de programas que vinculasen a las víctimas y sus agresores, argumentando para ello que “se devuelve a las víctimas el sentimiento de seguridad que habían perdido y el control sobre sus vidas (lógicamente en el caso de asesinato se refiere a sus familiares o allegados)¹²³”.

En el sistema canadiense se ha cuestionado si debería aceptarse o no la mediación penal en los delitos graves, “y si bien no existe una exclusión de los mismos, se sostiene que es la víctima la que, a la postre, debería decidir si quiere o no someterse a este procedimiento¹²⁴”.

En Alemania se ha optado por permitir acudir a los *Täter-opfer-Ausgleich*¹²⁵ (TOA) cualquiera que fuere la gravedad del hecho. Pero si bien la legislación nacional alemana no establece límites, diversas normas de los Estados federales han optado por configurar determinadas exclusiones. En algunos se excluye el TOA por considerarlo contrario a lo pretendido en mediación, otros mantienen que solo es posible acudir a mediación cuando los hechos no sean graves¹²⁶.

¹²³ BARONA VILAR, S., “Delimitación Objetiva de la mediación penal. Supuesto especial con personas jurídicas”. En V.A. *La Mediación: nuevas realidades nuevos retos, Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*. (Coord. Torrado Tarrío, C.) La Ley, Madrid, 2013, p. 310.

¹²⁴ *Ibíd.*, cit. p. 312.

¹²⁵ En el Derecho Penal alemán no se habla propiamente de mediación penal, sino que se utiliza el concepto de *Täter-opfer-Ausgleich* (TOA), cuya traducción sería “autor-víctima-compensación”. Se introdujo en Alemania, en 1990, en el ámbito de la justicia de menores y se incorporó definitivamente al derecho penal de adultos cuatro años más tarde, en 1994. Vid. CATALINA BENAVENTE, M. A., “Breve acercamiento a la mediación penal en Alemania”, 3 (2014) CEEJ, p. 47. En acceso digital. Consultado el 30-6-2015. <http://www.ccej.eu/pdf/Catalina.pdf>.

¹²⁶ BARONA VILAR, S., “Delimitación Objetiva... cit. p. 313.

Hechas estas reflexiones, no debemos olvidar que la mediación posiblemente no lo pueda resolver todo, así que lo prudente sería estudiar caso por caso para poder concretar en qué supuestos puede ser o no conveniente su aplicación. Recordemos la importancia del equilibrio de poder entre las partes (emocional, económico, social) para que pueda darse efectivamente el principio de igualdad y que los sujetos actúen de manera libre y sin presiones psicológicas. Si ello se consigue, aunque a priori no fuera recomendable, no debería prohibirse, especialmente en aquellos casos en los que la relación de la víctima y su victimario va a seguir existiendo, por lo que se debería de luchar por tratar de garantizar unas relaciones futuras seguras¹²⁷.

B. ¿Debe ser obligatoria?

A esta cuestión prácticamente se le ha dado respuesta al hablar del principio de voluntariedad, apartado al que nos remitimos, pero que quisiéramos matizar en cuanto a lo dicho respecto a la derivación judicial ya iniciado el pleito. Sosteníamos que esa derivación, lejos de ser perjudicial, podría incluso ser beneficiosa en aras a fomentar la misma, pero siempre y cuando las partes hubieran iniciado el pleito desconociendo la existencia de la mediación, que es lo que está sucediendo en la actualidad, por lo que la derivación o no a mediación tendría que depender del conocimiento que sobre la misma tuvieran las partes. Si la conocen y ya han optado por acudir al proceso judicial, la derivación no se debería realizar, ni siquiera para las sesiones informativas, salvo que las partes lo solicitaran. La obligatoriedad resulta incompatible con la esencia de este nuevo concepto de mediación que se está forjando, incluso para aplicarla en aquellos asuntos de pequeña o mediana cuantía. En estos casos nada impide que se puedan crear figuras híbridas adaptables al asunto, como lo están haciendo en otros países, tal y como hemos visto.

¹²⁷ Vid. DOMENIG, C., *Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung*, Haupt, Bern/Stuttgart/Wien, 2008, cit. por BARONA VILAR, S., "Delimitación Objetiva de la mediación penal. Supuesto especial con personas jurídicas ". En V.A. *La Mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*. (Coord. Torrado Tarrío, C.) La Ley, Madrid, 2013, p. 323.

C. ¿Cómo se debe de desarrollar el procedimiento de mediación y qué herramientas utilizar?

Si aceptamos como principios nucleares de la mediación los ya citados y asumimos que la flexibilidad conforma uno de ellos, es evidente que, para ser coherentes, la regulación del procedimiento debe serlo en idénticos términos de agilidad y no excesivo formalismo. La mediación se ha propuesto como un modelo mucho más abierto y menos estático que el proceso judicial, en donde al legislador se le otorga una respuesta más abierta; por supuesto, claro está, respetando los principios rectores de la misma.

También hemos comprobado cómo todas las normas promulgadas sobre mediación, tanto a nivel autonómico como estatal, han dedicado algún capítulo al desarrollo del procedimiento de mediación, que podríamos simplificar en las siguientes fases partiendo de la LMACM:

- a) Solicitud de inicio¹²⁸. Se puede efectuar por una parte o por acuerdo de ambas y se puede realizar ante un mediador o ante una institución. También puede que el mediador venga ya propuesto por una de las partes a la/s otra/s. Si la propuesta del mediador se efectúa de común acuerdo, la solicitud incluirá también la designación del lugar en donde se van a celebrar las reuniones y la lengua o lenguas de las actuaciones.
- b) Fase de información¹²⁹. Recibida la solicitud y salvo pacto contrario de las partes, se las citará para ofrecerles la siguiente información: las

¹²⁸ Ley 5/2012. "Artículo 16. Solicitud de inicio. 1. El procedimiento de mediación podrá iniciarse: a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones. b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquellas. 2. La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas. 3. Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal.

¹²⁹ *Ibíd.*, cit. Artículo 17. Información y sesiones informativas 1. Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera

posibles causas que pudieran afectar a la imparcialidad del mediador, la profesión de este, la formación y experiencia, las características de la mediación, su coste, cómo se va a organizar el procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo y el plazo para firmar la sesión constitutiva. Sin embargo, una vez que las partes consientan participar en la mediación, nada impide que tras la sesión informativa se pase directamente a las sesiones propias de la mediación.

En lo referente a esta fase queremos plantear varias cuestiones: ¿qué quiere decir la norma cuando exige al mediador que informe sobre su profesión?, ¿se refiere a la profesión de la que procede el mediador? y si es así, ¿tiene alguna importancia la profesión?, ¿no bastaría simplemente con indicar que es el mediador, su formación y experiencia como tal?

La normativa también recoge que en el caso de instituciones de mediación, estas podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en la mediación, pero en ningún caso estas sesiones suplen a la fase de formación citada.

- c) Sesión constitutiva¹³⁰. El inicio de esta sesión determina el comienzo del procedimiento de mediación por el expreso deseo de las partes

de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial. En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva. 2. Las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apartado 1".

¹³⁰ *Ibíd.*, cit. "Artículo 19. Sesión constitutiva. 1. El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos: a) La identificación de las partes. b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes. c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación. d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación. e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos. f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas. g) El lugar de celebración y la

(voluntariedad). En esta fase se deberá dejar constancia clara y concisa de ciertos aspectos:

- Se procede a identificar a las partes que intervengan en el conflicto.
- Designarán un mediador o la institución, si procediera, o la aceptación del designado por una de las partes.
- Se expondrá el objeto del conflicto que se somete a mediación.
- Se propondrá el programa de actuaciones y la duración máxima prevista, sin perjuicio de posibles y futuras modificaciones.
- Se informará del coste de la mediación o las bases para su cálculo, diferenciándola de cualquier otros posibles gastos.
- Las partes deberán manifestar la aceptación voluntaria de la mediación.
- Se determinará el lugar de celebración y la lengua que se va a utilizar a lo largo del procedimiento.
- Se levantará acta de esta sesión donde consten todos los puntos expuestos. Acta que deberá ser firmada tanto por las partes como por el/la mediador/a. De no ser así, se levantará dicha acta declarando que “la mediación se ha intentado sin efecto”.

d) Fase de desarrollo¹³¹. En esta fase corresponde al mediador: convocar a las partes para cada sesión con antelación suficiente; dirigir las sesiones y facilitar la exposición de las posiciones y la comunicación de forma igual y equilibrada. De tener que producirse reuniones por separado, porque el mediador lo considere conveniente, este deberá hacérselo saber a todas

lengua del procedimiento. 2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto”.

¹³¹ Ley 5/2012. “Artículo 21. Desarrollo de las actuaciones de mediación. 1. El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado. 2. Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas. 3. El mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta”.

las partes, informándoles a la vez de que no comunicará ni distribuirá la información o documentación que la parte le hubiera aportado durante estas sesiones privadas (caucus), salvo autorización expresa de esta. Aunque la normativa nada dice al respecto de levantar acta de cada una de estas sesiones, es aconsejable que se haga, en la que se indicará, al menos, duración, asunto, participante, fecha y hora y se entregará una copia firmada a cada parte, conservando el original en el expediente. Ello nos permitirá realizar un mejor control y otorgar al procedimiento una mayor transparencia.

La norma permite también a las partes acordar que todas o algunas de las actuaciones puedan realizarse a través de medios electrónicos siempre que se garantice la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación¹³².

La Ley 5/2012 introduce el concepto, que no existía en el Real Decreto 5/2012, de que, “preferentemente”, si la mediación consiste en una reclamación de cantidad que exceda de 600 euros, se realice por medios electrónicos, salvo que el empleo de estos no fuera posible para alguna de las partes¹³³.

- e) Terminación del procedimiento¹³⁴. El procedimiento puede finalizar con o sin acuerdo, en este caso puede ser por varias razones: porque así lo

¹³² Ley 5/2012, “Artículo 24. Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos. 1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley”.

¹³³ *Ibíd.*, “Artículo 24. (...). 2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes”.

Es de suponer que la Ley lo ha introducido para favorecer la mediación, dado que no exige que sea necesariamente a través de estos métodos, sino que se limita a favorecer los mismos, sin que ello obstaculice el acudir a la vía ordinaria presencial.

¹³⁴ *Ibíd.*, “Artículo 22. Terminación del procedimiento. 1. El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la

decidan las partes o alguna de ellas, porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, porque el mediador aprecie que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión. La renuncia por parte del mediador a continuar con el procedimiento o el rechazo de las partes a seguir con el mediador elegido provocará la terminación del procedimiento, aunque solo cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.

La finalización del procedimiento se reflejará mediante un acta final, en la que figurarán, de forma clara y comprensible, los acuerdos alcanzados o su finalización por cualquier otra causa. Se firmará por todas las partes y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas.

Respecto a la intervención de terceros tenemos que indicar que la Ley 5/2012 nada dice al respecto, guarda silencio en cuanto a la posibilidad de que en el procedimiento de mediación intervengan terceras personas o que las partes puedan ser asesoradas por sus abogados. Sin embargo, si observamos el contenido del artículo 9.2 de la Ley¹³⁵, advertimos que este último extiende la obligación de confidencialidad a los mediadores o a “las personas que participen en el procedimiento de mediación”, por lo tanto, se puede interpretar

duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión. Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses. 2. La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador. 3. El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen”.

¹³⁵ Ley 5/2012, Art. 9. 2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial (...)

la posibilidad de la intervención de terceros, pero es el artículo 10.1¹³⁶ quien otorga a las partes la capacidad de diseñar cómo desarrollar el procedimiento de mediación.

En cuanto al papel del mediador, y dado el carácter autocompositivo de la mediación, este radica en ayudar a las partes a gestionar el conflicto por sí mismas y para ello deberá conocer y manejar los procedimientos y las técnicas adecuadas, “aportándoles nuevas variables y dinámicas en su interacción que les permitan modificar sus posiciones iniciales y sus formas de comportamiento¹³⁷”. A tal efecto, el mediador tendrá que: facilitar la mejora de la comunicación entre las partes; aportarles conocimiento e información; habilitar que ellas mismas sean capaces de gestionar sus intereses; ganarse la confianza y aceptación de estas¹³⁸. Es decir, actuará como un facilitador o gestor del procedimiento, en el que se situará de tal forma que pueda generar las condiciones apropiadas para que las partes sean capaces de crear propuestas y alternativas propias¹³⁹.

No obstante, el perfil del mediador recogido en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, no solo se reduce exclusivamente a ser un mero facilitador del proceso de comunicación e interacción entre las partes, la Ley le da un papel más activo a través del artículo 13¹⁴⁰, al indicarle

¹³⁶ *Ibíd.*, Artículo 10. Las partes en la mediación. 1. Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.

¹³⁷ CARRETERO MORALES, E., “La necesidad de cambios en los modelos... cit. p. 121.

¹³⁸ Como expone MOORE, “la autoridad del mediador reside en su capacidad para apelar a las partes para concertar un acuerdo sobre la base de los intereses de aquellas o el desempeño anterior o la reputación del mediador como recurso útil. La autoridad o reconocimiento del derecho de influir sobre el resultado de la disputa es algo que otorgan las propias partes más que una ley externa, un contrato o un organismo”. MOORE, C., *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Barcelona, Granica, 1995, p. 50.

¹³⁹ CARRETERO MORALES, E., “La necesidad de cambios en los modelos... cit. p. 122.

¹⁴⁰ Ley 5/2012. Artículo 13. Actuación del mediador. 1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. 2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley.

que deberá velar porque las partes dispongan, en todo momento, de la información y asesoramiento necesario. Papel que, sin embargo, no le conceden las comunidades autónomas, éstas le atribuyen uno mucho menos intervencionista.

Al tratar la intervención del mediador, resulta ineludible citar la existencia de dos perfiles diferentes: el mediador facilitativo y el mediador evaluativo.

- El mediador facilitativo adopta una postura poco o nada intervencionista durante el procedimiento, solo facilita el desarrollo del mismo y la comunicación entre las partes, pero en ningún caso se involucra en el fondo del asunto. Es el tipo de modelo que ha adoptado prácticamente toda la normativa autonómica que ha regulado la mediación familiar. Autores como Carretero opinan que aunque es verdad que este tipo de perfil de mediador sería el adecuado para el ámbito de familia, están a favor, sin embargo, de un perfil de mediador más activo e intervencionista dentro del ámbito civil y mercantil, cuando los asuntos que se manejen no tengan implicaciones de carácter familiar y no haya sentimientos que gestionar, en los que puede que las partes acudan al mediador, precisamente, por los conocimientos técnicos. En este caso, estaríamos hablando de un mediador evaluativo.
- El mediador evaluativo se involucra más en el procedimiento, orientando su labor profesional hacia la búsqueda del acuerdo¹⁴¹. Carretero opina que “si las partes, en este tipo de naturaleza civil, mercantil o empresarial, son incapaces por sí mismas de generar opciones encaminadas a la solución del problema y las mismas reclaman al mediador una postura más activa en este sentido, demandándole algún tipo de alternativa, el mediador podrá involucrarse y ofrecer

¹⁴¹ CARRETERO MORALES, E., “La necesidad de cambios en los modelos... cit. pp. 122-123.

soluciones a las partes¹⁴²". Aunque matiza que el mediador deberá ofrecer "soluciones", no "una solución", porque si solo ofrece una, entiende que la imparcialidad podría quedar comprometida, que dicha solución no resultase satisfactoria para una de las partes y lo interpretara como que el mediador pretendía perjudicarla.

De esta forma, observamos cómo al cambiar de ámbito de actuación (familiar, civil, mercantil) y sobre la base del principio de flexibilidad que caracteriza la mediación se intenta, sin perder de vista los otros principios rectores, ajustar las formas de comportamiento del mediador. Esto nos conduce a la conclusión de que el mediador no podrá serlo en cualquier ámbito si pretende conocer y dominar las técnicas específicas y adecuadas de cada uno. Así que esto nos lleva a plantearnos qué responsabilidades adquiere el mediador al aceptar la mediación.

Primeramente debemos aclarar que cuando nos referimos al mediador, nos estamos refiriendo a la figura como tal, y no al número de mediadores que pueden intervenir en la mediación, puesto que la Ley recoge expresamente en el artículo 18 la "pluralidad de mediadores¹⁴³".

Desde el punto de vista jurídico, la Ley 5/2012, a través del artículo 14, regula la responsabilidad del mediador al establecer que "la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren". Sin embargo, cabe precisar que la actuación del mediador es considerada como una actuación de medios y no de resultados, porque, tal y como exponen Valero LLorca y Cobas Cobiella, "el mediador precisamente conduce el conflicto, su misión es guiar a los destinatarios de la mediación en relación a esto, por tanto,

¹⁴² *Ibíd.* p. 123.

¹⁴³ Ley 5/2012. Artículo 18. Pluralidad de mediadores. 1. La mediación será llevada a cabo por uno o varios mediadores. 2. Si por la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes se produjera la actuación de varios mediadores en un mismo procedimiento, estos actuarán de forma coordinada.

los resultados que se obtengan dependen de muchas cuestiones no concernientes al mediador, ni tampoco es responsable de la no consecución del acuerdo. En caso de las obligaciones de medios la prestación debida prescinde del resultado particular, y el deudor cumple con la obligación si la ejerce de la manera debida, a diferencia de las de resultados, lo que es debido es el resultado y para cumplir exactamente con la obligación el deudor debe realizar dicho resultado. El mediador cumple su función con independencia de que se consiga o no el acuerdo, si actúa con la diligencia debida en correspondencia con el cargo¹⁴⁴.

Pero el hecho de que la actuación del mediador no sea de resultados no quiere decir que carezca de responsabilidades. El legislador le ha atribuido un papel activo en el procedimiento de mediación en cuanto ha de ser él quien lo dirija. Esa función conlleva una serie de deberes y obligaciones inherentes, ya comentadas (imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, error profesional, extravío de documentación, etc.), por las que deberá responder con ocasión de haberle causado algún perjuicio a las partes.

A pesar de lo comentado con anterioridad, parece relativamente sencillo determinar esos cometidos, pero las dificultades surgen cuando tenemos que exigir responsabilidades por falta de diligencia profesional, ya que es necesario, en primer lugar, determinar el perfil del mediador y para hacerlo resulta imprescindible definir y asentar las bases del nuevo concepto de mediación. Si un mediador que no puede dar ni proponer soluciones (mediador facilitativo), lo hiciese, transformando su perfil de facilitativo a evaluativo, ¿se podría decir que ha actuado diligentemente? Es probable que en este caso la respuesta pueda estar más o menos clara, porque su conducta incurre en un incumplimiento legal prescrito por la norma. Pero si ya es difícil y complicado determinar la falta de diligencia en profesiones, cuya legislación y praxis existe desde hace siglos (véase la medicina, la abogacía), va a resultar mucho más

¹⁴⁴ VALERO LLORCA, J y COBAS COBIELLA, M. E., "La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión". 7987 (2012) *Diario la Ley*, p. 5.

complejo poder determinar la falta de diligencia del mediador, en tanto en cuanto que ni la propia doctrina ni la normativa se ponen de acuerdo respecto a su regulación y marco jurídico de actuación, por lo que podría darse la paradoja de que la misma actuación, en situaciones iguales y lugares diferentes, podría ser considerada diligente o negligente según los casos. Para ello no tenemos más que remitirnos a las divergencias existentes entre la normativa autonómica y entre éstas y la normativa estatal.

Sin embargo, a pesar de las dificultades señaladas, la ley debe proteger a las partes frente a esa falta de diligencia, si se consigue probar, y frente a esos perjuicios que pudiera ocasionar el mediador, obligándole a suscribir “un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga¹⁴⁵”.

A su vez, la ley también establece que cabe exigir responsabilidad a la institución de mediación a la que pertenezca el mediador, sin perjuicio de las posibles acciones de reembolso que esta pueda ejercitar contra aquel¹⁴⁶, para lo que delimita una responsabilidad exclusiva de las instituciones de mediación ante el posible incumplimiento de sus propias obligaciones. Según Barona Vilar, dichos incumplimientos podrían producirse por los siguientes motivos: la falta de publicidad en la designación del mediador; porque la designación del mediador no cumple las condiciones establecidas; por la falta de regulación de unas reglas de actuación y un procedimiento transparente de pago de provisión de fondos; porque se haya exigido más provisión de fondos a una parte que a

¹⁴⁵ Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Artículo 11. “Condiciones para ejercer de mediador (...). 3.El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga”.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, Artículo 14. (...). El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a esta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.

otra; por no haberse devuelto parte de la provisión de fondos tras la determinación de los gastos que se hubieren podido ocasionar, etc.¹⁴⁷.

Haciendo una síntesis de las distintas etapas que recoge la Ley 5/2012, estas se podrían clasificar en:

- Solicitud de la mediación
- Comunicación con las partes en conflicto
- Sesión informativa
- Sesión constitutiva
- Sesiones de mediación
- Entrevistas individuales
- Terminación del procedimiento

Hasta aquí solo hemos definido el marco jurídico que envuelve el procedimiento de mediación, su estructura, más o menos flexible, que nos orienta sobre las fases a seguir y los protocolos a cumplimentar, así como la regulación de la figura del mediador en cuanto a su intervención en el procedimiento y responsabilidades. Sin embargo, existen razones por las cuales se ha escrito acerca de la práctica real de la mediación, en oposición a la definición de los méritos o a las aplicaciones del procedimiento. Nos referimos tanto al verdadero papel del mediador en el procedimiento como a las técnicas o medios de los que se tiene que servir para llevarlo a cabo.

En definitiva, la Ley es el marco del que no puede salirse el mediador, pero no determina ni ayuda al mediador a elegir las técnicas correctas o las teorías adecuadas a aplicar según en qué campos y contextos actúe. Esta es una labor solitaria para mediador, y es una labor propia de él, porque en realidad no existe un procedimiento correcto, “sino que lo correcto o incorrecto dependerá en cualquier tipo de mediación, de una gran cantidad de factores (...). Son tantas variables las que entran en juego que es imposible pensar que exista un

¹⁴⁷ BARONA VILAR, S., “Mediación en asuntos civiles y mercantiles... cit. pp. 314-315.

solo procedimiento adecuado para todas ellas¹⁴⁸”, porque no podemos perder de vista que la articulación de la mediación, precisamente por ese principio de flexibilidad que la caracteriza, puede variar según se trate de un procedimiento en el ámbito familiar, penal, civil, mercantil, laboral, intercultural, etc.

Para la mediadora Marinés Suares la tarea del mediador es “semejante a la de un escultor, que cincela su obra de arte a partir de las condiciones de la materia prima, del dominio de la técnica, del tipo de herramienta que tenga disponible y del contexto en el cual se ubica la obra¹⁴⁹”. Observación muy oportuna, por parte de esta autora, para destacar la importancia que la formación va a tener para el mediador. El mediador como columna vertebral de la mediación tiene que ser el principal portador de estos factores determinantes –conocimiento, dominio de la técnica, control del contexto–, ya que, al igual que sucede con el escultor, le va a permitir dar vida a su obra, “la mediación”.

Por otro lado, hemos insistido a lo largo de nuestra investigación sobre el carácter inter/multi y transdisciplinar de la mediación, carácter que se acentúa según vamos avanzando hacia la idea transdisciplinar. Cada vez más afloran ideas encontradas que se cumplimentan: lo romántico de la mediación y lo crematístico, el arte y la ciencia, las teorías sin práctica y prácticas sin teorías, la filosofía del derecho y filosofía de la vida. Esta experiencia, esta filosofía de la vida también forma parte de la mediación y si el derecho se está esforzando por aceptar esta figura, tendrá que abrir las puertas a esta mezcla de pensamientos.

Por esta razón he considerado importante que, tras la exposición jurídica del procedimiento de mediación enmarcada dentro de las normas, podamos, a la vez, contemplar un esbozo de lo que podría ser un procedimiento práctico de mediación. Métodos creados por los profesionales que, partiendo de la idea romántica de mediación, dieron los primeros pasos para encontrar una figura basada en el dialogo, en la comunicación y en la cooperación, que se alejara de

¹⁴⁸ SUARES, M., *Mediando en sistemas...* cit. pp. 243.244.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 244.

lo adversarial y permitiera la pacificación de las relaciones sociales, sin pensar que con ello se podrían “desatascar” nuestros tribunales o producir un ahorro económico.

Al realizar un estudio sobre las distintas escuelas o modelos de mediación, comprobamos cómo diferían entre sí en función del objetivo perseguido. Cada escuela de mediación tiene un esquema preferencial de trabajo, pero los mediadores en la práctica no aplicamos rígidamente un modelo, sino que le introducimos nuestras propias modificaciones según las características de las partes o el tipo de conflicto a tratar, dando lugar a nuevos modelos ecléticos. Incluso aquellos mediadores que dicen seguir alguna escuela o modelo específico no lo hacen de forma pura, porque una cosa es el modelo teórico y otra cosa es llevarlo a la práctica. Tanto la norma como la teoría necesitan nutrirse de la práctica. Bateson¹⁵⁰ sostuvo que un explorador no puede conocer nunca lo que está explorando hasta que lo ha explorado y solo cuenta con la experiencia de otros que lo precedieron en el camino. Una opinión que como mediadora comparto.

En base a lo anterior, téngase presente que desde el primer modelo de Harvard, centrado fundamentalmente en el acuerdo, al modelo integrador de Falcón Caro, que introduce la PNL, se han desarrollado una serie de técnicas que han integrado las nuevas teorías y prácticas llevadas a cabo, porque la mediación tiene que ser capaz de adaptarse a los cambios. Para Marines Suares, el modelo de mediación debería ser un modelo viviente, siempre con la posibilidad de continuar evolucionando y sin que se “cosifique¹⁵¹”.

Con el objeto de comprobar las coincidencias o divergencias que pudieran existir entre el desarrollo del procedimiento de mediación establecido por la normativa y el desarrollado por los modelos de mediación, hemos optado por el

¹⁵⁰ Vid. BATESON, G., *Pasos hacia una ecología de la mente*. Lohlé. Buenos Aires, 1985.

¹⁵¹ SUARES, M., *Mediación. Conducción de...* cit. p. 205.

Circular Narrativo de Sara Cobb¹⁵². Las razones de su elección se deben a que es un modelo que ha creado escuela y se mueve en un línea intermedia entre el Tradicional (Harvard), proveniente del campo empresarial y centrado en el acuerdo y, por lo tanto, más cercano a la negociación, y el Transformativo, centrado en las relaciones y más cercano al campo de la terapia psicológica. En conclusión, el modelo Circular Narrativo se encuentra orientado tanto a la modificación de las relaciones como al acuerdo y puede aplicarse a cualquier tipo de mediación, aunque hay autores que, como Marines Suares, opinan que este modelo, para ser utilizado en mediación social o comunitaria o política pública, debiera otorgar mayor flexibilidad a la etapa de encuentro¹⁵³. Por otro lado, hay que tener en cuenta que los modelos creados en países con culturas diferentes, deberán ser adaptados a las condiciones concretas de cada país.

El modelo Circular-Narrativo y siguiendo a Marines Suares fija el procedimiento de mediación en las siguientes etapas¹⁵⁴:

- Pre-reunión
- Primera etapa: Reunión pública o conjunta.
- Segunda etapa: Reunión privada o individual.
- Tercera etapa: Reunión interna.
- Cuarta etapa: Reunión pública o conjunta.

La pre-reunión:

Sirve para informar a las partes de las características del procedimiento de mediación, así como de los beneficios que puede aportarles.

Es en esta fase cuando se les explica a las partes en qué consiste la mediación y el deber de confidencialidad, por lo que deben firmar el acuerdo. En caso de

¹⁵² Desarrollado por SUARES, M., en su obra *Mediación. Conducción de...* cit.

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 208.

¹⁵⁴ Para el desarrollo de estas etapas véase SUARES, M., *Mediación. Conducción de...* cit. pp. 209-234.

que fuera necesaria la videograbación, se solicitará la autorización correspondiente, explicando las razones por las cuales es necesaria.

También debe informarse acerca de los honorarios, la forma de pago y la duración del procedimiento.

Primera etapa: reunión pública o conjunta:

En esta primera etapa es realmente cuando estarán presentes todas las personas afectadas por el conflicto, incluido el mediador o mediadores. Aquí se establece el “encuadre” y debe evitarse que se produzcan diferencias de ubicación o distancias entre las partes que puedan dar la sensación de lugares preferentes. Para ello se establecerá un “contexto de simetrización” que les ayude a equilibrar el protagonismo. Este modelo de mediación aconseja evitar las mesas que se interpongan entre los intervinientes, porque impide analizar el “lenguaje analógico”. La ubicación que tomen las partes al sentarse puede ser inicialmente un indicador de su interacción, por eso la mediación debe realizarse en un espacio físico apto, que elimine las distracciones y permita la mayor interacción posible durante las reuniones. También en este acto se informará a las partes de si se va a realizar algún sistema de videograbación. En este caso, se solicitará la autorización correspondiente.

Después, el mediador definirá el problema como un problema compartido y precisará que quien tiene que resolver el problema son las partes.

A continuación se definen las reglas:

- Se aclara nuevamente la confidencialidad de todo lo que ocurre en el procedimiento.
- Que todos van a tener la oportunidad de hablar en privado (reuniones individuales) y después en público (reuniones conjuntas).
- Que todo lo que se hable en la reunión privada no va a ser comunicado a la otra parte, salvo que se establezca específicamente.

- Que en la reuniones conjuntas van a hablar por turnos y que no se permitirá que las partes se interrumpan.
- Que si la situación se hace insostenible, cualquiera puede irse, incluso el mediador, y que entonces se terminará el procedimiento de mediación.

Tras ello, si las partes deciden continuar, se comienza el procedimiento de mediación. Es habitual que el mediador comience preguntando: ¿quién contactó con el programa o con el mediador? La persona que contactó es la que tiene la oportunidad de hablar primero, por lo general es la más interesada y posiblemente la que aporte más energía para continuar con el proceso.

