

COLECCIÓN DE MEDIACIÓN
Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

MEDIACIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

LA JUSTICIA DEL SIGLO XXI

Director

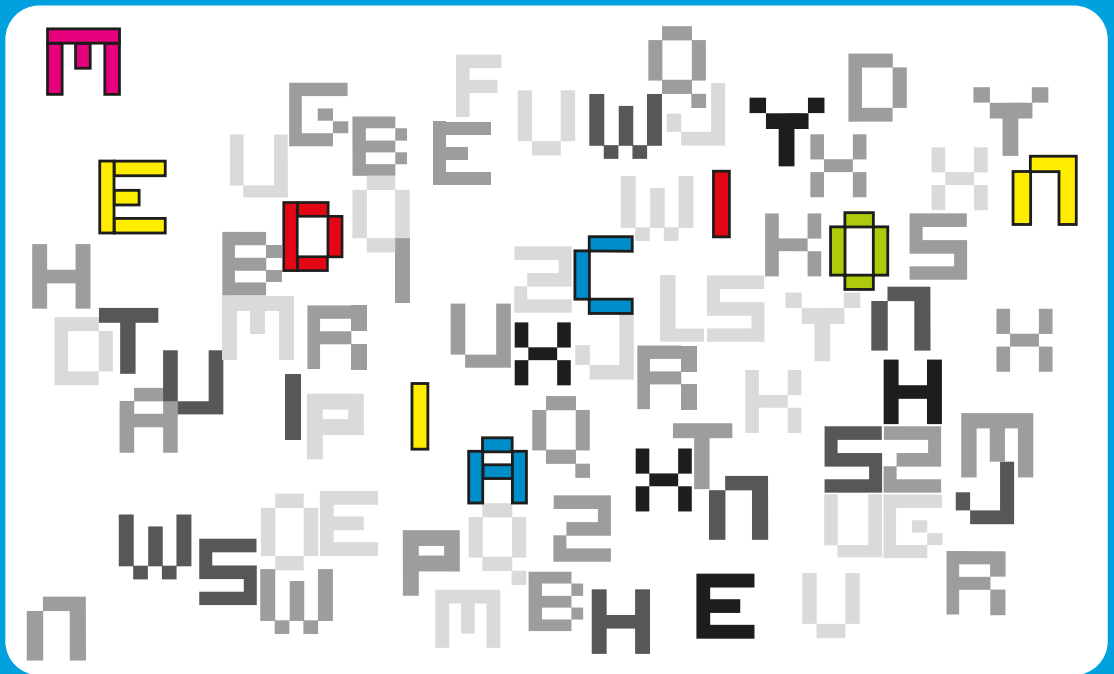
José Luis Argudo Pérez

Coordinadores

María Ángeles Júlvez León

Francisco de Asís González Campo

Prólogo: Vicente Guillén Izquierdo



REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN DE MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

TÍTULOS PUBLICADOS

- Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia,** *Leticia García Villaluenga* (2006).
- Hijos alineados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas,** *Ignacio Bolaños Cartujo* (2008).
- Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica,** *Marta Blanco Carrasco* (2009).
- Introducción a la gestión no adversarial de conflictos,** *María Cristina Cavalli y Liliana Graciela Quinteros Avellaneda* (2010).
- Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI,** *Leticia García Villaluenga, Jorge Tomillo Urbina, Eduardo Vázquez de Castro (Codirectores)* (2010).
- Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido,** *Gloria Novel Martí* (2010).
- Estrategias de mediación en asuntos familiares,** *Aleix Ripol-Millet* (2011).
- Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso,** *Margarita Martínez Escamilla y María Pilar Sánchez Álvarez (Coords.)* (2011).
- Mediación en salud: un nuevo paradigma cultural en organizaciones que cuidan,** *Gloria Novel Martí* (2012).
- Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5/2012,** *Leticia García Villaluenga y Carlos Rogel Vide (Codirectores)* (2012).
- La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder,** *Cristina Merino Ortiz* (2013).
- Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica,** *Ramón Alzate Sáez de Heredia y Eduardo Vázquez de Castro* (2013).
- Gestión positiva de conflictos y mediación en contextos educativos,** *Mari Luz Sánchez García-Arista (Coord.)* (2013).
- Anuario de mediación y solución de conflictos 2013,** *Leticia García Villaluenga y Eduardo Vázquez de Castro (Directores)*, (2013).
- Anuario de mediación y solución de conflictos 2014,** *Leticia García Villaluenga y Eduardo Vázquez de Castro (Directores)*, (2015).
- Gestión positiva de conflictos y mediación en contextos educativos,** *Mari Luz Sánchez García-Arista (Coord.)* (2ª edición, 2016).
- Mediación motivacional. Hacia una relación de acompañamiento en los conflictos,** *Santiago Madrid Liras* (2017).
- La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR,** *Immaculada Barral Viñals (Editora)* (2018).
- Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI,** *José Luis Argudo Pérez (director)* (2019).

COLECCIÓN DE MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Directora: LETICIA GARCÍA VILLALUENGA

Profesora titular de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid
Mediadora

Directora del Especialista en Mediación y del Instituto Complutense de Mediación
y Gestión de Conflictos de la Universidad Complutense de Madrid

MEDIACIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA LA JUSTICIA DEL SIGLO XXI

Dirección

José Luis Argudo Périz

Profesor titular de Derecho civil. Universidad de Zaragoza

Coordinación

María Ángeles Júlvez León

Directora General de Justicia e Interior. Gobierno de Aragón

Francisco de Asís González Campo

Profesor asociado de Derecho procesal. Universidad de Zaragoza

Prólogo

Vicente Guillén Izquierdo

Consejero de Presidencia del Gobierno de Aragón

*I Congreso Internacional de Mediación intrajudicial
Zaragoza, 22 a 24 de noviembre de 2017*

LUIS AURELIO GONZÁLEZ MARTÍN	JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ
ÁNGEL BONET NAVARRO	ANNA VALL RIUS
FRANCISCO DE ASÍS GONZÁLEZ CAMPO	MANUEL ROSALES ÁLAMO
JOSÉ LUIS UTRERA GUTIÉRREZ	ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA
MARÍA DEL CARMEN MARÍN ÁLVAREZ	JAVIER MARTÍNEZ CALVO
ROBERTO MORENO ÁLVAREZ	M ^a PILAR HERNÁNDEZ BLASCO
SOLEDAD ALEJANDRE DOMENECH	VANESA MARTÍ PAYÁ
ÁNGEL DOLADO PÉREZ	CRISTINA MARTÍNEZ SÁNCHEZ
MARINA RODRÍGUEZ BAUDACH	AGUSTÍN ALBESA
EDUARDO JOSÉ BERNUÉS MATEOS	JAVIER MIRAVALLS
CARLO PILIA	BÁRBARA MASLUK
ESPERANZA TORRIJOS PÉREZ	INMACULADA JIMÉNEZ MARTÍN
MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN	ANTONIO FERNÁNDEZ ROJO
CARLOS VILLAGRASA ALCALDE	PAULA MARTÍNEZ GALLARDO
TERESA PICONTÓ NOVALES	SARA MAUREL IBÁÑEZ



REUS
EDITORIAL



ADR_sXXI
GRUPO DE INVESTIGACIÓN UCM



**ARAGÓN POR
LA MEDIACIÓN**

Madrid, 2019

© Cada uno de sus autores.
© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
+34 91 521 36 19
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. y Gobierno de Aragón (Dirección General de Justicia e Interior), 2019
ISBN: 978-84-290-2107-3
Depósito Legal: M-2281-2019
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Ulzama Digital

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

ÍNDICE

PRÓLOGO , por VICENTE GUILLÉN IZQUIERDO	15
PRESENTACIÓN , por JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ.....	17
CAPÍTULO I: MEDIACIÓN Y JURISDICCIÓN	23
La mediación: ¿Sistema alternativo o complementario de solución de conflictos? , por LUIS AURELIO GONZÁLEZ MARTÍN	25
I. Ponencia	26
II. Bibliografía.....	44
Proceso civil y mediación , por ÁNGEL BONET NAVARRO	45
I. Introducción.....	45
II. Situación de la mediación y la jurisdicción.....	47
III. Relaciones entre tutela judicial y mediación privada	48
IV. Inspiración de la legislación comunitaria	49
V. Semejanzas y diferencias	50
VI. Resolver o disolver.....	51
VII. Voluntariedad de la mediación.....	52
VIII. Influencia de la mediación en el proceso civil.....	52
IX. Complementariedad de la mediación y el proceso civil.....	55
X. Eficacia de la mediación en el proceso de declaración.....	56
XI. Eficacia de la mediación en el proceso de ejecución	59
XII. La eficacia de la propuesta judicial de la mediación	61
XIII. Conclusión.....	62
CAPÍTULO II: LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ESPAÑA Y EN ARAGÓN	65
2.1. MODELOS DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ESPAÑA	
Mediación y administración de justicia , por FRANCISCO DE ASÍS GONZÁLEZ CAMPO	69
I. Introducción.....	70
II. Incidencia de la mediación en el proceso civil y en el derecho a la tutela judicial efectiva	71

2.1. Concepto legal y contexto	71
2.2. Incidencia procesal de la mediación: directa e «inducida».....	73
2.3. Mediación como parte del derecho a la tutela judicial efectiva	78
2.3.1. <i>Mediación y asistencia jurídica gratuita</i>	78
2.3.2. <i>Mediación y Oficina Judicial: la mediación intrajudicial por derivación previa, durante y posterior al inicio del procedimiento. Nuevas atribuciones competenciales</i>	81
III. Manifestaciones presentes y futuras de la relación entre el proceso civil y la mediación (inrajudicial): ¿obligatoriedad como requisito de admisibilidad y como contenido de la tutela judicial efectiva?....	84
3.1. Limitación al acceso al proceso: la obligatoriedad de la mediación en España. Supuestos legales y jurisprudenciales	84
3.2. La obligatoriedad de la sesión informativa del procedimiento de mediación pero no de la mediación en sí	86
3.3. La no utilización de la mediación como requisito previo y alternativo al proceso supone mala fe procesal	88
3.4. La mediación es requisito de admisibilidad	90
3.5. La (pretendida) mediación obligatoria en materia de consumo en la Comunidad Autónoma de Cataluña como requisito de admisibilidad de la demanda y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2018.....	92
IV. Bibliografía.....	94
Mediación intrajudicial: Nuevos retos para juristas, mediadores y Administraciones Públicas, por JOSÉ LUIS UTRERA GUTIÉRREZ	95
I. El jurista ante la mediación.....	96
1.1. Abogados.....	96
1.2. Jueces y Letrados de la Administración de Justicia	98
II. Los mediadores y la mediación conectada con los tribunales.....	101
III. Las Administraciones públicas y la mediación.....	104
La unidad de mediación intrajudicial de Murcia, por MARÍA DEL CARMEN MARÍN ÁLVAREZ	107
I. Introducción.....	107
II. Estructura organizativa y funcionamiento.....	108
2.1. Estructura	108
2.2. Señas de identidad	109
III. Breve explicación del trabajo desarrollado en cada ámbito	112
3.1. Ámbito de familia	112
3.2. Ámbito penal	115
3.3. Ámbito de menores infractores.....	117
3.4. Ámbito civil.....	118
3.5. Ámbito contencioso-administrativo	118

El modelo vasco de mediación intrajudicial y justicia restaurativa, por ROBERTO MORENO ÁLVAREZ	121
I. Justicia Restaurativa	122
II. Evolución del servicio de mediación intrajudicial de Euskadi.....	123
III. Modelo de gestión, características	125
3.1. Incardinado en el paradigma de la justicia restaurativa	125
3.2. Servicio público: modelo mixto de gestión.....	125
3.3. Gratuidad y voluntariedad.....	126
3.4. Modelo colaborativo por derivación judicial.....	126
3.5. Servicio público con autonomía y especialización.....	126
3.6. Objeto: mediación penal y familiar	127
3.7. Extensión territorial	127
3.8. Coordinación con el CGPJ	127
3.9. Modelo europeo como referencia: <i>European Forum For Restorative Justice</i>	128
IV. Pros y contras de la extensión y transformación de los servicios de mediación intrajudicial (SMI) en el año 2011	128
4.1. Pros.....	128
4.2. Contras	128
V. Mediación familiar intrajudicial: objetivos.....	130
VI. Conclusiones I: objetivos alcanzados.....	130
VII. Conclusiones II: retos y oportunidades.....	130
2.2. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ARAGÓN	133
Experiencias de mediación intrajudicial en Aragón: Realidad y perspectivas de desarrollo, por SOLEDAD ALEJANDRE DOMENECH	135
I. La mediación intrajudicial en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Aragón	135
1.1. La mediación en la jurisdicción de menores	137
1.2. La mediación en los juzgados de familia	138
1.3. Mediación intrajudicial penal de adultos.....	140
II. Perspectivas de desarrollo	144
III. Bibliografía.....	145
Experiencias prácticas de mediación intrajudicial en Derecho de familia, por ÁNGEL DOLADO PÉREZ	147
I. Introducción.....	147
II. Oportunidad para la mediación	149
III. Ventajas	149
IV. Inconvenientes	150
V. Realidad actual y perspectivas de futuro	151

VI.	Conclusiones generales	153
VII.	Mediación intrajudicial en asuntos de familia	155
	7.1. Introducción	155
	7.2. Mediación intrajudicial de familia.....	157
	7.3. Mediación en ejecución de sentencia	159
	7.4. Derivación a mediación familiar de casos archivados sobre violencia sobre la mujer.....	162
VIII.	Conclusiones específicas	162
Proyecto piloto de mediación intrajudicial en familia y penal en los partidos judiciales de Barbastro, Monzón y Jaca, por MARINA BEATRIZ RODRIGUEZ BAUDACH y EDUARDO JOSÉ BERNUÉS MATEOS		165
I.	Introducción.....	165
II.	Experiencias previas a Barbastro-Monzón	166
III.	Proyecto Piloto de los partidos judiciales de Barbastro-Monzón.....	167
	3.1 Pasos previos al Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca	167
	3.2. Firma del Convenio y desarrollo del sistema	169
	3.2.1. Creación del protocolo de derivación	169
	3.2.2. Control de calidad del sistema.....	170
	3.3. Estado actual	171
IV.	Aspectos más destacados del Protocolo de derivación.....	172
V.	Conclusiones	172
CAPÍTULO III: MODELOS DE MEDIACIÓN EN EUROPA..		175
El modelo italiano de mediación: la utilización de la obligatoriedad para reforzar la voluntariedad, por CARLO PILIA.....		177
I.	La búsqueda de la calidad en la mediación a través de la comparación de modelos y experiencias	178
II.	El marco común europeo de la mediación en asuntos civiles y mer- cantiles.....	181
III.	El modelo italiano de imponer la mediación.....	185
IV.	Las vicisitudes de la obligatoriedad.....	190
V.	La mediación intrajudicial	193
VI.	La experiencia italiana después de la implementación de la Directiva europea 2008/52/CE.....	196
VII.	Las redes internacionales para fomentar la cultura de la mediación transfronteriza en el Mediterráneo: las rutas comunes para la paz ...	200
VIII.	Bibliografía.....	201

La mediación en Alemania , por ESPERANZA TORRIJOS PÉREZ	203
I. Orígenes y marco legal	203
II. Asociaciones Profesionales de Mediación.....	204
III. Campos de actuación	205
IV. Gastos en la mediación	206
CAPÍTULO IV: CUESTIONES A DEBATE SOBRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR	209
Límites a la autonomía de la voluntad y Derecho de familia , por MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN	211
I. Autonomía de la voluntad y Derecho de familia.....	211
II. Ámbitos reservados a la decisión judicial. Utilidad de los acuerdos	213
III. El acuerdo como fuente de regulación. Su control judicial	215
IV. Algunos contenidos «prohibidos». Acuerdos y derechos fundamen- tales.....	216
V. Ámbitos en los que se potencia el acuerdo y el acuerdo es eficaz aunque no consagre la opción regulada en la ley.....	217
VI. En particular, las relaciones con hijos mayores dependientes econó- micamente	222
VII. Reflexiones conclusivas: «orden público» familiar y normas impera- tivas.....	222
VIII. Bibliografía.....	225
Los menores en los procesos de mediación , por CARLOS VILLAGRASA ALCALDE	227
I. Marco legal: el protagonismo de los menores en la mediación	227
1.1. Principios derivados de la Convención sobre los Derechos del Niño	227
1.2. La consideración de las personas menores de edad como sujetos de pleno derecho en el Derecho civil	230
1.3. La trascendencia de la intervención de menores de edad en la legislación sobre mediación.....	232
II. Ámbitos de relación y procedimientos de mediación.....	233
2.1. Mediación familiar.....	233
2.2. Mediación escolar	234
2.3. Mediación comunitaria	236
III. Relevancia de la mediación en la infancia y la adolescencia.....	237
3.1. Aspectos determinantes del procedimiento de mediación.....	237
3.2. Eficacia de la mediación desarrollada con menores de edad....	238
3.3. Conclusiones: perspectivas de futuro.....	240

Mediación internacional en sustracción de menores , por ESPERANZA TORRIJOS PÉREZ	243
I. Punto de partida	243
II. Marco legal.....	244
III. Papel de la Mediación.....	245
3.1. Cómo se lleva a cabo la mediación internacional	246
3.2. Modelo MiKK en Alemania	247
Violencia de género y mediación , por TERESA PICONTÓ NOVALES	251
I. La prohibición de la mediación en los casos de violencia de género en la LO 1/2004 de protección integral contra la violencia de género..	251
II. Algunos motivos por los que se debe analizar, debatir e investigar sobre las posibilidades de hacer mediación en casos de violencia de género	255
III. Algunas propuestas, condiciones y cautelas sobre la utilización de la mediación en algunos casos de violencia contra la mujer	258
IV. A modo de conclusiones	262
CAPÍTULO V: LEYES AUTONÓMICAS DE MEDIACIÓN DE SEGUNDA GENERACIÓN. FORMACIÓN DE MEDIADORES	265
Las competencias legislativas en mediación de las comunidades autónomas según el Consejo General del Poder Judicial , por JOSÉ LUIS ARGUDO PÉREZ.....	267
I. Introducción: la conflictividad del marco competencial de las comunidades autónomas sobre mediación.....	268
II. La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial sobre la legislación de mediación	272
III. La nueva legislación autonómica de mediación de segunda generación. El desarrollo competencial en las leyes catalana y castellano-manchega.....	273
IV. La legislación autonómica de desarrollo integral de la mediación. Problemas competenciales. La Ley cántabra	277
V. ¿Tienen competencia las comunidades autónomas para regular de forma integral la mediación? El caso valenciano y las competencias sobre administración de justicia.....	285
VI. A modo de conclusión: las limitaciones competenciales de las comunidades autónomas para regular de forma integral la mediación	290

Las leyes autonómicas de mediación de segunda generación. Cataluña, por ANNA VALL RIUS	293
I. Introducción.....	293
II. Disposiciones generales de la ley	294
III. Los principios de la mediación y los deberes de la persona mediadora.	297
IV. El desarrollo de la mediación	300
4.1. Inicio del proceso de mediación.....	300
4.1.1. <i>La sesión informativa previa</i>	300
4.1.2. <i>Momento de inicio de la mediación</i>	301
4.1.3. <i>Quién puede instar la mediación</i>	301
4.1.4. <i>Limitación a una nueva mediación antes de un año</i>	302
4.2. Actuación de la persona mediadora.....	302
4.3. Duración y finalización de la mediación.....	303
V. Organización y registros del Centro de mediación de Derecho Privado de Cataluña	304
VI. Régimen sancionador y normas deontológicas.....	307
VII. Conclusiones	308
Claves críticas de la formación de las personas mediadoras, por MANUEL ROSALES ÁLAMO	311
CAPÍTULO VI: COMUNICACIONES	315
Algunas reflexiones sobre los principios de imparcialidad y confiden- cialidad en el ámbito de la mediación civil y mercantil, por ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA	317
I. Introducción.....	317
II. La imparcialidad.....	318
2.1. Aspectos generales	318
2.2. Motivos de sospecha.....	319
2.3. Incumplimiento de los deberes de abstención y revelación. La incierta posibilidad de recusar.....	320
2.4. Otras manifestaciones del principio de imparcialidad	321
III. La confidencialidad	321
3.1. Aspectos generales	321
3.2. Ámbito subjetivo	322
3.3. Ámbito objetivo	323
3.4. Consecuencias del principio de confidencialidad.....	324
3.5. Excepciones al carácter confidencial.....	325

El principio de voluntariedad en la mediación familiar: alcance y límites , por JAVIER MARTÍNEZ CALVO	329
I. Ventajas de la mediación en los procesos de familia	329
II. El principio de voluntariedad y sus límites	331
III. Conclusiones	336
Intervención sobre el menor mayor de catorce años mediante derivación judicial a mediación familiar en Aragón: a propósito de un caso real , por M ^a PILAR HERNÁNDEZ BLASCO.....	337
I. Introducción.....	337
II. Antecedentes	338
III. Resolución judicial y derivación.....	340
IV. Supuesto de hecho.....	341
4.1. Mediación intrajudicial	341
4.2. Derivación al Centro de Atención Integral a las Familias (CAIF)	343
V. Conclusión.....	345
VI. Bibliografía.....	345
El acceso a la ejecución del acuerdo de mediación , por VANESA MARTÍ PAYÁ	347
I. La eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación	349
1.1. La elevación a escritura pública del acuerdo de mediación.....	350
1.2. La homologación judicial del acuerdo de mediación.....	353
II. Bibliografía.....	354
La justicia restaurativa a la luz del Estatuto jurídico de la víctima , por MARÍA CRISTINA MARTÍNEZ SÁNCHEZ	357
I. El estatuto jurídico de la víctima: nuevos horizontes de la justicia restaurativa.....	357
1.1. La justicia restaurativa, ¿un derecho de las víctimas?	360
1.2. La justicia restaurativa desde el lado de las víctimas. El artículo 15 LEVD. Requisitos para su aplicación.....	362
1.3. La Oficina de Asistencia a la Víctima y su posible incidencia en el desarrollo de la justicia restaurativa	366
II. Una propuesta de justicia restaurativa en el Derecho penal de adultos..	367
2.1. Desde el ámbito comunitario	367
2.2. Desde el ámbito intrajudicial penal	368
2.3. Integración de los acuerdos restaurativos en el proceso penal..	368
2.3.1. <i>El acuerdo restaurativo en la fase de instrucción</i>	368
2.3.2. <i>El acuerdo restaurativo en la fase de enjuiciamiento</i>	369
2.3.3. <i>El acuerdo restaurativo en la fase de ejecución</i>	370

III. Conclusiones	370
IV. Bibliografía.....	371

Mediación Intrajudicial: situación actual y propuesta de mejora, por AGUSTÍN ALBESA, JAVIER MIRAVALLS y BÁRBARA MASLUK 373

I. Situación actual	373
1.1. Problemas y propuestas de solución en la implantación de la mediación en España	375
1.1.1. <i>Mediación previa al procedimiento judicial</i>	375
1.1.2. <i>Asesoramiento de profesionales</i>	376
1.1.3. <i>Obligatoriedad de la resolución del mediador</i>	376
II. Conclusión.....	377
III. Bibliografía.....	378

Propuesta de modelo de SIP (Sesión Informativa Presencial) en PIMED de Andalucía, por INMACULADA JIMÉNEZ MARTÍN y ANTONIO FERNÁNDEZ ROJO..... 379

I. El concepto de lo que podemos considerar eficaz.....	380
1.1. Efectiva. Que produce el resultado esperado.....	380
II. Modelo menú 5 C para las SIP en PIMED	385
2.1. Entrantes: aperitivos de comodidad.....	385
2.2. Primer plato: ración de confianza en el sistema por el que estamos aquí.....	386
2.3. Segundo plato: ración de confianza en la mediación como método.....	387
2.4. Postres: dulces de confianza en ellos mismos.....	388
2.5. Maridajes: los caldos de confianza en los mediadores	388
III. Bibliografía.....	391

Mediación y Psicoterapia en la resolución de conflictos familiares: coordinación y delimitación, por PAULA MARTÍNEZ GALLARDO..... 393

I. Mediación y psicoterapia	393
1.1. Conceptos y áreas	393
1.2. Lo común y lo diferente en la mediación y psicoterapia.....	394
II. Los conflictos familiares. Una visión sistémica	396
2.1. La persona como parte, no como unidad	396
2.2. De los juzgados a la consulta. Abordaje de casos.....	397
2.2.1. <i>Teresa y Eduardo: un nuevo modelo de familia</i>	397
2.2.2. <i>Conchi y Juan Ramón: el último adiós</i>	398
2.2.3. <i>Erika y Alberto: gestión del divorcio</i>	399
III. El papel del profesional en la resolución de conflictos.....	399

IV. Conclusión / Reflexión.....	400
V. Bibliografía.....	401

Impacto de los conflictos en la productividad de las empresas aragonesas: diseño y protocolo de actuación en intervención para la resolución de conflictos, por SARA MAUREL IBÁÑEZ y FRANCISCO JAVIER PERÉZ SANZ

.....	403
I. Introducción. Marco teórico.....	404
1.1. Antecedentes y estado actual de la investigación en ámbito empresarial	405
II. Estado económico actual de Aragón.....	408
III. Diseño del estudio.....	408
3.1. Ámbito de estudio	409
3.2. Muestra.....	409
3.3. Análisis estadístico.....	410
IV. Aspectos éticos.....	410
V. Utilidad práctica y aplicabilidad de los resultados.....	410
VI. Bibliografía.....	411

PRÓLOGO

LA MEDIACIÓN COMO RECURSO INFALIBLE

Cuenta el maestro de maestros, don Miguel de Cervantes, en la continuación de “El ingenioso caballero Don Quijote de La Mancha” que el caballero de la triste figura y su honrado escudero marcharon camino de Zaragoza para que dicho hidalgo manchego participase en un torneo de justa. Al llegar a la villa de Pedrola, en la Ribera Alta del Ebro, el Duque de Villahermosa, que los conoce, decide invitarlos a alojarse allí para burlarse de ellos.

En el siglo XVII ver un caballero andante montado en un rocín flaco, aunque ficticio, resultaba extraño en tierras aragonesas. No contento con eso, el Duque decide nombrar a un labriego analfabeto montado en un burro como Sancho Panza, como gobernador de un pequeño pueblo durante una semana. Le dijeron que sería el máximo gobernante de una ínsula (isla) llamada Barataria. En realidad se trataba de una pequeña villa de mil habitantes llamada Alcalá de Ebro, que cuando ocasionalmente había una crecida del poderoso Ebro, quedaba aislada formando una “isla” en mitad del cauce.

Pues bien, en ese episodio de “El Quijote”, el bueno de Sancho Panza queda responsable de intervenir en los conflictos entre varios vecinos de la villa e impartir justicia. Ese día se presentan dos viejos, uno de los cuales reclama el pago de un préstamo de diez monedas de oro al otro. El segundo apoyado en una caña, le pide al primero que le sujete el bastón mientras jura que él ya ha devuelto lo prestado. Sancho se da cuenta del embuste y decide mediar entre los dos viejos diciendo que, con que le entreguen al

primero el bastón de caña, la deuda queda saldada. Así, le pide al primero que parta la caña en dos y dentro encuentran las diez monedas de oro.

Logra con su decisión, evitar que se llegue a un juicio formal a través de un sistema alternativo de resolución del conflicto, de forma que poco estamos inventando en el siglo XXI, quizás sea más preciso decir que estamos intentando sacar del ostracismo métodos que eviten la judicialización de las controversias.

Aragón, desde que se convirtió en Reino, es una tierra de pactos y de acuerdos entre hombres y mujeres libres e iguales. Nuestro Derecho Foral propio se basa en el principio “*Standum est chartae*” o lo que es lo mismo: “estar a lo acordado”. Por eso entendemos que la mediación y el arbitraje son instrumentos fundamentales a la hora de ejercer Justicia. Porque más allá de jueces y fiscales, cuya labor siempre es imprescindible, está nuestra capacidad de llegar a acuerdos, de evitar costes emocionales y costas en múltiples cuestiones, esta forma de abordar las diferencias, las discrepancias o los conflictos, este uso de sistemas alternativos a la judicialización denota la madurez de la sociedad que hace uso de ellos.

En este libro podrá encontrar las distintas ponencias y conferencias del “Congreso Internacional de Mediación Intrajudicial” realizado en noviembre de 2017. Espero que le resulten útiles, como a Sancho Panza le sirvieron su propio ingenio y su sentido común durante su estancia en Aragón.

VICENTE GUILLÉN IZQUIERDO
Consejero de Presidencia del Gobierno de Aragón

PRESENTACIÓN

En el marco del *I Congreso Internacional de Mediación Intrajudicial*, celebrado en Zaragoza entre los días 22 a 24 de noviembre de 2017, organizado por el Gobierno de Aragón (Dirección General de Justicia e Interior) y contando con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial y de la Universidad de Zaragoza, y bajo el sugerente título “Mediación y tutela judicial efectiva: la Justicia del siglo XXI”, se reunieron expertos profesionales de la Magistratura, Universidades, Administraciones públicas y profesionales de la mediación para debatir cuestiones relevantes que tienen que ver con las relaciones entre la mediación, el proceso judicial y la Administración de Justicia, y otros temas conexos en el desarrollo de la mediación, como las experiencias de otros países europeos, la mediación familiar o el desarrollo legislativo autonómico de la mediación; o algunos particulares aspectos relacionados con el desarrollo del proceso de mediación o la formación de las personas mediadoras.

Las ponencias ahora publicadas vislumbran la evolución de la mediación en España, en la que una parte determinante ha venido impulsada por la Administración de Justicia, superando la vieja polémica de si la mediación es un sistema alternativo o complementario de solución de conflictos, para incidir en que la mediación es una herramienta adecuada para la solución de conflictos formando parte de la tutela judicial efectiva, y que el poder judicial tiene que facilitar el derecho de los ciudadanos al acceso a una justicia rápida y eficaz, diferenciando lo que es acceso a la jurisdicción del acceso a la justicia. Las ponencias del magistrado Luis Aurelio González Martín, expresidente del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación [GEMME] y del Dr. Ángel Bonet Navarro, Catedrático Emérito de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza, convergen en el papel complementario al proceso jurisdiccional que la mediación desempeña, en el que la mediación todavía tiene que conquistar ese papel

de relación equilibrada con la jurisdicción que la Directiva 2008/52/CE pregona. El acceso a la justicia debe incluir necesariamente el acceso a procedimientos adecuados para solucionar las controversias privadas, pero los sistemas de solución de conflictos, y entre ellos destacadamente la mediación, no han de verse como un instrumento para desatascar los juzgados, porque ello no debe ser el objetivo sino la consecuencia del general y buen funcionamiento de los sistemas alternativos adecuados de solución de litigios, incorporando los valores que aporta al conjunto social y permitiendo una mayor participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia.

Mediación y proceso jurisdiccional son, sin embargo, distintos y diferentes en su naturaleza, ya que el proceso cumple una función curativa y la mediación preferentemente preventiva del conflicto, y el profesor Bonet señala como la mediación trata de disolver la disputa mediante lo que las partes quieren, y el proceso resolver la disputa conforme derecho por autoridad del juez. La mediación es en el actual ordenamiento español un sistema complementario que ha de integrarse en el sistema de tutela de los derechos de los sujetos jurídicos y, por ello, la mediación no se configura en igualdad de funciones con proceso, sino que lo sigue como referencia, lo tiene en contemplación en cuanto a su influencia, y precisa de él para desplegar toda su eficacia, en especial en los acuerdos elevados a escritura pública y su relación con los procesos declarativos y ejecutivos.

La institucionalización de la mediación en nuestro ordenamiento, siguiendo el decidido impulso de la Unión Europea, ha reforzado los métodos autocompositivos frente a los tradicionales sistemas heterocompositivos (jurisdicción, arbitraje) asentados en nuestra tradicional cultura jurídica y social, y ha obligado también a poner en primer plano uno de los objetivos de modernización de la Justicia como es el de mejorar la calidad y eficacia de la Administración de Justicia.

La mediación intrajudicial tiene grandes retos en su desarrollo e implantación para terminar de “encajar” las herramientas alternativas de solución de controversias en su engranaje de funcionamiento marcado por el lento, aunque progresivo, avance de la legislación procesal, y que pasa por diseñar criterios y protocolos consensuados y uniformes en el nuevo diseño de la Oficina Judicial para dar un mejor servicio a los ciudadanos en el acceso a la justicia que pasa por una mediación intrajudicial *multi-door* (ponencia del profesor González Campo, coordinador de esta obra).

La heterogeneidad de los modelos de mediación intrajudicial en España es destacable, y se han ido configurando a lo largo del tiempo con una mayor incardinación en la Administración Pública pero también

partiendo de experiencias pioneras y unilaterales de los propios Juzgados. De estas experiencias y modelos hay una excelente representación en esta obra en varios trabajos resultado de la explicación de las mismas por sus promotores, que desarrolla magistralmente en cuanto a criterios, requisitos y medios el magistrado José Luis Utrera, destacando especialmente el cuidado y profesionalidad que exige la Sesión Informativa Presencial (SIP, que se desarrolla en una comunicación de esta obra por los mediadores responsables; experiencia extendida a otras sedes judiciales de Andalucía a través de los Puntos de información de la Mediación [PIMed]), y la necesidad de implicación de todos los profesionales jurídicos, personal de Justicia y Administraciones para su adecuado desarrollo, desde su experiencia en los Juzgados de Málaga; Una iniciativa pionera fue también la Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia (UNIM), primera experiencia de mediación intrajudicial del Ministerio de Justicia dentro del concepto de Oficina Judicial (María del Carmen Marín), o el Servicio de Mediación Intrajudicial y de Justicia Restaurativa del Gobierno Vasco (Roberto Moreno), equiparable en su organización y resultados en mediaciones penales a otros países europeos.

No podía faltar en esta obra una referencia concreta a la realidad aragonesa en mediación intrajudicial, donde existen interesantes experiencias promovidas especialmente por magistrados comprometidos en el impulso y desarrollo de la mediación, dando una panorámica general, con especial atención a la mediación penal con adultos, la magistrada Soledad Alejandro, vocal de Mediación en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, así como a la familiar, con propuestas de desarrollo que incluyen la implementación de la figura del coordinador de parentalidad, del magistrado Ángel Dolado (en la actualidad, Justicia de Aragón), o la pionera y exitosa experiencia de ya larga duración en los Juzgados oscenses de Barbastro, Monzón y Jaca por los magistrados Marina Rodríguez y Eduardo Bernués.

La progresiva implantación de la mediación conectada a los Juzgados y las deficiencias y debilidades que su implementación ha mostrado, originan un debate sobre propuestas controvertidas de desarrollo en la mayoría de los trabajos de la obra que giran especialmente sobre la conveniencia, o necesidad, de la obligatoriedad de la mediación como requisito de admisibilidad de la demanda judicial (debate especialmente alentado por la nueva legislación en conflictos de consumo, bancarios e hipotecarios), o de una obligatoriedad parcial o “voluntariedad mitigada” referida a la sesión informativa, que supere las recomendaciones legales actuales, que cuenta con amplio respaldo en las ponencias, sin alterar el principio básico, justificable también constitucionalmente, de la voluntariedad en

todo el procedimiento de mediación. Derivado de ello, algunos trabajos exploran también las consecuencias judiciales de no instar previamente una solución por vía de mediación o la inasistencia a las sesiones informativas, sobre las que la legislación procesal peca de poca claridad o seguridad.

En este sentido cabe destacar el trabajo del profesor Carlo Pilia, catedrático de Derecho privado de la Universidad de Cagliari (Italia) y presidente de la Asociación “Mediatori Mediterranei Onlus”, con una magnífica exposición sobre el modelo italiano de mediación y su evolución en los últimos años, en los que se puso en duda el propio modelo por la obligatoriedad de la mediación previa al proceso judicial, en el marco constitucional y del Derecho comunitario, resuelto sin renunciar a dicha obligatoriedad pero reduciendo las materias en las que se exige la previa mediación. Aunque ha impulsado este modelo las mediaciones realizadas en Italia, destacando en las estadísticas europeas, el profesor Pilia señala también los defectos del mismo, con muchas mediaciones y pocos acuerdos, por falta de una cultura social asentada favorable a métodos no litigiosos de solución de conflictos y también por falta de calidad en las mediaciones. Este capítulo se completa con una visión práctica y detallada del desarrollo de la mediación en Alemania.

El Congreso quiso dedicar a temas más transversales y concretos dos sesiones que se traducen en la publicación en los capítulos cuarto y quinto de la obra. El cuarto capítulo se dedica a algunas reflexiones sobre la mediación familiar, ámbito en el que por su desarrollo y amplia legislación autonómica parecería menos necesitado de debate sobre algunos de sus aspectos, pero que supone una visión limitada no sólo por el dinamismo y evolución de las relaciones familiares, sino también porque la implementación de la mediación en ámbito familiar tiene algunos puntos que necesitan una revisión o, al menos, una reflexión. Las expresiones de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares se han ampliado enormemente en el marco constitucional español, y es objeto del trabajo de la catedrática de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza y magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Dra. María Ángeles Parra Lucán, cuyos límites – como “orden público” y “moral”- siguen siendo genéricos e imprecisos pero entre los que destacan actualmente los principios y valores constitucionales como la igualdad o el interés superior de los menores. Sobre los menores y su participación en los procesos de mediación trata el trabajo del especialista profesor Carlos Villagrasa, que ahonda en el desequilibrio que se produce entre el protagonismo de las relaciones horizontales en la regulación de la mediación, y la escasa

consideración legal y jurídica que se presta a las relaciones verticales familiares que obvian u olvidan los derechos de participación de los menores en todos los procesos que les afectan.

La profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza, Dra. Teresa Picontó, afronta un tema polémico y vidrioso como es el de la prohibición legal de la mediación en casos de violencia de género. Mostrando la ponente su acuerdo y respeto por la prohibición legal, refrendada desde 2004 en varios actos jurídicos nacionales e internacionales, reflexiona sobre la exclusión radical de esta posibilidad que debería observarse desde una perspectiva más flexible y pragmática, considerando los supuestos concretos y con todas las cautelas, exigencias y garantías.

Y finalmente, el capítulo cuarto, se completa con la exploración de un ámbito poco desarrollado en España, como es el de la mediación en los casos de sustracción internacional de menores, que a pesar de ser contemplado en la legislación nacional e internacional necesita de una especialización profesional relevante y tiene sus propias características y requisitos especiales en el procedimiento, que narra en su trabajo la mediadora internacional, Esperanza Torrijos, desde su experiencia en Alemania.

La legislación autonómica de mediación es objeto del quinto capítulo en el que, a partir de la Ley catalana de mediación en Derecho privado de 2009, se plantea el posible desarrollo, y sus límites, de la nueva legislación autonómica de “segunda generación” que supera el ámbito familiar ampliando los campos de actuación. Sobre la Ley catalana realiza una magnífica y detallada exposición la mediadora y profesora Anna Vall, que participó en el proceso de su elaboración, y el que suscribe estas líneas analiza esta evolución legislativa autonómica que tiene sus hitos, tras la ley catalana, en la Ley de Mediación de Cantabria de 2011, reformada en 2017, cuyo objetivo era ser la primera Ley de mediación integral; la menos ambiciosa –ampliando campos de aplicación delo familiar a lo social- Ley castellano-manchega de 2017, o el proyecto de Ley de Mediación de la Comunidad Valenciana, transformado ya en la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de esa Comunidad. El trabajo analiza especialmente los límites competenciales de estas Comunidades Autónomas para desarrollar determinados ámbitos de mediación y las zonas de fricción con las competencias estatales en Derecho civil, mercantil y especialmente procesal, leyes que no han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, pero que han limado algunos de sus preceptos por los informes de otros órganos consultivos, como el Consejo General del Poder Judicial.

Uno de los temas discutidos en la legislación autonómica ha sido el de la formación de las personas mediadoras, tema que afortunadamente

ha quedado limitado en las recientes leyes autonómicas a partir de la Ley estatal 5/2012 por la definición de un estatuto básico de las personas mediadoras y por el libre ejercicio profesional en todo el territorio nacional, sobre el que las Comunidades Autónomas no pueden imponer el requisito obligatorio de la inscripción en el registro regional para su desempeño, pero ello no es óbice para que el profesor Manuel Rosales, en su precisa y magnífica colaboración a esta obra, critique las ostentosas deficiencias del desarrollo reglamentario estatal de los aspectos de la formación de mediadores en el Real Decreto 980/2013, y haga propuestas de mejora de la formación curricular, que refleja la opinión de la Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC).

El Congreso contó además de con magníficas ponencias, con comunicantes de elevado nivel teórico-práctico, por lo que se publican también dichas comunicaciones realizadas por profesores universitarios e investigadores que profundizan sobre aspectos concretos de la mediación, como son los principios de imparcialidad, confidencialidad y voluntariedad (Alberto Lafuente y Javier Martínez), la ejecución de los acuerdos de mediación (Vanesa Martí), o un posible desarrollo de la justicia restaurativa en el Derecho penal de adultos, partiendo del Estatuto Jurídico de la Víctima de 2015 (Cristina Martínez), trabajos concentrados pero con gran riqueza de contenidos y propuestas. Propuestas de mejora de la mediación intrajudicial (Albesa, Miravalles, Masluk) o de explorar nuevos desarrollos en los conflictos de las empresas aragonesas (Sara Maurel y Francisco J. Pérez), o los derechos de los menores mayores de catorce años según el Derecho foral aragonés en los procesos de mediación (María Pilar Hernández), o las necesarias relaciones de coordinación y delimitación entre mediación y psicoterapia en la resolución de conflictos familiares (Paula Martínez). Estas excelentes comunicaciones, junto a la ya citada previamente de los Puntos de Información de Mediación (PIMed) en Andalucía, son el colofón de esta extensa obra y de los excelentes trabajos de sus autores.

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Director del Experto Universitario en Mediación
Coordinador universitario del Congreso
Universidad de Zaragoza

Ver en www.editorialreus.es





COLECCIÓN DE MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

TÍTULOS PUBLICADOS

- Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia,** *Leticia García Villaluenga* (2006).
- Hijos alineados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas,** *Ignacio Bolaños Cartujo* (2008).
- Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica,** *Marta Blanco Carrasco* (2009).
- Introducción a la gestión no adversarial de conflictos,** *María Cristina Cavalli* y *Liliana Graciela Quinteros Avellaneda* (2010).
- Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI,** *Leticia García Villaluenga, Jorge Tomillo Urbina, Eduardo Vázquez de Castro* (Codirectores) (2010).
- Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido,** *Gloria Novel Martí* (2010).
- Estrategias de mediación en asuntos familiares,** *Aleix Ripol-Millet* (2011).
- Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso,** *Margarita Martínez Escamilla* y *María Pilar Sánchez Álvarez* (Coords.) (2011).
- Mediación en salud: un nuevo paradigma cultural en organizaciones que cuidan,** *Gloria Novel Martí* (2012).
- Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5/2012,** *Leticia García Villaluenga* y *Carlos Rogel Vide* (Codirectores) (2012).
- La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder,** *Cristina Merino Ortiz* (2013).
- Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica,** *Ramón Alzate Sáez de Heredia* y *Eduardo Vázquez de Castro* (2013).
- Gestión positiva de conflictos y mediación en contextos educativos,** *Mari Luz Sánchez García-Arista* (Coord.) (2013).
- Anuario de mediación y solución de conflictos 2013,** *Leticia García Villaluenga* y *Eduardo Vázquez de Castro* (Directores), (2013).
- Anuario de mediación y solución de conflictos 2014,** *Leticia García Villaluenga* y *Eduardo Vázquez de Castro* (Directores), (2015).
- Gestión positiva de conflictos y mediación en contextos educativos,** *Mari Luz Sánchez García-Arista* (Coord.) (2ª edición, 2016).
- Mediación motivacional. Hacia una relación de acompañamiento en los conflictos,** *Santiago Madrid Liras* (2017).
- La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR,** *Immaculada Barral Viñals* (Editora) (2018).
- Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI,** *José Luis Argudo Pérez* (director) y *Francisco de Asís González Campo* (coordinador) (2019).





COLECCIÓN DE MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Directora: LETICIA GARCÍA VILLALUENGA

Profesora titular de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid
Mediadora

Directora del Especialista en Mediación y del Instituto Complutense de Mediación
y Gestión de Conflictos de la Universidad Complutense de Madrid

MEDIACIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA LA JUSTICIA DEL SIGLO XXI

Dirección

José Luis Argudo Pérez

Coordinación

Francisco de Asís González Campo

Prólogo

Vicente Guillén Izquierdo

*I Congreso Internacional de Mediación intrajudicial
Zaragoza, 22 a 24 de noviembre de 2017*

LUIS AURELIO GONZÁLEZ MARTÍN	JOSÉ LUIS ARGUDO PÉREZ
ÁNGEL BONET NAVARRO	ANNA VALL RIUS
FRANCISCO DE ASÍS GONZÁLEZ CAMPO	MANUEL ROSALES ÁLAMO
JOSÉ LUIS UTRERA GUTIÉRREZ	ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA
MARÍA DEL CARMEN MARÍN ÁLVAREZ	JAVIER MARTÍNEZ CALVO
ROBERTO MORENO ÁLVAREZ	M ^a PILAR HERNÁNDEZ BLASCO
SOLEDAD ALEJANDRE DOMENECH	VANESA MARTÍ PAYÁ
ÁNGEL DOLADO PÉREZ	CRISTINA MARTÍNEZ SÁNCHEZ
MARINA RODRÍGUEZ BAUDACH	AGUSTÍN ALBESA
EDUARDO JOSÉ BERNUÉS MATEOS	JAVIER MIRAVALLES
CARLO PILIA	BÁRBARA MASLUK
ESPERANZA TORRIJOS PÉREZ	INMACULADA JIMÉNEZ MARTÍN
MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN	ANTONIO FERNÁNDEZ ROJO
CARLOS VILLAGRASA ALCALDE	PAULA MARTÍNEZ GALLARDO
TERESA PICONTÓ NOVALES	SARA MAUREL IBÁÑEZ



REUS
EDITORIAL



ADR5XXI
GRUPO DE INVESTIGACIÓN UCM



**ARAGÓN POR
LA MEDIACIÓN**

Madrid, 2019





© Cada uno de sus autores.
© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
+34 91 521 36 19
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es



1.ª edición REUS, S.A., 2019
ISBN: 978-84-290-2107-3
Depósito Legal: M-2281-2019
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Ulzama Digital

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.