En los casos de derivación judicial como no hay parte que haya pedido la mediación se puede preguntar: ¿quién desea hablar primero? con esa pregunta se reitera que las partes van a tener la misma oportunidad de hablar. Si ninguna quiere hacerlo o lo quieren las dos, se les pide que piensen cómo pueden resolver esta situación.

Durante toda esta etapa es muy importante atender a las interacciones que se dan entre las partes, la interacción entre cada parte y el mediador y la forma de reaccionar de la otra parte cuando el mediador está interaccionado con una de ellas. En ningún momento se permite que la otra parte interrumpa si una de las partes está haciendo una pregunta sobre alguno de los elementos del encuadre o las reglas.

Segunda etapa: reunión privada o individual.

Las reuniones privadas o individuales comienzan con la persona que contactó con el programa y con las siguientes preguntas: ¿por qué contactó con el programa de mediación?, ¿cuál es el problema que lo llevo a contactar con el programa?

Si el caso fuera una derivación judicial, se comenzaría con la pregunta: nos interesaría que nos dijera cuál es para usted el problema.

Sin embargo, en las siguientes reuniones privadas la pregunta a formular sería: recién acabamos de escuchar a la otra parte, ahora nos interesaría que usted nos dijera cuál es para usted el problema.

La intención de esta etapa es ver el problema desde las perspectivas de cada parte. Las historias que cuentan pueden ser absolutamente diferentes, sin que ello indique que ninguna de las partes miente, sino que cada una construye su historia desde un punto de vista diferente. Cada parte comienza la historia en un punto, en un momento de su vida. En él el narrador puede posicionarse positivamente y posicionar negativamente a la otra parte. También en las historias aparecen personajes que cumplen roles, normalmente víctima y victimario, pero pueden aparecer otros personajes con otros roles. Las narrativas denuncian explícita e implícitamente los “temas valiosos” para cada una, pilares sobre los que se construyen. Es importante prestarles atención, especialmente estar atentos a las declaraciones de principios, porque pueden ser un obstáculo para el procedimiento de mediación. Es esencial buscar qué “recursos” ponen en riesgo las partes, por lo que se debe definir lo más claramente posible el problema. Para conseguirlo, el mediador utilizará preguntas que lleven a eliminar las generalizaciones y lo acoten.

Una vez oída la definición de las partes, el mediador deberá hacer un “resumen” de la historia contada por estas. Este se realiza utilizando las palabras claves y los valores, reposicionando positivamente a ambas partes y expresando lo más claramente posible el problema.

Este “resumen” tiene varias funciones:

- Conseguir que cada parte se sienta entendida y escuchada.
- Cotejar si el propio mediador entendió bien el relato.
- Sirve para establecer un modelo de comunicación analógico.
- Produce deuteroaprendizaje.

El resumen debe ser construido por el mediador de forma tal que pueda ser abandonado si no fuera efectivo o confirmado por las partes.

Tras él debe investigarse sobre los objetivos y preguntar acerca de las contribuciones o aportes que cada una de ellas está dispuesta a realizar. Momento delicado, toda vez que las personas se suelen remitir a sus derechos. El mediador debe conseguir borrar de este discurso los derechos. Éstos son el tema de los procesos formales de los tribunales, pero no de la mediación.

En esta etapa también se investigan las soluciones intentadas, pueden ayudar a conocer como se llegó a la construcción del problema y cuál es el camino que no debe tomar el mediador.

Durante todo el proceso, el mediador tiene que estar muy atento tanto a lo que las partes manifiesten verbalmente, como a sus gestos y movimientos, sin olvidar su propia reacción corporal.

Tercera etapa: reunión interna:

Esta etapa es la oportunidad que tiene el mediador o el equipo, si son varios, de reflexionar sobre las historias que han contado las partes y construir una historia alternativa. Esta se hace partiendo de las reflexiones realizadas: secuencias, temas valiosos, personajes, objetivos contribuciones, pautas de interacción, etc. que han tenido lugar a lo largo de la reunión conjunta o privada. De esta forma, se contextualiza el conflicto y es fundamental que en ella todas las partes estén positivamente posicionadas. El mediador tiene que anticipar dónde pueden surgir las dificultades, hacer una descripción de todo lo que podría suceder y estar alerta. Tiene que ser consciente de que esa narrativa o historia tiene agujeros vulnerables, por lo que deberá incluir toda una serie de hipótesis respecto a la procedencia de los inconvenientes, porque “la narrativa alternativa no es más verdadera que las otras; es solamente una forma diferente, más amplia de ver el conflicto¹⁵⁵”.

Cuarta etapa: reunión pública o conjunta:

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 228.

Esta etapa es claramente diferente a las anteriores, las dos primeras tienen un carácter más informativo. La tercera es la de equipo de mediación o del mediador (las partes están generalmente excluidas) y es fundamentalmente reflexiva. En esta cuarta etapa es cuando se operan las mayores recontextualizaciones en la relación entre las partes y la forma de comprender y visualizar el problema definido al comienzo del procedimiento. Además, se intenta trabajar por primera vez hacia el acuerdo.

Las partes tienen su tiempo y puede no coincidir con el del mediador, pero, puesto que las partes son las protagonistas, debemos respetar sus tiempos.

Resumiendo, los pasos a seguir dentro de esta reunión serían:

- Narrar una historia alternativa.
- Construcción del acuerdo: generando nuevas opciones, discutiendo las ventajas y desventajas de cada opción y encontrando una solución nueva.
- Formas de escribir el acuerdo: es importante que las partes queden legitimadas en posicionamientos positivos, que quede muy claro y que se indiquen conductas que puedan ser observables, definir el acuerdo como temporal y establecer criterios evaluativos del acuerdo.

En realidad, en cuanto a las fases que se derivan tanto del procedimiento establecido por la Ley como del establecido por el modelo Circular Narrativo de Sara Cobb, con independencia del número de etapas en las que se divide cada uno, podríamos condensarlas en tres: una fase antes de iniciar el procedimiento (premediación); iniciado ya el procedimiento (mediación propiamente dicha) y tras la finalización del procedimiento (postmediación).

Entre ambos procedimientos, el establecido por la norma jurídica y el establecido por el modelo Circular Narrativo, podríamos concluir que la diferencia esencial reside en que mientras el primero se centra más en dar una forma al proceso, el segundo se centra más en el fondo. Resulta razonable dado que en Derecho las emociones son completamente irrelevantes. Sin embargo, en

mediación, el mediador tiene que trabajar con las emociones desde una postura imparcial, así que las dificultades para él se incrementan en la medida en que tenga que enfrentarse a conflictos cuyas técnicas requeridas o bien no posea o no maneje adecuadamente. Cuantas más herramientas conozca y mejor las utilice, más se incrementarán las posibilidades de obtener un resultado favorable.

Al mediador se le exige un grado de observación que va más allá de las exposiciones y manifestaciones de las partes. Es importante pensar en la información que falta, porque cuando las partes definen lo que es y no es, el discurso estará afectado por su percepción de la realidad (teoría de los conjuntos borrosos).

Saber cuáles son las posiciones, intereses y necesidades de las partes (en adelante, PIN) se convierte en un objetivo del procedimiento de mediación, una labor a realizar por el mediador que debe pasar de las posiciones a las necesidades. Una pequeña causa puede producir grandes efectos (teoría del caos).

La posición es lo que se pide lo que se exige, “pero ella cumple un papel similar al de un iceberg: tan solo podemos percibir una pequeña punta que se asoma sobre el nivel del agua. Sabemos sin embargo que por debajo, sin que nosotros lo podamos apreciar directamente, hay una inmensa masa de hielo, del doble o triple tamaño de lo que alcanzamos a ver¹⁵⁶”. Por debajo de las posiciones encontramos los intereses, que “son los resortes silenciosos que hay tras el ruido de las posiciones¹⁵⁷”. Junto a ellas se encuentran las necesidades, que representan lo básico e indispensable para subsistir, aquello a lo que no podemos renunciar.

¹⁵⁶ GUILLERMO PORTELA, J., “Comprensión del PIN de las partes”. En V.A. *Mediación y solución de conflictos*. (Coord. Otero Parga, M.) Tecnos, Madrid, 2007, p. 234.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 234.

A través de la información que le sea suministrada por las partes, su propia investigación y observaciones, el mediador tendrá que ir construyendo desde afuera hacia adentro un mapa del conflicto. Deberá orientar a las partes a comportarse entre sí para favorecer la interacción, por lo que debe separar el problema de las personas para empezar a identificar los intereses.

El proceso de identificación de los intereses funciona en dos niveles de interrogación. Un nivel exterior, a través de la pregunta directa, a la que la parte puede que nos conteste y nos explique cuáles son sus intereses y necesidades, y el otro nivel es interior, que parte de la propia inteligencia del mediador y elabora su propia idea del conflicto. Sin embargo, es importante prestarle atención a ambos planos para llevar a buen fin la mediación.

A pesar de lo anterior, es necesario precisar que no se deben confundir las necesidades básicas con los deseos. En muchas ocasiones los deseos se hacen inseparables de las necesidades y cuando es así, el conflicto es mucho más difícil de resolver.

Si tuviéramos que hacer un resumen del contenido del procedimiento de mediación de esta escuela, bastaría con citar las palabras de su fundadora Sara Cobb, cuando afirma que, “por lo general, esta regulación incluye la provisión de un contexto para que cada participante “cuenta su historia”, para que exprese y escuche, y para regular los turnos en el uso de la palabra, programar sesiones públicas y privadas, explorar alternativas, crear opciones y construir un acuerdo. Se supone que la regulación del proceso de la mediación funciona con independencia de la regulación del contenido pero la perspectiva narrativa cuestiona esta distinción¹⁵⁸”.

Herramientas para mediar:

¹⁵⁸ COBB, S., “Una perspectiva narrativa en mediación”. En V.A. *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*. (Compiladores, Folger, H. P. y Jones, T.S.) Paidós Mediación, Buenos Aires, 1997, p 98.

Todas las habilidades que utiliza el mediador, las generales (empatía, escucha activa) e incluso aquellas más especializadas, no son un invento atribuible a la mediación, muchas de ellas derivan de otras disciplinas como la psicología¹⁵⁹ y, dentro de ella, la terapia familiar, con una diferencia fundamental en cuanto a su uso, ya que si en la psicología se emplean para lograr cambios en la personalidad del paciente, en la mediación se trata de lograr un cambio en la relación entre las partes¹⁶⁰. Autores como Haynes, Bush y Folger, Suares¹⁶¹ se han encargado de generarlas a través de su propia experiencia resolviendo conflictos relacionales, trasladándolas a la disciplina de la mediación.

La mayoría de la doctrina, al referirse a los medios empleados por el mediador para llevar a cabo el procedimiento de mediación, los denomina de diferentes formas: habilidades, técnicas, microtécnicas y herramientas, etc., pero lo que para unos es una técnica, para otros son microtécnicas o habilidades. En consecuencia, en aras a clarificar y simplificar este apartado, dado que tampoco es objeto de nuestra investigación realizar un estudio pormenorizado de los medios empleados por el mediador en la mediación, he optado por llamarle a esos medios “herramientas”, que junto con las habilidades que posea el mediador para utilizarlas, forjaran su propia técnica.

Así, relacionaré una serie de herramientas que el mediador deberá conocer y optar por usar aquellas que mejor se adapten a su persona y al caso concreto, porque solo cuando se utilizan se comprende la dificultad de usarlas adecuadamente y en el momento oportuno. No obstante, es importante decir que no sólo consiste en que el mediador aplique su técnica, sino que ésta a su vez debe de ser aceptada por la parte o las partes. Las técnicas se co-construyen entre los mediadores y las partes, porque cuando las partes están inmersas en un conflicto, llegan a la mediación con una historia individual de “su conflicto”,

¹⁵⁹ Vid. CALCATERRA, S.A., *Mediación estratégica...* cit.

¹⁶⁰ Vid. BUSH, R. A. y FOLGER, J. P., *La Promesa de Mediación*, Granica, Barcelona, 1996.

¹⁶¹ ESTEBAN SOTO, Y., “Las Microtécnicas de la Mediación”. En V.A. *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. (Coord. Soletto Muñoz, H.) Tecnos, Madrid, 2007, p. 247.

una historia reconstruida con diferentes aseveraciones que ellos consideran verdades absolutas. Son historias elaboradas y encapsuladas interiormente desde estados emocionales negativos¹⁶². Por lo tanto, el primer trabajo del mediador cuando comienza su intervención es “deconstruir” esta visión individual, subjetiva y parcial en cada una de las partes, para posteriormente construir y lograr una común y más integral, que englobe todos los aspectos del conflicto. Para la consecución de tal objetivo, el mediador debe producir un cambio cognitivo en cada una de las partes, a fin de que logren percibir la realidad de una forma más amplia¹⁶³.

Sluzki¹⁶⁴ reflexiona sobre la utilidad de lo que él denomina microtécnicas (para nosotros herramientas) y explica qué tipo de transformaciones se producen en la naturaleza de las historias previas con las que las partes inician el proceso de mediación (para nosotros procedimiento de mediación) y las condensa en:

- a) Transformaciones en el tiempo (puede modificar la concepción del inicio del conflicto. A veces se percibe posteriormente a cuando realmente se inició).
- b) Transformaciones en la concepción del contexto en el que se está produciendo el conflicto.
- c) Transformaciones en la concepción de la causa que provocó el conflicto.
- d) Transformación en la interacción entre las partes (a través de modificar sus percepciones sobre el otro).
- e) Transformación de los valores o temas valiosos de la historia.

Al analizar las distintas escuelas de mediación, observamos cómo cada una utilizaba sus propias técnicas en función de cuál era el objetivo a conseguir

¹⁶² ESTEBAN SOTO, Y., “Las armas del mediador para lograr el acuerdo: La Microtécnicas de la Mediación”. En V.A. *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013. p. 241.

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 241-242.

¹⁶⁴ SLUZKI, C., “Transformation: A Blueprint for Narrative Changes” 31(1992) *Therapy: Family* pp. 217-230. Cit. por ESTEBAN SOTO, Y., “Las armas del mediador...cit. p. 242.

(obtener el acuerdo, transformar el conflicto, obtener una historia alternativa, etc.). En la práctica eso nos indica que según qué tipo de modelo se elija puede ser más conveniente utilizar unas técnicas u otras. Dependerá del objetivo a conseguir y de la habilidad del mediador para usarla.

Á continuación recogemos aquellas herramientas que consideramos más relevantes de cara a la intervención del mediador:

- La escucha activa
- *Empowerment*
- *Caucus*
- Reencuadre
- Resumen
- Preguntas:
 - abiertas/cerradas,
 - circulares/lineales,
 - aclarativas/ informativas,
 - desestabilizantes/modificadoras.

- La reformulación
- La connotación positiva
- La legitimación de las posiciones de las partes
- La re-contextualización
- Enfocar hacia el futuro
- La normalización
- Reciprocación
- Sinopsis
- Reconocimiento del otro
- PNL (recién introducida)

Analizaremos seguidamente sólo algunas de ellas, eligiendo las más recurrentes con el único propósito de clarificar tanto la actividad del mediador, como para poder comprender en qué consiste la práctica del procedimiento de mediación.

La escucha activa.

La escucha activa es el “esfuerzo físico y mental de querer escuchar con atención la totalidad del mensaje que se emite, tratando de interpretar el significado correcto del mismo, a través del comunicado verbal y no verbal (donde se incluye el paraverbal) que realiza el emisor, e indicándole a través de la retroalimentación lo que creemos que estamos entendiendo¹⁶⁵”.

Según Diego Vallejo y Guillén Gestoso, la eficacia de la escucha activa dependerá de cuatro factores: 1) la consciencia del otro y la concentración en el mensaje de la otra parte, evitando la distracción mental y ambiental; 2) la observación y autocuestionamiento constante para entender el verdadero significado de las palabras que son expresadas por los mediados; 3) el resumen de lo que es dicho con la precisión de una parte del mensaje (“si entiendo bien, quieres decirme...”) para demostrar al emisor que el mediador está sintonizando con el proceso de comunicación y 4) la detección de las palabras clave en los mensajes transmitidos¹⁶⁶.

La escucha activa impide al mediador juicios previos y presurosos sobre la personalidad de los mediados. En caso contrario, aumentaría el riesgo de cuestionarse la imparcialidad que siempre debe mantener. De facto es una de las técnicas más importantes que se puede utilizar en cualquier tipo de mediación. Como nos revela Moore, cumple diversas funciones: 1) asegura que la parte está siendo efectivamente escuchada; 2) permite que el hablante y el oyente verifiquen el exacto significado del mensaje transmitido¹⁶⁷; 3) demuestra la aceptabilidad de la expresión de las emociones; 4) deja que el hablante explore sus propios sentimientos acerca del tema, clarifique lo que siente y las

¹⁶⁵ Cfr. VANDE-DER HOFSTANDT ROMAN, C. J., *El libro de las habilidades de comunicación*, Díaz de Santos, España, 2005, p. 77.

¹⁶⁶ Cfr. DE DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, Pirámide, Madrid, 2006, pp. 103-104.

¹⁶⁷ GALEOTE MUÑOZ, M^a. del P., “La mediación”. En V.A. *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos*. (Coord. Hinojosa Segovia, J.) Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 6190.

razones de sus emociones¹⁶⁸; 5) abre la puerta a la evaluación de la conexión entre las emociones y la sustancia del conflicto y 6) podrán aún cumplir una función fisiológica de estimular la liberación de tensión a través de la expresión de las emociones sentidas¹⁶⁹.

Dichas funciones confirman la importancia de la técnica analizada, por lo que su dominio es esencial por parte del mediador de cara a una mejor comprensión del conflicto.

Empowerment.

Consiste en revalorizar y potenciar el protagonismo de las partes en su relación y en el conflicto. Significa permitir a las partes definir sus propios problemas y buscar soluciones por su propia cuenta. Es decir, que se hagan cargo y sean responsables de su propia vida. Es una herramienta utilizada por la Escuela Transformativa, cuyos máximo representantes, Bush y Folger, opinan que “a través de la revalorización, el enfoque transformador evita los arreglos ilusorios e injustos, para facilitar, en cambio, los arreglos auténticos y equilibrados. Para decirlo de otro modo, siempre que existe la posibilidad de un auténtico arreglo, la revalorización y el reconocimiento practicados con eficacia probablemente lo lograrán. Cuando no se llega a ningún arreglo es porque no existe uno realmente aceptable para ambas partes. El enfoque transformador no desecha el objetivo del arreglo. Más bien puede afirmarse que suministra un modo distinto de alcanzar ese objetivo, un modo que no tiene efectos contraproducentes por referencia a sus propios fines”.

El Caucus.

Según algunos autores, *caucus* proviene del dialecto indio norteamericano (*kaukes*¹⁷⁰). Consiste en realizar entrevistas privadas y por separado con cada

¹⁶⁸ VEZZULLA, J. C., *Mediação. Teoria e Prática. Guia para utilizadores e profissionais*, Agora Comunicação, Lisboa, 2005, p. 32.

¹⁶⁹ MOORE, C., *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995, p. 223.

¹⁷⁰ VASCONCELOS-SOUSA, J., *Mediação*, Quimera, Lisboa, 2002, p. 132.

uno de los mediados. Es una figura controvertida ya que tiene sus pros y sus contras y, en consecuencia, sus detractores y defensores. Friedman rechaza totalmente el uso del caucus, porque considera que si la base de la mediación y la que propicia el acuerdo es la relación de equidistancia entre los mediados y las partes, el uso del caucus convertiría al mediador en un profesional de cada uno de los mediados y por lo tanto perdería dicha base¹⁷¹. Es un criterio que no comparto con este autor, y sí comparto con Marques de Cebola, e Hidalgo Mena, toda vez que en determinadas situaciones dicha técnica permite: a) esclarecer alguna cuestión que un mediado no quiere revelar frente a la otra parte; b) obtener nueva información o profundizar más en la existente que pueda generar más alternativas para el acuerdo; c) interrumpir las reuniones conjuntas para variar el rumbo que ha tomado la discusión¹⁷²; d) suavizar las tensiones; e) indagar en la sospecha de abusos o malos tratos; f) la situación de una persona que no está siendo cuidadosa con sus propios intereses; g) situaciones de hostilidad muy grande entre los mediados; h) los bloqueos en las negaciones; i) cuando las partes parecen incapaces de hacer propuestas y contrapropuestas¹⁷³.

En el caso de acudir al uso de dicha figura hay que tener en cuenta ciertos aspectos y tomar bastantes precauciones, su empleo por parte del mediador deberá de ser cuidadoso y siempre con el previo consentimiento de los mediados. Por eso es importante que los mediados, en la fase de premediación, tengan conocimiento de que esta figura existe, cual es la finalidad de la misma y que además puede ser empleada por el mediador siempre que lo considere necesario. Esto predispondrá a las partes a favor de su uso, llegado el momento.

¹⁷¹ FRIEDMAN, G. J., *A Guide to Divorce Mediation*, Workman, New York, 1993, pp. 36-37 y 281-283.

¹⁷² MARQUES CEBOLA, C., "La Mediación... cit. p. 226

¹⁷³ HIDALGO MENA, F. L., "Técnicas de mediación familiar". En V.A. *Mediación y orientación familiar*. (Coords. Henry Bouche, J. e Hidalgo Mena, F. L.) Dykinson, Madrid, 2008, pp. 249-296.

Cada mediador, claro está, tendrá que ser capaz de evaluar la necesidad o no de su empleo, para lo que atenderá tanto a sus propias características, como a las circunstancias del caso, sin poner en entredicho su imparcialidad y neutralidad y, por supuesto, en base al principio de confidencialidad. Tiene que poder garantizar a las partes que todo lo que se comente en estas sesiones es totalmente confidencial, salvo que la parte lo autorice.

El reencuadre.

Con esta herramienta el mediador intenta cambiar el significado negativo con el que son narrados los hechos por las partes, presentándolos bajo alguna faceta positiva.

El resumen.

Es un recurso que se utiliza para recobrar el control durante un encuentro, bien sea porque las partes se han enfrascado en una discusión, bien para resaltar alguna cuestión o para hacer reflexionar.

Es aconsejable realizar un resumen al finalizar cada una de las reuniones, puesto que enfatiza el trabajo realizado y sobre todo tienen gran importancia si en esa reunión se han logrado ya acuerdos parciales. Mediante el resumen se evidencia el avance de la mediación.

Particularmente, como mediadora, soy partidaria de utilizar también esta herramienta al comenzar la reunión. Es una forma de centrar la atención en todos los logros conseguidos y, además, nos permite iniciar la nueva reunión delimitando los temas ya tratados para centrarnos en los pendientes.

Las preguntas.

Por último, en cuanto a herramientas se refiere, vamos a tratar la importancia de las preguntas. Saber preguntar es un arte y una técnica, cuando el mediador seleccione las preguntas que va a hacer debe cuidar dos cuestiones fundamentales: no generar un clima defensivo entre las partes y no emitir juicios. Calcaterra aconseja que lo primero que deben tener en cuenta, sobre

todo los mediadores que provienen del campo del derecho, es la diferencia de finalidad que existe entre las preguntas que se formulan en los procesos de resolución por adjudicación y los procesos de resolución por consenso como el de la mediación, en el primer caso las preguntas se hacen para que el adjudicador pueda reunir datos que le permitan decidir; pero en el caso del mediador, salvo las cuestiones relacionadas con las estrategias y la dirección del proceso, no tiene nada que decidir¹⁷⁴ por lo que el tipo de preguntas no pueden ser las mismas.

Los psicólogos Diego Vallejo y Guillén Gestoso describen las preguntas como “ventanas de la mente¹⁷⁵”. El mediador, a través de la información que él recoge, podrá trazar el escenario del conflicto y ayudar a las partes orientándolas para que ellas mismas construyan el acuerdo. Él pregunta para que las partes se comuniquen y se entiendan y a partir de ahí, que puedan decidir. Pero el saber preguntar envuelve dificultades técnicas que el mediador tiene que dominar adecuadamente. Tiene que saber qué cuestiones preguntar, cómo hacerlo y cuándo. Para Hidalgo Mena, el preguntar en mediación tiene tres funciones: a) obtener información para contextualizar las ideas de los mediados; b) definir la relación entre las partes y c) equilibrar poder entre ellas¹⁷⁶. Así, el mediador debe recurrir a distintas clases de preguntas. Aunque desarrollar todas las que hay sería prácticamente imposible. Primero, por la variedad existente y segundo, por la diversidad de orientaciones que cada mediador puede introducir en cada diálogo según el tipo de mediador y conflicto.

Para dar a entender la importancia de la formulación de las preguntas, Vallejo Nájera y Guillén Gestoso lo ilustran con el siguiente ejemplo de claros tintes didácticos: un miembro del clero que preguntó a su superior: “¿Puedo fumar

¹⁷⁴ CALCATERRA, R. A., *Mediación...* cit. p. 197.

¹⁷⁵ DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación: procesos, tácticas y técnicas*, Pirámide, Madrid, 2006, p. 128.

¹⁷⁶ Vid. HIDALGO MENA, F. L., “Técnicas de mediación...” cit. 249-296.

mientras rezo?”. La respuesta fue inmediatamente negativa, pero cuando en otra ocasión el mismo miembro del clero se acercó a su superior y le preguntó: “¿Puedo rezar mientras fumo?”. El permiso fue concedido¹⁷⁷. Eso confirma que la forma de realizar la pregunta puede tener resultados diferentes.

A pesar de la gran variedad existente, que apuntamos líneas atrás, realizaremos algunas orientaciones al respecto y citaremos alguna de las preguntas más habituales. Para empezar, hay que decir que se deben evitar cierto tipo de preguntas, entre ellas las que requieran como respuesta el sí o no o las que conllevan connotaciones negativas. Por otro lado y especialmente hay que tener sumo cuidado cuando las partes introducen en su discurso palabras en tono afirmativo contundente. Con respecto a este tipo de manifestaciones la psiquiatra y mediadora Graciela Peyrú introduce la idea de una alfabetización emocional para poner el diálogo bajo control: “todo, nada, siempre, nunca”, como términos absolutos obstaculizan el dialogo por denotar ausencias de posturas intermedias y poco flexibles y ello demanda al mediador un trabajo con toda la narrativa de las partes¹⁷⁸. Nos parece adecuado ilustrarlo con dos ejemplos:

“Todo lo que hace él/ella me molesta”.

“Nada de lo que él/ella hace me gusta”.

Este es un tipo de discurso que el mediador debe positivar y para ello utilizará las mismas palabras en el modo interrogativo, enfatizándolas para construir con la parte otro discurso donde las exclusiones se vean mitigadas.

“¿Todo lo que él/ella hace le molesta?”.

“¿Nada de lo que él/ella hace le gusta a usted?”.

¹⁷⁷ DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación...* cit. p. 128.

¹⁷⁸ PEYRU, M. G., “Aplicación de los recursos múltiples” en *Desarrollo personal para el Ejercicio Profesional de la Mediación Familiar*, Cemfa, Buenos Aires, 1994. cit. por CALCATERRA, R. A., *Mediación...* cit. p. 197.

Es casi improbable que la respuesta a la pregunta del mediador sea un “sí” rotundo. Puede ser: “bueno, casi todo”. Expresión que aprovechará el mediador para positivizar y encontrar puntos de conexión e intersección positivos.

“Luego, por lo tanto, también hay cosas que le gustan, ¿verdad?”

“¿Por ejemplo, cuáles?”.

De ahí que dentro de la mediación exista un sinfín de clasificaciones en cuanto al tipo de preguntas: abiertas, cerradas, aclaratorias, hipotéticas, confrontativas, confirmatorias, circulares, lineales, etc. El dominio de esta técnica por parte del mediador es fundamental. Una pregunta formulada de modo equivocado podrá crear en el mediado una barrera difícil de superar, como ya hemos ilustrado.

Dentro de una primera clase estarían el tipo de preguntas más habituales, las preguntas cerradas y las abiertas. Las primeras pretenden obtener datos objetivos, saber quién, cuándo, dónde y cuánto. A veces, las respuestas consisten en simples monosílabos que no arrojan más información que un “sí” o un “no”¹⁷⁹. Sin embargo, las preguntas abiertas son amplias, constituyen una invitación a la explicación de las emociones, sentimientos, opiniones, pensamientos¹⁸⁰, etc. Son un vehículo para que el mediador pueda conocer a los mediados, a la vez que le permiten también internarse en el conflicto y dar con las verdaderas razones que subyacen: los intereses y las necesidades de las partes.

Ejemplo: “¿Cómo se sintió usted después del juego?”. Esta sería una pregunta abierta, ya que permite a la parte que se exprese al respecto.

Sin embargo, si preguntáramos: “Usted se sintió muy bien después del juego, ¿no?”. Esta pregunta lleva implícita la opinión de quien la plantea y señala el

¹⁷⁹ PARKINSON, L., *Mediación Familiar. Teoría y Práctica: Principios y estrategias operativas*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 127.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 127.

camino de la respuesta (tipo de pregunta habitual dentro del ámbito jurídico), por lo que un mediador no debería formularla.

Otra clasificación podría ser: preguntas lineales y circulares. Las primeras se centran en la perspectiva individual de cada mediado, orientando al mediador sobre el problema de la parte interrogada. Las circulares consisten en solicitar a cada mediado que indique lo que imagina que la otra parte siente o piensa de determinada situación.

Ejemplo: “Ana, si yo le preguntara a José sobre lo que él piensa del hecho de que usted se marchara de casa, ¿qué me respondería él?”. Para Hidalgo Mena este tipo de pregunta permite que los mediados adquieran la percepción de lo que cada uno siente por el otro e incita la emisión de opiniones reprimidas y nunca manifestadas¹⁸¹.

Sobre las preguntas circulares la mediadora Lisa Parkinson pone de manifiesto que “invitar a alguien a explicar cómo cree que otra persona (que puede o no estar presente) piensa o siente sobre un tema, en lugar de preguntarle cómo se siente él mismo acerca de esa cuestión, facilita cambios de perspectiva que pueden conducir a una forma diferente de entender la cuestión o a una nueva visión del problema¹⁸²”.

La reformulación.

Como su nombre indica, reformular es dar una nueva formulación a un mensaje emitido por una parte. Es una herramienta simple, pero con gran poder para producir cambios en el proceso reflexivo. En ocasiones resulta necesario volver a oír toda la información que nosotros hemos expuesto o que el otro ha expuesto de forma organizada y objetivizada y descubrir aspectos hasta entonces no contemplados. Es importante tener presente que esta nueva formulación no tiene por qué ser más correcta o verdadera que la que traen las

¹⁸¹ HIDALGO MENA, F. L., “Técnicas de mediación... cit. p. 276.

¹⁸² PARKINSON, L., *Mediación Familiar...* cit. p. 129.

partes, sino que se realiza simplemente para posibilitar la continuidad del diálogo, pero debe de ser lo más objetiva posible y lo más cercana a la realidad.

Es una de las herramientas que se suele utilizar durante todo el procedimiento de mediación, especialmente cuando se percibe una carga negativa en el mensaje emitido por una de las partes. Pero no cualquier reformulación produce el efecto deseado, para ello es necesario que cumpla una serie de condiciones: a) prestar a la situación un significado nuevo proporcionado por el nuevo contexto; b) que ese significado sea también adecuado; c) que sea más conveniente que el que han traído las partes¹⁸³. Hay que realizar la reformulación despojándola de cualquier comentario despectivo y posibles insultos, dándole un significado nuevo.

La connotación positiva.

Se podría decir que es un poco más compleja que la reformulación, puesto que en este caso no consiste en darle un mayor grado de objetividad a una información dada por la parte, sino otorgarle un significado positivo a un comentario negativo. Se suele utilizar cuando una de las partes realiza algún apunte de este tipo o que indique infravaloración tanto respecto a la persona o a la relación. El mediador deberá intervenir para reducir estas actitudes y sentimientos negativos, ya sean de temor y vulnerabilidad o inseguridad y sustituirlos por autoconfianza y control de la situación. Aquí juega un papel muy importante la creatividad del mediador, al tener que buscar esa cualidad positiva respecto al hecho negativo presentado. Es en este momento cuando el mediador obtiene su propia técnica al conjugar la herramienta de la “connotación positiva” junto con su habilidad para manejarla.

La legitimación.

En un conflicto inicialmente es habitual que una de las partes ofrezca un perfil no del todo objetivo, tanto de la otra parte como de sí misma; perfil que se ha

¹⁸³ ESTEBAN SOTO, Y., “Las Microtécnicas de... cit. p. 250.

desfigurado como consecuencia de la subjetividad de la propia historia contada. Entonces se recurre a esta herramienta para intentar ayudar a que las partes puedan cambiar las posiciones preestablecidas que tienen dentro de la historia, habitualmente falsas y desproporcionadas.

Enfocar hacia el futuro.

Normalmente, cuando las partes acuden al mediador, lo primero que quieren es hablar del pasado y se reprochan actos o conductas pretéritas. Ello se debe a que traen conflictos pasados no resueltos y sienten la necesidad de exteriorizarlos.

Esta herramienta se suele utilizar cuando vemos que las partes se detienen demasiado en ello y es necesario movilizarlas hacia el futuro, mediante preguntas que las obliguen a posicionarse en él.

Por ejemplo: “¿Qué haría falta para que en el futuro no volviera a repetirse?”.

La normalización.

Es una herramienta sencilla. Se utiliza cuando las partes se creen inmersas en un conflicto que consideran demasiado extraño o inusual para poder resolverse y se intenta conseguir una perspectiva más habitual del hecho narrado. Hay que hacer que se perciba como un conflicto normalizado y con más posibilidades de resolución.

Ejemplo: “Es normal que ante esta situación se experimenten elevados grados de tensión”.

Como advierte la mediadora Esteban Soto, no se puede confundir el normalizar “con el compadecer o consolar, ni nada parecido. Si un mediador utiliza estos procedimientos, un peligro en el que se puede caer debido a la inexperiencia, a no pararse antes a formular mentalmente la técnica, puede que ocasione un retroceso en el avance de las partes. A muchas personas les genera rechazo que se utilicen este tipo de comentarios con ellas, muchas veces vacíos de contenido

e incluso de sinceridad: 'Ya verás cómo esto pasa'; 'Nada, nada... no te preocupes, ya se solucionara'¹⁸⁴.

Reciprocación.

Las partes suelen presentar el problema de tal manera que la culpabilidad recae siempre sobre la otra parte. Es bastante inusual que una persona admita ser copartícipe del problema, así que esta herramienta le va a permitir al mediador encontrar una nueva definición del problema para que la posición de culpabilizar al otro desaparezca.

Lograr que ambas partes se consideren co-partícipes en el problema es el primer paso para iniciar su resolución. Es una forma de pasar de una postura competitiva a una postura colaborativa a la hora de enfrentarse al conflicto.

A modo de resumen, podríamos concluir que las herramientas que utiliza el mediador tienen como fin, transformar las historias previas de las partes conduciéndolas de un modo reflexivo para conseguir un cambio en la relación y si es posible, un acuerdo. Aunque no es una tarea sencilla y requiere mucha experiencia y formación por parte del mediador.

En conclusión, existen numerosos modelos de mediación, según estén centrados en conflictos domésticos, laborales, ecológicos, internaciones; dependiendo de las tradiciones y escuelas del mediador o de dónde se quiera poner el acento e, incluso, según los intereses de terceros para que el conflicto finalice. Cada temática implica el uso de determinadas técnicas, aunque hay principios y normas que deben considerarse comunes a todo procedimiento mediador (serían aquellos principios nucleares que conformarían las bases de la mediación).

De una forma resumida, y siguiendo a Fisas, podemos decir que los modelos de mediación están formados por dos grandes apartados: el contexto y el proceso negociador. El primero se refiere a la naturaleza de las partes, de la disputa y

¹⁸⁴ ESTEBAN SOTO, Y., "Las Microtécnicas de... cit. p. 245.

del mediador, mientras que el proceso negociador tiene que ver con las estrategias llevadas a cabo por la persona que conduce la mediación¹⁸⁵. Es ahí donde cobra importancia el conocimiento de las herramientas existentes, porque al combinarlas con las habilidades del mediador, arrojan, como resultado, la obtención de la estrategia adecuada al caso concreto, ya que las actividades del mediador pueden ser múltiples y variadas, según el contexto del conflicto y el momento en que se interviene.

Cada proceso necesita de una persona mediadora con un perfil apropiado. Para Zartman¹⁸⁶ y Touval¹⁸⁷, el mediador usa la comunicación, la formulación y la manipulación¹⁸⁸, porque el mediador es: a) un comunicador. Un mensajero que posibilita contactos. Un “rebotador”, como un mesa de ping-pong; b) un formulador, que proporciona una comprensión común del problema y sugiere vías de solución. Ha de ser capaz de desbloquear el pensamiento de las partes en el conflicto mediante la imaginación; c) un manipulador, porque asume un máximo grado de involucración y forma parte de la solución. Debe persuadir a las partes para que visionen esa solución.

En definitiva, como apunta Fisas, la función del mediador es la de intervenir activamente y de forma apositiva en el proceso, aunque no en las decisiones y los contenidos. Todo ello nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta:

D. ¿Cuáles son los elementos que componen la ética del mediador?

¹⁸⁵ FISAS, V., *Cultura de Paz y Gestión de los Conflictos*. Barcelona. Icaria-Ediciones UNESCO, 1998. p. 211.

¹⁸⁶ ZARTMAN, W., Profesor Emérito de la Organización Internacional y Resolución de Conflictos.

¹⁸⁷ TOUVAL S., político experto en mediación internacional.

¹⁸⁸ ZARTMAN, W. y TOUVAL, S., “International Mediation in the Post-Cold War Era” en *Managing Global Chaos, U.S, Institute for Peace Press*, 1996, p. 454. Cit. por FISAS, V., *Cultura de Paz y Gestión de...* cit. pp. 213-215.

Hasta aquí y para tratar de establecer las bases de la mediación hemos enumerado los distintos tipos de conflictos que pueden surgir de la interacción e interrelación humana; estudiado las distintas formas de cómo el ser humano se comporta frente al conflicto; explorado patrones para poder identificarlo; analizado distintos métodos para gestionarlo; recopilado diferentes herramientas para llevar a cabo esa gestión e incluso hemos examinado los distintos marcos normativos que la regulan. No obstante, nada o prácticamente nada hemos hablado sobre el actor principal de la mediación el “Mediador”; este tercero imparcial y neutral que, sin poder de decisión, sin embargo, tiene que saber identificar el conflicto, elegir el modelo a seguir y seleccionar las herramientas que va a emplear, porque de su buen saber y hacer depende el éxito de la mediación.

El mediador se convierte en la espina dorsal de la mediación, “pieza esencial del modelo”, como lo reconoce la propia LMACM en el apartado III de su preámbulo¹⁸⁹.

En 1990 se planteó ya la cuestión: ¿qué es un mediador?¹⁹⁰. Hoy, con el tiempo, las investigaciones y las experiencias, hay que intentar plantear la pregunta de la identidad del mediador. Si ya precisar una profesión a la que se puede circunscribir (abogado, ingeniero) resulta difícil, lo es aún más cuando se trata de definir la figura del mediador¹⁹¹, puesto que aún no está totalmente delimitada.

Al sociólogo y psicólogo Julien Freund, refiriéndose a la figura del mediador, le parece sorprendente que, “salvo para algunos poco autores, esta noción del tercero casi no haya sido objeto de investigación entre los sociólogos y sin

¹⁸⁹ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Apartado III del Preámbulo “La figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo...”.

¹⁹⁰ SIX, J. F., *Les temps des médiateurs*, Seuil, Paris, 1990, pp. 195-226.

¹⁹¹ SIX, J. F., *Dinámica de la mediación*, Paidós Mediación, Barcelona, 1997, p. 153.

embargo ella es capital para comprender el tejido social, ya que la sociedad es un conjunto de relaciones entre terceros, que tanto pueden formar una unidad coherente, por ejemplo, un grupo, como estar dispersos en una multitud¹⁹²”.

En consecuencia, en este apartado trataremos de encontrar la identidad del mediador a través de definir cuáles son sus funciones, habilidades, características y ética.

Si obtener una concepción del conflicto, dada las múltiples definiciones existentes, resultó difícil, obtener una concepción clara de la figura del mediador no va a ser menos complejo.

Para el profesor Cárdenas, el mediador es una persona capacitada profesionalmente para ayudar a las partes en conflicto a encontrar una alternativa, a la vez que es un experto en el arte de devolver a las partes su capacidad negociadora, con el fin de que recuperen la posibilidad de gestionar la vida familiar que ellos mismos acuerden con soluciones inteligentes y beneficiosas para todos¹⁹³.

Por su parte, la LMACM, aunque no recoge de forma expresa dentro de su articulado una definición del mediador, se refiere a él en el apartado III del Preámbulo en los siguientes términos:

“La figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir”.

¹⁹² FREUND, J., *Sociología del conflicto*. Fundación Cerien, Madrid, 1987, p. 258.

¹⁹³ Cfr. CARDENAS, E. J., *La mediación en conflictos familiares: lo que hay que saber*. Lumen-Humanitas, Buenos Aires, 1999.

Un repaso por la normativa autonómica nos confirma que la mayoría se limita a relacionar los derechos, deberes y obligaciones del mediador, pero tampoco ofrecen una definición precisa al respecto en lo referente a sus aptitudes atributos y funciones.

Siguiendo a Munuera¹⁹⁴, podríamos enunciar las funciones del mediador del siguiente modo:

- Explorar el conflicto entre las partes.
- Ayudar a desarmar el conflicto dando una dimensión nueva del mismo.
- Identificar el PIN de las partes (posiciones, intereses, necesidades), facilitando así una mejor comprensión de las posiciones mantenidas.
- Intentar que las partes se interroguen sobre su posición en el conflicto.
- Abrir un espacio en común a las partes, donde puedan redefinir sus intereses.
- Abrir canales de comunicación para mejorar la comunicación entre las partes.
- Legitimar a las partes.
- Gestionar el procedimiento desde una postura neutral e imparcial.
- Conocer las diferentes herramientas y modelos de mediación.
- Asumir la responsabilidad del proceso.
- Evitar la desigualdad de poder entre las partes.
- Lograr que las partes analicen o creen otras opciones.

Para cumplir esas funciones es necesario que el mediador posea una amplia variedad de conocimientos o habilidades que le permitan:

- Organizar la conversación entre las partes facilitándoles la interacción.
- Construir una práctica discursiva adecuada para que las partes desarrollen alternativas nuevas que impidan el estancamiento del conflicto.

¹⁹⁴ MUNUERA GOMEZ, M. P., *Nuevos retos en mediación: familiar, discapacidad, dependencia funciona, salud y entorno social*, Tirant Humanidades, Valencia, 2014, pp. 85-86.

- Transmitir una nueva forma de aprendizaje en la resolución de conflictos.

Para afrontarlo, el mediador tiene que saber:

- Qué conocer y cómo.
- Cómo observar.
- Cómo pasar de la observación a la comprensión.
- Cómo interpretar los significados.

Todos los hitos enumerados, nos conduce a las características que el mediador debe ostentar:

- Contar con una formación teórica y práctica que le permita manejar o crear sus propias técnicas.
- Elevado grado de madurez en inteligencia emocional.
- Autocomprensión.

Para Jean-Françoise Six, el mediador es un “creador”, porque si partimos de que cada mediación es única, según las personas, los grupos y las circunstancias, “lo mismo ocurre por parte del mediador, que tiene su personalidad, su manera de hacer, y debe inventar su práctica y, en resumen, su teoría¹⁹⁵”.

En definitiva, el mediador ha de ser una persona que reúna una serie de cualidades y cumpla unos requisitos propios dentro del procedimiento de mediación dado que: cuenta con la confianza de las partes, es imparcial, no representa a ninguna de ellas en particular, controla el procedimiento, es flexible, respeta la confidencialidad del procedimiento, suaviza los momentos de tensión, concede oportunidades a todas las partes, entiende sus necesidades, refuerza los aspectos positivos de cada parte, es realista, procurando que las partes también lo sean, valora y practica la creatividad, es objetivo y paciente y sabe escuchar¹⁹⁶. Valores muy propios de la cultura de la paz como veremos.

¹⁹⁵ SIX, J. F., *Dinámica de la mediación...* cit. p. 156.

¹⁹⁶ FISAS, V., *Cultura de Paz y Gestión de...* cit. p. 214-215

Pero al tener que adentrarnos en la ética del mediador debemos referirnos a una ética general, sin poner de relieve si es mediador familiar¹⁹⁷, de empresas o intercultural. La ética entendida en este sentido no puede recoger recetas morales adaptadas a cada sector o país. Para Jean Françoise Six, “si la mediación es una realidad primera y un concepto por sí misma, la coherencia quiere que haya una única perspectiva ética flexible, pero unificada para todo mediador, sea cual fuere su inserción¹⁹⁸.”

Todas esas reflexiones nos llevan a tener que diferenciar entre ética, moral y deontología, porque aunque ambas se ocupan de un mismo objeto: “la valoración de lo bueno y lo malo en la conducta humana¹⁹⁹”, hay que precisar que sus enfoques no son totalmente iguales, tal y como los diferencia la profesora Munuera Gómez. La moral estudia desde un punto de vista empírico e histórico las acciones humanas en la realidad de las diferentes culturas, contempla la diversidad de su idiosincrasia y trata de establecer juicios de valor adecuados. Por su lado, la deontología oscila entre la ética y la moral, y a partir de ellas se propone establecer las normas que deben regir la conducta en situaciones determinadas, como puede ser el ejercicio de una profesión. Sin embargo, la “ética utiliza el análisis filosófico, ilumina el problema desde el ángulo de la axiología y a través de la especulación pura trata de establecer un “deber ser” de valor universal²⁰⁰”.

¿Cuáles son, pues, los elementos que deben integrar la ética del mediador?

¹⁹⁷ JUNCOSA i CARBONELL, A., “Status epistemológico de la ciencia y la ética”. En V.A. *La mediación de la filosofía en la construcción de la bioética*. (Coord. Francesc, A. y Cañon, C.) Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1993, p. 65. Propone una ética particular al mediador familiar basada en: la ética del tiempo; la ética del espacio y la ética de la relación.

¹⁹⁸ SIX, J. F., *Dinámica de la mediación...* cit. p. 177.

¹⁹⁹ MUNUERA GOMEZ, M. P., *Nuevos retos en mediación...* cit. p. 98.

²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 98.

Juncosa i Carbonel, catedrático de Ética y Sociología nos propone una ética particular para el mediador familiar basada en:

- La ética del tiempo (permitir la maduración de las partes sin crear una asistencia prolongada).
- La ética del espacio (no tomando partido por ninguna de las partes).
- La ética de la relación (buscando relaciones positivas mirando hacia el futuro).

Pero si nuestra pretensión es establecer una ética general sin recetas morales ni adaptadas a cada sector, tenemos que reconducir nuestra construcción siguiendo la teoría del Teólogo Jean Françoise Six. Este teólogo, refiriéndose a la ética del mediador, en general opina que “no se trata de exponer grandes principios, sino de examinar cómo el mediador, en conflicto con su ambiente, podrá vivir, existencialmente, una verdadera ética²⁰¹”. Hay que hablar del mediador en toda clase de mediaciones. Para ello el IFM (Instituto Nacional de Mediadores) forma mediadores generalistas y evita la parcelación, porque lo considera un gran peligro para el futuro de la mediación. La coherencia quiere que haya una única perspectiva ética, flexible quizás, pero unificada para todo mediador, sea cual fuere su inserción²⁰².

Esto último nos lleva a considerar que los elementos que deben integrar la ética del mediador, siguiendo a Six, deberían ser:

- La valentía
- La prudencia
- La rectitud

Cuando hablamos de valentía no nos referimos solo a la valentía física, sino a la valentía del que resiste, y ello conlleva: el deber de resistir a la tentación de un resultado inmediato; el saber llevar el peso del riesgo ante el fracaso; el saber

²⁰¹ SIX, J. F., *Dinámica de la mediación...* cit. p. 176-177.

²⁰² *Ibíd.*, p. 177.

albergar la discreción a pesar del éxito y el enfrentarse a la situación sin actuar en nombre de un poder, desprendiéndose de cualquier medio de coerción.

“Si la justicia tiene el coraje de tener los ojos vendados con el fin de evitar cualquier discriminación, la mediación tiene la valentía de conservar las manos atadas con el fin de impedirse cualquier intervención abusiva²⁰³”.

Para el filósofo alemán Eric Weil, la valentía “manda sopesar los riesgos antes de actuar”, pero también con el fin de actuar²⁰⁴.

Para Six, la prudencia en el mediador es mantener el modo; estar a la escucha pero sin ser pasivo; avanzar sin intervenir; no caer a la derecha ni a la izquierda y no hundirse en el sentimentalismo ni en la expectativa. Porque si la mediación no tiene como finalidad única la resolución del conflicto, sino, ante todo, la capacidad de crear lazos y puentes, desde esta óptica, la prudencia, lejos de tener un sentido de retroceso o huida, invita a la invención. El mediador ejerce una presión sobre dos libertades para que inventen juntas una solución para su problema, sin perder de vista ese riesgo posible de que de un bien surja involuntariamente un mal. En la prudencia se encuentra la verdadera dinámica del secreto, ese respeto absoluto por la identidad de alguien y evita que el mediador se convierta en moralista²⁰⁵.

En cuanto a la rectitud, debemos tener en cuenta que el mediador se sitúa constantemente en la práctica frente a nuevas situaciones. Cada mediación es diferente a las demás, por eso, cada vez debe enfrentarse a la adaptación de medios y fines; debe pensar en términos de valores y de estrategias, en términos de moral y de eficacia. Lo esencial aquí es su juicio de valor, su capacidad de corroborar cada vez su intervención según el caso, con el objeto de lograr una verdadera mediación, a fin de que las partes consigan ellas mismas alguna salida.

²⁰³ SIX, J. F., *Dinámica de...* cit. p. 178.

²⁰⁴ *Ibíd.*, p. 178.

²⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 179-180.

No es el mediador, sino los mediados los primeros actores de una mediación. El mediador no puede actuar si los mediados no se comportan realmente como parte integrante o si esperan de él la solución o la resolución de su conflicto.

En todo caso, el mediador no debe abandonar la vigilancia, debe evitar situarse “como hombre de bien” y anular la capacidad de los mediados de descubrir por sí mismos el discernimiento para encontrar su propia salida²⁰⁶.

El mediador tiene que ser un genio, como sucede en el siguiente relato de un autor anónimo recopilado por el sacerdote jesuita y psicoterapeuta Anthony de Mello²⁰⁷:

- “Le preguntaron al Maestro:
- La gente dice que eres un genio, ¿es verdad?
- ¡Ya lo creo!
-¿Y qué es lo que convierte a uno en un genio?
- La capacidad de reconocer.
- ¿Reconocer qué?
- Reconocer a la mariposa en el gusano; al águila en el huevo
y al Santo en el hombre egoísta”.

²⁰⁶ *Ibíd.*, p. 181.

²⁰⁷ ANTHONY DE MELO, S. J., “¿Quién puede hacer que amanezca?”, Sal Terrae, Cantabria, 1993. p. 244.

-CAPÍTULO V-**EL FUTURO DE LA MEDIACIÓN**

- 5.1 Valoración de conjunto: perspectivas
- 5.2. La Justicia Restaurativa: el próximo reto
- 5.3. El Derecho Colaborativo: una opción con futuro
- 5.4. La mediación *On Line* en materia de consumo: un compromiso con Europa
- 5.5. La mediación en el ámbito del derecho de las confesiones religiosas: su particular interés en el Derecho Canónico
- 5.6. La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo

-CAPÍTULO V-**EL FUTURO DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA****5.1. Valoración de conjunto: perspectivas**

La Filosofía del Derecho ha cumplido dos papeles a lo largo de la historia: en ocasiones ha servido para administrar una justificación valorativa del Derecho vigente y en otras, para abrir nuevos caminos jurídicos¹.

El jurista y filósofo del derecho, Recasens Siches, afirma que, desde finales del siglo XIX, el Derecho ha experimentado grandes cambios en todas sus ramas. En concreto, el derecho privado, de acentuada tendencia individualista en el XIX, se ha convertido, en el XX, en nuevo Derecho impregnado de criterios sociales de interdependencia y colaboración. Así, han brotado nuevas ramas del derecho que cubren áreas extensas de interrelaciones humanas y que, a su vez, han reorganizado la convivencia y la cooperación, centrando en torno de sí un gran número de controversias jurídicas originadas en la práctica del día a día².

Tales cambios han sido propiciados por las nuevas doctrinas sociales que se han ido desarrollando y por la crisis que está sufriendo el paradigma sobre el que se asienta nuestro actual poder judicial. Esa situación de inseguridad aumenta el margen de incertidumbre respecto a la regulación jurídica y contribuye a que, dentro del orden jurídico-positivo, se enfrenten corrientes divergentes y opuestas, lo que da lugar a choques entre sí con mayor frecuencia³. Este hecho suscita un enorme incremento de los problemas prácticos que se plantean ante los tribunales de justicia y órganos administrativos.

La individualización jurisdiccional del Derecho ha generado problemas en todos los países y en todos los momentos y coyunturas históricas. Muchos de

¹ RECASENS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, México, 1980, p. 4.

² *Ibíd.*, cit. pp. 5-7.

³ *Ibíd.*, cit. p. 11.

los cambios radicales que se han producido en los últimos años en la regulación jurídica se deben a la elaboración de nuevas leyes inspiradas en principios y propósitos diferentes a los de antaño o bien a los creados por la jurisprudencia, cuando esta incorpora nuevos sentidos a normas que tenían que aplicarse a realidades sociales muy diferentes de aquellas para las que fueron creadas. Esos cambios a veces han originado la coexistencia de normas jurídico-positivas de igual rango formal, con contenidos antagónicos o, cuando menos, con orientaciones diversas. En opinión de Recasens Siches, el juez de hoy día tiene que enfrentarse a cinco problemas para solventar las lagunas con las que se puede encontrar para poder aplicar el ordenamiento jurídico existente a los problemas sociales actuales:

- Hallar la norma válida pertinente para el caso controvertido.
- Convertir los términos generales de la ley o del reglamento en una norma singular y concreta para el caso particular debatido, de modo que en esta norma individualizada se cumpla el propósito que inspiró la regla general.
- Saber cuál de los varios métodos posibles de interpretación debe ser elegido para tratar el caso concreto.
- Cómo ha de actuar cuando la aplicación de una norma, en apariencia válida, al problema singular sometido a su jurisdicción lleve a un resultado notoriamente injusto.
- Cómo se debe desenvolver en los casos de las llamadas “lagunas”, en el ordenamiento positivo formulado.

Todos esos problemas han hecho que desde la práctica jurídica cotidiana se tenga que recurrir a la Filosofía del Derecho para que esta suministre aclaraciones satisfactorias. Tanto es así que una de las preocupaciones en la elaboración y en la aplicación del orden jurídico ha consistido en armonizar la necesidad de certeza y seguridad por una parte y la necesidad de cambio por otra.

Es evidente que la evolución de la sociedad ha provocado un cambio en el rol del juez, pero este cambio ya fue previsto por el jurista y filósofo belga François Ost, allá por el año 1991, con la publicación de su artículo titulado “Júpiter, Hércules, Hermes, tres modelos de Juez⁴”.

Para Ost, el primer modelo está basado en el Derecho jupiteriano. El juez Júpiter representa lo imperativo, da preferencia a la naturaleza de lo prohibido, mira desde arriba y dice la Ley desde lo alto de la pirámide. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. Está marcado por lo sagrado y por lo trascendente.

El segundo modelo lo denomina el modelo herculáneo. Es aplicado sobre la tierra, toma la figura de la revolución y está representado por un embudo. El juez Hércules es un semi-dios que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos. A partir de aquí, no hay más derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la Ley la que crea autoridad. El código es sustituido por el dossier. La singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad y la abstracción. Tanto “resuelve sobre un derecho de visitas o dilucida sobre el interés del menor en un asunto de familia, como acuerda un desahucio, una orden de alejamiento, un internamiento de extranjeros o celebra y sentencia un juicio de faltas de injurias entre vecinos... Y así un día tras otro⁵”.

Y por último, el tercer modelo o nuevo modelo, el Juez Hermes, mensajero de los dioses, siempre en movimiento. Está a la vez en el cielo, en la tierra y en los infiernos. Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas. Asegura el tránsito de unas a otras. Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. “No

⁴ OST, F., “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, 8 (2007) *Academia Revista sobre enseñanza del derecho*, pp. 102-104. En acceso digital. Consultado el 3-6-2015. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf

⁵ FREIRE PÉREZ, R., “La posición del juez ante la mediación: ¿espectador, participante, garante? En V.A. *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* (Coord. Carretero Morales, E., Ruiz López, C.) Tecnos, Madrid, 2013, p. 418.

conoce otra ley que la de circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados⁶”.

Para Ost, si la montaña o la pirámide convenían a la majestad de Júpiter y el embudo al pragmatismo de Hércules, en cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de red. Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, una multiplicación de los actores y una diversificación de los roles. El derecho posmoderno, o el Derecho de Hermes, se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables. Es una estructura de red, como la de un banco de datos⁷.

Solo un Juez Hermes “puede darse cuenta del mundo que le ha tocado vivir, y de que él solo no puede acometer su transcendental tarea de hacer justicia, y que ha de echar mano, interconectar –recordemos que su símbolo es la red–, hacer servir, dar intervención a otros saberes, a otros expertos, a otros modelos que le ayuden, sin perder la autoridad, en su función de impartir justicia, otros modelos como la Mediación⁸”.

Pero la mediación ha de ser entendida como un concepto nuevo que se debe elaborar a partir del presente, porque los significados que han llegado hasta nosotros en la actualidad, ya sean usuales, doctrinales o legales, no han nacido ahora, sino que son un legado lingüístico que las generaciones anteriores han ido reelaborando y transmitiendo. Aunque se hayan producido cambios importantes a lo largo de este tiempo, no llega a hacer desaparecer el “código genético”, como lo denomina el Prof. Puy Muñoz⁹.

⁶ OST, F., “Júpiter, Hércules... cit. pp. 103-104.

⁷ *Ibíd.*, p. 104.

⁸ FREIRE PÉREZ, R., “La posición del juez... cit. p. 419.

⁹ PUY MUÑOZ, F., “La expresión ‘Mediación jurídica’, un análisis tópico”. En V.A. *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente* (Coord. Otero Parga, M., Soletto Muñoz, H.) Tecnos, Madrid, 2007, p. 28.

Normalmente es la sociedad quien crea las figuras antes de que el legislador las regule. La mediación no ha sido una excepción, puesto que todas las definiciones legales existentes han bebido de la Jurisprudencia Doctrinal creada por autores prácticos de la mediación. De ahí la explicación de tanta diversidad de definiciones, ya que cada uno la elaboraba partiendo de su propia práctica, experiencia y campo de actuación, que cuando irrumpe en las leyes positivas, arrastra precisamente esa imprecisión y confusión e impide obtener un concepto claro sobre qué es la mediación.

El profesor Puy Muñoz ha realizado una profunda investigación en torno a la obra de los autores más prestigiosos en la materia, con ediciones en Norteamérica, México, Argentina y España, y afirma haber recolectado hasta 17 definiciones de mediación que nos resume por orden de aparición:

1. Jay Folberg¹⁰ y Alison Taylor¹¹ (1984)
2. Christopher Moore¹² (1986)
3. Jean François Six¹³ (1990)
4. Karen Grover¹⁴, James Grosch y Paul Olczak (1996)
5. Marines Suares¹⁵ (1996)
6. Bennet G. Picker¹⁶ (1998)
7. Zig Zeigler¹⁷ (1998)
8. Sara Rozenblum de Horowitz¹⁸ (1998)

¹⁰ Jay Folberg: licenciado en derecho y mediador.