ÍNDICE

PRÓLOGO , por VICENTE GUILLÉN IZQUIERDO	15
PRESENTACIÓN , por JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ	17
CAPÍTULO I: MEDIACIÓN Y JURISDICCIÓN	23
La mediación: ¿Sistema alternativo o complementario de solución de conflictos? , por LUIS AURELIO GONZÁLEZ MARTÍN	25
I. Ponencia	26
II. Bibliografía.....	44
Proceso civil y mediación , por ÁNGEL BONET NAVARRO	45
I. Introducción.....	45
II. Situación de la mediación y la jurisdicción.....	47
III. Relaciones entre tutela judicial y mediación privada	48
IV. Inspiración de la legislación comunitaria	49
V. Semejanzas y diferencias	50
VI. Resolver o disolver.....	51
VII. Voluntariedad de la mediación.....	52
VIII. Influencia de la mediación en el proceso civil.....	52
IX. Complementariedad de la mediación y el proceso civil.....	55
X. Eficacia de la mediación en el proceso de declaración	56
XI. Eficacia de la mediación en el proceso de ejecución	59
XII. La eficacia de la propuesta judicial de la mediación	61
XIII. Conclusión.....	62
CAPÍTULO II: LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ESPAÑA Y EN ARAGÓN	65
2.1. MODELOS DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ESPAÑA	
Mediación y administración de justicia , por FRANCISCO DE ASÍS GONZÁLEZ CAMPO	69
I. Introducción.....	70
II. Incidencia de la mediación en el proceso civil y en el derecho a la tutela judicial efectiva	71



Índice

2.1. Concepto legal y contexto	71
2.2. Incidencia procesal de la mediación: directa e «inducida»	73
2.3. Mediación como parte del derecho a la tutela judicial efectiva	78
2.3.1. <i>Mediación y asistencia jurídica gratuita</i>	78
2.3.2. <i>Mediación y Oficina Judicial: la mediación intrajudicial por derivación previa, durante y posterior al inicio del procedimiento. Nuevas atribuciones competenciales</i>	81
III. Manifestaciones presentes y futuras de la relación entre el proceso civil y la mediación (intrajudicial): ¿obligatoriedad como requisito de admisibilidad y como contenido de la tutela judicial efectiva?...	84
3.1. Limitación al acceso al proceso: la obligatoriedad de la mediación en España. Supuestos legales y jurisprudenciales	84
3.2. La obligatoriedad de la sesión informativa del procedimiento de mediación pero no de la mediación en sí	86
3.3. La no utilización de la mediación como requisito previo y alternativo al proceso supone mala fe procesal	88
3.4. La mediación es requisito de admisibilidad	90
3.5. La (pretendida) mediación obligatoria en materia de consumo en la Comunidad Autónoma de Cataluña como requisito de admisibilidad de la demanda y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2018	92
IV. Bibliografía	94
Mediación intrajudicial: Nuevos retos para juristas, mediadores y Administraciones Públicas , por JOSÉ LUIS UTRERA GUTIÉRREZ	95
I. El jurista ante la mediación	96
1.1. Abogados	96
1.2. Jueces y Letrados de la Administración de Justicia	98
II. Los mediadores y la mediación conectada con los tribunales	101
III. Las Administraciones públicas y la mediación	104
La unidad de mediación intrajudicial de Murcia , por MARÍA DEL CARMEN MARÍN ÁLVAREZ	107
I. Introducción	107
II. Estructura organizativa y funcionamiento	108
2.1. Estructura	108
2.2. Señas de identidad	109
III. Breve explicación del trabajo desarrollado en cada ámbito	112
3.1. Ámbito de familia	112
3.2. Ámbito penal	115
3.3. Ámbito de menores infractores	117
3.4. Ámbito civil	118
3.5. Ámbito contencioso-administrativo	118





El modelo vasco de mediación intrajudicial y justicia restaurativa, por ROBERTO MORENO ÁLVAREZ	121
I. Justicia Restaurativa	122
II. Evolución del servicio de mediación intrajudicial de Euskadi.....	123
III. Modelo de gestión, características	125
3.1. Incardinado en el paradigma de la justicia restaurativa	125
3.2. Servicio público: modelo mixto de gestión	125
3.3. Gratuidad y voluntariedad.....	126
3.4. Modelo colaborativo por derivación judicial.....	126
3.5. Servicio público con autonomía y especialización.....	126
3.6. Objeto: mediación penal y familiar	127
3.7. Extensión territorial	127
3.8. Coordinación con el CGPJ	127
3.9. Modelo europeo como referencia: <i>European Forum For Restorative Justice</i>	128
IV. Pros y contras de la extensión y transformación de los servicios de mediación intrajudicial (SMI) en el año 2011	128
4.1. Pros.....	128
4.2. Contras	128
V. Mediación familiar intrajudicial: objetivos	130
VI. Conclusiones I: objetivos alcanzados.....	130
VII. Conclusiones II: retos y oportunidades.....	130
2.2. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ARAGÓN.....	133
Experiencias de mediación intrajudicial en Aragón: Realidad y perspectivas de desarrollo, por SOLEDAD ALEJANDRE DOMENECH	135
I. La mediación intrajudicial en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Aragón	135
1.1. La mediación en la jurisdicción de menores	137
1.2. La mediación en los juzgados de familia	138
1.3. Mediación intrajudicial penal de adultos.....	140
II. Perspectivas de desarrollo	144
III. Bibliografía.....	145
Experiencias prácticas de mediación intrajudicial en Derecho de familia, por ÁNGEL DOLADO PÉREZ	147
I. Introducción.....	147
II. Oportunidad para la mediación.....	149
III. Ventajas	149
IV. Inconvenientes	150
V. Realidad actual y perspectivas de futuro	151



Índice

VI. Conclusiones generales	153
VII. Mediación intrajudicial en asuntos de familia.....	155
7.1. Introducción	155
7.2. Mediación intrajudicial de familia.....	157
7.3. Mediación en ejecución de sentencia	159
7.4. Derivación a mediación familiar de casos archivados sobre violencia sobre la mujer.....	162
VIII. Conclusiones específicas	162
Proyecto piloto de mediación intrajudicial en familia y penal en los partidos judiciales de Barbastro, Monzón y Jaca, por MARINA BEATRIZ RODRIGUEZ BAUDACH y EDUARDO JOSÉ BERNUÉS MATEOS	165
I. Introducción.....	165
II. Experiencias previas a Barbastro-Monzón	166
III. Proyecto Piloto de los partidos judiciales de Barbastro-Monzón.....	167
3.1 Pasos previos al Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.....	167
3.2. Firma del Convenio y desarrollo del sistema	169
3.2.1. Creación del protocolo de derivación	169
3.2.2. Control de calidad del sistema.....	170
3.3. Estado actual	171
IV. Aspectos más destacados del Protocolo de derivación.....	172
V. Conclusiones	172
CAPÍTULO III: MODELOS DE MEDIACIÓN EN EUROPA..	175
El modelo italiano de mediación: la utilización de la obligatoriedad para reforzar la voluntariedad, por CARLO PILIA.....	177
I. La búsqueda de la calidad en la mediación a través de la comparación de modelos y experiencias	178
II. El marco común europeo de la mediación en asuntos civiles y mer- cantiles.....	181
III. El modelo italiano de imponer la mediación.....	185
IV. Las vicisitudes de la obligatoriedad.....	190
V. La mediación intrajudicial	193
VI. La experiencia italiana después de la implementación de la Directiva europea 2008/52/CE.....	196
VII. Las redes internacionales para fomentar la cultura de la mediación transfronteriza en el Mediterráneo: las rutas comunes para la paz ...	200
VIII. Bibliografía.....	201



La mediación en Alemania , por ESPERANZA TORRIJOS PÉREZ	203
I. Orígenes y marco legal	203
II. Asociaciones Profesionales de Mediación.....	204
III. Campos de actuación	205
IV. Gastos en la mediación	206

CAPÍTULO IV: CUESTIONES A DEBATE SOBRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR..... 209

Límites a la autonomía de la voluntad y Derecho de familia , por MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN	211
I. Autonomía de la voluntad y Derecho de familia.....	211
II. Ámbitos reservados a la decisión judicial. Utilidad de los acuerdos	213
III. El acuerdo como fuente de regulación. Su control judicial	215
IV. Algunos contenidos «prohibidos». Acuerdos y derechos fundamen- tales.....	216
V. Ámbitos en los que se potencia el acuerdo y el acuerdo es eficaz aunque no consagre la opción regulada en la ley.....	217
VI. En particular, las relaciones con hijos mayores dependientes econó- micamente	222
VII. Reflexiones conclusivas: «orden público» familiar y normas impera- tivas.....	222
VIII. Bibliografía.....	225

Los menores en los procesos de mediación , por CARLOS VILLAGRASA ALCALDE	227
I. Marco legal: el protagonismo de los menores en la mediación	227
1.1. Principios derivados de la Convención sobre los Derechos del Niño	227
1.2. La consideración de las personas menores de edad como sujetos de pleno derecho en el Derecho civil	230
1.3. La trascendencia de la intervención de menores de edad en la legislación sobre mediación.....	232
II. Ámbitos de relación y procedimientos de mediación.....	233
2.1. Mediación familiar.....	233
2.2. Mediación escolar.....	234
2.3. Mediación comunitaria	236
III. Relevancia de la mediación en la infancia y la adolescencia.....	237
3.1. Aspectos determinantes del procedimiento de mediación.....	237
3.2. Eficacia de la mediación desarrollada con menores de edad....	238
3.3. Conclusiones: perspectivas de futuro.....	240



Índice

Mediación internacional en sustracción de menores , por ESPERANZA TORRIJOS PÉREZ	243
I. Punto de partida	243
II. Marco legal.....	244
III. Papel de la Mediación.....	245
3.1. Cómo se lleva a cabo la mediación internacional	246
3.2. Modelo MiKK en Alemania	247
Violencia de género y mediación , por TERESA PICONTO NOVALES	251
I. La prohibición de la mediación en los casos de violencia de género en la LO 1/2004 de protección integral contra la violencia de género..	251
II. Algunos motivos por los que se debe analizar, debatir e investigar sobre las posibilidades de hacer mediación en casos de violencia de género	255
III. Algunas propuestas, condiciones y cautelas sobre la utilización de la mediación en algunos casos de violencia contra la mujer	258
IV. A modo de conclusiones	262
CAPÍTULO V: LEYES AUTONÓMICAS DE MEDIACIÓN DE SEGUNDA GENERACIÓN. FORMACIÓN DE MEDIADORES	265
Las competencias legislativas en mediación de las comunidades autónomas según el Consejo General del Poder Judicial , por JOSÉ LUIS ARGUDO PÉREZ	267
I. Introducción: la conflictividad del marco competencial de las comunidades autónomas sobre mediación.....	268
II. La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial sobre la legislación de mediación	272
III. La nueva legislación autonómica de mediación de segunda generación. El desarrollo competencial en las leyes catalana y castellano-manchega.....	273
IV. La legislación autonómica de desarrollo integral de la mediación. Problemas competenciales. La Ley cántabra.....	277
V. ¿Tienen competencia las comunidades autónomas para regular de forma integral la mediación? El caso valenciano y las competencias sobre administración de justicia.....	285
VI. A modo de conclusión: las limitaciones competenciales de las comunidades autónomas para regular de forma integral la mediación	290



Las leyes autonómicas de mediación de segunda generación. Cataluña, por ANNA VALL RIUS	293
I. Introducción.....	293
II. Disposiciones generales de la ley	294
III. Los principios de la mediación y los deberes de la persona mediadora.	297
IV. El desarrollo de la mediación	300
4.1. Inicio del proceso de mediación.....	300
4.1.1. <i>La sesión informativa previa</i>	300
4.1.2. <i>Momento de inicio de la mediación</i>	301
4.1.3. <i>Quién puede instar la mediación</i>	301
4.1.4. <i>Limitación a una nueva mediación antes de un año</i>	302
4.2. Actuación de la persona mediadora.....	302
4.3. Duración y finalización de la mediación.....	303
V. Organización y registros del Centro de mediación de Derecho Privado de Cataluña	304
VI. Régimen sancionador y normas deontológicas.....	307
VII. Conclusiones	308

Claves críticas de la formación de las personas mediadoras, por MANUEL ROSALES ÁLAMO	311
---	-----

CAPÍTULO VI: COMUNICACIONES

Algunas reflexiones sobre los principios de imparcialidad y confidencialidad en el ámbito de la mediación civil y mercantil, por ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA	317
I. Introducción.....	317
II. La imparcialidad.....	318
2.1. Aspectos generales	318
2.2. Motivos de sospecha	319
2.3. Incumplimiento de los deberes de abstención y revelación. La incierta posibilidad de recusar.....	320
2.4. Otras manifestaciones del principio de imparcialidad	321
III. La confidencialidad	321
3.1. Aspectos generales	321
3.2. Ámbito subjetivo	322
3.3. Ámbito objetivo	323
3.4. Consecuencias del principio de confidencialidad.....	324
3.5. Excepciones al carácter confidencial.....	325



Índice

El principio de voluntariedad en la mediación familiar: alcance y límites , por JAVIER MARTÍNEZ CALVO	329
I. Ventajas de la mediación en los procesos de familia	329
II. El principio de voluntariedad y sus límites	331
III. Conclusiones	336
Intervención sobre el menor mayor de catorce años mediante derivación judicial a mediación familiar en Aragón: a propósito de un caso real , por M ^a PILAR HERNÁNDEZ BLASCO.....	337
I. Introducción.....	337
II. Antecedentes	338
III. Resolución judicial y derivación.....	340
IV. Supuesto de hecho.....	341
4.1. Mediación intrajudicial	341
4.2. Derivación al Centro de Atención Integral a las Familias (CAIF)	343
V. Conclusión.....	345
VI. Bibliografía.....	345
El acceso a la ejecución del acuerdo de mediación , por VANESA MARTÍ PAYÁ	347
I. La eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación	349
1.1. La elevación a escritura pública del acuerdo de mediación.....	350
1.2. La homologación judicial del acuerdo de mediación.....	353
II. Bibliografía.....	354
La justicia restaurativa a la luz del Estatuto jurídico de la víctima , por MARÍA CRISTINA MARTÍNEZ SÁNCHEZ	357
I. El estatuto jurídico de la víctima: nuevos horizontes de la justicia restaurativa.....	357
1.1. La justicia restaurativa, ¿un derecho de las víctimas?	360
1.2. La justicia restaurativa desde el lado de las víctimas. El artículo 15 LEVD. Requisitos para su aplicación.....	362
1.3. La Oficina de Asistencia a la Víctima y su posible incidencia en el desarrollo de la justicia restaurativa	366
II. Una propuesta de justicia restaurativa en el Derecho penal de adultos..	367
2.1. Desde el ámbito comunitario	367
2.2. Desde el ámbito intrajudicial penal	368
2.3. Integración de los acuerdos restaurativos en el proceso penal..	368
2.3.1. <i>El acuerdo restaurativo en la fase de instrucción</i>	368
2.3.2. <i>El acuerdo restaurativo en la fase de enjuiciamiento</i>	369
2.3.3. <i>El acuerdo restaurativo en la fase de ejecución</i>	370





III.	Conclusiones	370	
IV.	Bibliografía.....	371	
Mediación Intrajudicial: situación actual y propuesta de mejora , por AGUSTÍN ALBESA, JAVIER MIRAVALLES y BÁRBARA MASLUK			373
I.	Situación actual	373	
1.1.	Problemas y propuestas de solución en la implantación de la mediación en España	375	
1.1.1.	<i>Mediación previa al procedimiento judicial</i>	375	
1.1.2.	<i>Asesoramiento de profesionales</i>	376	
1.1.3.	<i>Obligatoriedad de la resolución del mediador</i>	376	
II.	Conclusión.....	377	
III.	Bibliografía.....	378	
Propuesta de modelo de SIP (Sesión Informativa Presencial) en PIMED de Andalucía , por INMACULADA JIMÉNEZ MARTÍN y ANTONIO FERNÁNDEZ ROJO.....			379
I.	El concepto de lo que podemos considerar eficaz.....	380	
1.1.	Efectiva. Que produce el resultado esperado.....	380	
II.	Modelo menú 5 C para las SIP en PIMED	385	
2.1.	Entrantes: aperitivos de comodidad	385	
2.2.	Primer plato: ración de confianza en el sistema por el que estamos aquí.....	386	
2.3.	Segundo plato: ración de confianza en la mediación como método.....	387	
2.4.	Postres: dulces de confianza en ellos mismos.....	388	
2.5.	Maridajes: los caldos de confianza en los mediadores	388	
III.	Bibliografía.....	391	
Mediación y Psicoterapia en la resolución de conflictos familiares: coordinación y delimitación , por PAULA MARTÍNEZ GALLARDO.....			393
I.	Mediación y psicoterapia	393	
1.1.	Conceptos y áreas	393	
1.2.	Lo común y lo diferente en la mediación y psicoterapia.....	394	
II.	Los conflictos familiares. Una visión sistémica	396	
2.1.	La persona como parte, no como unidad	396	
2.2.	De los juzgados a la consulta. Abordaje de casos.....	397	
2.2.1.	<i>Teresa y Eduardo: un nuevo modelo de familia</i>	397	
2.2.2.	<i>Conchi y Juan Ramón: el último adiós</i>	398	
2.2.3.	<i>Erika y Alberto: gestión del divorcio</i>	399	
III.	El papel del profesional en la resolución de conflictos.....	399	



Índice

IV. Conclusión / Reflexión.....	400
V. Bibliografía.....	401

Impacto de los conflictos en la productividad de las empresas aragonesas: diseño y protocolo de actuación en intervención para la resolución de conflictos, por SARA MAUREL IBÁÑEZ y FRANCISCO JAVIER PERÉZ SANZ

SANZ	403
I. Introducción. Marco teórico.....	404
1.1. Antecedentes y estado actual de la investigación en ámbito empresarial	405
II. Estado económico actual de Aragón.....	408
III. Diseño del estudio.....	408
3.1. Ámbito de estudio.....	409
3.2. Muestra.....	409
3.3. Análisis estadístico.....	410
IV. Aspectos éticos.....	410
V. Utilidad práctica y aplicabilidad de los resultados.....	410
VI. Bibliografía.....	411





PRÓLOGO

LA MEDIACIÓN COMO RECURSO INFALIBLE

Cuenta el maestro de maestros, don Miguel de Cervantes, en la continuación de “El ingenioso caballero Don Quijote de La Mancha” que el caballero de la triste figura y su honrado escudero marcharon camino de Zaragoza para que dicho hidalgo manchego participase en un torneo de justa. Al llegar a la villa de Pedrola, en la Ribera Alta del Ebro, el Duque de Villahermosa, que los conoce, decide invitarlos a alojarse allí para burlarse de ellos.

En el siglo XVII ver un caballero andante montado en un rocín flaco, aunque ficticio, resultaba extraño en tierras aragonesas. No contento con eso, el Duque decide nombrar a un labriego analfabeto montado en un burro como Sancho Panza, como gobernador de un pequeño pueblo durante una semana. Le dijeron que sería el máximo gobernante de una ínsula (isla) llamada Barataria. En realidad se trataba de una pequeña villa de mil habitantes llamada Alcalá de Ebro, que cuando ocasionalmente había una crecida del poderoso Ebro, quedaba aislada formando una “isla” en mitad del cauce.

Pues bien, en ese episodio de “El Quijote”, el bueno de Sancho Panza queda responsable de intervenir en los conflictos entre varios vecinos de la villa e impartir justicia. Ese día se presentan dos viejos, uno de los cuales reclama el pago de un préstamo de diez monedas de oro al otro. El segundo apoyado en una caña, le pide al primero que le sujete el bastón mientras jura que él ya ha devuelto lo prestado. Sancho se da cuenta del embuste y decide mediar entre los dos viejos diciendo que, con que le entreguen al



primero el bastón de caña, la deuda queda saldada. Así, le pide al primero que parta la caña en dos y dentro encuentran las diez monedas de oro.

Logra con su decisión, evitar que se llegue a un juicio formal a través de un sistema alternativo de resolución del conflicto, de forma que poco estamos inventando en el siglo XXI, quizás sea más preciso decir que estamos intentando sacar del ostracismo métodos que eviten la judicialización de las controversias.

Aragón, desde que se convirtió en Reino, es una tierra de pactos y de acuerdos entre hombres y mujeres libres e iguales. Nuestro Derecho Foral propio se basa en el principio “*Standum est chartae*” o lo que es lo mismo: “estar a lo acordado”. Por eso entendemos que la mediación y el arbitraje son instrumentos fundamentales a la hora de ejercer Justicia. Porque más allá de jueces y fiscales, cuya labor siempre es imprescindible, está nuestra capacidad de llegar a acuerdos, de evitar costes emocionales y costas en múltiples cuestiones, esta forma de abordar las diferencias, las discrepancias o los conflictos, este uso de sistemas alternativos a la judicialización denota la madurez de la sociedad que hace uso de ellos.

En este libro podrá encontrar las distintas ponencias y conferencias del “Congreso Internacional de Mediación Intrajudicial” realizado en noviembre de 2017. Espero que le resulten útiles, como a Sancho Panza le sirvieron su propio ingenio y su sentido común durante su estancia en Aragón.

VICENTE GUILLÉN IZQUIERDO
Consejero de Presidencia del Gobierno de Aragón



PRESENTACIÓN

En el marco del *I Congreso Internacional de Mediación Intrajudicial*, celebrado en Zaragoza entre los días 22 a 24 de noviembre de 2017, organizado por el Gobierno de Aragón y contando con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial y de la Universidad de Zaragoza, y bajo el sugerente título “Mediación y tutela judicial efectiva: la Justicia del siglo XXI”, se reunieron expertos profesionales de la Magistratura, Universidades, Administraciones públicas y profesionales de la mediación para debatir cuestiones relevantes que tienen que ver con las relaciones entre la mediación, el proceso judicial y la Administración de Justicia, y otros temas conexos en el desarrollo de la mediación, como las experiencias de otros países europeos, la mediación familiar o el desarrollo legislativo autonómico de la mediación; o algunos particulares aspectos relacionados con el desarrollo del proceso de mediación o la formación de las personas mediadoras.

Las ponencias ahora publicadas vislumbran la evolución de la mediación en España, en la que una parte determinante ha venido impulsada por la Administración de Justicia, superando la vieja polémica de si la mediación es un sistema alternativo o complementario de solución de conflictos, para incidir en que la mediación es una herramienta adecuada para la solución de conflictos formando parte de la tutela judicial efectiva, y que el poder judicial tiene que facilitar el derecho de los ciudadanos al acceso a una justicia rápida y eficaz, diferenciando lo que es acceso a la jurisdicción del acceso a la justicia. Las ponencias del magistrado Luis Aurelio González Martín, expresidente del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación [GEMME] y del Dr. Ángel Bonet Navarro, Catedrático Emérito de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza, convergen en el papel complementario al proceso jurisdiccional que la mediación desempeña, en el que la mediación todavía tiene que conquistar ese papel



de relación equilibrada con la jurisdicción que la Directiva 2008/52/CE pregona. El acceso a la justicia debe incluir necesariamente el acceso a procedimientos adecuados para solucionar las controversias privadas, pero los sistemas de solución de conflictos, y entre ellos destacadamente la mediación, no han de verse como un instrumento para desatascar los juzgados, porque ello no debe ser el objetivo sino la consecuencia del general y buen funcionamiento de los sistemas alternativos adecuados de solución de litigios, incorporando los valores que aporta al conjunto social y permitiendo una mayor participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia.

Mediación y proceso jurisdiccional son, sin embargo, distintos y diferentes en su naturaleza, ya que el proceso cumple una función curativa y la mediación preferentemente preventiva del conflicto, y el profesor Bonet señala como la mediación trata de disolver la disputa mediante lo que las partes quieren, y el proceso resolver la disputa conforme derecho por autoridad del juez. La mediación es en el actual ordenamiento español un sistema complementario que ha de integrarse en el sistema de tutela de los derechos de los sujetos jurídicos y, por ello, la mediación no se configura en igualdad de funciones con proceso, sino que lo sigue como referencia, lo tiene en contemplación en cuanto a su influencia, y precisa de él para desplegar toda su eficacia, en especial en los acuerdos elevados a escritura pública y su relación con los procesos declarativos y ejecutivos.

La institucionalización de la mediación en nuestro ordenamiento, siguiendo el decidido impulso de la Unión Europea, ha reforzado los métodos autocompositivos frente a los tradicionales sistemas heterocompositivos (jurisdicción, arbitraje) asentados en nuestra tradicional cultura jurídica y social, y ha obligado también a poner en primer plano uno de los objetivos de modernización de la Justicia como es el de mejorar la calidad y eficacia de la Administración de Justicia.

La mediación intrajudicial tiene grandes retos en su desarrollo e implantación para terminar de “encajar” las herramientas alternativas de solución de controversias en su engranaje de funcionamiento marcado por el lento, aunque progresivo, avance de la legislación procesal, y que pasa por diseñar criterios y protocolos consensuados y uniformes en el nuevo diseño de la Oficina Judicial para dar un mejor servicio a los ciudadanos en el acceso a la justicia que pasa por una mediación intrajudicial *multi-door* (ponencia del profesor González Campo, coordinador de esta obra).

La heterogeneidad de los modelos de mediación intrajudicial en España es destacable, y se han ido configurando a lo largo del tiempo con una mayor incardinación en la Administración Pública pero también



partiendo de experiencias pioneras y unilaterales de los propios Juzgados. De estas experiencias y modelos hay una excelente representación en esta obra en varios trabajos resultado de la explicación de las mismas por sus promotores, que desarrolla magistralmente en cuanto a criterios, requisitos y medios el magistrado José Luis Utrera, destacando especialmente el cuidado y profesionalidad que exige la Sesión Informativa Presencial (SIP, que se desarrolla en una comunicación de esta obra por los mediadores responsables; experiencia extendida a otras sedes judiciales de Andalucía a través de los Puntos de información de la Mediación [PIMed]), y la necesidad de implicación de todos los profesionales jurídicos, personal de Justicia y Administraciones para su adecuado desarrollo, desde su experiencia en los Juzgados de Málaga; Una iniciativa pionera fue también la Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia (UNIM), primera experiencia de mediación intrajudicial del Ministerio de Justicia dentro del concepto de Oficina Judicial (María del Carmen Marín), o el Servicio de Mediación Intrajudicial y de Justicia Restaurativa del Gobierno Vasco (Roberto Moreno), equiparable en su organización y resultados en mediaciones penales a otros países europeos.

No podía faltar en esta obra una referencia concreta a la realidad aragonesa en mediación intrajudicial, donde existen interesantes experiencias promovidas especialmente por magistrados comprometidos en el impulso y desarrollo de la mediación, dando una panorámica general, con especial atención a la mediación penal con adultos, la magistrada Soledad Alejandro, vocal de Mediación en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, así como a la familiar, con propuestas de desarrollo que incluyen la implementación de la figura del coordinador de parentalidad, del magistrado Ángel Dolado (en la actualidad, Justicia de Aragón), o la pionera y exitosa experiencia de ya larga duración en los Juzgados oscenses de Barbastro, Monzón y Jaca por los magistrados Marina Rodríguez y Eduardo Bernués.

La progresiva implantación de la mediación conectada a los Juzgados y las deficiencias y debilidades que su implementación ha mostrado, originan un debate sobre propuestas controvertidas de desarrollo en la mayoría de los trabajos de la obra que giran especialmente sobre la conveniencia, o necesidad, de la obligatoriedad de la mediación como requisito de admisibilidad de la demanda judicial (debate especialmente alentado por la nueva legislación en conflictos de consumo, bancarios e hipotecarios), o de una obligatoriedad parcial o “voluntariedad mitigada” referida a la sesión informativa, que supere las recomendaciones legales actuales, que cuenta con amplio respaldo en las ponencias, sin alterar el principio básico, justificable también constitucionalmente, de la voluntariedad en



todo el procedimiento de mediación. Derivado de ello, algunos trabajos exploran también las consecuencias judiciales de no instar previamente una solución por vía de mediación o la inasistencia a las sesiones informativas, sobre las que la legislación procesal peca de poca claridad o seguridad.