¹¹ Alison Taylor: profesora en Técnicas de mediación y resolución de conflictos.

¹² Cristopher Moore: abogado experto en conflictos internacionales.

¹³ Jean François Six: Doctor en letras en teología y ciencias de la religión.

¹⁴ Karen Grover: mediador.

¹⁵ Marines Suares: mediadora.

¹⁶ Mediador y Árbitro.

¹⁷ Zig Zeigler: mediador.

¹⁸ Dr^a. en Psicología clínica y licenciada en Psicología por la Universidad de Buenos Aires.

9. Francisco Díez y Gachi Tapia¹⁹ (1999)
10. Silvia Fernández (2001)
11. Carme Boqué²⁰ (2002)
12. Eduard Vinyamata²¹ (2003)
13. Rubén Calcaterra²² (2003)
14. José Manuel Ramírez Sineiro²³ (2004)
15. Guadalupe Márquez Algara²⁴ (2004)
16. Luis María Bandieri²⁵ (2004)
17. Elías Neuman²⁶ (2005)

De la conjunción de las definiciones manifestadas por dichos autores, en donde coexisten definiciones desde el punto de vista penal, como las de Neuman; internacional, como las de Sineiro y generalistas con carácter sectorial (laboral, familiar, comercial etc.), que defienden el resto de autores, el profesor Puy extrajo dos fórmulas²⁷:

- Una visión jurídica positivista y formalista (busca una definición descriptiva, como los legisladores), que toma causa de las definiciones de Folberg, Taylor y Moore y da lugar a un modelo que Puy denomina “modelo de definiciones doctrinales descriptivas”. Este juega con seis elementos que expone así:

¹⁹ Ambos son mediadores.

²⁰ Carme Boqué Torremorell: Doctora en Pedagogía, licenciada en Filosofía y postgraduada en Resolución de Conflictos.

²¹ Eduard Vinyamata: negociador, conflictólogo y Dr. en Ciencias Sociales.

²² Rubén Calcaterra: abogado y mediador.

²³ Jurista.

²⁴ Dr^a. en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

²⁵ Luis María Bandieri: Dr. en Ciencias Jurídicas, abogado y periodista.

²⁶ Elías Neuman: criminólogo.

²⁷ PUY MUÑOZ, F., “La expresión ‘Mediación jurídica... cit. pp. 25-26.

“La mediación es: 1) un procedimiento 2) que resuelve un conflicto entre dos 3) con un acuerdo justo y legal, 4) obtenido de un diálogo mantenido de forma voluntaria 5) y moderado por un mediador imparcial y neutral, 6) provisto de autoridad moral y privado de potestad coercitiva”.

- Una visión jurídica realista o iusnaturalista, en donde los autores como Diez, Tapia, Boqué y Bandieri no se conforman con una mera descripción formal e intentan una definición esencial que encuentre la raíz significativa. Juega también con seis elementos:

“La mediación es: 1) un proceso transformativo, 2) de comunicación circular, 3) que coloca a las personas descentradas en su centro 4) y ordena el fluir de los conflictos que las enfrentan 5) al hallazgo de la misma cosa justa, 6) evitando la recaída en la espiral de la venganza”.

Para completar esa síntesis, Puy Muñoz también realizó una comparativa entre catorce definiciones legales, con las que llegó a la conclusión de que el legislador occidental tiene una imagen esencialmente descriptiva de la mediación y que él esboza de esta manera:

“La mediación es un procedimiento jurídico de resolución extrajudicial de conflictos entre las personas, caracterizado por la intervención de una tercera parte, neutral e imparcial respecto de las partes en controversia, que aceptan que las auxilie en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas, dentro de los límites fijado por la ley”.

En relación a lo expuesto, la profesora de filosofía Carme Boqué, en referencia a la dificultad de definir la mediación, afirma que no es una pretensión trivial, ya que implica entrar en un discurso teórico complejo, que se origina en ámbitos disciplinarios divergentes y que “se ve engrosado por un cúmulo de prácticas aún más inconexas, si cabe”. Además, acumula “el agravante de que en los textos sobre mediación no siempre figura una definición explícita de este fenómeno²⁸”.

²⁸ BOQUÉ TORREMORELL, M.C., *Cultura de mediación y cambio social*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 21.

Todas estas reflexiones invitan a realizar un intento de alcanzar una definición partiendo de la recopilación etimológica realizada y el análisis de la esencia de la mediación, aunque parto previamente de que, como afirma Puy Muñoz, “casi ninguna materia práctica consiente conclusiones teóricas²⁹”.

Antes de entrar a dar mi propuesta de definición sobre el nuevo concepto de mediación, es necesario recordar previamente unas aclaraciones conceptuales. Cuando hablamos sobre el conflicto, insistimos en su constante evolución, pero esta no solo afecta al conflicto, puesto que, a medida que avanzan los años, también afecta a quienes lo analizan. El contacto entre teoría y observación directa es cada vez más fuerte, pero también lo es la influencia de otras disciplinas. En opinión de Fisas, el resultado de todo ello es un *continuum* abreviado en tres palabras: resolución, gestión y transformación, que expresan ópticas diferentes refiriéndose básicamente a lo mismo³⁰. Por su parte, Lederach³¹ matiza las siguientes diferencias:

- La resolución de conflictos indica la necesidad de entender cómo el conflicto empieza y termina y busca una convergencia de los intereses de los actores
- En la gestión de conflictos este puede no resolverse en el sentido de librarse de él y, por lo tanto, pone el acento en limitar sus consecuencias destructivas. Es un concepto que no recoge el sentido amplio de pacificación y se limita a los aspectos técnicos y prácticos del esfuerzo. Intenta realinear las divergencias.

²⁹ PUY MUÑOZ, F., “La expresión ‘Mediación jurídica... cit. p. 23.

³⁰ FISAS, V., *Cultura de Paz y Gestión de los Conflictos*. Barcelona. Icaria- Ediciones UNESCO, 1998, p. 184.

³¹ LEDERACH, J. P., profesor de Consolidación de la Paz Internacional en la Universidad de Notre Dame, Indiana. Académico Distinguido en la Universidad Menonita del Este . Ha escrito extensamente sobre la resolución de conflictos y mediación . Doctor en sociología de la Universidad de Colorado . En 1994 se convirtió en el director fundador del Centro para la Justicia y la Construcción de la Paz en la Universidad Menonita del Este.

- Sin embargo, la transformación de conflictos se centra en la naturaleza dialéctica del conflicto. Es un fenómeno de naturaleza humana y también es parte natural dentro de las relaciones. Se reconoce como un elemento necesario de la construcción y reconstrucción transformativa humana de la organización y de las realidades sociales. En consecuencia, aunque tenga elementos destructivos, pueden ser canalizados hacia una expresión constructiva. La transformación es un concepto descriptivo de la dinámica del conflicto, pero es, al mismo tiempo, prescriptivo de todos los propósitos que persigue la construcción de la paz, tanto en lo relativo a cambiar los patrones de relaciones destructivas como en buscar un cambio del sistema. Así que la transformación sugiere una comprensión dinámica del conflicto en el sentido de que puede moverse en direcciones constructivas o destructivas³².

¿Cuáles serían las bases teóricas sobre las que apoyamos nuestro concepto de mediación?

- a) La mediación es una recuperación de la epistemología aristotélica que ubica la justicia en la ética, desplazada a lo largo del tiempo por la influencia positivista.
- b) La mediación pone énfasis en la acción comunicativa cuya base es el diálogo tal y como expone el Prof. Jürgen Habermas³³.
- c) La mediación ha sido legitimada por la norma jurídica, precisamente reconociendo la existencia de sus tres ejes fundamentales: deslegalización, desjuridificación y desjudicialización.

¿Cuáles son las razones sociales para su implantación?

- a) La complejidad de las relaciones sociales.

³² LEDERACH, J. P., *Preparing for Peace, Syracuse University Press, 1996*, pp. 13-19, cit. por FISAS, V., *Cultura de Paz y Gestión de...* cit. pp. 184-185.

³³ Cfr. HABERMAS, J., *Teoría de la comunicación: Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, Madrid, 1999.

- b) El incremento de los conflictos de intereses como consecuencia de la globalización y los medios tecnológicos.
- c) El nuevo concepto de conflicto emanado de la evolución de su estudio.
- d) La necesidad del aporte interdisciplinar para hacer frente a ese nuevo concepto de conflicto.
- e) El reconocimiento dentro del derecho de la existencia de distintas ramas que requieren tratamiento diferentes (laboral, familia, mercantil).
- f) La ineficacia del procedimiento judicial para satisfacer a las partes, incluida la vencedora.
- g) La lentitud del procedimiento para dar respuesta a las demandas planteadas.
- h) La percepción negativa de los ciudadanos respecto a la eficacia y utilidad de la justicia.
- i) El alto coste económico y emocional que representa para el ciudadano.
- j) La evolución del derecho de familia³⁴ que ha creado la necesidad de un tratamiento menos positivista y objetivo en vía de mantener relaciones futuras.
- k) La formación de los ciudadanos que cada vez más reclaman para sí la participación activa en la resolución de sus propios conflictos.

Por lo que la propuesta, tras dichas aclaraciones, y en aras a sentar una definición genérica capaz de reflejar las bases generales sobre las que debe asentarse cualquier tipo de mediación sería:

LA MEDIACIÓN es un procedimiento estructurado, pero flexible, que puede ser alternativo, complementario o sustitutivo del sistema judicial, al que las partes, sumidas en un conflicto manifiesto, disputa o divergencia, que son incapaces de solucionar por sí mismas, acuden voluntariamente actuando de buena fe, para que un tercero, imparcial, neutral y sin poder de decisión, denominado mediador, utilizando las técnicas adecuadas al tipo de conflicto y

³⁴ CORZÓN PEREIRA, F., y GUTIERREZ HERNANZ, E., "Aspectos Psicosociales". En V.A. *Mediación Familiar* (Dir. Souto Galván, E.) Dykinson, Madrid, 2012, pp.257-266.

evitando la desigualdad entre las partes, las conduzca a través de la comunicación y el diálogo personal y directo a obtener de forma consensuada, y por ellas mismas, la resolución, gestión o transformación de su conflicto, con el compromiso de todos los intervinientes de respetar el principio de confidencialidad sobre lo tratado, incluido el contenido del acuerdo si se obtuviere.

De no darse todos y cada uno de los elementos definidos, no estaríamos hablando de la mediación *stricto sensu*³⁵.

Una vez definida la mediación analizaremos su relación con la cultura de la paz y la democracia.

La mediación y la cultura de la paz.

Antes de adentrarnos en la mediación desde la óptica de la cultura de la paz, queremos citar un planteamiento del politólogo Ignacio Ramonet³⁶, el fundador de ATTAC³⁷ (Asociación por la tasación de las transacciones financieras y por la

³⁵ Si por cualquier razón, el mediador considerara necesario expresar su opinión durante el proceso, aunque fuere en aras a resolver el enquistamiento producido por la inflexibilidad de las partes, nos encontraríamos ante una mediación evaluativa o valorativa, por lo tanto, se consideraría una variante de la mediación, pero no sería mediación en sentido estricto.

³⁶ RAMONET, I. Nació en Redondela (Galicia), en 1943, es director, en París, del mensual *Le Monde Diplomatique*. Especialista en geopolítica y estrategia internacional y profesor de Teoría de la Comunicación en la Universidad Denis Diderot de París. Doctor en Semiología e Historia de la Cultura por la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales, donde fue alumno de Roland Barthes. Fundador de ATTAC y uno de los promotores del Foro Social Mundial. Citado por VICENÇ FISAS.

³⁷ ATTAC ha denunciado el sistema de especulación financiera y ha propuesto medidas para acabar con la dictadura de los mercados financieros:

- Medidas de regulación y control de los movimientos de capitales mediante un control democrático permanente que incluya, entre otras, un Impuesto a las Transacciones Financieras e impuestos progresivos al capital.
- Eliminación de los paraísos fiscales.
- Denuncia de las privatizaciones de las empresas públicas y defensa de los servicios públicos.
- Cancelar las deudas insostenibles e ilegítimas de los países y establecer un sistema de financiación democrática, responsable y de justa soberanía en base a la banca pública que permita un desarrollo sostenible y equitativo de los pueblos.
- Erradicar la especulación con materias primas, especialmente sobre alimentos y energía.
- Creación de nuevos impuestos globales al capital para financiar los bienes públicos y globales.

Acción Ciudadana), sobre el perfil inquietante que para este autor presenta nuestra época, al entender que están coexistiendo dos procesos contradictorios: a) un proceso de fusión debido a la globalización económica y la construcción de un mercado único a través de alianzas y asociaciones; b) un proceso de fisión, ante la búsqueda de mayor autonomía política y autogobierno. Para este autor, el fin de siglo está sufriendo la aparición de dos nuevos paradigmas que, según él, sustituirán a los conceptos de progreso y de Estado de Bienestar³⁸:

a) El viejo paradigma del progreso es sustituido por el de la comunicación. Se nos dice que con la comunicación se obtendrá una armonía social y se reducirá la violencia, pero para Ramonet no se trata de resolver los problemas, sino de hacerlos explícitos y debatirlos.

b) El paradigma del Estado del Bienestar es sustituido por el del mercado, por las leyes de la oferta y la demanda, las leyes del provecho y del beneficio y el mundo del ciberespacio financiero. Por eso el autor nos invita a reflexionar sobre esos mensajes que llevan implícito el que la solidaridad ya no es necesaria porque la solución está en la fluidez económica entre aquellos que puedan participar en el mercado³⁹.

-
- Desmantelar los acuerdos de libre comercio que solo favorecen a los intereses de las grandes corporaciones.
 - Establecer garantías de las pensiones fuera del mercado y fijar una renta básica universal. La crisis actual no sólo ha puesto de relieve que la aplicación de estas medidas es indispensable; exige que se adopten otras que eviten su repetición y depuren las responsabilidades empresariales y políticas de los que nos han llevado a esta situación. A pesar de que los dueños del mundo quieren hacer ver que el sistema neoliberal es el único viable, es necesario y posible cambiar este orden de cosas, construir un mundo nuevo y justo. No estamos condenados a sufrir en perpetuidad los desmanes de este sistema. Acceso digital. Consultado el 16-7-2015. http://www.attacmadrid.org/?page_id=1560

³⁸ Cfr. FISAS, V., *Cultura de Paz y Gestión de los Conflictos*. Barcelona. Icaria- Ediciones UNESCO, 1998, p. 45.

³⁹ *Ibíd.*, p. 45.

Ramonet, además, señala que la mecánica utilizada por el edificio político vigente hasta ahora ya no es útil para afrontar los problemas de hoy día, dado su alcance universal o virtualidad⁴⁰.

Esos nuevos paradigmas a los que se refiere Ramonet han sido abordados desde diferentes campos (filosófico, económico, político y sociológico), mostrando una preocupación universal sobre el alcance de un discurso que se traduce en medidas que generan escepticismo social, pobreza y apatía política.

Para el filósofo y ensayista Ralston Saul, estamos ante una civilización que enseña a dirigir, pero no a pensar, y para cambiar de rumbo apela a nuestra capacidad para redescubrir conceptos tan simples como el desinterés y la participación, y en reforzar las cualidades propias de la condición humana: la creatividad o la imaginación, la ética (no la moralidad), la intuición o el instinto, la memoria y el sentido común⁴¹. Así, el siglo XXI debería estar repleto de compromisos sobre la cultura de la paz.

Observamos pues que la respuesta, para no caer en esas predicciones y poder cambiar el rumbo de nuestra sociedad actual, se encuentra en la posibilidad de forjar una sociedad basada en la cultura de la paz.

No obstante, cuando hablamos de cultura de la paz hay que tener en cuenta las distintas conceptualizaciones que existen sobre el término “paz”. Teóricamente, autores como Christie⁴²; Fisas⁴³; Galtung⁴⁴; Reettberg⁴⁵, procedentes de distintos

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 46.

⁴¹ RALSTON SAUL, J., *La civilización inconsciente*, Anagrama, Barcelona, 1997, p. 147.

⁴² CHRISTIE, D., “What is peace psychology the psychology of?” *Journal of Social Issues*, 62 (2006), pp. 1-17.

⁴³ Así lo refleja en sus obras:

FISAS, V., *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria, Antrazyt-UNESCO. Barcelona, 2002, pp. 18-25.

FISAS, V., *Procesos de paz y negociación en conflictos armados*. Paidós, Barcelona, 2005, pp. 18-29.

⁴⁴ Cfr. Las siguientes obras GALTUNG, J., “Violence, peace, and peace research”. *Journal of Peace Research*, 6 (1969), pp. 167-191.

campos como son la psicología, conflictología, sociología y politología respectivamente, afirman que las conceptualizaciones sobre paz giran en torno a dos propuestas centrales: por un lado, la noción de paz negativa, como ausencia de guerra y conflicto. Esta posición implica que a uno de los actores se le obliga a salir del conflicto y a hacer desaparecer la idea de que está ante un conflicto o una guerra. El objetivo aquí es lograr que uno de los actores termine por ser “eliminado” del panorama y así terminar con todo. Esta propuesta supone la legitimación de acciones de fuerza y violencia de los actores de un grupo y la deslegitimación de las acciones y miembros del otro⁴⁶.

Por otra parte, se encuentra la propuesta de paz positiva defendida por autores como Nekane Basabe (psicóloga); Valencia Garate⁴⁷ (catedrático de psicología social); Joseph De-Rivera⁴⁸(filósofo y psicólogo) y Raul Romeva⁴⁹ (analista y político), asumida por la UNESCO en sus diversas declaraciones y el *Peace Global Index*⁵⁰. Esta postura apuesta por una paz como proceso de carácter

GALTUNG, J., “Los fundamentos de los estudios sobre la paz”. En V.A. *Presupuestos teóricos y éticos sobre la paz* (Ed. Rubio, A.) Universidad de Granada, Granada, 1993, pp. 16-18.

GALTUNG, J., “La situación geopolítica después de la Guerra fría... cit. pp. 28-39.

⁴⁵ RETTBERG, A., “Diseñar el futuro: una revisión de los dilemas de la construcción de paz para el postconflicto”. *Revista de Estudios Sociales*, 15 (2003), pp. 15-28.

⁴⁶ Trabajo de investigación realizado por los Grupos de Investigación en Psicología Social y Política de la Universidad Católica de Colombia y Lazos Sociales y Culturas de Paz de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, IDALY BARRETO GALIANO, M.; BORJA-OROZCO, H.; SERRANO, Y; LÓPEZ-LÓPEZ, W., “La legitimación como proceso en la violencia política, medios de comunicación y construcción de culturas de paz”. *Univ. Psychol* 8 (2009/3). En acceso digital. Consultado el 20-7-2015.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-92672009000300010

⁴⁷ BASABE, N. & VALENCIA, J., “Culture of peace: Sociostructural dimensions, cultural values, and emotional climate”. *Journal of Social Issues*, 63 (2/2007), pp. 405-419.

⁴⁸ DE-RIVERA, J., “Assessing the Basis for a Culture of Peace in Contemporary Societies”. *Journal of Peace Research*, 4 (5/2004), pp. 531-548.

⁴⁹ ROMEVA I RUEDA, R., *Guerra, Posguerra y Paz: pautas para el análisis y la intervención en contextos posbélicos o postacuerdo*. Icaria, Barcelona, 2003.

⁵⁰ *Peace Global Index* (Índice de paz global) es un indicador que mide el nivel de paz de un país o región. Lo elabora el *Institute for Economics and Peace* junto a un panel internacional de expertos provenientes de institutos para la paz, con el *Centre for Peace and Conflict Studies*, de la Universidad de Sydney, y con datos procesados por la Unidad de Inteligencia del semanario británico *The Economist*. La lista se publicó por primera vez en mayo de 2007 y luego, en mayo

estructural y cultural, es decir, considera la paz no como un estado, sino como un proceso en el cual la ausencia de guerra es sólo un elemento y está atado a variables de carácter estructural de tipo psicosocial y económico.

Claramente, legitimar una perspectiva de paz positiva en contextos de conflicto ha implicado deslegitimar una perspectiva de paz negativa y viceversa, porque supone que no es posible legitimar acciones violentas, por ninguno de los actores, como vía para encontrar formas pacíficas de gestión de conflictos. En este sentido, cuando se legitima la búsqueda de una cultura de paz, es para asegurar que los diversos actores sean legitimados en la medida en que no actúen en forma violenta. De esta manera, se entiende que la violencia no solo es un conjunto de acciones de destrucción física, sino que incluye la exclusión psicosocial, económica y política, en donde los Estados, como garantes, deben permitir y facilitar la gestión de los conflictos por vías pacíficas⁵¹.

Un trabajo de investigación llevado a cabo por los Grupos de Investigación en Psicología Social y Política de la Universidad Católica de Colombia y Lazos Sociales y Culturas de Paz de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá concluyen que la construcción de un discurso que legitime una cultura de paz presupone legitimar el Estado social de derecho que incluya todos sus ámbitos: la profundización de la democracia estructural; el fortalecimiento de un sistema de justicia (formal y alternativa) que asegure espacios donde se pueda gestionar de forma no violenta las diferencias entre grupos y actores diversos; la erradicación de la pobreza; el cuidado por las víctimas que promueva un discurso en donde la participación ciudadana, el compromiso solidario y la cooperación sean fundamentos de la paz; la deslegitimación del uso de la fuerza

de 2008, 2 de junio de 2009, 10 de junio de 2010, 25 de mayo de 2011 y más recientemente en junio de 2012, afirmando ser el primer estudio en establecer una clasificación de los países en función de su ausencia de violencia. La clasificación incluye 158 países (121 en 2007).

⁵¹ IDALY BARRETO GALIANO, M.; BORJA-OROZCO, H.; SERRANO, Y.; LÓPEZ-LÓPEZ, W., "La legitimación como proceso... cit.

y la violencia en cualquiera de sus formas o de acciones de corrupción que estén orientadas a burlar el sistema de justicia⁵².

Por consiguiente, se asumen como legítimos los discursos que promueven la profundización de la democracia en sus diversas expresiones (electoral, social, política, económica), para fortalecer estados sociales de derecho que garanticen el acceso a la alimentación, la salud, la educación, la seguridad, la justicia y las libertades de acceso a la información plural y a la diversidad en la expresión de opiniones y creencias.

El proyecto de construir una cultura de paz no es otra cosa que el reto de poder abordar los conflictos desde otra perspectiva, con otras herramientas y con otros propósitos. Como sugiere Fisas, “si convenimos que la alternativa a la cultura de la violencia se sustenta en la negociación, el diálogo, la mediación el empoderamiento, la empatía y la capacidad de manejar nuestro propios conflictos, a buen seguro podremos aprender mucho de cuanto se ha dicho y hecho respecto de negociación, mediación, resolución o transformación de conflictos, aunque sin pretensiones definitivas y con el único fin de aprovechar conocimientos que puedan ser trasvasados a múltiples actividades humanas⁵³”.

Si planteásemos la analogía entre la evolución que ha sufrido el conflicto a través de sus distintas etapas (resolución, gestión, transformación) y la evolución que han experimentado las investigación que sobre la paz se han realizado en los últimos cuarenta años, nos encontramos que sus etapas son prácticamente coincidentes. La Prof.^a de Ciencias Políticas y Económicas Nazli Moawad ⁵⁴ nos resume las etapas evolutivas de la paz en tres fases:

⁵² *Ibíd.*

⁵³ FISAS, V., *Cultura de Paz y Gestión de los Conflictos...* cit. p. 183.

⁵⁴ MOAWAD, N., “An Agenda for Peace and a culture of peace”, en *From a culture of violence to a culture of peace*, Unesco, 1996, p. 187. Cit. por FISAS, V., *Cultura de Paz y Gestión de los Conflictos...* cit. p. 185

- Fase reformativa. Es de paz negativa. El objetivo es prevenir la guerra a través del control de los armamentos. Hay una atención especial a las alternativas no violentas.
- Fase reconstructiva. Es de paz positiva. Busca reconstruir el sistema internacional, abolir la guerra y lograr un desarme total. Rehúsa todo tipo de violencia.
- Fase transformativa. Es de paz holística. Se produce un desarrollo de la investigación para la paz y de la acción por la paz que pone el énfasis en el cambio de actitudes, en los derechos individuales, en la búsqueda de objetivos comunes y en las formas de cooperación.

Todas estas razones apuntadas en su conjunto revelan un gran paralelismo entre la mediación y la cultura de la paz. Luego la mediación puede ser uno de los vehículos que nos conduzca hacia una cultura de paz positiva, y sea una de las posibles respuestas que contribuya a corregir, cuando no a evitar las predicciones de Ramonet y Ralston Saul.

Mediación y democracia a través del diálogo.

El diálogo desde siempre se ha valorado positivamente, ya se utilice como un intercambio de opiniones, ya se relacione con la consecución de acuerdos y compromisos entre las partes, pero nosotros analizaremos el diálogo desde dos dimensiones concretas: a) la que lo vincula con una concepción ética de la coexistencia democrática y b) la que lo concibe como un procedimiento para la solución pacífica de conflictos. Para ello es necesario referirnos al estudio que sobre el tema ha realizado Laura Baca Olamendi⁵⁵, cuyo trabajo ha servido para enriquecer los caminos de la democracia y, a su vez, contribuirá a difundir la mediación.

⁵⁵ Laura Baca Olamendi: Doctora en Historia de las Instituciones y de las Doctrinas por la Universidad de Turín, Italia. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores y profesora-investigadora en la Universidad Autónoma Metropolitana de Xochimilco, en México.

Para la Prof. Olamendi , el diálogo se vincula con una concepción ética de la coexistencia en la democracia. El imperativo del diálogo democrático es el de no usar la violencia contra el disidente, o sea, en contra de quien profesa ideas distintas. Al ser practicado en diferentes contextos, el diálogo refleja en cada momento sus características peculiares, pero en general se trata de una práctica indispensable de la convivencia, que implica el respeto y la consideración de todas las opiniones. En este contexto, la profesora Laura Baca considera que “el diálogo, en su más alta expresión, puede ser considerado como una virtud cívica, de carácter democrático, desde una doble perspectiva: por un lado, porque evita el recurso a la coerción y la violencia y, por otro, porque abre la posibilidad de cambiar libremente de opinión sin que exista represalia alguna⁵⁶”.

El diálogo procede del latín “*dialogus*” y del griego “*dlálogos*”, lo que podría traducirse como un discurso (“*lógos*”) entre (“*diá*”) personas⁵⁷. El concepto es muy antiguo. Cabe señalar que el diálogo se ha desarrollado en múltiples ámbitos de la vida social: el religioso, el cultural y el político, y se da sobre todo cuando las tensiones que surgen de la convivencia humana hacen necesaria la búsqueda de soluciones que permitan superar los problemas. Una de las más altas aspiraciones del diálogo es precisamente remover los obstáculos para el entendimiento⁵⁸.

En este sentido, un autor contemporáneo esencial es Jürgen Habermas⁵⁹, que mediante su teoría de la acción comunicativa estableció una propuesta respecto a lo que él denomina “comunicación libre de dominio”. Con ella afirma que la acción comunicativa es un comportamiento lingüístico que se dirige a los otros

⁵⁶ BACA OLAMENDI, L., “Diálogo y Democracia”, 13 (2001) *Cuadernos de divulgación de la cultura democrática*. En enlace digital. Consultado el 20-7-2015. http://www2.ine.mx/documentos/DECEYEC/dialogo_y_democracia.htm

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Vid. HABERMAS, J., *Teoría de la comunicación, I...cit.*

en la búsqueda de un acuerdo en vista de acciones comunes. Se diferencia de la acción estratégica porque esta se orienta a la obtención de ciertos comportamientos, no mediante la persuasión racional, sino a través de otros medios como pueden ser el engaño o la amenaza⁶⁰.

Dentro de este contexto no podemos omitir al jurista, filósofo y politólogo italiano Norberto Bobbio⁶¹, llamado el “filósofo de la democracia” por promover el diálogo como coexistencia pacífica y tender siempre a la defensa de tres ideales: democracia, derechos del hombre y paz. Así, Bobbio otorga al diálogo una naturaleza ético-política, importante en el mantenimiento de la coexistencia pacífica. “Esta valoración atañe al conjunto de procedimientos que en una democracia garantizan la posibilidad de soluciones diferentes a un mismo problema, reconociendo como válida la existencia de interpretaciones diversas acerca de una misma realidad⁶²”.

Tras lo expuesto, no cabe duda alguna de la función que el diálogo puede desempeñar en la democracia. Por consiguiente, si la mediación está construida sobre el diálogo, parece indudable que tiene que desempeñar también un importante papel en la adecuada articulación entre ambos elementos, porque representa un actitud que facilita el acuerdo en la medida que las partes aceptan ceder en sus posiciones originales.

Bobbio sostuvo que “el mejor medio que los hombres pueden utilizar para liberarse de sí mismos y a los demás de los mitos es romper con el silencio, para restablecer la confianza en el coloquio⁶³”, y desde esa perspectiva propuso una política orientada en una “discusión razonada y en contra de la terquedad del silencio y de la vanidad de la prédica edificante⁶⁴”.

⁶⁰ Tal y como sintetiza BACA OLAMENDI, L., “Diálogo y Democracia... cit. p. 19.

⁶² *Ibid.* cit. pp. 20-21.

⁶³ BOBBIO, N., *Política e Cultura*, Einaudi, Turín, 1955, p. 42.

⁶⁴ BOBBIO, N., “Presentazione” VII (3/1951) *Revista de Occidente*, p. 190.

En conclusión, diálogo y democracia resultan ser conceptos que se relacionan estrechamente en la medida que promueven una función de mediación entre las partes y todo ello cobra mucha importancia hoy en día, puesto que, en palabras de la misma autora con la que hemos iniciado el capítulo, Laura Baca, gran investigadora de la materia, la política mundial está entrando en una fase inédita, ya que las grandes divisiones que caracterizaron a la humanidad: religión, lengua y tradición, han aumentado en profundidad e importancia. Incluso algunos autores, como los politólogos Samuel Huntington⁶⁵ y Ralf Dahrendorf⁶⁶, sostienen la tesis de que el conflicto social en el futuro será, sobre todo, de tipo cultural.

Pero como quiera que sea, lo que sí es evidente es que los grandes desafíos a los que se enfrenta la moderna convivencia civil, en un ambiente de continuas fragmentaciones y de conflictos entre culturas, solo podrán encontrar adecuada respuesta si se reconoce que la democracia representa, a pesar de todo, un punto de referencia imprescindible, ya sea sobre el plano de los valores o sobre la dimensión de las soluciones institucionales posibles. Es aquí, en estos ámbitos, en donde el diálogo, la tolerancia y el método de la persuasión aparecen como los únicos comportamientos civiles posibles, a través de los cuales la democracia puede expandirse, y para que ello pueda darse en nuevas regiones del mundo, sería “necesaria la formulación de soluciones alternativas a los principales problemas de convivencia que han aparecido en el final del siglo XX⁶⁷”. En definitiva, esas reflexiones invitan a concluir que la necesidad de implantar la mediación, así como aquellos otros medios para resolver el

⁶⁵ SAMUEL PHILLIPS HUNTINGTON fue un politólogo y profesor de Ciencias Políticas en el Eaton College. Es conocido por su análisis de la relación entre el gobierno civil y militar y por su investigación acerca de los golpes de estado en países del tercer mundo y su tesis acerca de los conflictos sociales futuros.

⁶⁶ RALF GUSTAV DAHRENDORF fue un sociólogo, filósofo, politólogo y político germano-británico. Es considerado uno de los autores fundadores de la teoría del conflicto social.

⁶⁷ BACA OLAMENDI, L., “Diálogo y Democracia... cit. pp. 41-44.

conflicto en nuestro sistema democrático es incuestionable, y los retos y dificultades con los que se va a encontrar aún son en buena parte impredecibles.

5.2. La Justicia Restaurativa: el próximo reto.

La Justicia Restaurativa ha tenido su origen en los países anglosajones, principalmente, en Estado Unidos y Canadá, aunque en los últimos años ha tenido un gran protagonismo en Nueva Zelanda y el Reino Unido. Sin embargo, los países europeos son más resistentes al cambio y éste se está llevando a cabo de una forma más lenta de la deseada a pesar de las aportaciones internacionales para su implantación.

El Consejo de Europa ha actuado como organización internacional pionera para la introducción de la mediación también dentro del ámbito penal, aunque para España siga siendo uno de sus retos futuro. La resistencia de los países más conservadores, jurídicamente hablando, se debe principalmente a la falta de difusión de los elementos básicos de esta materia⁶⁸.

Pese a ello, en los últimos años se están promoviendo iniciativas de justicia restauradora o retributiva como alternativas a las formas punitivas frente al delito. Este tipo de justicia se sitúa como una tercera vía entre el modelo de justicia retributiva, más centrada en el crimen-castigo, y el modelo de justicia rehabilitadora, dirigida a la recuperación y la reintegración del delincuente.

La justicia restaurativa, retributiva o reparadora contempla la asunción, por parte del victimario⁶⁹, de la responsabilidad ante las consecuencias de sus

⁶⁸ SOLETO, H., "Presente y futuro de la resolución de conflictos". En V.A. *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. (Coord. Carretero Morales, E., y Ruíz López C.) Tecnos, Madrid, 2013, p. 39.

⁶⁹ Entiéndase por el denunciado, acusado, imputado, procesado, condenado, responsable del daño.

acciones y los perjuicios causados a la víctima, haciendo copartícipe a esta en la comunicación respecto a la reparación y la restitución⁷⁰.

La mediación y la justicia restaurativa tienen varios rasgos en común. Asumir la responsabilidad, encontrar soluciones, firmar acuerdos y restablecer la paz son algunos de ellos⁷¹. Si bien es verdad que utilizar la mediación en el ámbito penal supone un cambio de cultura tanto de la sociedad como de los profesionales que intervienen en el sistema judicial, no cabe duda que, según la Magistrada Jueza Rosa María Freire Pérez, es necesario devolver a la sociedad civil la responsabilidad de resolver sus propios conflictos, porque las instituciones sociales, como son la familia, la escuela o la comunidad, han perdido su capacidad para controlarlos, delegando en el sistema judicial (penal) la responsabilidad de imponer castigos. Sin embargo, el sistema judicial, lejos de resolverlos, ha provocado que “las víctimas se sienta doblemente víctimas, frustradas, impotentes y atemorizadas y que el delincuente autor del delito esté lejos de ser rehabilitado o reeducado⁷²”.

¿Pero qué se entiende por reparación?

El Código Penal no define este concepto, aunque sí lo ha hecho tanto la doctrina como la jurisprudencia, que entienden por ello “el restablecimiento, dentro de lo posible, del orden jurídico, perturbado por la comisión de una infracción penal”. Pero, al mismo tiempo, consideran que no es necesario que la reparación sea total, pues aceptan reparaciones parciales, e incluso simbólicas, cuando así lo acuerden las partes con plena aceptación de la víctima.

⁷⁰ FREIRE PÉREZ, R. M., “Reparación y conciliación”. El derecho penal y los intereses de víctimas e imputados” en V.A. *Alternativa a la judicialización de los conflictos: la mediación*. (Drs. Sáez Valcárcel, R. y Ortuño Muñoz, P.) Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007, pp. 89-90.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 90.

⁷² *Ibíd.*, p. 90.

El contenido de la reparación ha de ser acordado entre el infractor y el perjudicado y puede consistir en alguna de las tres formas previstas en el artículo 110 del Código Penal⁷³ para satisfacer la responsabilidad civil, que son:

- La restitución
- La reparación del daño.
- La indemnización de perjuicios materiales y morales.

Frente a la necesidad de regulación del proceso tradicional y la aplicación de los principios tradicionales, en el ámbito de la Justicia Restaurativa son aplicables el principio de adecuación, flexibilidad, mínima regulación y protección de los participantes en el procedimiento restaurativo, sobre todo de la víctima⁷⁴.

Desde el año 2001 ya teníamos una normativa que hacía referencia a la mediación penal: la Decisión marco del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), que ya impulsaba la mediación en causas penales. Así, su artículo 10 recogía:

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 inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.

Sin embargo, ¿por qué España solo la aplicó al ámbito de menores?

Es probable que la respuesta podamos encontrarla en que el principio de “interés superior del menor”, tan defendido e incorporado ya a nuestra cultura, prevalece sobre el principio de legalidad, en el que se basa nuestro ordenamiento jurídico penal. Con lo que se le concede al principio de

⁷³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Artículo 110.

La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

- 1.º La restitución.
- 2.º La reparación del daño.
- 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales.

⁷⁴ SOLETO, H., “Presente y futuro de la resolución de... cit. pp. 39-40.

oportunidad un lugar preferente en cuanto a esta materia se refiere (justicia penal en menores).

Actualmente, la Decisión marco de 2001 ha sido sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, ampliando la mediación hacia un concepto más extenso y genérico, el de “la justicia reparadora”. De esta forma, a través de su artículo 12, la Directiva recoge literalmente:

Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora.

1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

- a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento;
- b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;
- c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;
- d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;
- e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.

La propuesta de la Directiva no fue acogida favorablemente por el mundo de los prácticos y estudiosos de la Justicia Restaurativa, precisamente porque opinan que establece obstáculos a su desarrollo, introduce elementos distorsionadores y está teñida de desconfianza.

Hay que reconocer que son muchas las razones que han llevado a impulsar la mediación dentro del ámbito penal, pero han sido los movimientos províctima quienes en los últimos años han reforzado una necesidad ineludible de proteger a las víctimas, las grandes olvidadas dentro del proceso punitivo, favoreciendo la implantación de instrumentos como la mediación, mediante la cual se le ofrece a la víctima la posibilidad de “ser y estar⁷⁵”. El movimiento de la Victimología comienza como un redescubrimiento de la víctima por la década de los años setenta, con una aproximación a un pensamiento que propugna un cambio de perspectiva y posición de la víctima en el sistema penal, encaminado a transformar la “ausencia en presencia⁷⁶”.

Se ofrece un planteamiento diferente de la justicia penal, introduciendo la reparación como forma de aminoración de la pena. De todo ello se deriva la “desneutralización⁷⁷ de las víctimas⁷⁸” y con el surgir de la reparación y la aparición de la compensación dentro de la política criminal, nace la *Restorative Justice*. Esta es, nuevamente, una corriente de pensamiento que se anticipa a la necesidad del cambio normativo. El esfuerzo de la doctrina por integrar tanto a las víctimas como a los autores, da lugar a la necesaria incorporación de la justicia restaurativa. Por ello, si la mediación penal es un medio de tutela, un cauce para la reinserción, reparación y restablecimiento de la paz social, podemos afirmar que comparte elementos comunes con la justicia restaurativa.

⁷⁵ BARONA VILAR, S., “Delimitación Objetiva de la mediación penal... cit. p. 294.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 294.

⁷⁷ Para profundizar en el tema véase la obra del Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Frankfurt, HASSEMER, W., *Fundamento del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 99-97, que habla sobre la neutralización de la víctima.

⁷⁸ BARONA VILAR, S., “Delimitación Objetiva de la mediación penal... cit. p. 295.

Al igual que sucede con la mediación, tampoco los expertos se ponen de acuerdo en cuanto a la definición de la justicia restaurativa. No obstante, la Dra. Prof.^a de criminología, Gema Varona⁷⁹, nos ofrece lo que pueden considerarse sus tres pilares básicos:

- La integración de los derechos y expectativas legítimas de la víctima⁸⁰ y victimario⁸¹,
- en una concepción compleja de la administración de justicia, que implica la participación dialogada y activa de sus protagonistas y de la sociedad,
- de cara a la reparación de los diferentes daños ocasionados por una conducta delictiva.

Aunque actualmente la mediación penal solo se ha consolidado en algunos países, la aplicación de la Directiva no deja lugar a dudas de que la Justicia Restaurativa⁸², concepto más amplio y genérico que la mediación, es una realidad inmediata, porque no es un concepto nuevo que nace con la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012. Basta con realizar un breve recorrido por las normas internacionales de las últimas décadas para comprobar que, tanto desde el Consejo de Europa como desde las Naciones Unidas, la preocupación por la víctima como por el infractor

⁷⁹ VARONA MARTINEZ, G., "El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: avanzando más allá de la mediación penal en la construcción de un derecho restaurativo interdisciplinar". En V.A. *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?* (Dr. Etxeberria Guridi, J. F.) Aranzadi, Navarra, 2012, p. 335.

⁸⁰ Término que recoge a las personas denunciantes, perjudicadas, o víctimas.

⁸¹ Término que recoge a las personas denunciadas, procesadas, acusadas, imputadas o condenadas.

⁸² Véanse los siguientes enlaces del Foro europeo de justicia restaurativa y la VIII Conferencia del Foro Europeo de Justicia Restaurativa: más allá del delito hacia el desistimiento, justicia social y construcción de paz:

www.euforumrj.org

http://www.lawyerpress.com/news/2014_06/1706_14_003.html

ha sido una constante. En ese sentido destacan por su contenido los siguientes textos⁸³:

- a. Dentro del Consejo de Europa:
 - La Recomendación n.º R (92) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En las Reglas Europeas sobre sanciones y medidas en la comunidad, de 1992, se proponen cinco criterios de evaluación para este tipo de sanciones alternativas: humanidad; atención a las necesidades de los infractores reveladas por la infracción; valoración de la relación coste/eficacia; reducción de la población carcelaria y aceptación pública.
 - La Recomendación n.º R. (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, referente a la mediación en asuntos penales, de 15 de septiembre, reconoce el interés legítimo de las víctimas a tener una voz más fuerte al tratar las consecuencias de su victimación, para comunicarse con el infractor con el fin de obtener disculpas y una reparación.
 - El apartado 2 de la Resolución N. 2 de la 26.^a Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, reunidos en Helsinki, del 7 al 8 de abril de 2005, sobre la misión social del sistema de justicia penal-justicia restaurativa, contempla la gran importancia que tiene para la paz social el promover una política penal centrada también en: la prevención, el desarrollo de las sanciones comunitarias, las necesidades de las víctimas y la reintegración del infractor⁸⁴.
 - La Recomendación n.º R. (2006) 8, del Comité de Ministros de los Estados Miembros, sobre la asistencia a las víctimas, en su punto (13) parte del convencimiento de que el Estado tiene la misma responsabilidad de atender a las víctimas como a los infractores. En cuanto a la mediación, deben considerarse tanto los beneficios como los riesgos potenciales, y

⁸³ VARONA MARTINEZ, G., "Criterios de evaluación en la Justicia Restaurativa: Análisis comparado e internacional". En acceso digital. Consultado el 25-07-2015. www.arrats.com/misdocumentos/gema.doc

⁸⁴ *Ibíd.*

los Estados tienen que adoptar principios claros que protejan los intereses de las víctimas.

b. Dentro de las Naciones Unidas:

- Las Reglas Mínimas sobre medidas no privativas de libertad, aprobadas por la Resolución 45/110, de 1990, de la Asamblea General, se dedican, en el apartado VIII, a la “Investigación, planificación, formulación político criminal y evaluación”. En él se establece la necesidad de mecanismos de información e investigación dentro del sistema penal para la recogida y el análisis de los datos y las estadísticas sobre estas medidas⁸⁵.
- Los principios básicos sobre la utilización de los programas de la justicia restaurativa en asuntos penales fueron adoptados por la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, siendo un reflejo de la Recomendación R. (99) 19 del Consejo de Europa. En el texto de las Naciones Unidas se advierte una mayor preocupación por el principio de legalidad y los derechos de los infractores.

En el principio nº 1 se entiende por programas de justicia restaurativa cualquier programa que utilice procesos restaurativos y busque resultados restaurativos. Los procesos implican la participación activa y conjunta de víctimas e infractores y, si resulta conveniente, de otros individuos de la comunidad afectada en la resolución de los asuntos derivados de un delito (se incluyen, por tanto, la mediación, la conciliación, las conferencias grupales y los círculos sentenciadores).

- En el preámbulo del Proyecto de Convenio de las Naciones Unidas, de 14 de noviembre de 2006, sobre Justicia y Apoyo a las Víctimas del Delito y el Abuso de Poder⁸⁶, se habla de un progreso parcial en la obtención de reparación por parte de los infractores, de una participación más relevante en el proceso penal para las víctimas y de la puesta en marcha

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ Se trata del único texto que, una vez ratificado por el estado español y en vigor, sería jurídicamente vinculante.

de instituciones permanentes y de legislación que promuevan el uso de medidas de prevención de la victimación efectivas y contrastadas. En el preámbulo también se reconoce que se están utilizando, de forma creciente, procesos restaurativos en beneficio de las víctimas, incluyendo costumbres indígenas o consuetudinarias.

- Por su parte, la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Delincuencia elaboró, en 2006, el ya aludido Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, preparado por los profesores canadienses Yvon Dandurand y Curt Taylor Griffiths. En él se comienza por las definiciones, objetivos y valores⁸⁷, para seguir con las diferentes variedades, así como los principios y garantías y la ejecución de los programas.

En el citado Manual se reconoce que las evaluaciones que se han hecho indican que hay un alto nivel de satisfacción entre las víctimas de crímenes con conferencias restaurativas con el delincuente, facilitadas por oficiales de libertad condicional (Reino Unido) y también que hay evidencias (Reino Unido y los Estados Unidos) que sugieren que los procesos restaurativos pueden ayudar a promocionar un ambiente más seguro dentro de instituciones correccionales⁸⁸.

Se reconoce la aplicación de las “sentencias en círculo”, que se usan en muchas comunidades aborígenes en Canadá. En ellas, todos los participantes, incluyendo el juez, el abogado de la defensa, el fiscal, el oficial de policía, la víctima, el delincuente y sus familias respectivas, además de sus residentes comunitarios, se sientan frente a los demás en

⁸⁷ En el Anexo III del Manual se recogen las controversias y desacuerdos sobre las características esenciales que ha de reunir un programa restaurativo. Así se mencionan tres concepciones restaurativas, según cuál sea su prioridad u objetivo fundamental: la del encuentro, la de la reparación y la de la transformación (pp. 103-104). Otras diferencias aluden a la cabida del castigo en los programas restaurativos. En acceso digital. Consultado el 25-07-2015.

https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 88.

un círculo. Estas sentencias están generalmente disponibles solamente para aquellos delincuentes que se declaran culpables. Las discusiones en el círculo están diseñadas para llegar a un consenso sobre la mejor manera de resolver el conflicto y disponer el caso, tomando en cuenta la necesidad de proteger a la comunidad, las necesidades de las víctimas y la rehabilitación y castigo del delincuente. El proceso de círculo de sentencia normalmente se lleva a cabo dentro del proceso de justicia penal, incluye a profesionales de la justicia y apoya el proceso de sentencia⁸⁹.

La sentencia en círculo tiene varios objetivos, incluyendo satisfacer las necesidades de las comunidades, las víctimas, los delincuentes y sus familias a través de un proceso de reconciliación, indemnización y reparación. Un principio fundamental es que la sentencia es menos importante que el proceso usado para llegar a un resultado o a una sentencia. Debido a que el consenso alrededor de un resultado es deseado y valorado, todos los miembros del círculo tienen un papel activo en facilitar un proceso de sanación. El círculo en sí participa a menudo en vigilar el cumplimiento del delincuente con el resultado acordado y en proporcionarle apoyo continuo después de dictar la sentencia. Este tipo de sentencia es un ejemplo de cómo los principios de justicia restaurativa pueden aplicarse dentro de un marco de trabajo holístico, en el que el personal del sistema de justicia comparte el poder y la autoridad con los miembros de la comunidad. En contraste con la metodología formal y a menudo de adversarios, la sentencia en círculo puede ayudar a:

- Volver a familiarizar individuos, familias y comunidades con las habilidades para solucionar problemas.
- Reconstruir relaciones dentro de las comunidades.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 22.

- Promover conciencia y respeto por los valores y la vida de los demás.
- Satisfacer las necesidades e intereses de todas las partes, incluyendo la víctima.
- Enfocar la acción en causas, no solamente en síntomas de problema.
- Coordinar el uso de recursos locales y gubernamentales.
- Generar medidas preventivas⁹⁰.

Siguiendo con el desarrollo del contenido del Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, en el apartado IV del Anexo III, dedicado al desarrollo continuo de los programas de justicia restaurativa, recoge este mensaje para los Estados miembros:

“Los Estados miembros deben considerar la formulación de estrategias y políticas nacionales con meta en el desarrollo de justicia restaurativa y la promoción de una cultura favorable para el uso de justicia restaurativa entre el cumplimiento de la ley, autoridades judiciales y sociales, así como comunidades locales⁹¹”.

Al respecto, que España vaya incorporando estos sistemas es una cuestión de tiempo, aunque algunos defensores del modelo consideran que no podrán ser alcanzados mediante la mera reforma del sistema tradicional penal ni mediante la implantación de medidas procedentes del mejoramiento de las medidas hacia las víctimas, sino a través de un cambio radical de los mismos cimientos del sistema⁹².

5.3 El derecho colaborativo: una opción de futuro.

Se podría definir como una forma de resolver los conflictos sin acudir a los tribunales. Visto así, podríamos pensar que estamos hablando nuevamente de la mediación, sin embargo, no lo es, aunque sí veremos la relación entre ambas figuras.

⁹⁰ *Ibíd.*, pp. 23-24.

⁹¹ *Ibíd.*, p. 102.

⁹² PALMA CHAZARRA, L., *La mediación como proceso restaurativo...* cit. p.586.

El derecho colaborativo *strictu sensu* es una forma de resolver los conflictos entre las partes, en la que se establece un acuerdo entre el abogado y su cliente de intentar resolver el conflicto trabajando conjuntamente con el abogado contrario, de forma colaborativa, negociando, acudiendo a mediación o a los métodos necesarios para la reducción del conflicto (psicólogos, educadores sociales, contables, etc.) y así evitar acudir a los tribunales.

Si la mediación resultaba extraña en nuestra cultura jurídica, no lo es menos el derecho colaborativo, aunque las prácticas mercantiles internacionales nos obligan cada vez más a relacionarnos con profesionales de otros países donde el desarrollo de estas figuras está ya muy extendida.

En Estados Unidos, concretamente, en el 2009, se aprobó por la Conferencia Nacional de Comisionados para la Uniformidad de Leyes Estatales la *Uniform Law Collaborative Act*. El ámbito donde empezó a desarrollarse el derecho colaborativo también fue el familiar, como la mediación, sin embargo, cada vez más se extiende a otras materias del derecho, como el civil y el mercantil.

La peculiaridad del derecho colaborativo es que el abogado puede recurrir a cualquiera de los sistemas de resolución de conflictos híbridos o primarios (mediación, negociación, med-arb, arb-med, etc.) o acudir a otros profesionales cuando sea necesario (psicólogos, trabajadores sociales, etc.), al mismo tiempo que se compromete con su cliente mediante un acuerdo firmado entre ellos, que haría que, si no fuera posible la consecución del acuerdo y resultase imprescindible acudir a los tribunales, el abogado participante hasta el momento cesaría en su función y el cliente tendría que ser representado por otro abogado.

Pero para favorecer el uso de técnicas cooperativas, volvemos a la necesidad de la formación que debe poseer el abogado, que se reconduce nuevamente a las técnicas empleadas en mediación y negociación de conflictos. No obstante, para que pueda llevarse a cabo el desarrollo del derecho colaborativo es

imprescindible que exista una red de abogados igualmente formados con los que poder ejercer el procedimiento, porque si ambas partes no tienen firmado con su abogado el acuerdo de sometimiento al derecho colaborativo, este no podría realizarse.

La forma más simple de ejercicio colaborativo será la que se lleve a cabo cuando las partes, asesoradas por sus abogados, inicien un procedimiento de mediación, en donde todas los intervinientes (abogados, partes y mediador) parten de un punto en común: evitar el sistema contencioso judicial.

La introducción de cláusulas de sumisión a sistemas primarios o mixtos de resolución de conflictos en contratos, convenios, testamentos, etc., favorecería tanto el desarrollo de esas figuras como el derecho colaborativo.

Si resumiéramos las ventajas de la aplicación del derecho colaborativo, se vería su semejanza con las ventajas de la mediación:

- Un mayor control de las partes para resolver sus conflictos.
- Reducción de la tensión.
- Mayor adecuación a sus intereses.
- Puede reducir el tiempo en obtener el acuerdo, por lo tanto, el tiempo de incertidumbre es menor.

La conexión entre el Derecho Colaborativo y la mediación resulta evidente. Por un lado el abogado colaborativo debe poseer una mínima formación en técnicas de negociación y mediación, así que ya comparte las herramientas del mediador; por otro lado, debe conocer las distintas formas de resolución de conflictos existentes para poder asesorar a su cliente sobre cuál sería la más conveniente para aplicar al caso concreto, por lo que el conocimiento de dichas figuras incrementará su utilización. Podríamos decir que la figura del abogado colaborativo se traduce en un profesional multipuertas por el amplio abanico de figuras con las que puede contar y que puede adoptar para ayudar a gestionar

el conflicto a su cliente, donde, a diferencia con la mediación, su imparcialidad y neutralidad no se sentiría cuestionada.

5.4. La Mediación on line y en materia de consumo: un compromiso con Europa.

El legislador europeo considera que los consumidores y comerciantes siguen sin conocer las vías extrajudiciales para resolver los conflictos, y en aquellos casos en los que sí resultan respetadas por sus niveles de calidad, estas varían de forma considerable entre los Estados miembros, por lo que, con el fin de lograr fortalecer el mercado común⁹³, el 21 de mayo de 2013 se aprobaron dos normas relevantes para el futuro de las ADR y ODR en España:

- La primera norma es la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, más conocida como Directiva ADR, aunque debiera de decirse RAL (Resolución alternativa de litigios como la propia norma se denomina), cuya finalidad es la protección de los consumidores y, además, la garantía de procedimientos rápidos, efectivos, justos e imparciales para reclamar sus derechos frente a los problemas o abusos que puedan originarse en una relación de Consumo.

La Directiva ADR pretende una armonización en todos los Estados miembros de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, instaurando, por un lado, unos principios básicos comunes para establecer unos cauces unificados, tanto para dirimir cuestiones a nivel nacional como transnacional, incluyendo vías telemáticas, y, por otro lado, crear una entidad independiente, imparcial, transparente, efectiva y justa que se encuentre acreditada por cada país, a fin de que proponga o imponga soluciones a los posibles conflictos entre consumidores y empresas.

⁹³ SOLETO, H., Presente y futuro de la resolución de... cit. p. 38.

La Directiva ADR debe ser traspuesta a los ordenamientos jurídicos nacionales de los diferentes estados antes del 9 de julio de 2015.

- La segunda norma es el Reglamento (UE) N. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, conocido como el Reglamento ODR o debiera denominarse RLL (Resolución de litigios en línea, porque así lo recoge en su contenido).

Este Reglamento se encuentra interrelacionado y es complementario con la Directiva ADR. Tiene como objeto la creación de una plataforma de resolución alternativa de conflictos online que pueda ofrecer a los consumidores y comerciantes una ventanilla única, mediante entidades de resolución alternativa vinculadas a esa plataforma, con procedimientos de calidad. Este Reglamento debe aplicarse en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea a partir del 9 de enero de 2016

La transposición al ordenamiento jurídico español de ambas normas supone nuevas obligaciones respecto al uso de firmas digitales e implantación de procesos de control de dichas reclamaciones, por lo que las empresas deberán acelerar sus procesos de implantación del uso de medios electrónicos para sus relaciones con terceros y la aceptación de las medidas de resolución de conflictos si quieren permanecer en el mercado.

No podemos olvidar que adoptar en Europa un movimiento de ADR semejante al estadounidense resulta difícil salvo para el Reino Unido, que por su afinidad cultural y jurídica con los Estados Unidos ha acogido con más intensidad las técnicas de ADR en áreas tan diversas como el derecho comercial, la responsabilidad médica o el derecho del deporte. Sin embargo, y a pesar de esa dificultad que se observa en aquellos países que no se caracterizan especialmente por la cultura comercial característica de los sistemas del *common law*, la utilización de la mediación se ha incrementado considerablemente en los últimos años. Véase el ejemplo de Alemania, con un mecanismo que se

denomina “*Alternative in der Ziviljustiz*”, en materias tales como la resolución de conflictos que afectan al medio ambiente, derechos económicos, conflictos laborales, arrendamientos, disputas entre vecinos o cuestiones que afectan a los consumidores. Por otro lado, es cierto que existen algunas diferencias en lo referente a la aplicación de sistemas ADR en los Estados miembros, pero no cabe duda de que son mayores las similitudes.

Además, para facilitar las quejas de los consumidores la Unión Europea ha creado el Centro de Consumo Europeo. Este órgano está estructurado, a su vez, en diferentes Centros de Consumo en cada uno de los Estados miembros⁹⁴ y son estos los encargados de recepcionar las quejas planteadas por los consumidores en sus respectivos centros nacionales, para después trasladarlas al Centro de Consumo Europeo.

Para concluir, debemos decir que la transposición de ambas normas tiene que ser un paso definitivo para que las técnicas RAL/ADR y las ODR/RLL, y por lo tanto, la mediación, supongan una alternativa real y eficiente a la vía judicial, de manera que con la armonización de las legislaciones internas de los países comunitarios, los consumidores ganen en seguridad jurídica, al regirse todos los Estados por iguales principios, y estén más protegidos como parte débil en toda transacción comercial.

5.5. La mediación en el ámbito del derecho de las confesiones religiosas. Su particular interés en el Derecho Canónico.

La necesidad del cambio de paradigma, que hemos ido anunciando desde el inicio de este trabajo, parece asimismo reflejarse en el ámbito de los derechos confesionales, especialmente en el ámbito del Derecho Canónico. Por ello la Prof^a. Dr^a. Moran, en el año 2011, realizó un primer estudio sobre la mediación y su recepción por el Derecho Canónico, que presentó en el Congreso

⁹⁴ El Centro Europeo del Consumidor en España está ubicado en Madrid, C/ Príncipe de Vergara, 54. www.cec.consumo-inc.

Internacional de Derecho Canónico celebrado en Varsovia, en el que explora la necesidad de la recuperación de la mediación en el Derecho Canónico contemporáneo⁹⁵.

Como indica la Prof. Morán, “la mediación ha estado ya presente en los albores de la civilización entre la divinidad y la comunidad y entre los individuos de la propia comunidad. La mediación como cauce anterior y alternativo al propiamente regulado por las normas procesales y administrativas en la resolución de conflictos. Su origen en el seno de las comunidades cristianas podemos remontarlo a su etapa anterior al siglo IV, a la etapa neotestamentaria. Efectivamente, el apóstol Pablo aconseja a los cristianos no acudir a la justicia pagana para dirimir sus conflictos jurídicos y les pide la mediación de uno de sus miembros en la comunidad eclesial primitiva”. Como explica la Prof. Morán: “la era constantino-teodosiana introduce la mediación a través de una institución de tutela jurídica, la *episcopalis audientia*, en la que el obispo como pastor media en los conflictos de la comunidad eclesial. Con ello la legislación eclesiástica imperial ratifica la práctica mediadora recomendada por San Pablo que aconsejaba a los cristianos no acudir a la justicia pagana para dirimir sus conflictos jurídicos y les pedía la mediación de uno de los miembros de la comunidad eclesial. De este modo en el siglo IV la actividad mediadora se institucionaliza por los poderes públicos romanos a través de la *episcopalis audientia*”. Tal y como recoge la Prof. Morán “la primera constitución constantiniana sobre la audiencia episcopal es del año 318 recogida en C.Th. I, 27, 1 (C. Sirmondina, XVII)”. Por ello, en su opinión la rica interacción entre el Derecho Canónico y Derecho civil Romano que alumbró el nacimiento del *ius commune* como base del derecho continental europeo, puede seguir aún enriqueciendo su recíproco influjo, ya que “desde el siglo XII, como

⁹⁵ MORAN, G. M., “La mediación y la actividad Administrativa eclesiástica: su recepción por el Derecho Canónico”. *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, 2011. Revista telemática. En acceso digital. Consultado el 25-7-2015.

www.statoechiese.it

consecuencia de la recepción del derecho justiniano en Europa, el derecho canónico ha caminado *pari pasu* con el derecho civil”.