En este sentido cabe destacar el trabajo del profesor Carlo Pilia, catedrático de Derecho privado de la Universidad de Cagliari (Italia) y presidente de la Asociación “Mediatori Mediterranei Onlus”, con una magnífica exposición sobre el modelo italiano de mediación y su evolución en los últimos años, en los que se puso en duda el propio modelo por la obligatoriedad de la mediación previa al proceso judicial, en el marco constitucional y del Derecho comunitario, resuelto sin renunciar a dicha obligatoriedad pero reduciendo las materias en las que se exige la previa mediación. Aunque ha impulsado este modelo las mediaciones realizadas en Italia, destacando en las estadísticas europeas, el profesor Pilia señala también los defectos del mismo, con muchas mediaciones y pocos acuerdos, por falta de una cultura social asentada favorable a métodos no litigiosos de solución de conflictos y también por falta de calidad en las mediaciones. Este capítulo se completa con una visión práctica y detallada del desarrollo de la mediación en Alemania.

El Congreso quiso dedicar a temas más transversales y concretos dos sesiones que se traducen en la publicación en los capítulos cuarto y quinto de la obra. El cuarto capítulo se dedica a algunas reflexiones sobre la mediación familiar, ámbito en el que por su desarrollo y amplia legislación autonómica parecería menos necesitado de debate sobre algunos de sus aspectos, pero que supone una visión limitada no sólo por el dinamismo y evolución de las relaciones familiares, sino también porque la implementación de la mediación en ámbito familiar tiene algunos puntos que necesitan una revisión o, al menos, una reflexión. Las expresiones de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares se han ampliado enormemente en el marco constitucional español, y es objeto del trabajo de la catedrática de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza y magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Dra. María Ángeles Parra Lucán, cuyos límites – como “orden público” y “moral”- siguen siendo genéricos e imprecisos pero entre los que destacan actualmente los principios y valores constitucionales como la igualdad o el interés superior de los menores. Sobre los menores y su participación en los procesos de mediación trata el trabajo del especialista profesor Carlos Villagrasa, que ahonda en el desequilibrio que se produce entre el protagonismo de las relaciones horizontales en la regulación de la mediación, y la escasa



consideración legal y jurídica que se presta a las relaciones verticales familiares que obvian u olvidan los derechos de participación de los menores en todos los procesos que les afectan.

La profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza, Dra. Teresa Picontó, afronta un tema polémico y vidrioso como es el de la prohibición legal de la mediación en casos de violencia de género. Mostrando la ponente su acuerdo y respeto por la prohibición legal, refrendada desde 2004 en varios actos jurídicos nacionales e internacionales, reflexiona sobre la exclusión radical de esta posibilidad que debería observarse desde una perspectiva más flexible y pragmática, considerando los supuestos concretos y con todas las cautelas, exigencias y garantías.

Y finalmente, el capítulo cuarto, se completa con la exploración de un ámbito poco desarrollado en España, como es el de la mediación en los casos de sustracción internacional de menores, que a pesar de ser contemplado en la legislación nacional e internacional necesita de una especialización profesional relevante y tiene sus propias características y requisitos especiales en el procedimiento, que narra en su trabajo la mediadora internacional, Esperanza Torrijos, desde su experiencia en Alemania.

La legislación autonómica de mediación es objeto del quinto capítulo en el que, a partir de la Ley catalana de mediación en Derecho privado de 2009, se plantea el posible desarrollo, y sus límites, de la nueva legislación autonómica de “segunda generación” que supera el ámbito familiar ampliando los campos de actuación. Sobre la Ley catalana realiza una magnífica y detallada exposición la mediadora y profesora Anna Vall, que participó en el proceso de su elaboración, y el que suscribe estas líneas analiza esta evolución legislativa autonómica que tiene sus hitos, tras la ley catalana, en la Ley de Mediación de Cantabria de 2011, reformada en 2017, cuyo objetivo era ser la primera Ley de mediación integral; la menos ambiciosa –ampliando campos de aplicación delo familiar a lo social- Ley castellano-manchega de 2017, o el proyecto de Ley de Mediación de la Comunidad Valenciana, transformado ya en la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de esa Comunidad. El trabajo analiza especialmente los límites competenciales de estas Comunidades Autónomas para desarrollar determinados ámbitos de mediación y las zonas de fricción con las competencias estatales en Derecho civil, mercantil y especialmente procesal, leyes que no han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, pero que han limado algunos de sus preceptos por los informes de otros órganos consultivos, como el Consejo General del Poder Judicial.

Uno de los temas discutidos en la legislación autonómica ha sido el de la formación de las personas mediadoras, tema que afortunadamente





Presentación

ha quedado limitado en las recientes leyes autonómicas a partir de la Ley estatal 5/2012 por la definición de un estatuto básico de las personas mediadoras y por el libre ejercicio profesional en todo el territorio nacional, sobre el que las Comunidades Autónomas no pueden imponer el requisito obligatorio de la inscripción en el registro regional para su desempeño, pero ello no es óbice para que el profesor Manuel Rosales, en su precisa y magnífica colaboración a esta obra, critique las ostentosas deficiencias del desarrollo reglamentario estatal de los aspectos de la formación de mediadores en el Real Decreto 980/2013, y haga propuestas de mejora de la formación curricular, que refleja la opinión de la Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC).

El Congreso contó además de con magníficas ponencias, con comunicantes de elevado nivel teórico-práctico, por lo que se publican también dichas comunicaciones realizadas por profesores universitarios e investigadores que profundizan sobre aspectos concretos de la mediación, como son los principios de imparcialidad, confidencialidad y voluntariedad (Alberto Lafuente y Javier Martínez), la ejecución de los acuerdos de mediación (Vanesa Martí), o un posible desarrollo de la justicia restaurativa en el Derecho penal de adultos, partiendo del Estatuto Jurídico de la Víctima de 2015 (Cristina Martínez), trabajos concentrados pero con gran riqueza de contenidos y propuestas. Propuestas de mejora de la mediación intrajudicial (Albesa, Miravalles, Masluk) o de explorar nuevos desarrollos en los conflictos de las empresas aragonesas (Sara Maurel y Francisco J. Pérez), o los derechos de los menores mayores de catorce años según el Derecho foral aragonés en los procesos de mediación (María Pilar Hernández), o las necesarias relaciones de coordinación y delimitación entre mediación y psicoterapia en la resolución de conflictos familiares (Paula Martínez). Estas excelentes comunicaciones, junto a la ya citada previamente de los Puntos de Información de Mediación (PIMed) en Andalucía, son el colofón de esta extensa obra y de los excelentes trabajos de sus autores.

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ

Profesor Titular de Derecho Civil

Director del Experto Universitario en Mediación

Coordinador universitario del Congreso

Universidad de Zaragoza



CAPÍTULO I

MEDIACIÓN Y JURISDICCIÓN







LA MEDIACIÓN: ¿SISTEMA ALTERNATIVO O COMPLEMENTARIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS?

LUIS AURELIO GONZÁLEZ MARTÍN
Magistrado

Resumen: *La Directiva 2008/52/CE dice lo siguiente: «La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos».*

El objetivo de la Directiva es fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.

Asimismo, se ha publicado la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2011, sobre aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales. En esta resolución, el Parlamento Europeo hace significativas consideraciones y se afirma que: «Asegurar un mejor acceso a la justicia es uno de los OBJETIVOS CLAVE DE LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA para establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia. El concepto de acceso a la justicia debe incluir, en este contexto, el acceso a procedimientos adecuados de solución de controversias para particulares y empresas».

El 7 de julio de 2012, se ha publicado en nuestro país la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE. Con la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, no solo ha llevado a cabo la transposición, sino que también se ofrece una regulación nacional de la mediación civil y mercantil como método alternativo de resolución de conflictos, en una sociedad en la que se evidencia una creciente beligerancia en la manera de solucionar sus disputas, sirviéndose casi siempre de métodos alejados de lo que sería deseable en democracias avanzadas. Además, en nuestro país se carece de cultura de transacción, se desconocen los métodos no adversariales para resolver conflictos y se observa





una creciente tendencia a utilizar el proceso judicial como vía para conseguir venganza social y protagonismo mediático.

Los beneficios que reporta la mediación intrajudicial son muy importantes, tanto en lo que se refiere a la gestión de la oficina judicial, como en la notable reducción de los costes económicos, redundando todo ello en una mejor y más eficaz asignación de los recursos. Cuando se consigue el acuerdo, se ahorra un tiempo precioso en lo que se refiere a la celebración de comparencias y vistas (audiencias previas, incidentes, juicio, etc.), con lo que se deja de movilizar a un gran número de personas (demandantes, demandados, peritos, testigos, etc.).

Los sistemas de solución de conflictos y entre ellos de manera muy destacada la mediación, no solo han de ser contemplados como un instrumento para desatascar los juzgados, sino que la mediación es mucho más que eso y los valores que aporta al conjunto social son de gran trascendencia. Es, por ello, que también se ha de apreciar el hecho de que un proceso de mediación termine sin acuerdo. En efecto, a mi juicio, las personas mediadoras no han de tener como único objetivo conseguir un acuerdo a toda costa. Aunque el proceso de mediación termine sin él, los efectos transformativos de una mediación bien practicada pueden redundar en un restablecimiento o mejora de las relaciones y, probablemente, a corto o medio plazo en una solución adecuada del conflicto.

I. PONENCIA

Como Magistrado y ex Presidente de la Sección Española del GRUPO EUROPEO DE MAGISTRADOS POR LA MEDIACIÓN (GEMME), ha sido para mí un honor que me invitasen a este importante «I Congreso Internacional de Mediación Intrajudicial» con el título «Mediación y tutela judicial efectiva: La justicia del siglo XXI», que se ha celebrado en Zaragoza, del 22 al 24 de noviembre de 2017.

Mi agradecimiento, por tanto, a la Dirección General de Justicia e Interior del Gobierno de Aragón, al Consejo General del Poder Judicial, a la Universidad de Zaragoza y al resto del Comité Organizador.

En primer lugar, quiero destacar que GEMME (GRUPO EUROPEO DE MAGISTRADOS POR LA MEDIACIÓN), cuya sección española me he honrado en presidir, es una importante asociación fundada en el año 2003 y a la que pertenecen la mayor parte de los países de la unión europea. Cuenta como asociados con cientos de Magistrados y otros operadores jurídicos, todos ellos comprometidos con la difusión de la mediación. La Sección Española se constituyó en el año 2007, y ya cuenta con más de 200 inscritos.

En la ponencia que desarrollaré, trataré de clarificar una antigua polémica que estriba en la pregunta sobre si la mediación es un sistema alternativo o complementario de resolución de conflictos.



Pues bien, comienzo afirmando, como hace Pascual Ortuño, que la mediación no es una «cuestión de fe», ni algo en lo que «se cree o no se cree». Por el contrario, nos encontramos con que la mediación, y en general las ADR, o sistemas de resolución de conflictos, están constituidos por un conjunto de herramientas, saberes y conocimientos científicos, suficientemente contrastados y que, cuando se utilizan adecuadamente en una situación de conflicto, suelen generar óptimos resultados. Ya son muy numerosas las tesis doctorales que han profundizado en la teoría del conflicto y en los métodos de resolución de conflictos, en sus vertientes judicial y extrajudicial, así como en los componentes jurídicos y psicológicos de las disputas.

Los sistemas de solución de conflictos, a los que me voy a referir, no son técnicas recientes que se hayan importado de países anglosajones, como en ocasiones y de manera equivocada, algunos se refieren a ellos de manera peyorativa. No es así. Lisa Parkinson (2005) afirma que ya Confucio, en el siglo V antes de Cristo, afirmó lo siguiente: «La litigación causaba resentimiento entre los disputadores y les impedía cooperar entre sí. Por tanto, recomendaba que, en lugar de pleitear, encontrasen un pacificador neutral que les ayudase a alcanzar un acuerdo». Podemos observar que en ese texto de Confucio se recogen varios de los principios de la mediación y también la existencia del acuerdo, como punto final del conflicto.

Pero es que, en nuestro Derecho Histórico, vemos que hay referencias a figuras similares a las que estudiaremos, como, por ejemplo, en el siglo XI, en el Fuero de Avilés (1076) se menciona la figura del «medianedo».

Así las cosas, con frecuencia suelo decir en mis intervenciones públicas que «juzgar no es la única forma de resolver los conflictos». El Poder Judicial tiene el monopolio de la fuerza jurídica, pero hay soluciones alternativas o más adecuadas, que pueden conseguir que un conflicto se resuelva de una manera más eficaz. Las ADR no suponen que el Estado no cumpla con sus responsabilidades, sino únicamente se trata de posibilitar que se pueda contribuir a la demanda social relativa a la solución justa de los conflictos.

Es muy importante destacar el valor democrático que tiene la mediación, como conjunto de herramientas para contribuir a facilitar el diálogo y, con ello, favorecer la pacificación.

Los sistemas de solución de conflictos y entre ellos de manera muy destacada la mediación, no solo han de ser contemplados como un instrumento para desatascar los juzgados, sino que la mediación es mucho más que eso y los valores que aporta al conjunto social son de gran tras-





endencia. Es, por ello, que también se ha de apreciar el hecho de que un proceso de mediación termine sin acuerdo. En efecto, a mi juicio, las personas mediadoras no han de tener como único objetivo conseguir un acuerdo a toda costa. Aunque el proceso de mediación termine sin él, los efectos transformativos de una mediación bien practicada pueden redundar en un restablecimiento o mejora de las relaciones y, probablemente, a corto o medio plazo en una solución adecuada del conflicto.

En el conflicto jurídico, cuando el derecho es disponible, se pueden resolver las controversias acudiendo a la jurisdicción de los juzgados y tribunales o a otros sistemas de resolución de conflictos, como son la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

Sería deseable que el ciudadano acudiese a la vía jurisdiccional solamente en aquellos supuestos en los que la controversia no se pueda solucionar por otros mecanismos alternativos, bien porque se trate de materias que no sean de libre disposición o cuando los sistemas autocompositivos no hayan terminado con éxito. Pero, de una forma u otra, el hecho de que los justiciables acudan antes de judicializar el conflicto a los sistemas autocompositivos se está vislumbrando como una necesidad imperiosa, principalmente en los asuntos propios del Derecho de Familia. Un buen funcionamiento del arbitraje y de los mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos, harían que la justicia funcionase mejor al descargarla de muchos asuntos y, sobre todo, al quitar virulencia a la controversia entre las partes.

La Unión Europea, desde las recomendaciones del Consejo de Tampere, se muestra favorable a la utilización de estos otros sistemas distintos a los jurisdiccionales para conseguir el acceso a la justicia, como derecho fundamental de todos los ciudadanos europeos. En la Directiva Comunitaria de 2008, se considera que la mediación mejorará la justicia, y obliga a los estados miembros a incorporarla a sus ordenamientos. Como consecuencia de la citada Directiva, se ha publicado la actual Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cumpliendo así con la obligación de transponer dicha Directiva.

Tras esa incorporación al Derecho interno, se ofrece una regulación nacional de la mediación civil y mercantil como otro método de resolución de conflictos, en una sociedad en la que se evidencia una creciente beligerancia en la manera de solucionar sus disputas, sirviéndose casi siempre de métodos alejados de lo que sería deseable en democracias avanzadas. Además, en nuestro país, como en otras muchas sociedades, se carece de la cultura de la transacción, se desconocen los métodos no adversariales para resolver conflictos y se observa una progresiva tendencia a utilizar el



proceso judicial como vía para conseguir venganza social y protagonismo mediático.

En efecto, la sociología moderna ha estudiado los motivos por los que los ciudadanos acuden tan frecuentemente a resolver sus disputas antes los tribunales de justicia. Algunos informes destacan que ello se debe a la ausencia de cultura de transacción; a la tendencia a que todos los problemas de los ciudadanos sean resueltos por los poderes públicos; a la exigencia ciudadana en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos; al creciente protagonismo social, político, jurídico y económico del Poder Judicial; al hecho de que se ha desorbitado el principio de tutela judicial efectiva; al excesivo protagonismo del Estado y ausencia de regulación jurídica que invite a los ciudadanos a acudir a vías alternativas de resolución de los conflictos; al hecho comprobado de que, en muchas ocasiones, como hemos dicho, el proceso es concebido como una forma de venganza social. Y también al fenómeno de que el Poder Judicial se configura como el principal y a veces único garante de los derechos y libertades.

En la **Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos civiles de la mediación en asuntos civiles y mercantiles** —y que fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 24 de mayo de 2008— se dice que *«la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos»*.

La Directiva, en su artículo 12, dispuso que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la misma antes del 21 de mayo de 2011, con excepción del artículo 10, al que deberá darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010 a más tardar e informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

Asimismo, se ha **publicado la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2011, sobre aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales**.

En esa resolución, el Parlamento Europeo hace significativas consideraciones sobre la Directiva, tales como las siguientes:





«Asegurar un mejor acceso a la justicia es uno de los objetivos clave de la política de la Unión Europea para establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia; considerando asimismo que el concepto de acceso a la justicia debe incluir, en este contexto, el acceso a procedimientos adecuados de solución de controversias para particulares y empresas».

«El objetivo de la Directiva 2008/52/CE es fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial».

«Además de la previsibilidad, la Directiva tiene por objetivo establecer un marco que conserve la principal ventaja de la mediación: la flexibilidad, considerando que estos dos requisitos deberían guiar a los Estados miembros a la hora de elaborar la legislación nacional mediante la cual se aplica la Directiva».

A continuación, la Resolución del Parlamento Europeo analiza la situación de la aplicación de la Directiva en los siguientes países: Bulgaria, Francia, Polonia, Italia, Suecia, Grecia, Eslovenia, Países Bajos, Alemania, Austria, Rumanía y Hungría.

Asimismo, el 26 de agosto de 2016, se ha publicado el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la aplicación de la Directiva antes citada. El informe recoge interesantes consideraciones sobre aspectos tales como la obligatoriedad o no de la mediación, la calidad de la formación, la confidencialidad, etc.

De las conclusiones de ese documento, por su enorme interés, destaco los siguientes párrafos:

«La Directiva sobre mediación se introdujo para facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos, fomentar su resolución amistosa y garantizar que las partes que recurrieran a ella pudieran contar con un marco jurídico predecible. Este objetivo político sigue siendo válido en la actualidad y lo seguirá siendo en el futuro, ya que la mediación puede contribuir a evitar litigios innecesarios a costa de los contribuyentes y a reducir la pérdida de tiempo y dinero asociados a los pleitos judiciales. A más largo plazo, puede crear una cultura no contenciosa en la que no haya vencedores ni vencidos, sino socios. La Directiva sobre la mediación ha introducido diferentes formas de fomento de la resolución amistosa de los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil y ha proporcionado un marco europeo para la mediación como forma de resolución extrajudicial o alternativa de litigios.

Sobre la base del estudio, la consulta pública en línea y las conversaciones con los Estados miembros en la red judicial europea en materia civil y mercantil, parece que la aplicación de la Directiva sobre la mediación ha tenido una incidencia considerable en la legislación de muchos Estados miembros.



Además de fijar algunos requisitos clave para el uso de la mediación en los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil, la Directiva ha impulsado la asimilación de la mediación también en un marco meramente nacional en toda la UE. Esto se debe sobre todo al hecho de que la mayoría de los Estados miembros ha ampliado el ámbito de aplicación de sus medidas de transposición de la Directiva a los asuntos nacionales.

En conjunto, la Directiva ha aportado valor añadido a la UE al haber difundido entre los legisladores nacionales las ventajas de la mediación, introducido sistemas de mediación o propiciado la ampliación de los sistemas de mediación existentes.

El alcance del efecto de la Directiva en los Estados miembros varía según el nivel preexistente de sus respectivos sistemas de mediación. Las dificultades en el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica se refieren principalmente a la tradición de procedimientos judiciales contradictorios en muchos Estados miembros, al frecuente conocimiento escaso de la mediación y al funcionamiento de mecanismos de control de calidad.

La evaluación indica que no es necesario por el momento revisar la Directiva, pero que su aplicación puede mejorarse:

- Cuando proceda y resulte necesario, los Estados miembros deben intensificar sus esfuerzos por fomentar y alentar el recurso a la mediación por los diferentes medios y mecanismos previstos en la Directiva y que se abordan en el presente informe. En particular, deben redoblar los esfuerzos nacionales por aumentar el número de asuntos en los que los órganos jurisdiccionales proponen a las partes que recurran a la mediación para resolver su litigio.

Lo expuesto a continuación pueden considerarse EJEMPLOS DE MEJORES PRÁCTICAS en este sentido:

Requisito de que las partes expongan en sus demandas ante los órganos jurisdiccionales si han intentado la mediación, sobre todo en el ámbito del Derecho de familia.

- Sesiones de información obligatoria en el marco de un proceso judicial y obligación de los órganos jurisdiccionales de considerar la mediación en todas las fases de los procesos judiciales.
- Incentivos económicos que hagan económicamente más interesante para las partes recurrir a la mediación en lugar de hacerlo a un proceso judicial.
- Garantizar la ejecución forzosa sin exigir necesariamente el consentimiento de todas las partes en el acuerdo».

A mi juicio, es sustancial el papel de la mediación en el despliegue y efectividad de la **Cultura de la Paz, preconizada por la ONU y regulada en España por la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y la cultura de la paz.**





En el artículo 2, párrafo 7º, se establece que corresponde al Gobierno, para la realización de los fines mencionados en materia de cultura de paz, promover la formación especializada de hombres y mujeres en técnicas de resolución de conflictos, negociación y mediación.

Por tanto, para materias disponibles, junto al recurso a la jurisdicción, los particulares pueden utilizar otros mecanismos de resolución de controversias, que pueden ser AUTOCOMPOSITIVOS, o HETEROCOMPOSITIVOS.

Para los teóricos de las disciplinas que estudian la conflictología, los sistemas autocompositivos se caracterizan porque son las propias partes contendientes las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo o «transacción» (regulado en el Código Civil en los artículos 1809 y ss.), para resolver su conflicto. Permiten a los ciudadanos evitar o resolver sus conflictos de forma privada. Estos sistemas, gestionan mejor los intereses de las partes en conflicto, al ser ellas mismas las que resuelven su litigio a través del diálogo, bien solas o con la ayuda de un tercero, llegando a un acuerdo o transacción.

La autocomposición necesita la cooperación de las partes, de modo que ambas ganen para resolver su conflicto, porque negocian de acuerdo con sus intereses. Esto permite que, terminado el litigio, las partes puedan mantener una mejor relación entre ellas, al haber pactado su propio acuerdo, lo que llevará mayoritariamente a una ejecución voluntaria de la transacción. La doctrina opina que los sistemas autocompositivos, son especialmente convenientes cuando las relaciones entre las partes deben continuar tras el litigio, como es el caso de las controversias familiares, o entre vecinos, socios, alumnos, o empresas con vinculaciones más o menos permanentes. También cuando las partes buscan la confidencialidad, la rapidez en la resolución, o un menor coste que la jurisdicción.

Por lo que hace al ámbito del DERECHO DE FAMILIA, he de decir que la eficacia de la mediación en los conflictos familiares, no solo en lo que tiene que ver con la ruptura de pareja, sino también en todas las complejas situaciones que se dan entre padres e hijos y entre parientes en general, ha sido contrastada en estos últimos años y no hay discusión sobre su conveniencia, siendo buena prueba de ello las leyes autonómicas de mediación familiar y los servicios públicos que ofrecen mediación en los Centros de Atención a las Familias, autonómicos o municipales.

La mediación es también muy relevante para resolver problemas de enorme enjundia en la sustracción internacional de menores.

Por eso, llamaba poderosamente la atención el hecho de que hasta ahora no se hubiera abordado en nuestro país la regulación legal de la



mediación respecto a los otros conflictos civiles que no son puramente de familia, ni tampoco en el terreno de los asuntos mercantiles.

En el Preámbulo de la actual Ley de Mediación vigente, se dice que:

«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».

El artículo primero de la Ley define la mediación como **«aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador».**

Creo necesario señalar las diferencias que existen entre esta figura que es la **«mediación»** y otra que es la **«conciliación»**.

En la primera, el mediador hace circular la información para crear un espacio de cooperación del que salgan los objetivos, aportaciones y propuestas en común, siendo las partes quienes negocien.

Por el contrario, en la conciliación, el conciliador recibe y traslada las ofertas y las opciones de las partes y les impulsa a llegar a un acuerdo.