De este modo- afirma- “tal vez podamos recuperar algunas tradiciones jurídicas eclesiales que revitalicen su proyección como comunidad de fe que aspira a la justicia desde la caridad cristiana. Con ése ánimo, la Prof. Morán encuentra en la mediación una herramienta idónea en el derecho canónico ya que parte de los presupuestos teológicos y jurídicos de justicia y caridad. Por ello la mediación cobra pleno significado en la sociedad en general y en la comunidad cristiana en particular, porque “se nutre por igual de la justicia y de la caridad, de la teología y del derecho, otorga un valor dinámico a la *equitas canonica* y permite comprender el derecho como un instrumento de mediación en sí mismo”. Así reconoce que “los canonistas no pueden aislarse del flujo de la cultura de su tiempo ni tampoco de la ciencia jurídica contemporánea, que desde el siglo XX se centra en la tutela de los derechos humanos fundamentales, que representan el paradigma contemporáneo de justicia y que la equidad canónica no puede ignorar, y es precisamente de la simbiosis entre la equidad y la justicia de donde nace la mediación”. De esta manera, la mediación, dentro del ámbito del derecho eclesial, resultaría no solamente adecuada, sino necesaria, ya que sería coherente con la dimensión pacificadora de la Iglesia, reconocida en el vigente can. 1446, cuando recoge: “Todos los fieles, y en primer lugar los Obispos, han de procurar con diligencia que, sin perjuicio de la justicia, se eviten en lo posible los litigios en el pueblo de dios y se arreglen pacíficamente cuanto antes”.

Particularmente el ámbito del derecho administrativo canónico la mediación puede ser una herramienta muy útil y por ello la necesidad de su recepción canónica. Ciertamente -indica la Prof. Morán- “la conciliación está un tanto dispersa y diluida en el CIC vigente” -si bien a su juicio- la orientación pastoral no excluye, sino que integra su formulación jurídica en el contexto de la comunidad eclesial, a tenor de sus peculiaridades jurídicas y fines propios⁹⁶.

⁹⁶ *Ibíd.*

5.6. La Mediación administrativa y el Defensor del Pueblo.

La figura del Defensor del Pueblo (*ombudsman*)⁹⁷ nace, en opinión de algunos autores como Jason A. Crook y Julio Cesar Betancourt⁹⁸, en 1713, cuando el Rey de Suecia nombró a una persona para investigar quejas presentadas en contra de algunos oficiales. Para otros, como el sociólogo Giner de Grado⁹⁹, aparece en el año 1809, con la Constitución sueca. Sin embargo, como indica la Prf.^a Dr.^a Moran, es probable que naciera previamente como figura neutral, representativa y mediadora en el derecho consuetudinario, transformándose vía constitucional a partir de la Constitución sueca de 1809¹⁰⁰.

Aunque originariamente el *ombudsman* resolvía disputas entre ciudadanos y entes públicos, en la actualidad también existe esta figura en el sector privado.

Fue Dinamarca, en 1953, el primer Estado de la Comunidad Europea que introdujo esta figura en su ordenamiento jurídico, seguida por la República Federal Alemana (para temas militares), Francia, Italia, Portugal, Holanda, Irlanda, Reino Unido y España. La razón de su introducción se debe a que al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se sintió la necesidad de crear un fuerte intervencionismo público en los diversos campos de la vida social, que estaban prácticamente cedidos a la iniciativa privada. Esa demanda social (sanidad, seguridad, transportes, etc.) acrecienta la actividad de los entes públicos, por lo que los mecanismos tradicionales para fiscalizar esa actividad de la Administración ya no son suficientes y, en opinión del Prof. Álvaro Gil-

⁹⁷ Palabra sueca que se ha incorporado como terminología de uso universal.

⁹⁸ Jefe de Investigaciones y Asuntos Académicos del Instituto Colegiado de Árbitros(CI Arb)

⁹⁹ GINER DE GRADO, C., *Los Ombudsmen (Defensor del Pueblo) Europeos*, Tibidabo, Barcelona 1986, p. 13.

¹⁰⁰ MORAN, G. M., "La mediación y la actividad Administrativa... p. 8.

Robles¹⁰¹, hoy día no se le puede pedir al Parlamento que realice un control minucioso de las Administraciones y, a su vez, tampoco los Tribunales de Justicia son el camino adecuado para resolver esos pequeños problemas que surgen entre el ciudadano y las administraciones públicas, especialmente por el alto coste que le supone a aquél y la lentitud de las resoluciones y ejecuciones.

Observamos, nuevamente, cómo en circunstancias donde las vías tradicionales son insuficientes, en este caso de control de la acción administrativa, se siente la necesidad de buscar formas, figuras o instituciones que ayuden a resolver esas dificultades. Por ello, las democracias europeas más avanzadas han introducido en su ordenamiento jurídico la figura del *Ombudsman*, adaptándola cada país a su propia idiosincrasia, ya que, como afirma Álvaro Gil-Robles, el “*Ombudsman* no puede funcionar más que en un sistema político constitucional y realmente democrático¹⁰²”.

Y así es, efectivamente. En España, la figura del Defensor del Pueblo nació con la democracia, convirtiéndose en una institución de nuevo cuño. La Constitución de 1978, a través del artículo 54¹⁰³, incorpora la figura del Defensor del Pueblo, inspirada en el *Ombudsman* sueco. No obstante, cabe decir que a diferencia de los otros países que crearon la figura mediante Leyes Ordinarias, España la elevó al máximo rango al incorporarla en nuestra Constitución. Con ello se garantiza su pervivencia en el tiempo y sus rasgos esenciales, porque su modificación comportaría un proceso de revisión constitucional y, en opinión

¹⁰¹ GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A., “El Defensor del Pueblo y el control parlamentario de la Administración”, 10 (1987-1990) *Anales del Derecho*, p. 196. En acceso digital. Consultado el 20-5-2015.

<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/8347/1/El%20defensor%20del%20pueblo%20y%20el%20control%20parlamentario%20de%20la%20Administracion.pdf>

¹⁰² GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A., *El control parlamentario de la administración: (el ombudsman)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1981, p. 225.

¹⁰³ Artículo 54 de la Constitución Española de 1978.

“Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.

del Prof. Álvaro Gil- Robles, la dificultad que ello conllevaría haría reflexionar siempre a las fuerzas políticas.

Aunque nuestros tribunales no han sido receptivos en admitir la mediación dentro del proceso contencioso administrativo, el planteamiento adquiere un nuevo giro con la reforma llevada a cabo por la Ley 29/1998¹⁰⁴, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Esta reconoce la importancia de conservar aquellos postulados de la Ley precedente¹⁰⁵, pero también integra el principio de oralidad frente a la forma escrita imperante. Además, justifica la reforma ante la necesidad de que el control de la legalidad de las actividades administrativas “puede y debe ejercerse por otras vías complementarias a la judicial¹⁰⁶”, para evitar recursos innecesarios y ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos, con el fin de solventar con ello el tener que acudir a una jurisdicción demasiado lenta y, en consecuencia, menos eficaz de lo deseado¹⁰⁷.

Con la citada reforma, nuestro legislador ha introducido otras vías complementarias al proceso, pero, en opinión del Magistrado del Tribunal

¹⁰⁴ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Vigente hasta el 18 de agosto de 2015).

¹⁰⁵ Vid. El apartado I de la Exposición de motivos de la LJCA. Párrafo 9. “(...) La reforma es a la vez continuista y profundamente renovadora. Continuista porque mantiene la naturaleza estrictamente judicial que la Jurisdicción Contencioso-administrativa ya tenía en la legislación anterior y que la Constitución ha venido a consolidar definitivamente; porque mantiene, asimismo, el carácter de juicio entre partes que el recurso contencioso-administrativo tiene y su doble finalidad de garantía individual y control del sometimiento de la Administración al derecho, y porque se ha querido conservar, conscientemente, todo aquello que en la práctica ha funcionado bien, de conformidad con los imperativos constitucionales”.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párrafo 10. “Bien es verdad que lograr una justicia ágil y de calidad no depende solamente de una reforma legal. También es cierto que el control de la legalidad de las actividades administrativas puede y debe ejercerse asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos. Pero, en cualquier caso, el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, insustituible en su doble función garantizadora y creadora de jurisprudencia, debe adaptarse a las condiciones del momento para hacer posible aquel objetivo”.

¹⁰⁷ CARBALLO MARTINEZ, G., *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 178.

Supremo, José María Álvarez-Cienfuegos, no es suficiente, puesto que para llevar a cabo esa función se precisa contar con la colaboración¹⁰⁸ de todas las Administraciones Públicas, ya que el juzgador, por sí solo, no puede garantizar la regularidad y limpieza de la vida pública sin contar con una colaboración decidida y sincera de todas ellas¹⁰⁹, a las que recomienda que “no utilicen las deficiencias estructurales que en la actualidad presenta la jurisdicción contencioso-administrativa en España para dilatar, en ocasiones, el reconocimiento final y efectivo de los derechos de los ciudadanos¹¹⁰”.

Este principio de colaboración podría concretarse a través de la búsqueda de una solución consensuada que, a través de estos nuevos mecanismos, permita la finalización del proceso judicial. Así, como acertadamente apunta el Prof. Carballo Martínez, asesor del Defensor del Pueblo, cuyos argumentos tendremos muy en cuenta en las páginas siguientes por la claridad y rigor de su análisis: “se convertiría en uno de los aspectos más relevantes de la colaboración práctica y fáctica entre el juez instructor y las partes¹¹¹”.

La posibilidad que ofrece la normativa de finalizar la controversia dentro del proceso a través de un intento de “acuerdo” o de “conciliación”, si bien incorpora una nueva forma procesal diferente a las clásicas (renunciamento,

¹⁰⁸ El principio de colaboración de las Administraciones Públicas es un deber inserto en el principio genérico y específico de colaboración jurisdiccional que postulan para todos los poderes públicos tanto el artículo 118 de la Constitución Española (CE) como el 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Art.118.CE: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

Art.17.1 LOPJ: “Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley.

¹⁰⁹ Vid. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, J. M., “Poder Judicial, Sociedad y Estado de Derecho”, 4417 (1997) *La Ley*, p. 2.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 2.

¹¹¹ CARBALLO MARTINEZ, G., *La Mediación Administrativa...* cit. p. 179.

allanamiento, desistimiento, etc.), no incorpora el acuerdo y la conciliación preprocesal. Al respecto, Carballo Martínez encuentra la explicación en la existencia del Recurso de Reposición potestativo, que vendría a ser una equivalencia a esa conciliación preprocesal y, a la vez, intenta valorar si en la voz “acuerdo”, que recoge el artículo 77¹¹² de la Ley, podría tener su encaje la mediación judicial, además de la conciliación y transacción expresamente reconocidas.

Visto lo anterior, es obvio que nuestro legislador, a pesar de conocer las diferencias entre los distintos medios autocompositivos, parece haber fijado la transacción como medio alternativo para la solución de los conflictos en el ámbito contencioso administrativo. Por lo tanto, podríamos afirmar que ha perdido la oportunidad de completar, aprovechando la reforma, un marco legal que expresamente albergara otras alternativas como la mediación, porque de lo contrario, como veremos, obliga al profesional jurídico a realizar un esfuerzo integrador *extra legem* que se podría haber evitado.

En la actualidad ya no es posible ignorar la mediación dentro de nuestro ordenamiento jurídico y como consecuencia de que nuestro legislador desaprovechó varias oportunidades normativas para introducirla, se hace necesario acudir a una interpretación del contenido de la LJCA en aras a

¹¹² Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Vigente hasta el 18 de agosto de 2015)

Artículo 77.

1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

3. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

favorecer la técnica de la mediación. Técnica que, al darse dentro del proceso, el Prof. Carballo Martínez denomina “mediación judicial”. Sin embargo, esta mediación judicial deberá cumplir igualmente los requisitos que conforman esta figura, por lo que el tercero deberá de ser un mediador expresamente autorizado que tratará de buscar una solución al conflicto a través de una voluntad consensuada por las partes procesales y cuyo resultado, una vez aceptado y convalidado en sede judicial, debe conducir a la finalización del conflicto. Desde esta perspectiva, parecía que la situación iba a resolverse con la introducción de la mediación mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, pero, al atribuírsele expresamente al Secretario Judicial la competencia para realizar las funciones de mediador, es evidente que nuestro legislador vuelve a confundir la figura de la mediación con la conciliación.

Con todo, pese a la confusión que se haya podido generar con la utilización indistinta de los términos conciliación, transacción y acuerdo, reflejados en el artículo 77 de LJCA, es precisamente su apartado 3¹¹³ el que nos va a permitir, a través del término “acuerdo”, incorporar una definición genérica e integradora de la mediación, porque, en opinión de Carballo Martínez, el uso de estos sistemas alternativos no producen alteración o menoscabo del principio constitucional de independencia judicial, sino que existe un interés creciente, precisamente, por parte del poder judicial, en promover la mediación como mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos, aun cuando exista un proceso jurisdiccional en marcha. Además, aunque hay una preocupación en el ámbito jurídico internacional por la inexecución de las resoluciones judiciales frente a la Administración, son precisamente los propios jueces y magistrados procedentes de distintos contextos jurídico-culturales quienes han señalado la importante función que como mediadores pueden ejercer los *ombudsmen*

¹¹³ Apartado 3 del Artículo 77 de LJCA, cuyo tener literal recoge: “(...) 3. Si las partes llegan a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros”.

(Defensores del Pueblo), para que las partes puedan resolver sus diferencias y terminen con el litigio.

En esa línea, el Prof. Carballo Martínez ha realizado un análisis cronológico sobre la evolución de las diferentes resoluciones emitidas por el Defensor del Pueblo¹¹⁴ en los últimos 25 años, clasificándolas según su contenido en cuatro etapas que muestran claramente la trascendencia y amplitud de las transformaciones a las que la institución tuvo que acomodarse, a lo largo de ese periodo, para perfeccionar el funcionamiento de una Jurisdicción que a todas luces resultaba insuficiente para colmar las numerosas lagunas y limitaciones que demandaba nuestro Estado de Derecho¹¹⁵: una primera etapa basada en un positivismo moderado (1983-1988); una segunda etapa caracterizada por una práctica dirigida a atender la legalidad positivizada (1988-1994); durante la tercera etapa el Defensor del Pueblo estimula la noción de equidad como elemento necesario de la corrección del derecho y con ello pretende impulsar el recurso a la mediación (1995-1999); pero es en la cuarta y última etapa cuando, partiendo ya de una actividad de mediación, se incorporan nuevos valores referenciales en la defensa de los derechos de los ciudadanos, que tienen que ver tanto con el uso de la intercomunicación entre las partes, como con el uso de la palabra y de la razón (2000-2005).

El Defensor del Pueblo ha pasado de ejercer una función prioritaria del control de la legalidad de la actuación administrativa a una doctrina mediadora basada

¹¹⁴ La figura del Defensor del Pueblo se encuentra regulada mediante la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, que recoge en su art. 1: "Defensor del Pueblo es el alto comisionado de las Cortes Generales designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales. Ejercerá las funciones que le encomienda la Constitución y la presente Ley".

¹¹⁵ El apartado II de la Exposición de motivos de la LJCA 29/1998 contempla: "(...) es evidente que a la altura de nuestro tiempo histórico el ámbito material de la Jurisdicción quedaría muy incompleto si aquella se limitara a enjuiciar las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones de rango inferior a la Ley y con los actos y contratos administrativos en sentido estricto. Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde".

en la equidad que, utilizada en sus distintas categorías, lo apodera para llevar a cabo su función:

La equidad inspiradora apodera al Defensor del pueblo para argumentar resoluciones cuando el vacío no puede ser cubierto con arreglo a una interpretación que, de producirse, podría conducir al abuso del derecho o fraude de Ley.

La equidad normativa faculta al Defensor del Pueblo para tomar una decisión que le permita, a través de una única solución justa, resolver el problema planteado entre los sujetos.

La equidad interpretativa conlleva una interpretación adecuada de la norma conforme al caso concreto.

Por último está la equidad integradora, que ha sido incorporada de forma natural por el Defensor del Pueblo en sus resoluciones, como consecuencia de no encontrar respuesta dentro de las previsiones legislativas a las nuevas situaciones de conflicto que se le plantean.

En ese sentido, el Magistrado Carlos María Entrena Klett considera que, a falta de ley, costumbre, principios generales del Derecho o jurisprudencia, la equidad integradora es el medio para la identificación del derecho justo¹¹⁶.

La Defensora del Pueblo de Navarra, Aranda Lasheras, ha realizado una definición con carácter general acerca de la equidad que coincide con equidad integradora del Derecho, afirmando que la equidad esta afincada en el derecho de justicia y, por lo tanto, no es contradictorio con el concepto de legalidad, sino que es complementario en tanto que excede en aquello que la ley no puede prever, no ha llegado a recoger o aún está pendiente de asumir¹¹⁷.

¹¹⁶ ENTRENA KLETT, C. M., *La equidad y el arte de juzgar*, Aranzadi, Pamplona, 1990, p. 158.

¹¹⁷ ARANDA LASHERAS, M. J., Defensora del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra, cit. por CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La Mediación Administrativa*, cit. p. 388.

Ahora bien, es necesario aclarar que la cláusula de apoderamiento del Defensor del Pueblo para actuar como mediador no deviene de las normas administrativas, como podría entenderse con la publicación de la ley 30/1992, al recoger en su capítulo IV¹¹⁸ la posibilidad de utilizar instrumentos convencionales en la tramitación y terminación de los procedimientos. Tampoco la mediación es una ampliación de las funciones que le confiere el artículo 54¹¹⁹ de la CE al Mediador del Pueblo, sino que, como reconoce nuestra doctrina, se trata de una práctica constitucional que se incluye en el citado precepto, porque la defensa de los derechos fundamentales comprende una multiplicidad de funciones entre las que cabe el ejercicio de esta técnica convencional¹²⁰ como puede ser la mediación.

En conclusión, si aceptamos que la mediación administrativa es una técnica de resolución o prevención de conflictos que ha ido evolucionando con la finalidad de equilibrar las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública, y lo ponemos en conexión con la evolución detectada en las resoluciones emitidas por el Defensor del Pueblo en los últimos 25 años, que ha pasado de resoluciones basadas en criterios de estricta legalidad a otras en donde la equidad se ha utilizado como medio inspirador, contribuyendo a equilibrar esas relaciones a través del diálogo, transformando o facilitando soluciones más acordes con los derechos dignos de protección, podemos afirmar que, a pesar

¹¹⁸ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Art. 88. Terminación convencional. 1. 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.

¹¹⁹ Artículo 54 de la CE.

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

¹²⁰ CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La Mediación Administrativa...* cit. p. 509.

de que las propuestas legislativas no han prosperado conforme a lo deseado, la actividad mediadora del defensor del Pueblo se consolida cada vez más. Que prospere legislativamente es una cuestión de tiempo.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación hemos intentado afrontar el papel de la mediación desde su implantación a sus retos. Por ello pasamos a continuación a enumerar las conclusiones alcanzadas y que presentamos como tesis conclusiva:

1- El conflicto es algo consustancial a la naturaleza humana.

De igual forma que el conflicto es algo intrínseco a la naturaleza humana, también se puede afirmar que el anhelo de vivir en paz y, en definitiva, evitar el propio conflicto es algo consustancial a su condición, de ahí surge la necesidad de ser informado e instruido en cuanto a las formas y alternativas que existen para resolver sus conflictos en Derecho. Por lo tanto dentro de una sociedad, justicia y derecho deben funcionar de manera armónica y equilibrada, evolucionando con los cambios culturales y sociales que se requieren para lograr esa paz y orden dentro de las relaciones jurídicas interpersonales.

2- El cambio de paradigma cultural y social comporta la necesidad de afrontar grandes reformas en el ámbito del derecho y de la justicia.

Parece innegable el hecho de que se está produciendo un lento pero imparable cambio social, debido a que los principios y procedimientos tradicionales ya no son suficientes. Estamos asistiendo a un cambio de paradigma que nos obliga a pensar en grandes reformas acerca de la aplicación de la justicia y del derecho en esta coyuntura social, en donde el papel del Estado cobra una gran relevancia porque que deberá garantizar su equilibrio para abordar una nueva dimensión del derecho fundamental a la "tutela judicial efectiva", que viene a justificarse desde un concepto de democracia como *proceso in fieri* en donde el discurso práctico y la mediación se retroalimentan. Por consiguiente el Estado tendrá que facilitarle al ciudadano todas las soluciones o alternativas posibles para que pueda resolver sus conflictos a través de la opción que libremente determine, aunque implique otorgarle a todos esos mecanismos (ADR-incluidos los que se tramitan en sede electrónica) el mismo rango legal que al proceso judicial. El reto de implantar una justicia de calidad implica abrir el

sistema a opciones multidisciplinarias, integrándolas en el proceso como una opción intrajudicial o extrajudicialmente.

Cuando un sistema entra en crisis, y ello incluye al sistema judicial, significa que ha llegado el momento de realizar no pequeñas adaptaciones o modificaciones sino reformas profundas capaces de originar un cambio de perspectiva que nos ayude a enfocar los problemas, encontrar nuevas alternativas y generar nuevas opciones. Nuestro sistema judicial con sus más y sus menos y sin negarle su progresiva modernización, se puede afirmar que sufre un periodo de crisis desde un tiempo a esta parte y lejos de crear alternativas desde ópticas diferentes a las actuales, se limita a crear nuevos procedimientos pero desde la misma óptica, por lo que los resultados de mejoría son imperceptibles, casi inoperantes.

3- Es necesario desarrollar y aplicar nuevos sistemas de resolución de controversias.

La formación e información del ciudadano demanda una atención urgente porque cuando se concientice que tiene la capacidad de llegar a la raíz del conflicto, podrá asumir el protagonismo en la toma de decisiones favoreciendo a todas las partes y posibilitando un entendimiento mutuo. Para ello resulta necesario que se desarrollen y apliquen nuevos sistemas para la resolución de controversias, sistemas que deberán cumplir con las debidas garantías jurídico-legales y que además impliquen un cambio drástico de modelo, pasando del modelo lineal clásico (proceso adversarial/ ganar-perder) a un modelo complejo basado en la oferta de otros mecanismos para la resolución de conflictos en Derecho (proceso colaborativo /ganar-ganar). El razonamiento jurídico es insuficiente para abordar determinada tipología de conflictos en los que entran en juego diferentes variables multidisciplinarias. A nuestro parecer es necesario incorporar otras metodologías que sean capaces de articular tres aspectos esenciales (el conflicto, la comunicación y las relaciones) en donde los protagonistas autogestionen voluntariamente sus diferencias.

- 4- Se impone la búsqueda de soluciones éticas que se distancien de la confrontación.

La actual crisis de valores reclama un posicionamiento ético que abogue por las acciones alejadas de la confrontación. Dicha demanda social entronca con la idea de una ética del futuro, una ética basada en valores universalmente reconocidos como son la igualdad, la libertad, la paz, la tolerancia y la solidaridad, y la consecución de este objetivo sólo es posible mediante el uso del dialogo y la comunicación.

- 5- La crisis del actual sistema judicial reclama una evolución hacia la desjudicialización del conflicto en la que los sistemas multiproceso se presentan como la mejor alternativa para superar la cultura adversarial.

Hoy por hoy, la mejor alternativa que se nos presenta para abandonar la cultura adversarial (gano-pierdes) es la desjudicialización, por eso todas las formas de resolución de conflictos (primarios, mixtos, híbridos) que hemos visto constituyen medios idóneos para alcanzar tal armonía. Bastaría implementarse en nuestro sistema judicial el Tribunal Multipuertas (*Multi-door Courthouse*) que pudiera relacionar el conflicto con el método más adecuado para llevar a cabo su resolución, gestión o transformación.

Por ello el sistema de justicia formal puede y debe aprender, no solo a decir el Derecho, sino a gestionar y resolver los conflictos que se le planteen por esos otros medios distintos al clásico. Los ordenamientos procesales modernos están sufriendo ya alteraciones sensibles convirtiéndose paulatinamente en sistemas multiproceso. Poco a poco el juez está pasando de ser un mero sentenciador, para convertirse en un gestor del conflicto, dirimiendo y canalizando según qué conflictos, ante qué circunstancias y según qué hechos concretos debe ofrecerse la posibilidad de derivar el caso hacia un proceso autocompositivo (entre ellos la mediación) o cuáles deben ser solventados por un proceso heterocompositivo Escasa duda cabe que estamos ante una transformación ideológica de gran transcendencia cuya evolución replantea los fundamentos de

un sistema jurídico basado exclusivamente en la confrontación a un sistema que se cuestiona si la Administración de justicia no debe también imbuirse en el desarrollo de la cultura de la paz. En este sentido es destacable el caso de Murcia, al que ya hemos hecho referencia, por crear una Unidad de Mediación Intraprocesal integrada en el organigrama de la (NOJ) Nueva Oficina Judicial (concretamente, en el Servicio Común General) como una dependencia interna propia y permanente, dirigida y servida por funcionarios especializados, ubicada en la misma sede la Ciudad de la Justicia de Murcia, y destinada transversalmente a prestar servicios de mediación de calidad a la totalidad de los órganos judiciales del Partido Judicial que lo soliciten mediante la derivación de casos a dicha unidad¹. Un modelo precursor que podría servir de orientación a la Administración de justicia como fuente inspiradora para el desarrollo de los tribunales multipuertas.

6- La introducción de los MARC en los ordenamientos jurídicos pone de manifiesto la necesidad de reformar, agilizar y actualizar los sistemas judiciales.

Son numerosos los indicios que nos muestran que la crisis del sistema judicial no es un fenómeno exclusivo de nuestro país sino que es una dolencia presente a nivel global. De ahí que la introducción de los MARC dentro de los diversos ordenamientos jurídicos obedece a un esfuerzo realizado para poder reformar y modernizar los sistemas de justicia. Aunque, por supuesto, según se trate de un país u otro, la denominación y las características de las MARC son, a veces, legalmente diferentes, dependiendo de la idiosincrasia propia de cada uno, de ahí la variedad surgida generando procedimientos híbridos o mixtos a través de la fusión de varias de ellas (Arb-Med, Med-Arb, MEDALOA, Mini Trial, etc.). No obstante la evolución y el desarrollo más reciente de los MARC en sus diferentes modalidades específicas han ido acercándose cada vez más hacia una comprensión similar e incluso en ocasiones a veces única.

¹ PASQUAL DEL RIQUELME HERRERO, M., "La experiencia de la unidad de mediación intraprocesal del partido judicial de Murcia" en V.A. *Mediación es Justicia: El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*. Huygens Barcelona, 2104. P.57-63.

7- Es conveniente que la mediación forme parte como procedimiento integrante del sistema de justicia.

Aunque el espacio natural de la mediación está fuera y antes de la judicialización del conflicto, no debe de ser considerada ni como una “medida” ni como una “alternativa” al proceso judicial, sino que debe ser reconocida como un procedimiento promovido como parte integrante de nuestro Sistema de Justicia, pudiendo ser complementario, alternativo o sustitutivo del proceso judicial. Debe de ser reconocida como una institución jurídica del derecho moderno, con naturaleza, entidad y garantías propias, que no requiera la homologación ni judicial ni notarial, pudiendo actuar extrajudicial o intrajudicialmente cuando así lo requieren las partes. Y si bien ayuda a descongestionar nuestros juzgados, no puede ser considerada como la razón principal para su implantación.

8- La mediación comporta una aproximación transdisciplinar.

A pesar de que prácticamente toda la doctrina recomienda abordar la mediación desde un plano multi o interdisciplinar, sin embargo sólo desde la transdisciplinariedad se hace posible entender el nuevo concepto de mediación, porque si bien es cierto que bebe de otras fuentes aparte de la jurídica e integra otros aspectos teóricos de esas otras disciplinas, también aspira a un conocimiento mucho más completo, capaz de dialogar con la diversidad de los saberes humanos. La mediación, no es por tanto, la suma de los conocimientos aportados por otras disciplinas (psicología, sociología, antropología, filosofía derecho, etc.) sino que crea un nuevo marco de acción capaz de abordar los nuevos conflictos surgidos dentro de esta sociedad tan compleja y globalizada.

Y es desde esta perspectiva transdisciplinar que la mediación trasciende más allá del concepto jurídico para convertirse en un movimiento social en la medida que implica un cambio de concepción, perspectivas y valores sobre cómo abordar los problemas en las sociedades contemporáneas. Y solo desde esta perspectiva podemos entenderla como un sistema que permite que el

“Capital Intelectual” de una sociedad aumente de forma significativa, mediante la gestión de sus capacidades de resolución de problemas de forma eficiente, con el objetivo final de generar ventajas de convivencia sostenibles en el tiempo.

9- Es necesario establecer las bases generales sobre las que debe asentarse la mediación.