Los jueces pueden intentar la conciliación e intervenir en ella (aunque sea muy limitadamente en la audiencia previa o incluso en el juicio), pero lo que nunca podrán hacer es «mediar», toda vez que para ese proceso se precisa de la participación de un tercero profesional, imparcial y neutral que es el mediador, quien aplica técnicas y herramientas muy específicas en el ámbito de la comunicación. Hay que hacer la excepción de la denominada «mediación de autoridad» que se lleva a cabo en algunos países por jueces especializados, pero en asuntos que no son competencia del que ha sido designado.

La conciliación es un mecanismo autocompositivo por el que las partes, por virtud de la autonomía de la voluntad, y siempre que la materia sea disponible, pueden evitar el inicio de un pleito o poner fin al juicio ya comenzado, mediante consenso en la solución de su conflicto. La avenencia, si la hay, o el fin sin acuerdo, se tramita ante un tercero (Juez de Paz, Letrado de la administración de justicia, Notario o Registrador) y puede llevarse a efecto antes del proceso declarativo o, iniciado el proceso, en la Audiencia Previa del juicio ordinario, o en la vista del juicio verbal. El tercero aquí no decide, sino que el pacto lo consiguen las partes, pero muy impulsados y alentados por el conciliador quien les hace ver las ventajas del acuerdo e, incluso, les propone alternativas o posibles soluciones al problema.



En cambio, en la mediación, las partes en conflicto, con la ayuda del mediador, que es un tercero imparcial y neutral, resuelven sus diferencias alcanzando por sí mismas un acuerdo. En este proceso de mediación, el mediador actúa como canal de comunicación, creando un espacio de diálogo necesario para que las partes puedan expresar su versión de la situación, fijar los puntos del conflicto, expresar sus opiniones y puntos de vista, sus intereses y necesidades, de modo que entre ellas se vayan acercando las posiciones para llegar a un acuerdo. En la ley de mediación, se parte de que, al ser un procedimiento autocompositivo, el mediador no está obligado a realizar propuestas de acuerdos. El mediador, obligado eso sí a actuar de manera proactiva, guía a las partes para que se comuniquen de forma constructiva y les apoya para que colaboren entre ellas para que consigan resolver su conflicto.

Para lograr el acuerdo de las partes, el mediador suele utilizar herramientas de persuasión, integradoras e incluso disuasorias. Intentará propiciar un acuerdo que en ningún caso será impuesto por aquel, sino aceptado por los propios interesados.

El mediador, ante situaciones de bloqueo, procurará solventarlas utilizando técnicas que se toman generalmente del campo de la psicología, de la comunicación, de la diplomacia, de la sociología, etc. (Quintana, A. 2015).

El acuerdo mediado no puede ser contrario a una norma imperativa, o prohibitiva, porque lo convenido sería nulo (artículo 6.3 CC). La ley de mediación establece que el pacto no puede ser contrario a derecho (artículo 25.2).

Para diferenciar la mediación y la negociación podemos decir que, en la negociación el objetivo de cada parte es optimizar su interés utilizando las ofertas y las contraofertas. En la mediación se busca que todas las partes ganen e incluso se puede llegar a transformar las relaciones.

Los sistemas heterocompositivos, se caracterizan porque una persona individual (juez o árbitro), o colegiada (tribunal o colegio arbitral), e imparcial, va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada (sentencia o laudo).

Por tanto, son sistemas heterocompositivos tanto el arbitraje como la jurisdicción. En ellos, el tercero imparcial, actúa sobre las partes, imponiendo su decisión, lo que les diferencia notablemente de los sistemas autocompositivos.

La mediación se ha definido como una forma alternativa (o mejor, «adecuada») y pacífica de resolución de conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas en



un espacio neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por aquéllas.

Los principios fundamentales de la mediación son los siguientes: voluntariedad, participación activa y personal de las partes, cooperatividad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, profesionalidad del mediador, procedimiento flexible, proceso limitado en el tiempo y procedimiento que no excluye la vía judicial.

En la mediación son las propias partes las que consiguen poner fin al proceso y los mediadores se limitan a facilitar el acuerdo. Podemos afirmar que en la mediación las partes se convierten en sus propios jueces y, más que una decisión judicial, nos encontramos ante una «solución judicial», cuando en la mediación se alcanza un acuerdo en un pleito ya comenzado (mediante la homologación por el juez de lo convenido); o, cuando siendo extrajudicial, se puede solicitar la ejecución judicial del acuerdo mediado y elevado a escritura pública.

La mediación en los conflictos civiles y mercantiles es absolutamente necesaria. Es absolutamente viable y pertinente en los conflictos civiles en materias relativas a propiedad horizontal, arrendamientos, reclamaciones de cantidad, responsabilidad extracontractual, accidentes de tráfico, responsabilidad profesional, comunidad de bienes, herencias, división de cosa común, etc. Igualmente, son apreciables las posibilidades de la mediación en las disputas de índole mercantil (relaciones societarias, contrato de transporte, concurso de acreedores, propiedad industrial e intelectual, etc.).

Ahora bien, la mediación también es importante en otras áreas y especialmente en los asuntos penales.

En el ámbito penal, la justicia restaurativa procura restablecer los intereses de todas las partes afectadas por un acto delictivo, en la medida de lo posible con la participación activa y voluntaria de los delincuentes, las víctimas y las comunidades.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, es el órgano que coordina la labor económica y social de las mismas y de las instituciones y organismos especializados que conforman el sistema de las Naciones Unidas. Está formado por 54 miembros elegidos por la Asamblea General, con mandatos de tres años. Cada miembro tiene un voto y las decisiones dentro de este órgano se toman por mayoría simple) Pues bien, ese Consejo ha elaborado varios documentos sobre JUSTICIA RESTAURATIVA, siendo muy destacable el del año 2002.

En el anterior marco, Filipinas propuso esta interesante definición:





«La justicia restaurativa es una vía alternativa en el sistema de justicia penal que no tiene carácter punitivo, sino que procura más bien hacer justicia a delincuentes y víctimas por igual, en vez de inclinar la balanza marcadamente a favor de una de las partes en detrimento de la otra. Busca recomponer las relaciones sociales, que son el objetivo último de la justicia restaurativa y pretende abordar tanto la acción delictiva como el sufrimiento que de ella se deriva, lo que es también el objetivo de la justicia correctiva».

Pero mucho tiempo antes nos encontramos con una bonita definición que propuso el Comité Consultivo Mundial de la Sociedad de los Amigos (los cuáqueros) (1624–1691).

«La justicia restaurativa pretende lograr un equilibrio entre los intereses de la víctima y la comunidad y la necesidad de reinsertar al delincuente en la sociedad. Procura ayudar a la recuperación de la víctima y posibilitar la participación fructífera en el proceso de justicia de todas las partes interesadas».

Asimismo, nos encontramos con que ya se empieza a dar un paso más y se empieza a hablar seriamente de la llamada «Justicia Terapéutica».

Igualmente, ya se perciben importantes efectos de la mediación en el ámbito de las relaciones laborales y en las materias propias del Derecho administrativo.

Al considerar que la mediación es un método científico y tratar de ver qué beneficios sociales puede reportar, no puedo por menos que destacar el hecho evidente de que la mediación intrajudicial aporta utilidades muy relevantes, tanto en lo que se refiere a la gestión de la oficina judicial, como en la notable reducción de los costes económicos, redundando todo ello en una mejor y más eficaz asignación de los recursos.

Con la mediación intrajudicial se autorresponsabiliza a las partes en la búsqueda de soluciones satisfactorias y consensuadas. Se consiguen acuerdos más duraderos por ser los sujetos en conflicto quienes los alcanzan. Se reducen las materias en discordia y disminuye el grado de enconamiento entre los litigantes. También disminuye el número de apelaciones, interposición de otros recursos e incidentes procesales.

Asimismo, la utilización de los procesos de mediación abarata los gastos de la Justicia a medio plazo. Su coste es mucho más bajo que el del proceso judicial. Preserva las relaciones, personales o económicas, de futuro entre las partes. Ofrece una mejor calidad en la gestión de los conflictos. Las partes conocen mejor que el Juez sus verdaderos intereses y el límite de sus pretensiones. Genera mayor grado de satisfacción en las partes. Cumple uno de los objetivos de la modernización de la Justicia al mejorar la calidad y eficacia de la administración de justicia.



Desde el punto de vista del Juzgado, los beneficios también son destacables ya que la tramitación de la derivación es muy sencilla y, si finalizan con un acuerdo, el procedimiento se archiva. Se reduce notablemente la carga de trabajo relativa a la tramitación de las sucesivas fases procesales, eliminándose incidentes, recursos y también complejas y costosas ejecuciones.

También se produce un ahorro de un tiempo precioso en lo que se refiere a la celebración de comparecencias y vistas (audiencias previas, incidentes, juicio, etc.) con lo que se dejan de movilizar a un gran número de personas (demandantes, demandados, peritos, testigos, etc.). También se verifica un ahorro de los costes directos de la administración de justicia (medios materiales y energéticos, etc.).

Quiero destacar que, con la mediación, los ciudadanos se convierten en protagonistas de la acción judicial, ya que son ellos los que resuelven sus conflictos. Posteriormente, se podrán homologar sus acuerdos o ejecutarlos, si se cumplen los requisitos legales previstos en la Ley.

Insisto mucho en que la mediación intrajudicial es importante, pero lo es más que los ciudadanos se acostumbren a tratar de solventar sus disputas mediante el diálogo y la transacción, antes de judicializar el problema.

Para ello es fundamental que los poderes públicos se responsabilicen de informar a la sociedad de que la vía contenciosa sea el último de los recursos al que se acuda una vez agotada toda posibilidad de consenso.

Los profesionales que hacen de la mediación su vocación de trabajo son abanderados de la resolución pacífica de los conflictos, siendo esto un objetivo que, día a día, se vislumbra como muy necesario en un mundo en el que el incremento de la agresividad es ya casi exponencial.

En relación con la mediación intrajudicial y las posibilidades de que los jueces y tribunales promuevan la utilización de estos mecanismos por las partes en conflicto, nos encontramos con la discusión de la obligatoriedad o no de la asistencia a la sesión informativa. Se discute si ha de ser un requisito previo para la admisibilidad de la demanda (como requisito de procedibilidad). También se debate si una vez iniciado el proceso y el juez o tribunal deriva a la sesión informativa, esa indicación ha de ser de obligado cumplimiento, sin perjuicio de que después las partes decidan voluntariamente continuar o no con el proceso de mediación. Ya hay varios expertos de la teoría de la mediación que hablan de «voluntariedad mitigada». Asimismo, parece que se tiende a superar el concepto de «sesión informativa» (que induce a veces a confusión con la mera puesta en conocimiento de los conceptos de manera burocrática y administrativa) para pasar a hablar de «sesión de premediación» o derivación judicial a



mediación, sin más. Esto es importante, porque se trata de que esa sesión sea llevada a cabo por profesionales de la mediación y, preferiblemente, desarrollada por aquellos que después se van a encargar de seguir todo el proceso de mediación.

En algunas comunidades autónomas de nuestro país ya se han promulgado leyes en esa línea de la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa.

Así en la exposición de motivos de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado, de la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE de 17 de Agosto del 2009) y 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, se dice que:

«La voluntariedad del sistema para las partes no es un obstáculo para que la presente ley establezca el derecho de estas y la obligación consiguiente de asistir a una sesión informativa que acuerde el órgano jurisdiccional competente».

Igualmente, una modificación del Código de Consumo de Cataluña, que entró en vigor el 1 de abril de 2015, establece que «las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, han de acudir a la mediación». Se trata de promover la mediación en el ámbito bancario.

En efecto, el Código de Consumo de Cataluña prevé la mediación entre el deudor y el acreedor hipotecario antes de acudir al litigio judicial. Así, la nueva ley 20/2014 de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010 de 20 de julio del Código de Consumo de Cataluña, se dicta para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo.

Siguiendo las orientaciones marcadas por diversos proyectos comunitarios, como la Directiva 2014/17/UE, introduce los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de consumo en materia de crédito o préstamo hipotecario y establece (en su artículo 132.4.3) que:

«Las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, han de acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje. Una vez transcurrido el plazo de tres meses desde la notificación del acuerdo de inicio de la mediación sin haber alcanzado un acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial».



También nos encontramos con la Ley 7/2015, de 30 junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE de 24 de julio de 2015).

En el artículo 6 de esa Ley, dedicado a la mediación familiar, se dice lo siguiente:

«1. Los progenitores podrán en todo momento someter voluntariamente sus discrepancias a mediación familiar con vistas a lograr un acuerdo sobre el régimen de custodia, entre otros aspectos. El sometimiento a la mediación familiar será obligatorio con anterioridad a la presentación de acciones judiciales cuando así se hubiera pactado expresamente antes de la ruptura.

2. Una vez iniciado el proceso, el juez, a iniciativa propia o a petición de una de las partes, y a los efectos de facilitar un acuerdo entre estas, podrá derivarlas con carácter obligatorio a una sesión informativa de mediación intrajudicial a fin de que sean informadas sobre dichas medidas, su funcionamiento y beneficios. En dicha sesión las partes podrán comunicar al mediador o mediadora su decisión de continuar o no el proceso de mediación.

3. Iniciado el procedimiento judicial, en cualquier momento los progenitores, de mutuo acuerdo, podrán solicitar al juez su suspensión para someterse a mediación familiar, acordándose el tiempo necesario para ello. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación.

4. La eficacia de los acuerdos alcanzados en mediación quedará sujeta a su aprobación judicial, en los términos del artículo 5.8 de la presente Ley».

En el Instrumento de Ratificación de 11 de noviembre de 2014 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (BOE Sábado 21 de febrero de 2015) y en su artículo 13, dedicado a la «Mediación y otros sistemas de resolución de controversias», se dice lo siguiente:

«Con el fin de prevenir o de resolver las controversias y de evitar los procedimientos que afecten a los niños ante una autoridad judicial, las Partes fomentarán la práctica de la mediación o de cualquier otro sistema de resolución de controversias y su utilización para llegar a un acuerdo en los casos oportunos que las Partes determinen».

En la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el artículo 9, sobre el derecho del menor a ser oído y escuchado, se establece lo siguiente:

«1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida



en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación».

Como hemos podido observar, la importancia de la mediación en los procedimientos judiciales y la necesidad de que las partes en conflicto acudan, por lo menos, a una sesión de información, se va abriendo paso.

No obstante, al hilo de la regulación nacional contenida en la Ley de Mediación Civil y Mercantil y las modificaciones que se produjeron en la Ley de Enjuiciamiento Civil, los jueces y tribunales encontramos algunas dificultades para enmarcar esa obligatoriedad de acudir a la sesión informativa cuando lo indique la autoridad judicial.

En el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la regulación de la audiencia previa del juicio ordinario, lo que se dice es lo siguiente:

*«En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, **en cuyo caso estas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.***

La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de este y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho, o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba.

En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, INSTÁNDOLAS a que asistan a una sesión informativa».



Vemos que no se indica expresamente obligatoriedad alguna de atender la orden de derivación del juez. Ahora bien, no se ha de olvidar que el hecho de que el juzgador «en atención al objeto del proceso» considere conveniente que los litigantes acudan a informarse de la mediación, en una sesión dirigida por mediadores, ha de considerarse como un «deber público» que ha de ser atendido, limitándose, por tanto, la voluntariedad en esta fase, la que será principio a respetar con posterioridad. Pero parece indudable que se ha de respetar la indicación judicial. En varios países países anglosajones los tribunales acuden al procedimiento de imponer multas o sanciones a quienes desobedezcan la orden del juez derivando a sesión informativa de mediación.

En nuestra legislación procesal se podría acudir a las multas por mala fe procesal, pero no parece que están previstas para estos supuestos. Por el contrario, sí que se puede defender la postura de que desobedecer la indicación judicial de acudir a una sesión informativa, pueda ser motivo para justificar una condena en costas y, además, con temeridad y mala fe.

En este sentido, vemos que el legislador procesal nos dice que cuando el tribunal indica a las partes el recurso a una mediación, estas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma. Es decir, parece deducirse que se ha de justificar la decisión de no acudir a la mediación y el porqué de esa negativa.

Pero es que, además, en el artículo 414 de la LEC, se distingue entre la «invitación» del tribunal a las partes para que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación y el hecho de «instarlas» a que asistan a una sesión informativa. Vemos que el «instar» ya es algo más que una mera invitación. En el diccionario de la Real Academia de la Lengua, las acepciones de «instar» son las siguientes: «Insistir en una petición» y «Urgir la pronta ejecución de una cosa».

Al hilo de lo expuesto, también nos encontramos con que el artículo 17 de la Ley de Mediación Civil y Mercantil, dispone:

«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 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».

Por tanto, el hecho de informar al tribunal sobre qué parte o qué partes no asistieron a la sesión informativa es posible, porque no hay deber de confidencialidad.



De todo lo anterior podemos concluir que el legislador prevé alguna consecuencia para el hecho de que no se atienda la indicación del tribunal de acudir a la sesión informativa. Máxime cuando la propia Ley de Mediación menciona hasta en tres ocasiones la «buena fe» de las partes.

Y ello, a mi juicio, por el momento no tiene otra solución que la condena en costas, eso sí debiéndose advertir previamente a las partes de esa consecuencia para el caso de su actitud negativa. Es la forma de que la decisión judicial no se convierta en un mero «brindis al sol» que no tenga efecto alguno. Lo que se pretende es que las partes (y, en su caso, acompañadas por sus abogados) acudan a entrevistarse con mediadores profesionales que les informen de manera detallada, con imparcialidad y neutralidad, de las ventajas que tiene seguir un proceso de mediación, aunque se termine sin acuerdo.

Ahora bien, en la Ley de Enjuiciamiento Civil solamente hay una referencia directa a la mediación y las costas, cuando en el artículo 395, se dice:

«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».

Por tanto, entendemos que para fundamentar esa condena en costas habrá que acudir, además del anterior, a los artículos 32, 243, 394 y 603.

En otro orden de cosas, se ha de tener en cuenta que, en los procesos propios del Derecho de familia, en todo aquello que no sea estrictamente patrimonial (liquidación de gananciales, etc.) la condena en costas no será muchas veces posible. No obstante, se puede hacer saber a las partes que el carácter voluntario de la mediación determina que la obligación de seguir un proceso de tal naturaleza no puede ser impuesto por el tribunal, por lo que el alcance de lo acordado al respecto se sitúa en el nivel de recomendación que ha señalado la doctrina (SAP Barcelona de 21.2.2008, sección 18ª), sin perjuicio de que la actitud de colaboración en beneficio del menor que ello implica, o la posición contumaz de negarse a participar en tal proceso de forma injustificada, pudiera ser tenida en consideración por el tribunal.

Otra cuestión que quiero destacar es la necesidad de que el legislador modifique la legislación procesal de manera que, cuando el juez



o tribunal deriva a sesión informativa, pueda acordar la suspensión del proceso, al menos por dos meses, y sin necesidad (como ahora sucede) de que los insten las dos partes. Fundamento esta opinión en el hecho de que he observado que mantener el litigio abierto en sus fases procesales, interfiere notablemente en el proceso de mediación. Así, los mediados suelen referirse en las sesiones al «juicio señalado», etc., tendiendo a mezclar lo procesal con lo puramente objeto de mediación. El hecho de que la mediación sea, por definición, una herramienta flexible y de corta duración, creo que favorece esa suspensión, sin que se pueda alegar un efecto dilatorio. Los beneficios de unas sesiones de mediación no condicionadas por factores procesales creo que son superiores a la suspensión de los trámites por un breve plazo.

Como **colofón** de todo lo expuesto, he de afirmar que, a mi juicio, la mediación no es una alternativa a lo judicial, sino que es una herramienta adecuada para la solución de los litigios y ya nadie duda de que forma parte de la tutela judicial efectiva, siendo esta un cometido del poder judicial, además de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, ya que los jueces hemos de velar por la protección de los ciudadanos en el acceso a una justicia rápida y eficaz. Una cosa es el acceso a la jurisdicción y otra el acceso a la justicia.

Durante los años en los que he tenido contacto, de una forma u otra, con las mediadoras y los mediadores, he comprendido la importancia de su trabajo y lo delicado de su actuación.

En los muchos años que llevo observando el trabajo de aquellos, he aprendido muchísimo de su actividad y cada día valoro más la importancia de su trabajo, que es esencial tanto para las personas que se acercan a su actividad, como para la sociedad en general.

En mi experiencia judicial hasta el momento, he podido comprobar cómo situaciones de gran complejidad jurídica y humana han tenido una rápida y eficaz solución cuando ha intervenido un equipo de mediación, dándose la circunstancia de que los asuntos que se han resuelto con su intervención dan lugar a acuerdos que prácticamente en todos los casos se cumplen sin reticencias por parte de los litigantes. Además, tras el acuerdo mejoran las relaciones interpersonales y desaparece la beligerancia, lo que propicia soluciones transaccionales en otros posibles problemas que puedan surgir en un futuro entre aquellos.

Cuando el tribunal deriva un asunto a sesión informativa de mediación, está adquiriendo una responsabilidad añadida a la que ya tiene en el control judicial del proceso. Por ello, los jueces y tribunales queremos tener la garantía de que los asuntos mediados lo serán por profesionales



muy bien formados, porque si no, los temas pueden retornar al juzgado en peores condiciones de las que existían cuando se inició el litigio.

He comprobado en muchas ocasiones cómo la magia del diálogo entre las personas hace que afloren soluciones, a veces inimaginables, que ponen fin a sus problemas, todo ello con la ayuda de mediadores y mediadoras profesionales, que son quienes facilitan esos procesos de comunicación efectiva y entendimiento, al aplicar metodológicamente unas técnicas y unos conocimientos contrastados.

Creo que cada vez más se hace patente la idea de que la mediación es adecuada para conseguir una justicia más eficaz, más rápida y más accesible para el ciudadano.

II. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA VILLALUENGA, L. y OTROS (2012): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*. Editorial Reus.
- PARKINSON, LISA (2005): *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Editorial Gedisa.
- PÉREZ MARTELL, ROSA (2008): *Mediación civil y mercantil en la administración de justicia*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- ORTUÑO MUÑOZ, JOSÉ PASCUAL y HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER (2007): *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*. Documento de trabajo 110/2007, Fundación Alternativas.
- QUINTANA GARCÍA, AMPARO (2015): «Más allá de la ley estatal de mediación: cuando no se observan sus directrices». *Revista La Ley*, 30-1-2015.
- QUINTANA GARCÍA, AMPARO (2017): «Las propiedades intangibles y sus conflictos», *Revista La Trama*, febrero 2017.
- REDORTA, JOSEP (2007): *Entender el conflicto*. Ed. Paidós Ibérica.
- SOLETO, HELENA y cols. (2011): *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Editorial Tecnos.



PROCESO CIVIL Y MEDIACIÓN¹

ÁNGEL BONET NAVARRO

Catedrático Emérito de Derecho Procesal. Universidad de Zaragoza

Resumen: *El texto presenta la mediación civil y mercantil como un instrumento idóneo para la solución de conflictos no de forma alternativa a la actividad jurisdiccional, sino como medio complementario que ha de integrarse en el sistema de tutela de los derechos privados de los sujetos jurídicos. Asimismo pone de relieve las relaciones entre la mediación y los procesos de declaración y de ejecución civiles.*

Sumario: I. Introducción. II. Situación de la mediación y la jurisdicción civil. III. Relaciones entre tutela judicial civil y mediación privada. IV. Inspiración de la legislación comunitaria. V. Semejanzas y diferencias. VI. Resolver o disolver. VII. Voluntariedad de la mediación. VIII. Influencia de la mediación en el proceso civil. IX. Complementariedad de la mediación y el proceso civil. X. Eficacia de la mediación en el proceso de declaración. XI. Eficacia de la mediación en el proceso de ejecución. XII. La eficacia de la propuesta judicial de la mediación. XIII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La conveniencia de proteger al ciudadano en la defensa de sus derechos e intereses legítimos, otorgándole instrumentos eficaces que le permitan acceder a un ámbito de justicia y seguridad para resolver sus controversias, ha encaminado al legislador reiteradamente hacia la implantación, mejora y fomento de las denominadas formas alternativas de la solución de conflictos. Un repaso histórico de las más recientes actuaciones legislativas manifiesta el interés estatal puesto en dotar al ciudadano de un arbitraje

¹ Texto revisado de la conferencia pronunciada el 23 de noviembre de 2017 en el «I Congreso Internacional de Mediación Intrajudicial. Mediación y tutela judicial efectiva: la Justicia del siglo XXI». Zaragoza, 22 a 24 de noviembre de 2017.



modernizado, una conciliación extraprocesal convincente en cuanto a los resultados y ejecutividad, unos funcionarios (Letrados de la Administración de justicia, notarios y registradores) operativos para intervenir en ella; mediadores y mediación que sean eficaces. Así como, en otro orden de cosas, una jurisdicción voluntaria adecuadamente ordenada para resolver los conflictos que podrían llevarse al proceso contencioso, pero que respecto de los cuales el legislador ha decidido la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso. Incorporando, por último, como recientemente se ha hecho, al ordenamiento jurídico español nuevas normas europeas para la resolución alternativa de litigios en materia de consumo por las llamadas entidades de resolución alternativa que proponen, imponen o facilitan una solución entre las partes.

Todos estos elementos componen un universo de experiencias jurídicas, planteamientos económicos, valoración de efectos sociales, indagación sobre las disposiciones psicológicas y destrezas técnicas que presentan una amplia escala axiológica de aceptación o repulsa con su correspondiente registro nominal de entusiastas y detractores. A menudo, se esconden, fácilmente en unas y otras defensas, frases cargadas de emotividad.

En ocasiones en una u otra sede de estos bandos, los eslóganes se hacen pasar por juicios. Y los juicios, a veces compendiosos, frecuentemente pendientes de revisión por su preciso control de la simple experiencia que acredite la bondad y credibilidad de las hipótesis, son tributarios de prejuicios, en el más genuino sentido de la palabra, indicando por tales el juicio previo tomado de muy diversas fuentes: de la experiencia extranjera; de la radical exclusión de lo que, de manera simplista, se considera de modo disyuntivo como obsoleto o novedoso; de la inseguridad de los resultados en el empleo práctico de la teoría de juegos aplicada a la negociación; de la candidez irrestricta de la fórmula mágica cuya eficacia está por demostrar: la del doble efecto ganar-ganar frente al ganar-perder que tiene como significativo corolario permanente y, por naturaleza, la del perder-perder; de la desconfianza generada por la falta de calculabilidad en el modo de funcionar el ordenamiento jurídico (la ley) y la justicia; o meramente del sentimiento íntimo de una utópica satisfacción ante una u otra forma de enfrentarse a los conflictos.

Son innumerables los temas incumbidos con las relaciones que existen entre el proceso civil y la mediación. Pero forzosamente he renunciado a tratar de manera detenida esas múltiples cuestiones que deben ser objeto

de estudio y cuidadosa profundización². Por razón de eficacia entiendo que es preciso puntualizar que, de todos los aspectos que pueden ponderarse sobre esas relaciones teóricas o prácticas, he de limitar esta exposición a algunas —unas pocas— de las cuestiones jurídicas que se plantean al examinar estas dos instituciones.

II. SITUACIÓN DE LA MEDIACIÓN Y LA JURISDICCIÓN

La mediación se ha presentado también como un sistema alternativo para la solución de conflictos. ¿Es adecuada esta perspectiva para afrontar su conocimiento? Y, aún más: ¿significa verdaderamente esta consideración nominal lo que es la finalidad propia de la mediación? Comencemos por el principio que introduce en nuestra reflexión algo que va más allá de una cuestión de nombres, porque revela una diversidad de conceptos. Se ha afirmado que lo alternativo de algo comporta que aquello a lo que califica (*solución alternativa*) es capaz de alternar con función igual o semejante al otro elemento o componente³. Pienso que, vistas en puridad las cosas, designada así la mediación podría dar una imagen equivocada del lugar que le corresponde en el ordenamiento jurídico español. Porque no es un instrumento que *alterne* con el proceso jurisdiccional en igualdad de funciones estrictamente, sino que lo sigue como referencia, lo tiene en contemplación en cuanto a su influencia; y precisa de él para desplegar toda su eficacia. Este triple enunciado obliga a tener que examinar la posición de cada uno de los dos elementos que se aúnan en el título de esta exposición y las relaciones más o menos intensas que existen entre ambos medios que tienen en común poner fin a las controversias.

² De manera extensa he tratado de estos temas y otros asuntos concernientes a la mediación civil y mercantil en «Mediación y proceso civil» y «La ejecución de lo acordado en mediación», en *Proceso civil y mediación* (Dir. ÁNGEL BONET NAVARRO) (Thomson Reuters. Aranzadi) Cizur Menor, 2013, pp. 77 ss y pp. 149 ss.

³ HERRERO PEREZAGUA, J.F., *Lo jurisdiccional en entredicho* (Thomson Reuters. Aranzadi), Cizur Menor, 2014, p. 16.



III. RELACIONES ENTRE TUTELA JUDICIAL Y MEDIACIÓN PRIVADA

La conjunción de los términos del sintagma «mediación y proceso» sugiere dos consideraciones igualmente interesantes, desde el punto de vista del estudio de la mediación. La primera concierne, de manera originaria, a la estrecha relación que establece y quiere resaltar el legislador entre la mediación y el proceso civil. La segunda, de manera derivada, se refiere a la necesidad del proceso civil que eventualmente sigue a la mediación para dar efectividad real al convenio alcanzado en ella. Una y otra han sido tenidas en cuenta por el legislador, no solo al redactar la ley de mediación civil y mercantil para darle su configuración, sino al apreciar la necesidad de introducir una reforma en la LEC que hace visible estas estrechas y forzosas relaciones.

Conviene detenerse, en este punto, para abordar la primera consideración. El proceso, la mediación y su respectivo resultado actúan sobre una misma realidad, pero de distinta manera. La mediación nace o se insinúa en el ámbito de un conflicto específico como un medio de excluir el proceso jurisdiccional respecto de ese conflicto, porque, de otra manera, ese seguiría siendo —bien iniciándose o bien continuándose— el cauce ordinario para dirimir la controversia.

La estrecha relación de la mediación con el proceso es consecuencia natural de esta disyuntiva finalidad eventualmente inserta en toda actuación de las partes para eliminar el conflicto de intereses: componerlo por el juez, haciéndolo desaparecer en el pleito incoado; o prevenirlo bien antes que ir al juez, evitando que se mantenga hasta el extremo de provocar el pleito todavía no iniciado, bien poniendo término al que ya comenzó.

Pero hemos de avanzar un poco más. Es preciso penetrar más intensamente en el sentido propio de esta relación. Y para eso, presentemos la mediación. El antecedente de la mediación, en su propia naturaleza afirmada de ser una especie alternativa para el proceso es, en primer lugar, la existencia de una controversia entre dos sujetos: la «situación de tensión, colisión, discrepancia». En segundo lugar, la imposibilidad, si no se trata de incapacidad subjetiva de los interesados, por diversas razones, para alcanzar un acuerdo por sí mismos mediante una transacción extrajudicial o judicial (artículo 1809 CC). Es, en tercer lugar, antecedente de la mediación, la incertidumbre resultante de la duda sobre la relación jurídica material que es objeto de la controversia. También es, en cuarto lugar, antecedente de la mediación el ánimo de eliminar el riesgo o la molestia de un proceso judicial. No es —no puede ser— un antecedente de la mediación

(como a veces se la presenta), el deseo de los ciudadanos —deslumbrados por una especie de solidaridad social inexistente— de reducir la carga de trabajo de los tribunales para mejorar su situación ante los conflictos; esto es, en su caso (no siempre y necesariamente), una consecuencia. Que no se dará en la medida en que la mediación no se convierta en un modo de actuación general y mayoritariamente aceptado por los ciudadanos.

Por contraste, se representa eventualmente el proceso civil como medio tradicional y adecuado en el que una sola de las partes toma la determinación de forzar al contrario a cumplir, lo que este niega o resiste, mediante una resolución jurisdiccional sobre el objeto que se halla sometido a controversia. Porque no es posible conseguir la avenencia a reconocerle su pretendido derecho.

Aparecen yuxtapuestas dos instituciones con una idéntica finalidad utilitaria, pero no sustancial: terminar el conflicto. Terminar el conflicto de una manera que no es alternativa entre ellas. Porque mediación y proceso subsisten siendo distintos y ahondan su naturaleza en su propia especificación y radical diferencia.

IV. INSPIRACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA

El legislador comunitario insiste en dar relieve a la mediación atribuyéndole una entidad, como instrumento para la solución del conflicto, equiparable a la del proceso. Ahora bien, es consciente de que ambas herramientas no son idénticas; parte de la actual preponderancia del proceso jurisdiccional. Y por eso, al delinear la finalidad y ámbito de aplicación de la mediación, determina como objetivo prioritario promover el uso de ella «asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial» (artículo 1.1 de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, del Parlamento europeo). No es el proceso el que tiene que llevarse a altura de la mediación para beneficiarse de su utilidad por los provechos que esta le reporta, sino que es la mediación la que tiene que articularse con la fortaleza debida que la haga equiparable parcialmente al proceso en cuanto a los resultados que pueden alcanzarse en este: terminar la existencia de la controversia componiendo el todo y doblegar las voluntades de las partes opuestas a pasar por lo dispuesto.



V. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

No es imaginable separar la mediación del proceso, ni romper el equilibrio entre ambas instituciones en el sentido que se dirá más adelante; y ello no porque lo requiera la integridad de cada una de ellas, sino porque, respecto de la mediación, es preciso señalar su carácter, subrayando su finalidad de ofrecer un sistema eficaz para la solución de las controversias como lo consigue el proceso. Este equilibrio estriba, en primer lugar, en la originaria diversidad de las dos vías idóneas vigorosamente definidas por CARNELUTTI, mediante dos imágenes funcionales: *guarigione* y *prevenzione*. El proceso es instrumento de curación y el convenio (la mediación) lo es de prevención: dos caminos para llegar a una misma solución: la composición de la litis, entendida en el sentido carneluttiano⁴. Pero además, en segundo lugar, el equilibrio entre las dos instituciones descansa en el principio de que, alcanzado el acuerdo en la mediación, sea respetado por el juez del proceso existente o del futuro; y en tercer lugar en que, reuniendo los requisitos establecidos por la ley, el acuerdo obtenido en la mediación sea ejecutivo.

De forma natural la conjunción antes anunciada entre mediación y proceso nace de su divergencia. La mediación, en cuanto a su predicada calidad de alternativa para la resolución de conflictos, no es lo mismo que el proceso, ni tampoco el juez del proceso decide del mismo modo que lo hacen las partes, guiadas por el mediador. Por la mediación se persigue la composición del conflicto, mediante el acuerdo que deben conseguir las partes, porque a ambas les conviene y no porque quieran determinar lo que sea justo haciendo de jueces por sí mismas. En la mediación son las partes quienes disponen aquello con lo que se conforman para excluir o prevenir el pleito, aunque no exista equivalencia u otro género de igualdad entre las concesiones que recíprocamente se hagan y acepten mutuamente cada una de ellas. En el acuerdo que sigue a la mediación no se ha de mirar si la solución es justa o no lo es; simplemente es la solución querida y asumida por las partes que han constituido un nuevo cosmos patrimonial económico y jurídico de sus intereses. Por el contrario, en el proceso el juez —sometido al imperio de la ley— decide la controversia en la sentencia según lo que estima justo, aplicando el derecho al fondo del asunto (entendido en sentido laxo: sobre las pretensiones de las partes).

⁴ Cfr. CARNELUTTI, F., «Note sull' accertamento negoziale», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1940, p. 4.

VI. RESOLVER O DISOLVER

Estableciendo un significado diverso para las acciones «disolver y resolver» podríamos decir que la mediación, por medio del acuerdo obtenido, tiene por finalidad *disolver* la controversia conforme las partes quieren (principio dispositivo), produciéndose dos efectos: a) positivamente, provocar la transformación de un *alea* en un *certum*; b) negativamente, clausurar el acceso a la situación anterior superada por el acuerdo. Sin embargo, el proceso tiene por finalidad *resolver* la controversia de las partes según la decisión derivada de la *autoridad* del juez, no según los deseos de las partes, sino conforme dispone el derecho: lo que es justo; ajustado a la ley. Esta relación queda reflejada de manera significativa en la LMed (artículos 1, 16, 25 y 27) y en la reforma introducida en determinados preceptos de la LEC (artículos 19, 39, 414, 415 y 443, entre otros).

La tutela jurídica de los derechos de los ciudadanos que se obtiene mediante el proceso, resulta de la actuación del juez, que está sometido a la ley que debe aplicar siempre. Para la incoación del proceso no es inexcusable la voluntad de las dos partes; basta la voluntad de una de ellas: (el demandante [artículos 399 y 404; 437 y 440 LEC]). De la misma manera, el proceso puede desarrollarse contando con la voluntad de una sola de las partes; la que decide demandar (artículos 496 y 179.1 LEC), o la demandada que se ve sola en la audiencia previa por incomparecencia del demandante y alega su interés legítimo en que continúe el procedimiento para que se dicte una sentencia sobre el fondo (artículo 414.3.II).

La mediación no es un instrumento de tutela en el que deba imperar la ley para poner fin a la controversia. Es un mecanismo de conveniencia en el que rige la voluntad de las partes guiada por el mediador en los términos establecidos en el artículo 13 LMed. No han de resultar desconcertantes estas palabras porque las hemos escrito apoyándonos en el texto preambular de la ley de mediación al afirmar que *el segundo eje de la mediación 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* (apto. III. p. 1). A la mediación se llega por la aceptación de una de las partes de la invitación ofrecida por la otra, o por la aceptación de ambas partes por sí (artículo 770.7ª LEC), o en respuesta a una sugerencia del Letrado de la Administración de Justicia (artículo 414.1.II LEC) o del tribunal (artículo 414.1.IV LEC) para que acudan al procedimiento de mediación. A eso también se refiere la significativa máxima: *desjudicialización* de determinados asuntos que menciona el preámbulo de la LMed.



VII. VOLUNTARIEDAD DE LA MEDIACIÓN

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002 contiene elementos esclarecedores para entender esta afirmación. La mediación, en sí, se ventila al margen del proceso, porque las dos partes quieren acudir a ella. Y solo de ellas depende su utilización.

Por tanto, aun cuando exista una disposición contractual con arreglo a la cual las partes deban iniciar un procedimiento de mediación (artículo 16.1.a) LMed), o incluso cuando este se inicie como consecuencia de una propuesta o sugerencia de un tribunal judicial o arbitral (artículos 414.1 y 443.3 LEC; artículo 36.1 LA), el procedimiento de mediación no comenzará hasta que las partes hayan convenido en entablarlo (artículo 16.3 LMed). Pero además es preciso que las dos partes quieran sostenerlo. Pese a que el procedimiento pueda comenzar a instancia de una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre ellas (artículo 16.1.b y 2 LMed), si la otra parte, recibida la citación para la celebración de la sesión informativa, no asiste a dicha sesión, la mediación no sigue adelante porque se entiende que desisten de ella (artículo 17.1). Por último, concertado el acuerdo obtenido en la mediación, para conseguir su fuerza ejecutiva, es precisa la concurrencia de ambas partes en la elevación a escritura pública del acuerdo privado (artículos 23.3 y 25.1 LMed).

Por ello, la libre disposición de las partes sobre los derechos que les pertenecen permite ordenar la mediación como un sistema de exclusión y de inclusión respecto del proceso civil en los asuntos cuyo objeto es disponible. Este enunciado obliga a hacer nuevas reflexiones sobre cuanto llevamos dicho.

VIII. INFLUENCIA DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

Es la genuina voluntad de los sujetos de excluir el proceso, la que aspira a hallar resortes de defensa de esta disposición. El pacto escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir entre las partes (artículo 6.2 LMed) despliega una influencia sobre el proceso declarativo posterior que una de dichas partes quiera incoar para formular la pretensión de tutela judicial de su derecho. La posibilidad de concertar tal tipo de pactos redonda primordialmente

en beneficio de afirmar la garantía de la utilidad de la mediación. Por eso siempre que se trata de vigorizar los *sistemas conciliatorios*, en el sentido preconizado por la Ley Modelo, se considera necesario proteger la voluntad manifestada de someter la controversia a tales sistemas, mediante medidas que producen el refuerzo del instrumento conciliatorio y el debilitamiento del proceso. Estos son los valores nativos del sistema conciliatorio.

La primera medida está constituida por la determinación de un óbice para el inicio o para la prosecución del proceso judicial que se trata de excluir. Esta intención tiene su reflejo en dos expresiones legales. Por una parte el artículo 10.2.III LMed establece que «el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de esta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle esta». Por otra parte, la clausura del acceso del ejercicio de acciones a la jurisdicción estatal o al arbitraje viene determinada firmemente por la norma del apartado 2.II del mismo artículo, salvo en lo que se refiere a la solicitud de medidas cautelares u otras medidas urgentes.

Además, el legislador en el artículo 6.3 añade un refuerzo legal, declarando expresamente la autonomía de la cláusula de sometimiento a la mediación incorporada al contrato principal, al modo como lo establecía el artículo 8 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, al referirse al convenio arbitral como *convenio accesorio*.

Para evitar que se suscite la cuestión sobre el acceso previo a la mediación en el artículo 6.2 LMed se establece que, tanto en el caso en que exista un pacto por escrito en un documento independiente de aquel en el que se plasma la expresión del negocio jurídico sobre el que haya surgido la controversia, como cuando tal pacto conste en el propio contrato (documento) que sustenta el negocio jurídico en discusión, la *cláusula* surtirá efectos de sometimiento, aunque el conflicto verse sobre la validez o existencia del contrato.

La LEC, como garantía del cumplimiento de estos mandatos legislativos, ofrece la eficacia de la declinatoria. El demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio ya promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se haya interpuesto la demanda, por *corresponder* el *conocimiento* de esta a los mediadores (artículo 63.1.I). Podría decirse que, por analogía, se aplica a la mediación el mismo criterio normativo que el adecuado al arbitraje. La legislación procesal, en orden a la salvaguarda de la mediación, recibe la correspondiente reforma.

En el caso del sometimiento a la mediación, el artículo 65.2.II LEC dispone, igualmente que respecto del caso del arbitraje, que al ser esti-



mada la declinatoria, el tribunal se abstendrá de conocer del asunto sobreseyéndolo.

Ahora bien, el mismo carácter voluntario de la mediación obliga a hacer una matización conceptual. Porque esa abstención del tribunal para conocer del asunto, no ocurre de forma absoluta ni permanente. En principio el demandado que propuso con éxito la declinatoria habrá conseguido su finalidad: evitar el pleito civil. Pero si seguidamente dicho demandado se empeña en solicitar —y es suficiente su petición unilateral (artículo 16.1.b. LMed)— el inicio del procedimiento de mediación, para hacer concurrir a él al demandante que vio frustrado el ejercicio judicial de su pretensión, dicho demandante podrá desligarse de la fuerza vinculante del pacto de sometimiento a mediación con solo dejar de asistir a la sesión informativa; esta circunstancia —suficiente con que la genere una de las partes— es causa de considerar que ambas partes «desisten de la mediación solicitada» (artículo 17.1.II LMed). Asimismo, si, iniciado un procedimiento de mediación, las partes concurren a la sesión constitutiva y al final de esta, una de ellas no firma el acta levantada sobre el contenido propio de esta sesión, se declarará que «la mediación se ha intentado sin efecto» (artículo 19.2 LMed).

Por otro lado, también podrá desligarse de tal procedimiento el primitivo demandante, ahora introducido en el procedimiento de mediación por el llamamiento del mediador, al «ejercer su derecho a dar por terminadas las actuaciones» tan pronto como le interese (artículo 22.1 LMed). Ni óbice ni garantía de la eficacia del óbice son suficientes para excluir definitivamente el proceso.

El efecto de la declinatoria, determinante en el pleito concreto, es relativo y temporal respecto de la controversia existente todavía entre las partes. La potestad del efecto vinculante del pacto de sumisión ha quedado diluida.

Porque, conforme dispone el artículo 6.3 LMed: «Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo». Y esto es lógico porque la mediación es —no lo olvidemos— voluntaria (artículo 6.1 LMed) de las dos partes y no constituye un presupuesto de admisibilidad de la demanda y de su tramitación posterior, ni es un elemento de exclusión permanente y definitiva del conocimiento del asunto por los tribunales estatales o arbitrales.

El enlace, establecido legalmente entre mediación y proceso civil, conduce a advertir que la introducción de este instrumento alternativo de solución de conflictos, sin negar un ápice de su virtualidad y eficacia, como medio para zanjar la controversia existente entre las partes, cuando

ellas quieren cumplir lo pactado, muestra un vínculo necesario con el proceso jurisdiccional para lograr la plena efectividad de lo pactado en aquellos casos que alguna de las partes decida volver atrás respecto de sus compromisos. Por esta razón la introducción de la mediación exige una adecuación de las normas reguladoras del proceso civil para que se pueda acoger en él el adecuado mecanismo que dote de efectividad a lo pactado.

El preámbulo de la LMed afirma esta relación ya desde el primer párrafo cuando, al referirse a la mediación, «la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral» A esclarecer esta afirmación no solo conduce la aserción de que «la mediación, como fórmula de auto-composición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible». Es relevante además, en este aspecto, la apreciación del papel que la ley atribuye al mediador y a las partes que sujetan su controversia a la mediación para dar eficacia a lo acordado dentro del denominado procedimiento de mediación. Sólo con la adición de esta eficacia puede presentarse el instituto como medio idóneo alternativo de la justicia civil para resolver las controversias con igual seguridad y alcance que lo haga el proceso civil. Pero, es bien cierto que en este caso resalta no tanto el carácter alternativo de la mediación cuanto su función de complemento de la justicia civil.

IX. COMPLEMENTARIEDAD DE LA MEDIACIÓN Y EL PROCESO CIVIL

Por supuesto, la mediación, que tiende a conseguir el efecto liquidador del conflicto existente, no alcanza, por sí, más que el carácter vinculante del acuerdo logrado (artículo 23.3.II LMed). Un carácter que lo tiene, de forma general, cualquier otro contrato (artículo 1091 CC) y más específicamente la transacción extrajudicial (artículo 1816 CC). También esta última tiene ese efecto de poner término —con fuerza vinculante— al conflicto ya nacido, bien evitando su traslado a un pleito para exponerlo y debatirlo ante el juez, o bien extrayéndolo del pleito en que se haya materializado como objeto del debate judicial ya iniciado. Y esto es así incluso en la transacción judicial, aunque después no se haya comunicado por ambos contratantes al órgano jurisdiccional la voluntad de las partes que transigen, sino trasladándole su decisión, a través de la petición de terminar el proceso por medio de cualquiera de los modos unilaterales o bilaterales de acabarlo: desistimiento unilateral o bilateral del proceso,



renuncia a la acción, allanamiento a la pretensión, satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto (artículos 20, 21 y 22 LEC).

El carácter primario de la norma del artículo 23 LMed ordena un canon de conducta para las partes en el acuerdo obtenido tras la mediación: las partes están vinculadas. ¿Qué queremos decir al afirmar ese carácter primario de la norma? Una norma primaria es la que ordena directamente reglas de comportamiento para determinar lo que es obligatorio, lo que está prohibido o lo que se debe hacer o no hacer conforme al equilibrio de intereses diseñado por el legislador al fijar el alcance y límite de los derechos. Pero esto no es suficiente por sí para imponer de forma acabada (cumplida) la eficacia de la consecuencia jurídica querida por el legislador. Por eso, cuando la norma primaria es incumplida, para evitar su ineficacia, el ordenamiento jurídico proporciona las normas secundarias que hacen eficaz la aplicación de la norma incumplida.

Para hacer cumplir suficientemente tal norma del artículo 23, cuando una de las partes no quiere acatarla, es preciso el proceso jurisdiccional que la aplicará doblegando la resistencia del que no quiere observarla. (Llamo la atención sobre la diferencia existente entre cumplir y aplicar). En efecto, la eficacia de lo pactado depende de que ambas partes quieran cumplir: aceptar y respetar la vinculación. Si una de ellas no quiere cumplir lo acordado no queda más remedio que discernir el contenido y fuerza de ese acuerdo en un pleito civil, bien sea, según las circunstancias, de declaración o de ejecución. Por ello se dice, respecto de las normas primarias, que no son autónomas, sino que para lograr la eficacia de la consecuencia jurídica impuesta en ellas es precisa una norma secundaria que, como se ha señalado, «adjudican la potestad de aplicar el derecho y definen el procedimiento a seguir». A este propósito está ordenada la modificación de la LEC efectuada por la disposición final tercera de la LMed. Ahora corresponde examinar con detalle cada uno de estos aspectos.

X. EFICACIA DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO DE DECLARACIÓN

En este sentido, la mediación está relacionada con el proceso jurisdiccional, porque la eficacia de lo pactado entre las partes al término del procedimiento de la mediación no tiene más fuerza que la manifestada con la expresiva metáfora del artículo 1091 CC («las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley...»), el cual se inscribe en el mismo ámbito de exigencia que los preceptos contenidos en los artículos 1256 y

1278 CC, y no en otro espacio de eficacia exorbitante; o, si se quiere buscar otra relación próxima la podemos encontrar en la apariencia de la engañosa afirmación del artículo 1816 CC («La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada»). Metáfora y apariencia: lo acordado no se convierte en una ley, ni lo transigido, según la terminología tradicional, pasa en autoridad de cosa juzgada (artículo 207.3 LEC).