Debido a que la mediación se regula de forma muy dispersa, divergente y deficitaria en nuestro ordenamiento jurídico, implicando una gran dificultad para su identificación y por lo tanto para su uso y proyección, es necesario encuadrar dentro de una definición genérica las bases generales sobre las que debe asentarse un nuevo concepto de mediación, teniendo que acudir a diferentes ámbitos disciplinarios y a diversos textos normativos que tras su análisis reconducen a la mediación hacia una definición más dinámica y actual que la contempla como: “ un procedimiento estructurado, pero flexible, que puede ser alternativo, complementario o sustitutivo del sistema judicial, al que las partes, sumidas en un conflicto manifiesto, disputa o divergencia, que son incapaces de solucionar por sí mismas, acuden voluntariamente actuando de buena fe, para que un tercero, imparcial, neutral y sin poder de decisión, denominado mediador, utilizando las técnicas adecuadas al tipo de conflicto y evitando la desigualdad entre las partes, las conduzca a través de la comunicación y el diálogo personal y directo a obtener de forma consensuada, y por ellas mismas, la resolución, gestión o transformación de su conflicto, con el compromiso de todos los intervinientes de respetar el principio de confidencialidad sobre lo tratado, incluido el contenido del acuerdo si se obtuviere”.

10- Una buena práctica mediadora requiere del cumplimiento de una serie de requisitos de inexcusable cumplimiento.

Manteniendo la coherencia con el discurso anterior, los modelos o escuelas de mediación existentes no deben de interpretarse como formas obligatorias que tengan que aplicarse de manera uniforme en determinado procedimiento de

mediación. Corresponde al mediador saber cómo funciona cada uno y aplicarlos según el caso o generar su propio modelo ecléctico de mediación.

Por lo tanto para garantizar el éxito de la mediación su proyección y buen uso resulta imprescindible:

- a) Dar a conocer la mediación desde todos los ámbitos sociales, mediante la creación de una plataforma informática que informe sobre la mediación su desarrollo y posibilidades de aplicación como primera vía en caso de conflicto.
- b) Incluirla dentro nuestro sistema educativo.
- c) Garantizar la profesionalidad del servicio exigiendo al mediador una adecuada formación, que le permita poder seleccionar las herramientas a emplear según el caso concreto y el lugar, especialmente en aquellos procesos con proyección internacional.
- d) Incorporar el análisis estadístico de la casuística que nos permita extraer conclusiones, tanto para ir mejorando y perfeccionando las formas de intervención como para conocer los resultados logrados.
- e) Contar con asesoramiento jurídico adecuado para asegurar la eficacia de los acuerdos alcanzados en todos los sistemas jurídicos implicados.

Pero para que todo lo anterior resulte factible es preciso que se produzca una sinergia entre el ciudadano, el mediador y todos los profesionales del derecho (legisladores, jueces, abogados).

11- Es necesario establecer una ética general para la práctica de la mediación, un código deontológico del mediador.

En cuanto a la figura del mediador, para tener clara su identidad, no es suficiente delimitar sus derechos, obligaciones y formación, se precisa establecer un ética general sin recetas morales que garanticen que los principios nucleares de la mediación son respetados en toda clase de mediaciones, sin

perjuicio, por supuesto, de las particularidades y o especialidades que de la mediación puedan surgir para responder a la ingente variedad de conflictos existentes.

12- La mediación evoluciona hacia una concepción del derecho colaborativo y la justicia restaurativa más amplia y de proyección global.

La mediación ha evolucionado y sigue evolucionando como un procedimiento de conciliación global, nacida para encauzar los conflictos hacia una resolución ética y justa empleando acciones coordinadas multidisciplinares. Intentar confinarla exclusivamente dentro de las actuales fronteras jurídicas sería reducirla al ostracismo. Porque ha trascendido horizontes que hasta tan sólo hace una década eran impensables (derecho canónico, justicia restaurativa) y ha sembrado su germen dentro del mundo de la abogacía logrando que la tendencia, habitualmente adversarial, del abogado varíe y se reconduzca hacia un derecho colaborativo.

Con la vía abierta a la Mediación, a la Justicia Restaurativa y al Derecho Colaborativo, no sólo se da cumplimiento en el ámbito del ordenamiento jurídico español a lo dispuesto en la Directiva 2008/52/CE sobre mediación civil y mercantil, sino que se abre un horizonte de esperanza al diálogo, a la reparación, a la restauración y la rehabilitación no sólo de la víctima, sino de la sociedad en general.

13- Se requiere que la práctica de la abogacía en todos sus ámbitos posibilite el cambio a favor de una mayor eficacia en el ejercicio de la justicia facilitando la formación de calidad de futuros mediadores.

En el ámbito jurídico español y autonómico, la abogacía, tendría que tomar en consideración las nuevas técnicas y recursos que emergen en el presente para cumplir con la misión que tiene encomendada. Y para ello tanto los colegios profesionales como el Consejo General del Poder Judicial, así como las

universidades, deberán trabajar al unísono realizando, en un esfuerzo conjunto, una labor que ha de ir en varias direcciones:

- a) Se deberán introducir programas educativos para el manejo de las distintas herramientas necesarias para su aplicación en la resolución de conflictos y formar a los abogados para que estos puedan intervenir como mediadores.
- b) Crear dentro de los colegios profesionales servicios e instituciones a las que se puedan dirigir tanto los ciudadanos como los propios profesionales para informarse de las vías que tienen para resolver los conflictos.
- c) Informar al colegiado de las ventajas e inconvenientes de la mediación, o de cualquier otro medio existente de resolución de conflictos, para que éste pueda a su vez informar a sus clientes sobre las mejores opciones.

La necesidad de formar especialistas en mediación de primer nivel y, de manera específica, en todo su amplio espectro (internacional, laboral, familiar, mercantil, administrativo, penal, intercultural, etc.) se trata, sin duda alguna, de todo un reto futuro.

14- Es imprescindible desarrollar las bases para una nueva concepción de la educación sensible a la comprensión del otro y de una mayor solidaridad.

A la vista de lo enunciado, esta transformación tendrá un encaje social si el sistema educativo proporciona las “cartas náuticas” para transitar por este mundo complejo y en perpetua agitación. Se crea así la necesidad de implementar una nueva concepción de la educación incorporando en el sistema educativo además de la adquisición de conocimientos (aprender a conocer y aprender a hacer) la comprensión del otro y la responsabilidad personal (aprender a vivir juntos y aprender a ser).

Ahora bien, debe ponerse de relieve que no todos los conflictos pueden ser solucionados acudiendo a la mediación. Plantear un uso generalizado de la mediación sería una afirmación sin sentido en la práctica real. La propia Organización de Naciones Unidas ha sido plenamente consciente de ello cuando, en boca de su propio Secretario General, en el documento “Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz”, se señalaba lo siguiente:

“...para que un proceso de mediación sea efectivo no basta con nombrar a una persona eminente que actúe como tercera parte. A menudo es necesario convencer a los antagonistas de las virtudes de la mediación, y los procesos de paz deben contar con un apoyo político, técnico y financiero firme. (...)

Por todo ello tengo la firme convicción de que, entre todas las figura híbridas o mixtas, es la mediación la que tiene mayores probabilidades de lograr el “Óptimo de Pareto”; esto es, la obtención de la máxima prosperidad común sin perjudicar al otro. Y aunque la mediación es un mecanismo presente en la historia desde tiempos remotos, ha de ser entendida en base a un nuevo concepto que estamos elaborando a partir del presente.

Llegado el momento de finalizar nuestro trabajo de investigación nos gustaría hacerlo con la afirmación del escritor Amin Maalouf², quien ya, con cierta dosis de premonición, parecía alertarnos de que “no nos bastará con seguir avanzando con el impulso inicial, a trancas y barrancas, navegando a estima, rodeando unos cuantos obstáculos y dejando que el tiempo solucione las cosas. El tiempo no es nuestro aliado, es nuestro juez, y ya estamos con un aplazamiento de condena”.

² MAALOUF, A., *El desajuste del mundo. Cuando nuestras civilizaciones se agotan*, Círculo de Lectores, Barcelona, 2009, p. 13.

BIBLIOGRAFIA

- ABEL, R. L., *A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society*, Law and Society 1973.
- ALBA ISASI, J., "Estudio de la mediación como sistema alternativo de resolución de controversias, análisis de la Ley 5/2012, de 6 de julio", 5 (2013) *Portal de la Administración electrónica la inclusión digital y la sociedad del conocimiento*. En acceso digital <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/estudio-de-la-mediacion-como-sistema-alternativo-de-resolucion-de-controversias-analisis-de>
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, J. M., "Poder Judicial, Sociedad y Estado de Derecho", 4417 (1997) *La Ley*
- ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R., *Análisis y Resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Imparcialidad judicial e independencia". En V.A, *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008
- ANTHONY DE MELO, S. J., "¿Quién puede hacer que amanezca?", Sal Terrae, Cantabria, 1993.
- ATARES GARCIA, E.M., "Mediación intrajudicial civil". En acceso digital http://mediacion.icacor.es/download/PonenciasPresentaciones/MEDIACION_INTRAJUDICIAL_CIVIL_2.pdf.
- BACA OLAMENDI, L., "Diálogo y Democracia", 13 (2001) *Cuadernos de divulgación de la cultura democrática*. En enlace digital. http://www2.ine.mx/documentos/DECEYEC/dialogo_y_democracia.htm
- BANDIERI, L. M "La Negociación" En V.A. *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.
- BARNLUND, D.C., *Interpersonal Communication: Survey and Studies*, Houghton Mifflin, Boston, 1968.
- BARONA VILAR, S., "Delimitación Objetiva de la mediación penal. Supuesto especial con personas jurídicas ". En V.A. *La Mediación: nuevas realidades nuevos retos, Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario* (coord. Torrado Tarrío, C.) La Ley, Madrid, 2013.
- __ *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- __ *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- __ "La mediación: mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles". En V.A. *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación*

- ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos? (Dir. Etxeberria Guridi, J.F.) Aranzadi, Pamplona, 2012.
- BASABE, N. & VALENCIA, J. "Culture of peace: Sociostructural dimensions, cultural values, and emotional climate", 63(2/2007) *Journal of Social Issues*.
- BATESON, G., *Pasos hacia una ecología de la mente*. Lohlé. Buenos Aires, 1985.
- BERTALANFFY, L., *Teoría General de los sistemas*, Fondo de cultura Económica, México, 1993.
- BILLIKOPF ENCINA G., *Mediación interpersonal: facilitando el diálogo entre las partes*. University of California, 2011, en acceso digital.
<http://nature.berkeley.edu/ucce50/agro-laboral/7conflicto/>
- BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: Una visión Jurídica*, Reus, Madrid, 2009.
- __ "Mediaciones excluidas del ámbito de aplicación de la Ley". En V.A. *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, (Coord. Fernández Canales, C.), Reus, Madrid, 2012.
- BLAU, P.M., *Intercambio y poder en la vida social*, Hora, Barcelona, 1982.
- BLUMER, H., *El interaccionismo simbólico: perspectiva y método*, Hora, Barcelona, 1982.
- BOBBIO, N., *Política e Cultura*, Einaudi, Turín, 1955.
- __ "Presentazione" VII (3/1951) *Revista de Occidente*.
- BOQUE TORREMORELL, C., "La mediación como disciplina y como profesión: el perfil competencial del mediador", en *La mediación nuevas realidades nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, (Coord. Torrado Tarrío C.) Madrid, La Ley 2013.
- BORISOFF, D. Y VICTOR, D. A., *Gestión de conflictos: Un enfoque de las técnicas de comunicación*, Díaz de Santos, S.A., Madrid, 1991.
- BOULDING, K.E., *Conflict and Defense: A General Theory* Harper y Row, Nueva York, 1962.
- __ *Las tres caras del poder*, Barcelona, Paidós, 1993.
- BUENO DE MATA, F., "Mediación On line: ¿la mediación del futuro?". En *La Mediación en materia de familia y Derecho Penal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011.
- BROWN, F. J., *The sociology of childhood*, Prentice-Hall, Nueva York, 1939.
- BRUNER, J.S., "Psicología social y percepción ". En V.A. *Estudios Básicos de psicología social*, (comps. Torregrosa, J.R., y Crespo, E.) Hora/centro de Investigaciones Sociológicas, Barcelona, 1984.
- BRUZCO, M.L., "El efecto mariposa y sus implicaciones estratégicas en el contexto organizacional", 20 (2012) *Revista Ciencias Estratégicas*, en acceso digital
http://www.sci.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-83472012000100003&lng=es&nrm=iso
- BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., *La Promesa de Mediación*, Granica, Barcelona, 1996.

- BUSTELO ELIÇABE-URRIOL, "Panorama actual de la Mediación Familiar". 3(2002), *Revista de Servicios Sociales y Política Social del Consejo General del Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social*.
- CALCATERRA, R., "El modelo estratégico de mediación. Supuestos y fundamentos" 3(2003) enlace digital <http://www.mediadoresenred.org.ar/larevista/modeloestrategico.html>
__*Mediación estratégica*. Gedisa, Barcelona, 2002.
- CAMARA VILLAR, G., "Justicia Política en la España Democrática", 47(2000), *Revista de Derecho Político*.
- CAPRA, F., *El punto crucial. Ciencia sociedad y cultura nacientes*, Troquel, Buenos Aires, 1996.
- CARBALLO MARTINEZ, G., *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Navarra, 2008
- CARDENAS, E.J., *La mediación en conflictos familiares: lo que hay que saber*, Lumen-Humanitas, Buenos Aires, 1999.
- CARRETERO MORALES, E., "La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos". En V.A. *Mediación y resolución de conflictos Técnicas y ámbitos*, (Dir. Soletto Muñoz, H.) Tecnos, Madrid, 2013.
- CARRETERO SANCHEZ, S. *Sociología y prensa judicial*, Dykinson, Madrid, 2004.
- CASCÓN SORIANO, P., *Educación en y para el conflicto*, Cuadernos de Pedagogía-UNESCO, Barcelona, 2000.
- CASTELLS, M., *La Era de la información: Economía sociedad y cultura*, vol.3 Fin de Milenio, Ed. Alianza, Madrid, 1999b.
__ *Crónica de un desorden: notas para reinventar La justicia*, Alianza, Madrid, 1997.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., "La desaparición de la voluntariedad como principio esencial de la mediación con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles". En V.A. *La Mediación nuevas realidades nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, (Coord. Torrado Tarrío, C.), La Ley, Madrid, 2013.
- CASTILLO VEGAS, J., "La justicia como bien intelectual". En V.A. *Para que algo cambie en la Teoría Jurídica*, (coord. Belloso Martín, N.), Universidad de Burgos, Burgos, 1999.
- CATALINA BENAVENTE, M.A., "Breve acercamiento a la mediación penal en Alemania" 3(2014) CEEJ.
- CHRISTIE, D. What is peace psychology the psychology of? 62(2006) *Journal of Social Issues*.
- CHRISTIE, N., "Conflicts as Property", 17(1977/1) *British Journal of Criminology*.
- COBB, S., "Una perspectiva narrativa en mediación". En V.A. *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales* (comp. Folger, H.P y Jones, T.S) Paidós Mediación, Buenos Aires, 1997.

- COMFORT LOUISE, K., "Auto-organización en sistemas complejos" University of Pittsburgh en acceso digital consultado el 25-5-2015.
<http://www.desenredando.org/public/libros/1996/dma/html/7cap8.htm>.
- CONSEJO GENERAL PODER JUDICIAL. *Alternativas a la judicialización de los conflictos: La mediación*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007.
- *El libro Blanco de la Justicia*, acceso digital
http://www.icam.es/docs/ficheros/201202170003_6_0.pdf.
- CORIA, C., *Las negociaciones nuestras de cada día*, Paidós, Buenos Aires-Barcelona-México 1998.
- CORTES, P., "Un modelo para la acreditación de los sistemas ODR en la Unión Europea", 10(2010) *Revista internet Derecho y Política, Universitat Oberta de Catalunya*.
- CORZÓN PEREIRA, F., y GUTIERREZ HERNANZ, E., "Aspectos Psicosociales". En V.A. *Mediación Familiar* (Dir. Souto Galván, E.) Dykinson, Madrid, 2012.
- CORZÓN PEREIRA, D., "Introducción". En V.A. *Mediación Familiar* (Dir. Souto Galván, E.) Dykinson, Madrid, 2012
- COUTURE, E. J., *Introducción al estudio del proceso civil*, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- DAHRENDORF, R., *El conflicto social moderno*, Mondadori, Madrid, 1990.
- DARWIN, C. H., *Teoría de la evolución*, Madrid, Altaya, 1998
- DE DIEGO VALLEJO, R., Y GUILLEN GESTOSO, C., *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, Pirámide, Madrid 2006.
- DE ESTEBAN, J., "Comentario Introductorio al título VI". En V.A. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (Dr. Alzaga Villamil, O) Cortes Generales-Edersa. Madrid, 1998.
- DE JULIOS CAMPUZANO, A., "¿Está en crisis el paradigma jurídico de la modernidad?" En V.A., *Para que algo cambie en la teoría jurídica*. (coord. Belloso Martin, N.) Serv. Public. Universidad de Burgos, Burgos, 1999.
- DELORS, J., "Los cuatros pilares de la educación". *La educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI*, Santillana/UNESCO, Madrid, 1996, en acceso digital.
[http://www.uv.mx/dgdaie/files/2012/11/ CPP-DC-Delors-Los-cuatro-pilares.pdf](http://www.uv.mx/dgdaie/files/2012/11/_CPP-DC-Delors-Los-cuatro-pilares.pdf)
- DE TOCQUEVILLE, A., *La Democracia en América*, Alianza Editorial, Madrid, 1980.
- DE-RIVERA, J. "Assessing the Basis for a Culture of Peace in Contemporary Societies", 4(5/2004) *Journal of Peace Research*.
- DEUTSCH, M. y KRAUSS, R.M., *Teorías en psicología social*, Paidós, México, 1984.
- DEUTSCH, M., "Dispute Settlement in Chinese-American Communities", 21 (1973) *American Journal of Comparative Law*.
- *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1973
- DI STEFANO, L., "Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que

- regulan su funcionamiento". En V.A. *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* (Coord. Carretero Morales, E., Ruiz López, C.) Tecnos, Madrid, 2013.
- DIEGO VALLEJO, R. y GUILLEN GESTOSO, C., *Mediación: procesos, tácticas y técnicas*, Pirámide, Madrid, 2006.
- DOMENIG, C., *Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung*, Haupt, Bern, Stuttgart, Wien, 2008.
- DORSCH, F., *Diccionario de psicología*, Barcelona, Herder, 1985.
- ELSTER, J., *El cemento de la sociedad: la paradoja del orden social*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- ENTRENA KLETT, C. M., *La equidad y el arte de juzgar*, Aranzadi, Pamplona, 1990.
- ESCALA, S., *Psicología para directivos*, Deusto, Bilbao, 1973.
- ESCUADERO, V., SOBRAL, J., y GUTIERREZ, E., "Patrones de conflicto interpersonal un estudio exploratorio", 13(1987/35) *Análisis y modificación de conducta*.
- ESCUADERO, L.F., *Reconocimiento de Patrones*, Paraninfo, Madrid, 1977.
- ESPLUGES MOTA, C., "Mediación Civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de Mediación de 2012". En V.A. *Estudios sobre el significado e impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferente Ámbitos jurídicos?* (Dr. Etxeberría Guridi, J.F) Aranzadi, Universidad País Vasco.
- ESTEBAN SOTO, Y., "Las Microtécnicas de la Mediación ". En V.A. *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, (Coord. Soletto Muñoz, H.), Tecnos, Madrid, 2007.
- __ "Las armas del mediador para lograr el acuerdo: La Microtécnicas de la Mediación". En V.A. *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013.
- ETXEBARRIA GURIDI, J.F., "Análisis de la normativa autonómica sobre mediación en asuntos de derecho privado y la incidencia en ella de la normativa estatal". En V.A. *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una respuesta Innovadora en los diferentes Ámbitos Jurídicos?*(Dr. Etxeberría Guridi, J.F.) Aranzadi, Universidad País Vasco.
- FACH GOMEZ, K., " Resolución extrajudicial de conflictos de consumo transfronterizos en la Unión Europea" en acceso digital.
http://www.academia.edu/830244/Extrajudicial_Resolution_of_International_Consumer_Disputes_in_the_EU_Resoluci%C3%B3n_Extrajudicial_de_Conflictos_de_Consumo_Transfronterizos_en_la_Uni%C3%B3n_Europea.
- FALCON CARO, M. C., "Mediación: Las Escuela Tradicionales y el Método Integrador". En acceso digital
<http://www.castillofalcon.com/las-tres-escuelas-tradicionales-de-la-mediacion-y-el-metodo-integrador/>
- FERNANDEZ CANALES, C. "Reconocimiento de instituciones o servicios de mediación". En

- V.A. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles comentarios a la ley 5/2012*, (Dir. García Villaluenga) Reus, Madrid, 2012.
- __“Impulso a la mediación”. En V.A. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles comentarios a la ley 5/2012*, (Dir. García Villaluenga), Reus, Madrid, 2012.
- __“Escrituras públicas de formalización de acuerdos de mediación”. En V.A. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles comentarios a la ley 5/2012*, (Dir. García Villaluenga), Reus, Madrid, 2012.
- FISAS, V., *Introducción al estudio de la paz y de los conflictos*, Lerna, Barcelona, 1987.
- __*Procesos de paz y negociación en conflictos armados*, Paidós, Barcelona, 2005.
- __*Cultura de Paz y Gestión de los Conflictos*, Icaria- Ediciones UNESCO, Barcelona, 1998.
- FISHER, R., KOPELMAN, E., y KUPFER, A., *Beyond Machiavelli: Tools for coping with conflict*, Harvard University Press, Cambridge, 1944 (trad. cast.: *Más allá de Maquiavelo*, Granica, Barcelona, 1996).
- FISHER, R., *Más allá de Maquiavelo: Herramientas para afrontar conflictos*, Granica, Buenos Aires, 1996.
- FISHER, URY y PATTON, *Obtenga el Sí. El arte de negociar sin ceder*, Gestión 2000, Barcelona 2002
- FLOYER, A, *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Paidós, Barcelona, 1993.
- FODDAL, M.A., “Conciliación y Mediación: ¿Modelos diferentes de resolución de conflictos?”. En V.A. *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I, (coord. Fernández Canales, C.), Reus, Madrid, 2010.
- FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa S.A, México 1996.
- FONT GUZMAN, J. N., “Programa de derivación judicial en Estados Unidos”. En V.A. *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* (Dir. Soleto H.)Tecnos, Madrid, 2013.
- FREIRE PEREZ, R., “La posición del juez ante la mediación: ¿espectador, participante, garante?”. En V.A. *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* (Coord. Carretero Morales, E., Ruiz López, C.)Tecnos, Madrid, 2013.
- __“Reparación y conciliación”. El derecho penal y los intereses de víctimas e imputados” en V.A. *Alternativa a la judicialización de los conflictos: la mediación*, (Drs. Sáez Valcárcel, R. y Ortuño Muñoz, P.), Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007.
- FREUD, A., *El yo y los mecanismos de defensa*, Paidós, Barcelona, 1997.
- FREUND, J., *Sociología del conflicto*, Fundación Cerien, Madrid, 1987.
- __ *Sociologie du conflit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, trad. Cast.: *Sociología del conflicto*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995.
- FRIEDMAN, G.J., *A Guide to Divorce Mediation*, Workman, New York, 1993.
- FULLER, L.L., *La moralidad del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1986.

- GALEOTE MUÑOZ, M.P., "La mediación ". En V.A. *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, (Coord. Hinojosa Segovia, J.), Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- GALTUNG, J., "Los fundamentos de los estudios sobre la paz". En V.A. *Presupuestos teóricos y éticos sobre la paz*, Rubio, A, Granada, 1993.
- __ "Violence, peace, and peace research", 6(1969) *Journal of Peace Research*.
- __ "La situación geopolítica después de la guerra fría: un ensayo sobre la teoría de la agenda". En V.A. *Teoría de la Paz* (edit. Martínez Guzmán, V.) Nau llibres, 1995.
- __ *Investigaciones teóricas*, Te4cnos, Madrid, 1995, *Peace by peaceful means: Peace and conflict, development and civilization*, Oslo, Prio, 1996 (trad. cast.: *Paz por medios pacíficos: Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Vizcaya, Bakeaz, 2003.
- GARAPON, A., *Juez y democracia*, Flor del viento, Barcelona, 1997.
- GARCIA, E.A., *Fundamentos para una teoría del Derecho*, Dykinson, SL, Madrid, 2008.
- GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M.P., *Educación familiar. El aprendizaje de la resolución de conflictos*, en Parada Navas, J.L. & González Ortiz, J.J., *La familia como espacio educativo*. Espigas, Murcia, 2009.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., "Condiciones para ejercer de mediador". En V.A. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la ley 5/2012*, (Coord. Fernández Canales, C.), Reus, Madrid, 2012.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., y VAZQUEZ DE CASTRO, L., "La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo". 50(2013/I) *Revista Política y Sociedad* en acceso digital.
<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/39344-57471-2-PB.pdf>
- GARNHAM A. y OAKHILL, J., *Manual de Psicología del Pensamiento*, Paidós, Barcelona, 1996.
- GASANNO, G., *ADR (Alternative dispute resolution). Transazione Arbitrate e risoluzione alternativa delle controversia*, Turín, 2006.
- GERGEN, K.J., *El yo saturado*, Paidós, Barcelona, 1992.
- GIDDENS, A., *Modernidad e identidad del yo: el yo y la sociedad en la época contemporánea*, Península, Barcelona, 2000.
- __ *Política, sociología y teoría social*, Barcelona, Paidós, 1997.
- GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A., "El Defensor del Pueblo y el control parlamentario de la Administración", 10 (1987-1990) *Anales del Derecho*. En acceso digital.
<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/8347/1/EI%20defensor%20del%20pueblo%20y%20el%20control%20parlamentario%20de%20la%20Administracion.pdf>.
- __ *El control parlamentario de la administración: (el ombudsman)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1981.
- GIMENEZ ROMERO, C., "Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural", 10 (2001) *Revista Migraciones*.
- GINER DE GRADO, C., *Los Ombudsmen (Defensor del Pueblo) Europeos*, Tibidabo, Barcelona, 1986.
- GOFFMAN, E., *La presentación de la persona en la vida cotidiana*, Amorrortu, Buenos Aires, 1987.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, A.G.E.S.A., Madrid, 1959.

- GONZALEZ CUELLAR, N. y PENIN ALEGRE, M.L., "*Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología*". En V.A. *Mediación: Un método de ¿conflictos*. Colex, 2010.
- GONZALO QUIROGA, M., "*Situación actual del Marco Normativo de la Mediación en España*". En V.A. *Estado del Arte de la Mediación*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- GONZALEZ MORENO, B., "*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante el conflicto intercultural*" ,1(2006) *Anuario de la Facultad de Derecho de Orense*, pp.229-250.
- __ *El Estado social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002.
- __ *La mediación familiar. Conferencia en el "III Seminario Interdisciplinar de profesores: Resolución judicial y extrajudicial de conflictos"*, San Esteban de Ribas de Sil (Ourense), 9 y 10 octubre 2008.
- GORJON GOMEZ, F.J., y SAENZ LOPEZ, K. A, *Métodos Alternos de Solución de Controversias*, Patria, México, 2009.
- __ *Métodos Alternos de Resolución de Controversias*, Continente, México, 2007.
- GORJON GOMEZ, F., y LOPEZ PELAEZ, A., *Estado del Arte de la Mediación*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- GORJON, F., STEELE, J. *Métodos alternativos de Solución de Conflictos*, Oxford University Press, México 2008.
- GUILLERMO PORTELA, J., "*Comprensión del PIN de las partes*". En V.A. *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, (Coord. Otero Parga, M.), Tecnos, Madrid, 2007.
- HABERMAS, J., *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1986.
- __ *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, Madrid, 1999.
- HASSEMER, W., *Fundamento del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- HAYNES, J.M., *Fundamentos de la Mediación. Como afrontar la separación de pareja de forma pacífica*, Gaia, Madrid, 1995.
- HEWSTONE, M., *La atribución causal: del proceso cognitivo a las creencias colectivas*, Paidós, Barcelona, 1992.
- HIDALGO MENA, F.L., "*Técnicas de mediación familiar*". En V.A. *Mediación y orientación familiar* , (coords. Henry Bouce, J., Hidalgo Mena, F.L.), Dykinson, Madrid, 2008.
- HOBBS, T., *Leviatán; la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil (1648)*, Alianza, Madrid, 2002.
- HOMANS, G.C., "*Procesos sociales fundamentales*". En V.A. *Estudios básicos de psicología social*, (comps. Torregrosa, J. R., y Crespo, E.), Hora/ Centro de Investigaciones Sociológicas, Barcelona, 1984.
- HOWARD, M., *La cultura del conflicto: las diferencias interculturales en la práctica de la violencia*, Paidós, Barcelona, 1995.