Hablemos en puridad de los conceptos. El acuerdo logrado en la mediación tiene un significado muy específico al atribuírsele la fuerza de «medio de solución de controversias» (artículo 1 LMed). Las partes llegan al acuerdo haciendo concordar sus voluntades porque así lo disponen sometién dose a lo pactado; no porque haya un juicio de un tercero que resuelva la controversia imponiendo la solución. Lo que las partes deciden es superar la controversia porque ellas quieren y de la manera que convienen. Y a esto se ha referido la jurisprudencia, en relación con la transacción, al determinar el sentido de la «cosa juzgada» que se atribuye a los pactos transaccionales en el artículo 1816 CC. Por ello, lo que ofrece el acuerdo obtenido en la mediación es un sistema de regulación de las relaciones futuras entre las partes, las cuales han dejado atrás —sin posibilidad de volver sobre ellos— pactos, cláusulas, vicios, o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas, cuya duda o incertidumbre, eventualmente generadoras de conflicto o controversia, dieron lugar al acuerdo transaccional.

Logrado el acuerdo, es cierto que se habrá resuelto (o mejor dicho: disuelto) la controversia de intereses contrapuestos sin poder hacerla resurgir. Las partes tienen que pasar por lo acordado (artículo 23.3.II LMed), salvo que alguna de ellas impugne lo convenido pidiendo judicialmente la nulidad del convenio (artículo 23.4 LMed), lo cual, de tener éxito, supondrá dejar sin efecto el negocio jurídico transaccional y por ello la composición del conflicto que mediante este se superó; en este caso, se «rehabilita» de algún modo el conjunto de circunstancias jurídicas existentes antes de lograrse el acuerdo.

Ahora bien, si alguna parte no quiere cumplir voluntariamente el convenio alcanzado en la mediación, este se convertirá en el fundamento o causa de pedir de la pretensión ejercitada en la demanda encaminada a exigir su cumplimiento mediante una sentencia judicial. De la misma manera, el convenio se convertirá en fundamento de la excepción del demandado, si el demandante formula en una demanda la pretensión de un cumplimiento de algo más que lo acordado en el convenio, o encamina su pretensión a exigir la imposición de la situación jurídica anterior al convenio ya superada por este.



El convenio conseguido en la mediación, tal como nace de las voluntades de los contratantes, si, posteriormente a su firma, es negado o resistido por alguna de las partes, solo puede desplegar su plena eficacia mediante el proceso jurisdiccional de declaración dentro del cual podrá obtenerse la sentencia que, si es condenatoria, tendrá fuerza ejecutiva para exigir todo lo pactado que contenga algún tipo de prestación entre las partes.

Un segundo enlace de la mediación con el proceso se comprueba cuando uno de los contratantes o los dos juntos o separadamente solicitan del notario que, mediante acta de protocolización, haga constar la declaración de voluntad del requirente para la protocolización del documento privado del acuerdo obtenido en la mediación, bien para evitar su extravío o para dar autenticidad a la fecha del contrato resultante. La protocolización puede ser instada por uno solo de los contratantes sin tener que contar con el consentimiento o la concurrencia de la declaración de voluntad del otro. Esta protocolización del documento privado se lleva a cabo sin ninguno de los efectos de la escritura pública y solo al objeto de lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil (artículos 211 y 215 RN). El acta notarial de protocolización autorizada por el notario, que es un documento público, tanto en original como en su copia (artículo 144 RN), al igual que ocurre con las actas de presencia, acredita la realidad y verdad del hecho que motiva su autorización (artículo 199 RN). Es una fuente de prueba. Con este valor y alcance probatorio podrá ser utilizada la copia del acta de protocolización en el proceso de declaración (artículos 317.2º y 319.1 LEC). Sin embargo el documento privado protocolizado por el acta no adquiere el carácter de documento público. Ni tiene otro valor que el que corresponde a los documentos privados.

Un tercer modo de relación con el proceso civil nace cuando las partes de la mediación piden al notario la elevación a escritura pública del acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación, pero sin la voluntad de constituir un título ejecutivo. De hecho, en algún caso, el mismo contenido del acuerdo podría no comportar la necesidad de actividad alguna por una de las partes orientada a obtener una satisfacción de la otra por medio de una prestación impuesta coactivamente mediante el proceso de ejecución, por no ser necesario este. Piénsese en el mero reconocimiento de un derecho de dominio sobre el que pudiera existir una controversia previa, zanjada ahora por el acuerdo de mediación.

Si tal reconocimiento expresado en el documento privado que contiene el acuerdo versara sobre la titularidad de un derecho real inscribible, la única manera de que ese acuerdo accediera al registro de la propiedad para inscribir la declaración sobre el dominio, sería inexcusablemente

proceder a la elevación a escritura pública del acuerdo privado, ya que la LH impone, para que un documento sea inscribible, el cumplimiento de la doble exigencia: formal de la titulación auténtica, (artículo 3 LH); y material de la clase de actos y contratos idóneos para acceder al registro (artículos 2 LH y 4 a 33 RH).

La inscripción del acuerdo ya elevado a escritura pública no requiere actividad ejecutiva alguna. Es suficiente para desplegar toda la eficacia jurídica del acuerdo obtenido en la mediación que se haya otorgado la elevación a escritura pública del documento privado y que se presente por quien se encuentre en alguno de los casos establecidos en el artículo 6 LH y 39 RH, en cualquiera de las formas señaladas en el artículo 418 RH. En este caso, la escritura pública a que se ha elevado el documento privado que contiene el acuerdo obtenido en la mediación, además de contener una declaración de voluntad productora de efectos negociales, en su aspecto material, tendrá también los efectos legitimadores dentro y fuera del proceso de declaración y con la fuerza probatoria atribuida por el artículo 319.1 LEC a los documentos públicos; es decir la manifestación de la voluntad de las partes sobre la controversia disuelta y la fuente de prueba sobre la autenticidad de la declaración de voluntad transaccional.

XI. EFICACIA DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN

Desde una nueva perspectiva podemos examinar el resultado de lo conseguido en el procedimiento de mediación. El convenio logrado en la mediación tiene ahora un valor añadido sobre lo anterior en relación con el proceso, cuando las partes deciden instar la elevación del documento privado en que consta el acuerdo a escritura pública para configurarlo como un título ejecutivo (artículo 23.3.II LMed), o incluso cuando el acuerdo de mediación se haya logrado después de iniciar un proceso judicial que se halla en curso y las partes quieran darle la fuerza ejecutiva pidiendo la homologación judicial que permita obtener la plena exigencia de aquel en un proceso de ejecución (artículo 25.4 LMed).

Por una parte, el documento privado queda convertido en escritura pública y además de desplegar su eficacia sustantiva en el orden legitimador del derecho que contiene, sustenta, en el orden procesal, su carácter probatorio en los términos que ya hemos expuesto antes (artículo 319.1 LEC) e igualmente adquiere la fuerza ejecutiva que le atribuye el artículo 517.2.2º LEC. La mediación se relaciona, en sí, con el proceso de



declaración respecto de la escritura pública autorizada notarialmente, pero también se relaciona con el proceso de ejecución al que da acceso para hacer efectivo el derecho en cuanto dicha escritura es un título que tiene aparejada ejecución y que sirve para fundamentar la acción ejecutiva.

Además, en este aspecto conviene añadir que la elevación del acuerdo privado a escritura pública, lucra para las partes otorgantes una doble vía de ejecución: a) la que corresponde a la iniciada por virtud de una escritura pública, título ejecutivo (*ex artículo 517.2.4º LEC*); b) la que concierne a la incoada al amparo del título ejecutivo cuando reúna los requisitos establecidos en la ley y supere el juicio de legalidad encomendado al notario (*artículo 25 LMed y 517.2.2º LEC*).

En el primer caso, la escritura será ejecutiva siempre que, reuniendo los caracteres exigidos formalmente por la legislación notarial, contenga una obligación en dinero (nacional o en moneda convertible) o en cosa o especie computable en dinero que reúna las condiciones establecidas en el artículo 520 LEC. Las causas de oposición a la ejecución, que, en cuanto al fondo, pueda aducir el ejecutado frente a la demanda ejecutiva serán las establecidas en los artículos 557 y 558 LEC.

En el segundo caso, la escritura pública de elevación del acuerdo privado, que haya superado el juicio notarial de legalidad, podrá contener cualquier género de prestación (entrega de dinero, u otra cosa distinta, hacer o no hacer; prestar una declaración de voluntad), incluso aquellas prestaciones dinerarias que no reunieran las características fijadas por el artículo 520 LEC. Las causas de oposición a la ejecución, en este supuesto, ante la pretensión ejecutiva, serán solo las determinadas en el artículo 556 LEC.

Detenemos en esta doble consideración no corresponde a un juicio superficial, ni es decir algo de naturaleza trivial, sino que puede resultar útil para aquellos casos en que, al no reunir el acuerdo obtenido en la mediación los requisitos establecidos en la LMed, no pueda constituirse el título del artículo 517.2.2º LEC y, por ello, no pueda despacharse la ejecución amparándola en tal acuerdo de mediación; *v.gr.*: deficiencias sobre los requisitos procedimentales de la mediación advertidas por el notario autorizante (*artículo 25.2 LMed*). Además, siempre estará eventualmente abierto el otro cauce para aquellos casos en que se declare la nulidad radical del despacho de ejecución por no cumplir el acuerdo de mediación, presentado con la demanda ejecutiva, los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución (*artículo 559.1.3º LEC*); *v.gr.*: falta de acompañamiento de la copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento (*artículo 550.1.1º, III LEC*).

XII. LA EFICACIA DE LA PROPUESTA JUDICIAL DE LA MEDIACIÓN

Hasta ahora hemos tenido en el horizonte de nuestro razonamiento el acuerdo de mediación alcanzado para evitar el proceso con la finalidad de determinar su valor como instrumento tuitivo de derechos en un eventual juicio posterior. Pero también hay que examinar los efectos del acuerdo de mediación cuando el proceso ya se ha incoado por haberse introducido en él la controversia y el juez haya propuesto a las partes acudir a la mediación.

En este caso, el acuerdo logrado en la mediación que soluciona la controversia jurídica planteada en un pleito, al ser aportado al proceso en curso e incorporado a él, y ser aprobado por el auto que dicte el tribunal, adquirirá el valor de un acuerdo (o transacción) logrado en el proceso (artículo 19.1 y 2 LEC) que, homologado por el tribunal, tiene el valor de un título ejecutivo de la clase de los regulados en el artículo 517.1.3º LEC. En este caso, el título ejecutivo no es el acuerdo privado, sino el auto judicial que lo aprueba. La mediación subraya nuevamente su relación con el proceso civil. Aquí el acuerdo de la mediación queda vinculado a un acto procesal de naturaleza constitutiva: el juicio de comprobación inserto en el acto homologador del tribunal judicial (artículo 19.2 LEC). En términos generales, la homologación es el acto de comprobación preventiva de «la legalidad o de la justicia del acto». Si el acuerdo supera el juicio sobre la concurrencia en él de las circunstancias legales requeridas (artículo 415.1.IV LEC), se incorpora a la eficacia de la decisión homologadora: pone término al proceso civil iniciado (artículo 428.2 LEC) y tiene fuerza ejecutiva (artículo 517.2.3º LEC).

La homologación judicial del acuerdo es la *condictio iuris* de la eficacia de lo aprobado por las partes en la mediación. Fuera de esta actuación, el acto no tiene el doble valor antes señalado. En efecto, en este caso la mediación ha desplegado una función no solo alternativa a la jurisdicción civil, poniendo término al proceso de declaración, sino una función complementaria del proceso civil de declaración para abreviar el camino, trazado desde la demanda hasta la sentencia definitiva firme de condena, para conseguir un título ejecutivo (*ex artículo 415.2 LEC y 1816 CC*).



XIII. CONCLUSIÓN

Querría proponer a modo de colofón de esta exposición un pensamiento erigido sobre una reciente normativa para un caso concreto que estimo aplicable también al nuestro. En el preámbulo de la reciente Ley 7/2017, de 2 de noviembre relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo distingue el legislador dos etapas en los ordenamientos nacionales y en Derecho comunitario; en la primera se reconocen principios y derechos a favor de los consumidores, mientras que en la segunda etapa los Estados advierten que no es suficiente el reconocimiento de un repertorio de derechos, por lo que resulta imprescindible el establecimiento de cauces adecuados para que los ciudadanos puedan hacer valer los derechos reconocidos en la etapa anterior.

La consideración es también aplicable fuera del ámbito del Derecho de los consumidores. De una manera permanente, en esta tarea de la tutela de los derechos, estamos en el trance de recorrer la segunda etapa. Porque no podemos pensar en términos absolutos que la solución satisfactoria de la tutela de los derechos del ciudadano que, con candorosa ingenuidad, todo lo espera del Estado del bienestar, se halle exclusiva y absolutamente en este o en aquel instrumento tuitivo.

Alguien con irresoluto idealismo, rayano en la rudeza de criterio, pudo pensar que uno u otro instrumento de la llamada resolución alternativa de los conflictos era el sorprendente y extraordinario Bálsamo de Fierabrás para solucionar el problema aparentemente insalvable de la lentitud de la Justicia estatal, con la proclamación pródiga de eslóganes increíbles en la literatura privada y en la oficial. Y a quienes pensaron de esta manera o siguen pensado así: creyendo haber descubierto bálsamos únicos y maravillosos que remedien rápidamente todos los males de la Justicia, habría que recordarles que Don Quijote explica a Sancho en el capítulo XVII de la primera parte de la obra cervantina que el salutífero remedio para curar todas las heridas, ahorrando tiempo, no era algo simple, sino que estaba compuesto de varios ingredientes: aceite, vino, sal y romero hervidos en una redoma; y asimismo habría que advertirles que, en el relato se expone que, ingerida la poción por cada uno de los personajes, los efectos del cocimiento en Don Quijote y Sancho fueron muy distintos; porque uno era caballero e hidalgo y el otro —escudero— no lo era, según explica el gentilhomme de la Mancha. Ni exclusividad prevalente; ni ración única y uniforme para todos.

Todos los elementos, eslabonados entre sí, han de ponderarse por ser necesarios para un mismo fin de eficacia y ahorro de tiempo en la tutela

de los derechos, pero adecuando cada uno a cada circunstancia y a cada sujeto necesitado de la tutela. Sin que haya fantasiosas fórmulas, señeras y simples.

En las relaciones entre el proceso civil y la mediación existe un *quid* sobre el que se debate y concluye más allá de la ley que las enhila entre sí. Y que se ofrece a nuestra consideración no en el terreno posibilista de las intuiciones políticas de coste cero, sino en el ámbito de la educación ciudadana previa acerca del conocimiento de las razones profundas que, sin prejuicios impuestos y consentidos, cada uno tiene para acudir a uno u otro medio de solución de los conflictos.





CAPÍTULO II

LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ESPAÑA Y EN ARAGÓN







2.1. MODELOS DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ESPAÑA







MEDIACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

FRANCISCO DE ASÍS GONZÁLEZ CAMPO
Profesor asociado de Derecho procesal
Universidad de Zaragoza

Resumen: *La mediación, aun considerándose método alternativo de resolución de conflicto, no es ajena al proceso ni a la administración de justicia. Por ello, en lo referido a la mediación intrajudicial, debe ser objeto de atención bajo una perspectiva procesal y orgánica. En el presente trabajo se exponen las principales ideas que conforman la relación entre la mediación, el proceso y la administración de justicia. Para ello se parte de que ni todo conflicto debería ser sometido al conocimiento y resolución judicial, ni todo conflicto debe ser sometido a mediación por demérito o recelo a la jurisdicción. Y en este punto, se observará la verdadera relación de la mediación intrajudicial como método incardinado en la administración de justicia para facilitar la mejor solución del concreto conflicto a la misma expuesto por los justiciables por no escapar tal finalidad del ámbito competencia judicial de resolución del conflicto en la sociedad mediante, ahora, una verdadera mediación intrajudicial multidoor. Finalmente, se observará cómo la implantación de tal método puede realizarse con éxito mediante el estudio de los aspectos procesales (tutela judicial efectiva y asistencia jurídica gratuita principalmente) y orgánicos (ámbito competencial y Oficina Judicial) de la misma.*

Sumario: I. Introducción. II. Incidencia de la mediación en el proceso civil y en el derecho a la tutela judicial efectiva. 2.1. Concepto legal y contexto. 2.2. Incidencia procesal de la mediación: directa e «inducida». 2.3. Mediación como parte del derecho a la tutela judicial efectiva. 2.3.1. Mediación y asistencia jurídica gratuita. 2.3.2. Mediación y Oficina Judicial: la mediación intrajudicial por derivación previa, durante y posterior al inicio del procedimiento. Nuevas atribuciones competenciales. III. Manifestaciones presentes y futuras de la relación entre el proceso civil y la mediación (intrajudicial): ¿obligatoriedad como requisito de admisibilidad y como contenido de la tutela judicial efectiva? 3.1. Limitación al acceso al proceso: la obligatoriedad de la mediación en España. Supuestos legales y jurisprudenciales. 3.2. La obligatoriedad de la sesión informativa del procedimiento de mediación pero no de la mediación en sí. 3.3. La no utilización de la mediación como requisito previo y alternativo al proceso supone mala fe procesal. 3.4. La mediación



es requisito de admisibilidad. 3.5. La (pretendida) mediación obligatoria en materia de consumo en la Comunidad Autónoma de Cataluña como requisito de admisibilidad de la demanda y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2018. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La mera existencia del ser humano en la sociedad conlleva el establecimiento de relaciones entre los mismos que, indefectiblemente, en un mayor o menor grado, provocará la aparición de controversias y conflictos que deben ser gestionados para tanto resolver el concreto conflicto como prevenir la aparición de otros o evitar un incremento escalonado del mismo. El método de resolución del conflicto que una colectividad establece permite apreciar el abandono de métodos primitivos y/o violentos a favor de métodos de resolución de conflictos propios de una sociedad civilizada. Con el tiempo, la sociedad establecerá métodos de resolución de conflictos que atribuyan a un tercero y conforme a unas normas la gestión y resolución de tales controversias, llegando, con ello, a atribuir el monopolio de la fuerza al Estado para cuando así sea preciso el uso de medios coercitivos. Con ello se prohibirá la primitiva justicia privada¹ o autotela dando paso a otros métodos de resolución del conflicto.

Entre estos surge, antigua y principalmente, (i) el proceso, entendido, en la actualidad, como el «conjunto de ese quehacer» comprensivo de «las grandes operaciones intelectuales y volitivas propias de la Jurisdicción»² y «serie o sucesión jurídicamente regulada de actos tendentes a la aplicación o realización del Derecho en un caso concreto»³ y, con ello, (ii) la necesidad de normas y órganos para tal cometido (Derecho procesal y función jurisdiccional) dada la obvia e íntima relación entre dichos conceptos. Se observa ya una característica diferenciadora: la intervención de un tercero imparcial para solucionar con carácter vinculante el conflicto (v. gr. entre otros, arbitraje y proceso judicial, denominados métodos *heterocompositivos*) frente a otros métodos en que tal solución

¹ Fenómeno social que, con numerosas formas, consiste en la «vindicación de las ofensas y agravios... directamente a cargo del ofendido y/o los suyos y sobre la persona o bienes del supuesto culpable y allegados suyos» (DE LA OLIVA, A., «La función jurisdiccional y los órganos jurisdiccionales», en *Derecho Procesal Civil I*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1993, pp. 22-23).

² De la Oliva, A. *Op. cit.* pp. 22-23.

³ *Id.*, pp 93-96.



no vendrá *impuesta* a las partes sino adoptada por ellas mismas en tanto que serán los sujetos en conflicto quienes, por diversos métodos y/o partícipes, ponen fin al conflicto (v. gr. negociación, conciliación o mediación, denominados métodos *autocompositivos*).

Por su diferencia con el proceso, se consideran como métodos alternativos de resolución de conflictos (en adelante, MARC), pero no por ello, significa que no guarden relación con el proceso, no interese su existencia y regulación al propio Estado ni, en especial, sean huérfanos de una normativa reguladora, como, de hecho, podrá observarse en las siguientes líneas al tratar de la relación entre proceso y mediación o al hacer referencia a las innumerables normas jurídicas relativas a la mediación.

No resulta, pues, la mediación ajena a la administración de justicia y, por ello, entendida como *mediación intrajudicial* debe ser objeto de atención bajo dicha perspectiva procesal y orgánica a fin de, al menos, con las limitaciones del presente trabajo, exponer las principales ideas que conforman la relación entre la mediación, el proceso y la administración de justicia.

II. INCIDENCIA DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO CIVIL Y EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

2.1. Concepto legal y contexto

La regulación legal de la mediación —en el ámbito civil, si bien sin carácter exclusivo— viene dada en nuestro país por la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (en adelante, LM). Conforme al artículo 1 LM cabe definirla como «*aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*». Sus artículos 6 a 9 establecen sus principios informadores: voluntariedad, igualdad de las partes, imparcialidad de los mediadores, neutralidad y confidencialidad, interesando, por lo que luego se dirá, el de la voluntariedad.

De dichas notas cabe extraer, precisamente, la virtualidad de la mediación como un método autocompositivo, alternativo o complementario, para solucionar el conflicto sin, obvio es, desdén u olvido del proceso judicial pues, en síntesis, consideramos que, sin perjuicio de las notas jurídicas y constitucionales de la jurisdicción, y pese a los argumentos que, en oca-



siones, se profieren en contra de la misma y en beneficio de la mediación, como si excluyentes entre sí fueren ambos métodos. Consideramos, en definitiva, que no todo conflicto queda resuelto siempre por la respuesta jurídica, sino que caben otras opciones igualmente satisfactorias. Ni todo conflicto debe ser sometido —si bien, puede serlo— al conocimiento y resolución judicial, ni todo conflicto debe ser sometido a mediación por demérito de la respuesta judicial. Y en este punto, como luego se dirá, se observará la verdadera relación de la mediación intrajudicial como método incardinado en la administración de justicia para facilitar la mejor solución del concreto conflicto a la misma expuesto por los justiciables.

Antes al contrario, el beneficio que la mediación supone no deviene de un menor coste para la administración de justicia por una disminución de la carga de trabajo ni por agilizar la solución de conflictos y sus costes⁴ sino, precisamente, por el propio beneficio del método en sí: la adopción de la solución al conflicto por las propias partes y no por un tercero en lo que ello conlleva de mayor asunción o satisfacción con el acuerdo —y menor coste económico y personal—, creencia en el mismo y, en especial, por el cambio cultural ínsito en admitir que no todo conflicto puede someterse a la jurisdicción y que los conflictos —o determinados conflictos— deben ser gestionados —y en su caso solucionados— por el propio interesado.

En realidad, la «mediación, pese a la afirmación de su carácter alternativo del proceso civil, no queda al margen de éste, ni como si en otro caso fuera autónoma, puede obtener toda su eficacia al margen de éste... El proceso, la mediación y su resultado actúan sobre una misma realidad, pero de distinta manera», de modo que es de apreciar la «estrecha relación de la mediación con el proceso... consecuencia de esta disyuntiva finalidad eventualmente inserta en toda actuación de las partes para eliminar el conflicto... haciéndolo desaparecer en el pleito... o prevenirlo antes que ir al juez» siendo que, en el fondo, el procedimiento de mediación no deja de conllevar —en esta línea argumentativa— una en ocasiones positiva «consecuencia», que «no antecedente», de reducción de la carga⁵. Así resulta gráfica la distinción entre que la «mediación, por medio del

⁴ Aun cuando el propio legislador reconoce tal interesado efecto directo: *vid.* Disposición Adicional 2ª. 2 *in fine* LM: «reducir tanto la litigiosidad como sus costes».

⁵ En efecto, señala este autor que «No es un antecedente de la mediación el deseo del legislador de reducir la carga de trabajo de los tribunales; esto es, en su caso (no siempre y necesariamente) una consecuencia» (Bonet, A. «Mediación y proceso civil. 1. Acuerdo de mediación y proceso civil», en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Bonet, A., (Dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 77-82).





acuerdo obtenido, tiene por finalidad disolver la controversia conforme las partes quieren (principio dispositivo)» mientras que «el proceso tiene por finalidad resolver la controversia de las partes según la decisión derivada de la autoridad del juez que se ampara en el derecho» (BONET, 2013).

Es más, como luego sostendremos con otros argumentos, en realidad, la mediación no puede ser ajena al proceso por su continua interrelación (mediación intrajudicial *stricto sensu*) ni, en el fondo, por no escapar tal ámbito del tradicional de la administración de justicia —no en el sentido jurisdiccional— sino del competente para la resolución del conflicto en la sociedad (mediación intrajudicial *multidoor*).

Con ello, se ha llegado a señalar, si bien bajo una perspectiva de la participación del ciudadano en la Justicia, que *«estamos transitando hacia el modelo de «sistema de justicia» en el que la ciudadanía en su conjunto ha de estar implicada en la tarea común de una justicia más participativa y próxima a las necesidades de la sociedad actual, que es la representada por los ADR, al menos en una parte muy importante de los litigios que hoy impropriadamente colapsan los tribunales»* de modo que, finalmente, se logrará una *«mejora de la calidad del sistema de justicia en su conjunto»* (ORTUÑO, 2013)⁶.