- IBAÑEZ T., *Poder y libertad*, Barcelona, Hora, 1982.
- IDALY BARRETO GALIANO, M.; BORJA-OROZCO, H.; SERRANO, Y; LÓPEZ-LÓPEZ, W., "La legitimación como proceso en la violencia política, medios de comunicación y construcción de culturas de paz". *Univ. Psychol* 8 (2009/3).
En acceso digital.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-92672009000300010
- ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la Contratación Electrónica*, Cívitas, Madrid, 2009
- INFANTE, E., Sobre la definición de conflicto interpersonal: aplicación del *cluster analysis* al estudio semántico, 13(3/1998) *Revista de psicología Social*.
- JANDT, F.E., *Conflict Resolution Through Communication*, Harper and Row, Nueva York, 1973.
- JARES, X.R., *Educación para la paz. Su teoría y su práctica*, Popular, Madrid 1991.
- JONES, T.S., "Un reenmarcamiento dialectico del proceso de mediación". En V.A. *Nuevas direcciones en mediación*, (coord. Jones, T.S.), Paidós, Buenos Aires-Barcelona-México, 1997.
- JUNCOSA i CARBONELL, A., "Status epistemológico de la ciencia y la ética". En V.A. *La mediación de la filosofía en la construcción de la bioética*, (Coord. Francesc, A. y Cañón, C.) Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1993.
- KOSKO, B., *Pensamiento borroso*, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1995.
- KUHN, T.S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- LARENZ, K., *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*, (Trad. L. Díez-Picazo) Cívitas, Madrid, 1985.
- LEDERACH, J.P., *Preparing for Peace*, Syrycuse University Press, 1996.
- LOPEZ GUERRA, L., "La modernización de la Justicia como servicio público" 47(2000) *Revista de Derecho Político*.
- LOPEZ PINTOR, R. Y BUCETA, R., *Los españoles de los 70. Una versión sociológica*, Tecnos, Madrid, 1975.
- LORENZ, E.N., *La esencia del caos. Un cambio de conocimiento que ha convertido en una parte importante del mundo que nos rodea*, Debate, Madrid, 1995.
- LUQUIN BERGARECHE, R., "Contestación al cuestionario presentado a los participantes de la mesa redonda "problemas de la implantación de la medición intrajudicial desde los Juzgados de familia" síntesis y valoraciones sistematizadas". En V.A. *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, (Dir. Sáez Valcárcel, R. y Ortuño Muñoz, P.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- MACKIE, K. J., *A handbook of dispute resolution. ADR in action*, Routledge, New York, 1991.
- MAALOUF, A., *El desajuste del mundo. Cuando nuestras civilizaciones se agotan*, Círculo de Lectores, Madrid, 2009.
- MANDELBROT, B., *Los objetos fractales*, Tusquets, Barcelona, 1996.
- MANTECON, J., "Los medios alternativos al proceso en la legislación canónica", 15-16(1993)

- Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, pp. 3917-3932.
- MARESCA, M., "El pacifismo de la cultura jurídica", en *Presupuestos teóricos y éticos sobre la paz*, Universidad de Granada, Granada, 1993.
- MARQUES CEBOLA, C., *La Mediación*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2013.
- MARTI MINGARRO, L., "La mediación civil y mercantil en la nueva ley 5/2012, de 6 de julio", 29(2013) *Revista Jurídica de Castilla y León*. En acceso digital <http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/650/131/14.-%20La%20mediaci%C3%B3n%20civil%20y%20mercantil%20digital.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1>
- MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2010.
- MARTINEZ GIRON, J., "El papel de los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos en los períodos de consultas de los expedientes de regulación de empleo", 3(2007) *Actualidad Laboral*, pp.284-293.
- "Procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos individuales de trabajo: Experiencias y perspectivas, 4(2000) *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, pp.347.356.
- MATHEUS LÓPEZ, C., *La independencia e imparcialidad del árbitro*, Dijusa, San Sebastián, 2009.
- MATURANA, H., y VARELA, F., "La autopoiesis de Maturana (y Varela): ¿Seres sociales o seres individuales?", acceso digital, consultado 23-5-2015. http://www.johndeweycollege.cl/cms/UPIMGS/archivos/CON_172/_VARELA.pdf
- MEJIAS GOMEZ, J. F., "Resolución alternativa de conflictos", *curso sobre resolución alternativa de conflictos*, Generalitat Valencia, Consellería de Bienestar Social, Valencia, 1997.
- MENKEL-MEADOW, C., "The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices", 11(3/1995) *Negotiation Journal*.
- MITCHELL, C.R., *The structure of international conflict*, Saint Martin's Pres, Nueva York, 1981.
- MOAWAD, N., "A Agenda for Peace and a culture of peace", en *From a culture of violence to a culture of peace*, Unesco, 1996.
- MONTERO AROCA, J., y GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MONTESQUIEU. *El Espíritu de las Leyes*, I cap., II, 6, (trad. por García del Mazo, S.) en acceso Digital, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>
- MOORE, C., *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995.
- MORAN, G.M., "La Mediación en EEUU". En V.A. *La mediación un instrumento de mediación*, (coordinación Dr^a. Souto Galvan, E.), Dykinson, Madrid, 2010.

- __ "La mediación y la actividad Administrativa eclesiástica: su recepción por el Derecho Canónico".
Stato, Chiese e Pluralismo confessionale, 2011. Revista telemática. En acceso digital
www.statoechiese.it
- MORIN, E., *Introducción al Pensamiento Complejo*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- __ "Qué es la transdisciplinariedad". En acceso digital. Consultado el 6-5-2015.
<http://www.edgarmorin.org/que-es-transdisciplinariedad.html>
- MOSCOVICI, S., *Psicología de las minorías activas*, Morata, Madrid, 1981.
- MURKIN, C., *Autoestima: investigación teoría y práctica*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1998.
- MULDOON, B., *El corazón del conflicto. Del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como un camino hacia la sabiduría*, Paidós, Barcelona, 1998.
- MULLERAT BALMAÑA, R. M^a., "La Justicia alternativa ("Alternative Dispute Resolution") en los Estados Unidos de Norteamérica", 3(2000)*Anuario de Justicia Alternativa*.
- MUNDUATE JACA, L. Y MEDINA DIAZ, J.F., *Gestión del conflicto, Negociación y Mediación*, Pirámide, Madrid, 2006.
- MUNNÉ, F., *Entre el individuo y la sociedad: marcos y teorías actuales sobre el comportamiento Interpersonal*, EUB, Barcelona, 1996.
- __ "La teoría del caos y la psicología social. Un nuevo enfoque epistemológico para el comportamiento social". En V.A. *Epistemología y procesos psicosociales básicos*. (comps. Fernández I. y Martínez, M.F.) Eudema, Sevilla, 1993.
- MUNUERA GOMEZ, M.P., *Nuevos retos en mediación: familiar, discapacidad, dependencia funcional, salud y entorno social*, Tirant Humanidades, Valencia, 2014.
- NIETO MARTIN, A., *El Dorso metalegal de las resoluciones judiciales*. En Estudios en homenaje al Profesor González Pérez. Cívitas, Madrid..
- OAKHILL, J. y GARNHAM, A., *Manual de psicología del pensamiento*, Paidós, Barcelona, 1996
- OGAZÓN GÓMEZ, Y.A., "Construcción de la mediación (civil y mercantil) en España", (12/3/2013) *Revista legaltoday.com* (12/3/2013). En acceso digital
<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/arbitraje/construccion-de-la-mediacion-civil-y-mercantil-en-espana>
- OLIVAS, E., *Problemas de legitimación en el estado social*, Trotta, Madrid, 1991.
- ORDOQUI CASTILLA, G. 2011, *Buena fe en los contratos*, Reus, Madrid, 2011.
- ORTUÑO MUÑOZ, J.P. y HERNANDEZ GARCIA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*. Fundación Alternativas, Madrid, 2007.
- ORTUÑO MUÑOZ, J.P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Thomson Cívitas, Navarra, 2008.
- "La mediación en el proceso de modernización de la justicia". En V.A *La Mediación: Nuevas Realidades nuevos retos*, (Dir^a. Castillejo Manzanares, R.) La Ley, Madrid, 2013.

- __“El papel del abogado en la mediación” *Revista de la Abogacía*, 2009.
CASTILLEJO <https://pascualortuno.files.wordpress.com/2013/04/el-papel-del-abogado-en-la-mediacion-3b3n-abogados-2009.pdf>.
- OST, F., “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez” 8(2007) *Academia Revista sobre enseñanza del derecho*.
- OTERO PARGA, M., “Modelos teóricos de la mediación”. En V.A. *Mediación y Solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*, (Coord. Soletto Muñoz, H., y Otero Parga, M.), Tecnos, Madrid, 2007.
- __“Las raíces históricas y culturales de la mediación”. En V.A. *Mediación y Solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*, (Coord. Soletto Muñoz, H., y Otero Parga, M.), Tecnos, Madrid, 2007.
- __“Ventajas e inconvenientes de la mediación”. En V.A. *Mediación y Solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente* (Coord. Soletto Muñoz, H., y Otero Parga, M.) Tecnos, Madrid, 2007.
- PALAZZO, F., “Conclusiones” en V.A. *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo*, (Coords. Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., y Nieto Martín, A.), Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2003.
- __*Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo* (Coords. Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., y Nieto Martín, A.) Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003 acceso digital.
<http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/9.pdf>
- PALMA CHAZARRA, L., *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, Sevilla 2007,
Tesis doctoral en acceso digital
<https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/04/tesis-doctoral-luhc3a9-palma.pdf>
- PARETO, V., *Cours d'économie politique*, reeditado por Bousquet, G.H. y Busino, G., Libraire Droz, París, 1964.
- PARIS ALBERT, S., *Filosofía de los conflictos*. Icaria, Barcelona, 2009.
- PARKINSON, L., *Mediación Familiar. Teoría y Práctica: Principios y estrategias operativas*, Gedisa, Barcelona, 2005.
- PASQUAL DEL RIQUELME HERRERO, M., “La experiencia de la unidad de mediación intraprocesal del partido judicial de Murcia” en V.A. *Mediación es Justicia: El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*. Huygens Barcelona, 2104.
- PASTOR, J., y LEÓN GARCÍA-IZQUIERDO, A., “Complejidad y Psicología Social de las Organizaciones” 19 (2/2007) *Psicothema*, Acceso digital, consultado 20-4-2015,
<http://www.psicothema.com/pdf/3350.pdf>.
- PAZ LLOVERAS, E., *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, Aenor, Madrid, 2002.
- PEYRU, M. G., “Aplicación de los recurso múltiples”. En *Desarrollo personal para el Ejercicio Profesional*

- de la Mediación Familiar*, Cemfa, Buenos Aires, 1994.
- POPPER, K.R., *La lógica de la investigación científica*, Madrid, 1989 en acceso digital.
<http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/05/00951-la-logica-de-la-investigación-científica-Karl-r-popper.html>
- PRIGOGINE, I., *¿Tan sólo una ilusión?: Una exploración del orden al caos*, Metatemas, Barcelona, 1997.
- PUJADAS TORTOSA, V. "Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica" XVIII (2003) *Revista de la Corte Española de Arbitraje*.
- PUY MUÑOZ, F., "La expresión "Mediación jurídica" un análisis tópico". En V.A. *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente* (Coord. Otero Parga, M., Soletto Muñoz, H.) Tecnos, Madrid, 2007.
- RALSTON SAUL, J., *La civilización inconsciente*, Anagrama, Barcelona, 1997.
- RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de la Cultura Económica, Madrid, 2002.
- RECASENS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, México, 1980.
- REDORTA LORENTE, J., *Como analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramientas de Mediación*, Paidós, Barcelona, 2007.
- __ *Gestión de Conflictos*. UOC, Barcelona, 2011.
- __ "[Análisis de conflictos por patrones: La nueva herramienta CAT](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/34307-46078-1-PB.pdf)", en acceso digital, <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/34307-46078-1-PB.pdf>
- REQUENA M., SALAZAR, L. y RADL, J., *Estratificación social*, Mc Graw Hill, Madrid, 2013.
- RETTBERG, A. "Diseñar el futuro: una revisión de los dilemas de la construcción de paz para el postconflicto", 15(2003) *Revista de Estudios Sociales*.
- RIVERA HERNANDEZ, P.R., "El impacto social de la mediación comunitaria como una política pública en la reparación del daño", 4(2013) *Revista Libertades*, en acceso digital, http://www.revistalibertades.com/n03_cont08.html.
- ROGEL VIDE, C., "Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles". En V.A. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles comentarios a la Ley 5/2012*, (Coord. Fernández Canales, C.), Reus S.A., Madrid, 2012.
- ROGERS, C., *El camino del ser*, Kairós, Barcelona, 1987.
- ROJAS MARCOS, L., *Las semillas de la violencia*, Espasa Calpe, Madrid, 1996
- ROMERO NAVARRO, F., "Del conflicto al acuerdo de mediación", 2 (2013) *Revista Mediara*, en acceso digital
<http://www.revistamediara.es/articulos/70/del%20conflicto-al-acuerdo-en-mediaci%C3%B3n>
- ROMEVA I RUEDA, R. *Guerra, Posguerra y Paz: pautas para el análisis y la intervención en contextos posbélicos o postacuerdo*, Icaria, Barcelona, 2003.
- ROZENBLUM DE HOROWITZ, S., *Mediación, Convivencia y Resolución de Conflictos en la Comunidad*, Grao, Barcelona, 2007.

- RUBIN, J., PRUITT, D., Y HEE, S., *Social conflict: escalation, stalemate and settlement*, Mc. Graw-Hill, Nueva York, 1986.
- RUBIN Y BROWN, *Social Psychology of Bargaining and Negotiation*, Academic Press, New York, 1975.
- RUGGERI, L., "ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres", 10 (2010) *Revista De Internet, Derecho y Política*, en acceso digital,
<http://idp.uoc.edu/index.php/idp/article/viewFile/n10-n10-presentacion/n10-monografico-justicia-relacionada>
- RUMMEL, R.J., *Understanding Conflict and War*, Wiley, NY. , 1976.
- SAINT EXUPERY, A. DE. , *Airman`s Odyssey*, Reynal, New York, 1939.
- SAIZ GARITAONAENDIA, A., "El Medarb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras". En V.A. *Mediación y resolución de conflictos técnicas y ámbitos*, (Coord. Carretero Morales, E. y Ruiz López, C.), Tecnos, Madrid, 2013.
- SANCHEZ GONZALEZ-DANS, R., Y VARELA ALONSO, J.A., "La abogacía gallega ante la mediación ". En V.A. *La mediación: nuevas realidades nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, (Coord. Torrado Tarrío, C.), La Ley, Madrid, 2013.
- SANDER, F., "Varieties of Dispute Processing", *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*, Edit. Leo Levin A. y Wheeler Russel R., West, 1979.
- SANZ PARRILLA, M., "El uso de medios electrónicos en la mediación". En V.A. *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, (Coords. Carretero Morales, E. y Ruiz López, C.), Tecnos, Madrid, 2013.
- SHELLENBERG, J.S., *The Science of Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- SELIGMAN, M.E., *Indefensión en la depresión, el desarrollo y la muerte*, Debate, Madrid, 1995.
- SENAR, J.C., "Vivir y convivir: la vida en los grupos sociales". En V.A. *Etología: introducción a la ciencia del comportamiento*, (Comp. Carranza, J.), Universidad de Extremadura, Cáceres, 1994.
- SIX, J.F., *Dinámica de la mediación*, Paidós Mediación, Barcelona, 1997.
- __ *Les temps des médiateurs*, Seuil, Paris, 1990.
- SLAIKEU, A.C., *Para que la sangre no llegue al río*, Granica, Barcelona, 1996.
- SLUZKI, C., "Transformation: A Blueprint for Narrative Changes", 31(1992) *Therapy: Family Process*.
- SOLETO H., *Mediación y Solución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid 2013.
- __ "Mediación en la Unión Europea". En V.A. *Mediación y Solución de Conflictos: habilidades para una solución emergente*, (Coord. Soletto Muñoz, E. y Otero Parga, M.), Madrid, 2007.
- __ "Presente y futuro de la resolución de conflictos" En V.A. *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, (Coord. Carretero Morales, E., y Ruíz López C.), Tecnos, Madrid, 2013.
- __ "El procedimiento de Mediación". En V.A. *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y*

- Ámbitos, (Coord. Carretero Morales E. y Ruiz López, C.), Tecnos, Madrid, 2013
- SOUTO GALVAN, E., "La Mediación Intercultural". En V.A. *La mediación un instrumento de conciliación*, (Dir. Souto Galvan, E.), Dykinson, Madrid, 2010.
- __*La mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012.
- SPENCER, D., y BROGAN, M., *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- STORR, A., *La Agresividad humana*, Alianza, Madrid, 1970
- SUARES, M., *Mediando en sistemas familiares*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- __ *Mediación. Conducción de disputas comunicación y técnicas*, Paidós Mediación, Buenos Aires, 1996.
- TAJADURA TEJADA, J., "Reflexiones en torno a la configuración de la justicia como servicio público" 8-9(2001/2002) *Uned teoría y Realidad Constitucional*, en acceso digital.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/8/art/art8.pdf>.
- TARUFFO, M., "Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti" 152(2007) *Revista de proceso*, (IBDP).
- THOM, R., *Parábolas y catástrofes: entrevista sobre matemática, ciencia y filosofía a cargo de Giulio Giorello y Simona Morini*, Tusquets, Barcelona, 1993.
- TOHARIA, J. J., *Opinión Pública y justicia; La Imagen de la justicia en la Sociedad Española*, C.G.P.J, Madrid, 2001.
- TORRES OSORIO, E., *La Mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.
- TOUZARD, H., *La mediación y la solución de conflictos*, Herber, Barcelona, 1981.
- TRILLA, J., *El profesor y los valores controvertidos*, Paidós, Barcelona, 1992.
- TZENG, O.C., *Family systems perspective on love: Development, maintenance, and dissolution: octagonal cycle and differential perspectives*, Eastport, CT, Praeger Publishers/ Greenwood Publishing, 1992.
- VALERO LLORCA, J y COBAS COBIELLA, M. E., "La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión", 7987 (2012) *Diario la Ley*
- VANDE-DER HOFSTANDT ROMAN, C.J., *El libro de las habilidades de comunicación*, Díaz de Santos, España, 2005.
- VARONA MARTINEZ, G., "El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: avanzado más allá de la mediación penal en la construcción de un derecho restaurativo interdisciplinar". En V.A. *Estudios sobre el significado e Impacto de la Mediación: ¿Una respuesta innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídico?* (Dr. Etxeberría Guridi, J.F.) Aranzadi, Navarra, 2012.
- __ "Criterios de evaluación en la Justicia Restaurativa: análisis comparado e internacional" en

- acceso digital, www.arrats.com/misdocumentos/gema.doc.
- VASCONCELOS-SOUSA, J., *Mediação*, Químera, Lisboa, 2002.
- VAZQUEZ GUTIERREZ, R., "Mediación Municipal". En *Mediación y Arbitraje*.
Leyes comentadas y concordadas del estado de Nuevo León, (Dir. Gorjón Gómez, F.J.), Porrúa, México, 2009.
- *La mediación escolar como herramienta de educación para la paz*, tesis doctoral, Murcia 2012.
- VENDRELL, E., *El conflicto en la dinámica de los pequeños grupos*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Facultat de Psicologia, 1987.
- VEZZULLA, J.C., *Mediação. Teoria e Prática. Guia para utilizadores e profissionais*, Agora Comunicação, Lisboa, 2005.
- VICTOR NOCETTI, N., *Fundamentos de Negociación*. Serie Documentos Docentes (SDD), 2007.
- VILALTA, A.E., "Resolución electrónica de disputas. Primeras reflexiones en torno a la necesidad de un marco normativo internacional", 10 (2010) *Revista de los Estudios de Derecho y ciencia Política de la UOC*
- VINYAMATA CAMPS, E., "Guía para tratar los conflictos". En V.A. *Vivir en Paz. Conflictología y conflictividad en la vida cotidiana*, (coord. Vinyamata, E.) GALTUNG Hacer, Barcelona 2005.
- *Conflictología: Curso de Resolución de Conflictos*, Ariel, Barcelona 2005.
- WATZLAWICK, P., WEAKLAND, J. y FISCH, R. "Cambio", Herder, Barcelona, 1989.
- *¿Es real la realidad?: Confusión, desinformación, comunicación*, Herder, Barcelona. 1994
- WATZLAWICK, P., HELMICK BEAVIN, J. y JACKSON, D.D., *Teoría de la comunicación humana*, Herder, Barcelona, 1992.
- WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones Filosóficas*, Crítica, Barcelona, 2004 (Traducción, García Suárez, A., y Moulines, U.)
- YARN, D., *Dictionary of Conflict Resolution*, San Francisco, Jossey-Bass, 1999.
- ZAPATERO GÓMEZ, J., SÁEZ VALCÁRCEL, R y ORTUÑO MUÑOZ, J.P., "Conclusiones". En V.A, *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial, nº. III, CGPJ, Madrid, 2006.
- ZARTMAN, W., y TOUVAL, S., "International Mediation in the Post-Cold War Era" en *Managing Global Chaos*, U.S, Institute for Peace Press, 1996.

NORMATIVA CONSULTADA

- Constitución española de 1978.
- Convenio de Bruselas de 1968.
- Convenio de Roma de 1980
- Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2011, sobre la implantación de la mediación en la vía penal.
- Decreto 139/2002, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña
- 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 gratuita.
- Decreto 41/2007, de 13 de abril, del Consell, por el que se desarrolla la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de la Generalitat, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana.
- Decreto 144/2007, del 24 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Canarias
- Decreto 124/2008, de 1 de julio regulador de los Puntos de Encuentro Familiar por derivación judicial, del País Vasco.
- Decreto 7/2009, de 27 de enero, sobre organización y funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familiar.
- Decreto 84/2009 de 21 de abril del Consejo Asesor de la Mediación Familiar.
- Decreto 61/2011, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.
- Decreto 37/2012, 21 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía
- Decreto 135/2012, de 23 de octubre, que desarrolla la Ley 15/2009 de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña.
- Decreto Legislativo 3/2008, de 25 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de tasas y Precios Públicos, de la Generalidad de Cataluña.
- Decreto-ley 3/2009, de 23 de diciembre de Medidas del Impulso de las Actividades de Servicio de Castilla y León que modifica parcialmente la ley 1/2006, de 6 abril.
- Decreto-ley 5/2014, de 22 de abril, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas (modifica la Ley 1/2009) de la CA. de Andalucía.

- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior
- 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.
- Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.
- Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
- Ley 1/2001 del 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña (BOE N° 91, 16 de abril de 2001).
- Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de Galicia (BOE, n° 157, de 2 de julio 2001).
- Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (BOE n° 303, de 19 de diciembre de 2001).
- Ley 15/2003, 8 abril de Mediación Familiar de Canarias (BOC. n° 85 de 6 mayo).
- Ley 3/2005, de 23 de junio, de modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril de la Mediación Familiar de Canarias (BOE n° 177, de 26 de julio 2005).
- Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla- La Mancha (BOE, n°203, de 25 de agosto de 2005.
- Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modifica el Código civil y la LEC.
- Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, (BOE, n° 105, de 3 mayo de 2006).
- Ley 18/2006, del 22 de noviembre, de mediación familiar de las Islas Baleares.
- Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid (BOCM, n°54, de 5 marzo de 2007.
- Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del Principado de Asturias (BPPA, de 9 abril de 2007).

- Ley 11/2007, de 27 de julio, de la CA de Galicia, para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.
- Ley 1/2008 de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco (BOPV, nº 2008034, de 18 de febrero de 2008).
- Ley 1/2009, 27 de febrero reguladora de la Mediación Familiar en la C.A de Andalucía (BOJA, nº50, de 13 marzo de 2009).
- Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña (BOE nº 198, de 17 de agosto de 2009).
- Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres de Aragón, dedica el Capítulo III a la mediación familiar.
- Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Islas Baleares.
- Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE, nº 99, 26 de abril de 2011).
- Ley 5/2011, de 1 de abril de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de Valencia.
- Ley 9/2011, de 24 de marzo de Mediación Familiar de Aragón (BOE nº 115, de 14 de mayo de 2011).
- Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social.
- Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla- La Mancha.
- Ley Foral 9/1990, de 13 de noviembre, sobre el régimen de autorizaciones, infracciones y sanciones en materia de Servicios Sociales.
- Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo, de modificación de la Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, de Navarra, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, para excluir la mediación en los supuestos que la Ley establece.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.
- Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y las soluciones de litigios en materia de consumo en el Mercado único, del año 1993.
- Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil Bruselas, 19.04.2002 COM (2002) 196 final.
- Orden 14/2007, de 11 de enero, reguladora de las bases de la convocatoria de subvenciones a Entidades Locales, para el desarrollo de programas dirigidos a favorecer la mediación familiar, los puntos de encuentro familiar, la prevención y el

tratamiento de la violencia en entornos familiares y sociales de los menores y favorecer la participación social infantil, y de convocatoria para 2007.

- Orden del 10 de marzo de 2008, de Canarias por la que se establecen disposiciones de desarrollo de las actuaciones de mediación familiar y se fijan las tarifas de la mediación en supuestos de gratuidad reguladas por el Decreto 144/2007.
- Orden de 3 de junio de 2008, de la CA de Galicia, por la que se fijan las tarifas de mediación familiar
- Orden 16 mayo de 2013 de la CA de Andalucía, por la que se regulan las tarifas en los procedimientos de Mediación Familiar gratuita en el sistema de turnos.
- Orden FAM/1497/2007, de 14 de septiembre, de Castilla-León, por la que se desarrolla el Reglamento de la Mediación familiar respecto a la Mediación Familiar Gratuita.
- Orden JUS 1741/2010, de 22 de junio de Murcia
- Orden JUS 1721/2014, de 18 de septiembre de Murcia, por la que se amplía la Oficina Judicial de Murcia
- Orden Foral Navarra 147/2007, 23 julio, de la Consejera de Bienestar Social Deporte y Juventud, por la que se clasifica el Servicio de Mediación Familiar.
- Plan de Acción de 1996 sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior, del 14 de noviembre de 1996.
- Plan de Acción de Viena, de 1999, que busca la instauración de procedimientos extrajudiciales alternativos o sustitutorios para la resolución de conflictos.
- Plan de Acción e-Europe 2002.
- Proyecto de Convenio de las Naciones Unidas, de 14 de noviembre de 2006, sobre Justicia y Apoyo a las Víctimas del Delito y el Abuso de Poder.
- Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.
- Reglamento 434/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y al ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- Reglamento (UE) N.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.
- Recomendación n.º R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del procedimiento penal, de 28 de junio de 1985.

- Recomendación nº R (86) 12 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, de 16 de septiembre de 1986, respecto a las medidas para prevenir y reducir la carga excesiva de trabajo de los Tribunales.
- Recomendación nº R (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, de 17 de septiembre de 1987.
- La Recomendación nº. R (92) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, Reglas Europeas sobre sanciones y medidas en la comunidad.
- Recomendación 98/257/CE, de la Comisión de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo.
- Recomendación nº R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar, aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998.
- Recomendación nº R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa referente a la mediación en asuntos penales.
- Recomendación nº R (981) del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar.
- Recomendación nº R (2001) 310, de 4 de abril de 2001, de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo.
- Recomendación nº R (2006) 8, del Comité de Ministros de los Estados Miembros, sobre la asistencia a las víctimas.
- Resolución de la Consejería de Asuntos Sociales Promoción e Inmigración, de 4 de noviembre de 2008, por la que se crea la Comisión de Valoración y Homologación de la Formación en materia de mediación familia.
- Resolución N. 2 de la 26.ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, sobre sistema de justicia penal-justicia restaurativa.
- Resolución 45/110, de 1990, de la Asamblea General, sobre reglas mínimas sobre medidas no privativas de libertad.
- Resolución 1999/26, de 28 de julio de 1999 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre el desarrollo y la aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho penal.
- Resolución 2000/14, de 27 de julio de 2000, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva en materia penal, que insta a los Estados miembros a intercambiar información sobre la mediación y la justicia reparadora.

- Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, sobre Los principios básicos de la utilización de los programas de la justicia restaurativa en asuntos penales.
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (2007/C 306/01).
- Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (2007/C 306/01).

ENLACES Y PORTALES DIGITALES

- Artículo publicado por el Diario el Mundo 25/10/2010 sobre la justicia en España.
<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/24/espana/1287939769.html>
- Barómetro de Febrero de 2011 del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).
http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2860_2879/2861/ES2861.pdf
- Barómetro de julio de 2013 del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).
http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2980_2999/2993/Es2993.pdf
- Código de conducta europeo para mediadores.
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf
- Centro Europeo del Consumidor en España
www.cec.consumo-inc
- Comunicado de prensa de la Comisión Europea acordando enviar dictámenes a Chipre, la República Checa, España, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos por no cumplir con el plazo de transposición de la Directiva sobre la mediación al Derecho nacional.
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1432_en.htm
- Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Tampere celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999.
http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm
- EUR-Lex, acceso al Derecho de la Unión Europea: (Diario oficial, Derecho de la UE, legislación nacional, procedimientos legislativos).
<http://eur-lex.europa.eu/search.html?type=expert&qid=1438968639096>
- Foro Europeo de Justicia Restaurativa
www.euforumrj.org
http://www.lawyerpress.com/news/2014_06/1706_14_003.html
- Hoja de Ruta para la Modernización de la Justicia",
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/hojaRutaModernizacionJusticia_1.0.0.pdf
- Informe 2013 del Observatorio de la Actividad de la Justicia.
<http://www.fundacionwolterskluwer.es/html/Informe2013.pdf>
- Informe de la Comisión para la elaboración de una nueva Ley de Planta y Demarcación Judicial
http://www.ajfv.es/uploads/documentos/documentos/PROYECTOS/informe_demarcacion_y_planta.pdf
- Libro blanco de la justicia (CGPJ/1998).
http://www.icam.es/docs/ficheros/201202170003_6_0.pdf

- **Libro Blanco de la mediación en Cataluña.**
http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/libres_fora_colleccio/libro_blanco_mediacion.pdf
- **Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil /* COM/2002/0196 final *.**
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52002DC0196>
- **Manual sobre programas de justicia restaurativa**
https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf
- **Portal europeo de justicia.**
<https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=es&action=home>
- **Red judicial Europea en materia civil y mercantil que recoge las distintas modalidades alternativas de solución de conflictos en los distintos países.**
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_bel_es.htm BELGICA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_es.htm ALEMANIA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_gre_es.htm GRECIA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_spa_es.htm ESPAÑA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_fra_es.htm FRANCIA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ita_es.htm ITALIA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_hun_es.htm HUNGRIA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_mlt_es.htm MALTA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_net_es.htm PAISES BAJOS
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_aus_es.htm AUSTRIA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_aus_es.htm POLONA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_por_es.htm PORTUGAL
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_sln_es.htm ESLOVENIA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_svk_es.htm ESLOVAQUIA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_fin_es.htm FINLANDIA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_swe_es.htm SUECIA
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_uni_es.htm REINO UNIDO
- **Sistema Electrónico de Mediación y Arbitraje para Personas con Discapacidad (SEMADISC)**
<http://www.usc.es/atpemes/SEMADISC-Sistema-Electronico-de,1136>