Pero lo anterior no es la única interrelación de la mediación con el proceso pues, como se indicará posteriormente, provocó una considerable reforma de nuestra ley ritual no siendo, además, la única norma reguladora de mediación civil ni la única norma que, dentro del ámbito de la mediación, produce efectos —positivos o negativos— en el proceso civil.

2.2. Incidencia procesal de la mediación: directa e «inducida»

Se ha señalado anteriormente la innegable relación entre nuestro proceso civil y la mediación. Ello puede verse en dos perspectivas amplias: una, mediante su incidencia directa al reformar la norma procesal o incluso modular situaciones y efectos procesales (objeto del presente epígrafe)

⁶ Ortuño, P., «Introducción: El impulso a la mediación en la experiencia de los PNPM», en *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Barcelona, Huygens, 2013, pp. 7-13. Incluso en tal perspectiva participativa en el sistema de Justicia, señala dicho autor que determinados conflictos deben seguir siendo reservados a los tribunales cuando *«la regulación legal y la respuesta jurisdiccional es necesaria e imprescindible»* siendo que en *«aquellos casos en los que las divergencias puramente legales son secundarias, cuando es necesaria una solución práctica urgente o cuando las partes en un conflicto deben seguir manifestando relaciones de colaboración en un futuro, los métodos ADR han demostrado su confianza»* (*loc. cit.*).



y, otra, *inducida* a través de su afección a relación y contenidos incluso más relevantes por su concepción dogmática y jurídica que, igualmente, supondrá una relación transformadora de nuestro proceso civil. A continuación se observará, pues, la incidencia procesal directa de la norma de mediación civil principal de nuestro país.

La referida LM tiene como título habilitante la competencia exclusiva estatal para el dictado de norma legal mercantil, procesal y civil de conformidad con el artículo 149.1.6ª y 8ª CE (Disposición final 5ª LM).

No se trata, en sí, de un estudio del contenido que la LM recoge si bien tampoco debe dejarse en olvido. Baste señalar cómo regula aspectos como la mediación transfronteriza (artículo 3), los efectos en el proceso de sus principios (voluntariedad y sumisión *ex* artículo 6 y confidencialidad y prueba *ex* artículo 9), la suspensión de la prescripción o caducidad de acciones y proceso (artículos 4 y 16 respectivamente) si bien en ocasiones con una deficiente técnica legislativa o escasa de precisión procesalista (*vid.* referencia a la clausula de sumisión a mediación y declinatoria⁷ o a la inadmisibilidad de determinada pericial *ex* artículo 16) y en especial, mediante un expreso Título V intitulado «*ejecución de los acuerdos*», estableciendo un control notarial de legalidad y unos requisitos de ejecutividad y competencia judicial (artículos 25 a 27). Por ello, no se comentará ahora tales preceptos en tanto que, pese a su plasmación y vigencia en LM, no dejan de tener su recogida en nuestra ley ritual que, luego sí, analizaremos.

Se observa, pues, la naturaleza procesal de la norma de mediación y la transformación del proceso civil que sostenemos ahora.

No obstante, sí conviene, por su incidencia directa en el proceso, reseñar un aspecto de la LM en cuanto que, frente a sus restantes preceptos que luego son recogidos en la modificación de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), esta no tiene tal reflejo. Se trata de la expresa y deliberada —por literalidad como por ubicación sistemática— mención que el artículo 4 LM hace de los «*efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad*»⁸. Máxime cuando, iniciado un proceso judicial, el art.16.3 LM contiene previsión por remisión a la norma procesal común (artículo 19 LEC).

⁷ Bonet, A., *op. cit.* pp. 86 y, en especial, su nota 72.

⁸ Si bien entendemos que con cierta deficiencia terminológica al señalar la suspensión de la prescripción y de la caducidad siendo que ambas son instituciones diferentes en su concepto y eficacia y no diferenciar dicho artículo 4º expresamente sobre su aplicación *ex ante* o constante un proceso judicial iniciado. En el primer caso, parece no haber problemas sobre dicho efecto automático.



Con carácter previo al análisis de la reforma de la LEC por la LM ha de hacerse una mención a sus antecedentes: en 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*, en cuya Disposición Final Primera, se modificaron diversos preceptos procesales para dar expresa eficacia a la mediación en el seno de los procedimientos matrimoniales⁹.

La Disposición Final 2ª de la Ley 5/2012 supone, como decíamos, una profunda reforma procesal pues, de su mera lectura, se observa cómo afecta a los artículos 19, 39, 63, 65, 66, 206, 335, 347, 395, 414, 415, 438, 440, 443, 517, 518, 539, 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580 LEC. Cabe destacar la modificación realizada en los siguientes aspectos:

- a) Dentro del poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso, se introduce, en el art.19 LEC, la posibilidad de «*someterse a mediación*» excepto prohibiciones y limitaciones legales, a lo que, posteriormente, anudará el lógico efecto de suspender el procedimiento en tal caso.
- b) Se reforma el artículo 39 LEC a efectos de introducir un nuevo supuesto de declinatoria al permitir a la parte la alegación de «*falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción... por haberse sometido a... mediación la controversia*».
- c) Se amplía el artículo 206 LEC en coherencia con la finalidad de la norma para establecer la homologación (en puridad, «*aprobación judicial*») del acuerdo de mediación por auto que, por tanto, pondrá fin al procedimiento.
- d) Con la finalidad de asegurar el principio de confidencialidad del procedimiento de mediación, los artículos 335 y 347 LEC limitan la posibilidad probatoria de las partes al, respectivamente, (i) impedir la práctica de prueba pericial por quien intervino en una mediación y (ii) denegar, por impertinente o inútil la intervención del perito que debe observar deber de confidencialidad por haber intervenido en un procedimiento de mediación anterior entre las partes. Sin reflejo expreso en la LEC se observa igual finalidad en la testifical (artículo 9.2 LM).

⁹ Se modificaron los artículos 770.5ª LEC (al introducir, por remisión al artículo 777 LEC, la reconducción por las partes del proceso por la vía del mutuo acuerdo), artículo 770.7ª LEC (permitiendo la suspensión del procedimiento contencioso para acudir a un procedimiento de mediación), 771.2 LEC (fomentando la búsqueda de un acuerdo por el Juez mediante comparecencia al efecto) y artículo 777 LEC (al recoger la presentación en el procedimiento de mutuo acuerdo del acuerdo en su caso alcanzado «*en el procedimiento de mediación familiar*»). En puridad, el artículo 770.5ª LEC no fue reformado por la referida Ley 15/2005 si bien cabe afirmar que dicho artículo fue modificado indirectamente en tanto se remite al artículo 777 LEC y este sí fue afectado por la Ley 5/2012.



- e) Se aumenta, en el artículo 395 LEC, la excepción (conurrencia de mala fe) al principio de no imposición de costas en el allanamiento previo a la contestación para entender que así «*existe mala fe*» si se inició un procedimiento de mediación antes de presentar la demanda.
- f) Se establece, en el artículo 415 LEC, y al margen del genérico supuesto del artículo 19 LEC, un nuevo motivo de suspensión habida cuenta de la intención de las partes de acudir a la mediación.
- f) El artículo 440 LEC introduce un genérico deber del órgano judicial de informar en la citación a vista del juicio verbal de la «*posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación*».

Especial referencia merece la reforma en sede de ejecución en tanto que reconoce fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación bien por elevación a escritura pública bien por aprobación judicial del acuerdo —artículo 517.2.2^a LEC— bien por auto de homologación— *ex* artículo 517.2.3^a LEC en tanto es resolución que aprueba una transacción o acuerdo logrado en el proceso—:

- a) Se otorga fuerza ejecutiva a los acuerdos elevados a escritura pública¹⁰ si bien señala expresamente el artículo 517.2.2^a LEC que tales acuerdos habrán «*sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*» a cuyo efecto debemos señalar el control de legalidad notarial establecido en el artículo 25 Ley 5/2012.
- b) En los artículos 539, 548 y 580 LEC para cohonestar tal ejecutividad con (i) la preceptiva intervención de Letrado y procurador para cuando la cantidad por la que se despache ejecución supere los 2000 euros, (ii) el plazo de espera de 20 días previos a despachar ejecución y (iii) la innecesariedad de previo requerimiento de pago en la ejecución del acuerdo de mediación aprobado judicialmente.
- c) Se regula, en el artículo 545 LEC, la regla de competencia territorial a favor del lugar donde se hubiera firmado el acuerdo de mediación.
- d) Otorga fuerza ejecutiva a los acuerdos de mediación elevados a escritura pública (artículo 550 LEC).
- e) Se introduce, en el artículo 556 LEC, el motivo de oposición a la ejecución de acuerdo de mediación por inexistencia de requisitos legales para tal ejecución.

¹⁰ No obstante no debe olvidarse la tradicional consideración de título ejecutivo que tienen las escrituras públicas del artículo 517.2.4^o LEC.



Y si bien dicha es la incidencia procesal directa, más obvia resulta la naturaleza procesal de la propia Ley cuando igualmente son su artículos 25 y ss. los que establecen igualmente estas cuestiones relativas a la ejecución del procedimiento de mediación.

La plasmación de tales efectos procesales directos no impide sin embargo que existan otras cuestiones apreciables que no están exentas de dificultades interpretativas para cuando el litigio se encuentra en fase de apelación o casación, o cuando el acuerdo fue homologado por tribunal extranjero o, en especial, cuando, conforme a la previsión del artículo 10.2 Ley 5/2012 se insten medidas cautelares (HERRERO, 2013)¹¹.

En efecto, expuesto lo anterior, cabe establecer ya una de las transformaciones del proceso civil, que podríamos denominar de *efectos inducidos* en tanto, con tal reforma procesal, se observa cómo el legislador fomenta, anima o induce a apartarse del proceso a favor de la mediación siendo como es que:

- i) manifiesta y consagra el principio de voluntariedad en la mediación pero sin embargo establece la valoración de su existencia o inexistencia para apreciar —cual tradicional requerimiento fehaciente previo— la mala fe del demandado que se allana antes de la contestación a la demanda,
- ii) establece unos supuestos de suspensión por motivo de la simple voluntad de acudir a un procedimiento de mediación y
- iii) introduce un novedoso título ejecutivo en nuestro ordenamiento procesal al dotar de fuerza ejecutiva a los acuerdos de mediación elevados a escritura pública (título ejecutivo no judicial) sin perjuicio, lógico resulta, de reproducir la condición de título ejecutivo judicial al auto aprobatorio de previo acuerdo de mediación.

Observada la relación de la mediación y el proceso, cabe señalar otras cuestiones en apoyo de la tesis ahora mantenida.

¹¹ Nada dice la norma no ya sobre su permisibilidad —no discutida— sino sobre el Tribunal competente para conocer de tal demanda de medidas cautelares o sobre el decaimiento previsto en el artículo 730.2 LEC para el transcurso de 20 días tras la adopción de las medidas sin presentación de la demanda de fondo en lo que se considera olvido criticado frente a la disposición sí prevista para el supuesto del arbitraje, para cuya solución parece mejor aplicar, a tal plazo, la genérica suspensión de prescripción y de caducidad de acciones del artículo 4 LM (Herrero, Juan F. «El juez y la mediación» en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Bonet, A., (Dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 53-72.



2.3. Mediación como parte del derecho a la tutela judicial efectiva

La mediación intrajudicial conlleva aspectos procesales y orgánicos que se desprenden no solo de la relación antedicha sino, igualmente, desde la perspectiva de su incardinación en el derecho a la tutela judicial efectiva, y, con ello, en la necesaria plasmación como parte del derecho de asistencia jurídica gratuita. En efecto, si se considera la mediación como un método alternativo de resolución del conflicto y si, como se ha visto, resulta innegable el contenido procesal de la misma como las competencias reservadas a los miembros del órgano judicial, cabe concluir que todo ciudadano que acude a la administración de justicia debe poder acceder —también— a dicho método de igual manera que puede acceder a la jurisdicción: sin limitaciones por razón económica. Si, como hemos visto, la mediación no es ajena al proceso, la misma debe formar parte igualmente de la tutela judicial efectiva al menos en tanto como prestación asegurada de dicho método por la administración de justicia.

2.3.1. Mediación y asistencia jurídica gratuita

Si la mediación se fomenta por el legislador que además lo contempla como un positivo método y que incluso «induce» a su empleo, dicho «mejor» medio (cuando así sea «mejor» que los tradicionales) debe igualmente estar a disposición de quien carece de recursos para afrontarlo. Si la mediación se recomienda como medio adecuado debe serlo tanto para quien puede satisfacer su coste como para quien carece de medios para ello. Así, la mediación debe contemplarse como parte de aquel derecho fundamental, no como obligación del órgano jurisdiccional de derivar o realizar la misma, sino desde tal perspectiva de aseguramiento de medios.

Establece el artículo 119 de la Constitución Española la gratuidad de la Justicia y «*en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*». Para su desarrollo se dicta la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante, LAJG) que establece un complejo sistema por el que la información, orientación jurídica y tramitación inicial de la solicitud corresponde a los Colegios profesionales; su tramitación administrativa y reconocimiento o denegación a la Administración Pública competente en materia de administración de justicia a través de las Comisiones Central o Provinciales respectivas (u órganos similares autonómicos); y, finalmente, la revisión de su denegación al órgano judicial que esté conociendo del asunto para el que se cursó tal solicitud o ante el Juzgado Decano en el supuesto en el que la solicitud



fuere para asunto no sometido aún a conocimiento de la jurisdicción. Tal sistema obedece precisamente a la naturaleza de dicho derecho en relación con el acceso a la jurisdicción y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva y la gratuidad mencionada para quienes carecieren de recursos para litigar. Por ello también, la reserva legal para el desarrollo de tal derecho y la facultad meramente reglamentaria de desarrollo. La relación, pues, con el proceso resulta innegable y trascendental.

Y en tal sentido se observa una cuestión legal: la reforma —obligada¹²— por la Ley 42/2015¹³ del artículo 6 LAJG para introducir una expresa referencia al procedimiento de mediación dentro del contenido del derecho de asistencia jurídica gratuita. Se modifica el artículo 6 LAJG («*contenido material del derecho*»), recogiendo que tal derecho comprende entre otros el «*asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso ... así como información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos*».

Cierto resulta que la dicción literal del precepto no permite afirmar —directamente— que la mediación u otros MARC forme parte del contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Pero indirectamente —y tal vez indebidamente¹⁴— cabe señalar cómo, si no legalmente reconocido —y por ello exigible como tal derecho—, sí cabe observar esa voluntad y su previsible inclusión —siquiera tácita por la aplicación de tal reforma por las Administraciones dado el fomento de tales MARC—. En efecto, si como hemos dicho, existe un fomento de tal método por las Administraciones, como es de ver, entre otros, en las obligaciones de información y búsqueda de utilización de tal método por el órgano judicial, e igualmente por aquellos efectos «inducidos» tendentes a tal incremento de métodos alternativos al proceso, cabrá, en tal escenario de fomento de unos métodos en «alternancia» de otros (proceso), preguntarse por el acceso a tales métodos por parte de todos los justiciables en igualdad de condiciones y ejercicio.

Partimos para ello de una consideración que, implícita en el argumento, conviene reseñar. Estamos continuamente hablando de mediación y proceso, de sede judicial y de fomento o inducción al uso de tales méto-

¹² Tal deber de información devenía obligado por la Directiva 2008/52/CE y la Disposición Adicional 2ª.2 LM.

¹³ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

¹⁴ *Vid.* Recomendación R (2002)10 UE, que indica la gratuidad de los servicios de mediación, no de información.



dos mediante las reformas procesales antedichas dirigidas al proceso y al órgano judicial. Es decir, de la mediación que se produce una vez iniciado un proceso judicial: lo que cabe señalar como mediación intrajudicial *stricto sensu*¹⁵ sin perjuicio de las restantes modalidades que consideramos igualmente dables en nuestro sistema judicial y que luego se indicarán.

Pues bien, en tal caso, los principios y garantías procesales no pueden verse mermados por el simple hecho de que el legislador considere que, iniciado tal proceso, es igualmente positivo el uso de métodos alternativos de resolución de conflictos. Dicho de otra manera: si el legislador —titular de un poder estatal y por ello nada ajeno a la resolución del conflicto y mantenimiento de la paz social— considera que, en el seno de un proceso judicial, existen métodos alternativos igual —o, tal vez, a tenor de la voluntad de la reforma, ¿mejores?— que el tradicional proceso judicial, en tal caso, si estamos en un sistema dotado de garantías y coherencia normativa, no podrá sostenerse que tal positivo efecto de la mediación debe darse en unos casos y en otros no por un motivo ajeno a las partes y al órgano: la existencia o inexistencia de recursos para, permítase la expresión, mediar.

En efecto, recordemos una obviedad: el mediador es un profesional cualificado (artículo 11 LM) que, salvo voluntad propia o desempeño en instituciones u organismos, conllevará una retribución por el particular. Es más, no solo eso. El artículo 15 LM se encarga —significativamente para un texto de solo 27 preceptos— de regular el *coste de la mediación* indicando no solo el obligado al pago (en tanto que, se alcance un acuerdo o no, debe serlo por iguales partes salvo pacto contrario) sino también la permisibilidad de la previa provisión de fondos e incluso el efecto de no facilitar la misma (posible conclusión de la mediación a instancia del mediador).

Pues bien, si consideramos que (i) para asegurar tal igualdad de partes y derecho de defensa, se asegura a la parte beneficiaria del derecho mencionado la práctica gratuita de servicios Letrados, de práctica probatoria pericial o de obtención de actos registrales (artículo 6 LAJG) y, (ii) a su vez, el propio legislador está considerando —dentro de ese proceso ini-

¹⁵ Consideramos mediación intrajudicial *stricto sensu* aquella que se produce *iniciado* un procedimiento judicial bien a petición de las partes bien a instancia del órgano judicial (derivación a mediación) precisamente por considerar el órgano judicial la conveniencia para mejor resolución del conflicto tal derivación (y dicho sea órgano judicial en sentido amplio y no estrictamente jurisdiccional en tanto según el ámbito material y/o estadio procesal consideramos atribuida tal competencia al Juez o al Letrado de la administración de justicia).



ciado— que, en ocasiones, es mejor para las partes la gestión y resolución «alternativa» al proceso, deberemos, en tal caso, concluir coherentemente, que tal alternativa debe igualmente ser ofrecida a todas las partes: tanto las que pueden satisfacer los honorarios profesionales del mediador como quienes no pueden así realizarlo.

De lo contrario, deberemos concluir que, al no asumir la garantía de su ejercicio por todos los justiciables, tal método en realidad no podría concepcuarse como de tan positivo y con ello ninguna defensa de la reforma y efectos inducidos cabría realizar.

2.3.2. Mediación y Oficina Judicial: la mediación intrajudicial por derivación previa, durante y posterior al inicio del procedimiento. Nuevas atribuciones competenciales

Llegados a este punto cabe concluir la innegable relación que la mediación y su implantación en España tiene no ya solo con el proceso sino con la Oficina Judicial en tanto ámbito orgánico de la administración de justicia —entendida en el sentido amplio y no estricto o jurisdiccional de la misma— y ello desde el verdadero concepto de mediación intrajudicial y sus concretos aspectos orgánicos y procesales que, para mejor exposición, pueden observarse por separados apartados.

1.- La asunción de tal «oferta» de medios resolutorios por las Administraciones con competencias en administración de justicia o con otros títulos habilitantes (fomento de la mediación como evitación del proceso judicial, como nueva cultura y participación del ciudadano en el conflicto: mediación extrajudicial) cual supuestos típicos en la mediación familiar en que, con notable normativa autonómica, llega a contemplarlo como servicio público.

La implantación de un sistema de mediación intrajudicial en la propia administración de justicia en el que, ya sea en sentido estricto, se adopten los métodos y procedimientos propios del sistema organizativo pretendido tras la Ley Orgánica 1/2009 y Ley 13/2009 para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Y ello tanto cuando entendamos la mediación intrajudicial en sentido estricto (iniciado el proceso) como cuando la entendamos en un sentido amplio consistente en que será la propia administración de justicia (entendida no en sentido jurisdiccional) la que, a la vista del conflicto expuesto a la misma, derive, para su solución, al método más propicio para ello: proceso, arbitraje, negociación asistida, conciliación, mediación,



etc. (sistema *multidoor*). Señala el artículo 438.3 LOPJ que «*el Ministerio de Justicia y las Comunidades autónomas... sus respectivos territorios serán competentes para el diseño, creación y organización de los servicios comunes procesales, con funciones de... mediación*». En efecto, desde la configuración de la Oficina Judicial, se observa cómo la expresa previsión de un Servicio de mediación intrajudicial será el modelo que sirva de modo más eficaz a la implantación de la mediación; en especial, en el ámbito del proceso civil en el que, tras la reforma procesal de 2009, la intervención jurisdiccional queda prácticamente reservada al momento de la vista (excepción de audiencia previa en el juicio ordinario en que expresamente se prevé exhorto a tal MARC). Con ello, a través de dicho Servicio, a cargo de un Letrado de la administración de justicia, se podrá estudiar la controversia, calificar el conflicto y, en su caso, conforme a los consensuados protocolos y criterios de derivación, considerar la conveniencia de remitir tal controversia tal método, u otro, de resolución de conflictos, al que se considere más adecuado —o no, si el más idóneo al caso fuere la jurisdicción—.

En apoyo de tal tesis debe señalarse igualmente (i) que la función jurisdiccional es exclusiva y excluyente no pudiendo ejercer otras funciones —cuales las de mediación— que las así contenidas en el artículo 117 CE; (ii) que, a través de tales protocolos y criterios, se pueden alcanzar consensos sobre tipología de conflictos susceptibles —o no— de derivación, sujetos intervinientes, modelo interno o externo de mediación, retribución, estadios procesales de tal derivación y efectos (suspensión de procedimiento y/o señalamiento, p.ej); así se evitaría la dispersión de criterios dentro de un mismo Partido Judicial o la heterogeneidad de modelos de mediación intrajudicial detectados en nuestro país (que van desde la incardinación en la Administración Pública hasta las iniciativas unilaterales en diversos Juzgados). Tales supuestos, de un evidente componente orgánico judicial, son a su vez los sostenidos en experiencias nacionales¹⁶ e internacionales¹⁷.

¹⁶ Ej. la Oficina Judicial del Partido Judicial de Murcia en que se prevé expresamente la Unidad de Mediación Intrajudicial (artículo 5 de la 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).

¹⁷ En este sentido, *vid.*, entre otros, MARTÍN, 2010, op cit. pp. 149 a 153; y BARONA, 2016, pp. 51 a 56.



2.- Ello se ve incrementado desde la perspectiva no del proceso civil sino del penal. Así, las reformas procesales penales contribuirán a un incremento del ámbito de la mediación. En efecto, en síntesis, cabe apuntar cómo, en transposición de la Directiva 2012/29/UE¹⁸, se publica la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en que, dentro de sus derechos de información, participación activa y reparación del daño, se contempla un notable incremento de actuaciones y servicios de mediación y justicia restaurativa (artículo 15 Ley 4/2015) previéndose para ello un igualmente notable aumento de las funciones de la Oficina de Asistencia a la Víctima (artículos 27 a 29 y 37 RD 1109/2015¹⁹). Oficinas que, recordemos, se encuentran incardinadas en la administración de justicia y que, tras la referida Ley 4/2015, podrán ser igualmente receptoras de la solicitud de asistencia jurídica gratuita (artículo 16 Ley 4/2015). Y un dato más importante y relacionado ya con el aspecto civil de dicho conflicto. Tales actuaciones de «mediación», «justicia restaurativa» y «solución extraprocesal» del conflicto, pues tales denominaciones son así empleadas en dichos textos, son, a su vez, de obligada valoración por el Juez en sede de ejecución de la condena: artículos 80, 84 y 90 del Código Penal (en su reforma operada por Ley Orgánica 1/2015).

Con ello, bien parece aventurarse que, en un mayor o menor grado, el empleo de tales MARC en el proceso civil —o, a menos, el intento de acuerdo: derivación— va a devenir en constante incremento y, por tanto, en la necesidad de asegurar su igualitario acceso y ejercicio por todas las partes. Y tal aseguramiento provocará, igualmente, la actuación administrativa de la Administración competente. En este sentido, cabe advertir ya iniciativas autonómicas en tal sentido²⁰. Y, por tanto, igualmente en esa transformación del modelo consistente en el facilitamiento desde el

¹⁸ 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.

¹⁹ Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

²⁰ Por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Aragón, se reconoce el «beneficio de gratuidad» de la mediación, si bien sin formar parte del derecho de asistencia jurídica gratuita, a quienes así tengan reconocido tal derecho (artículos 22 a 24 del Decreto 12/2015, de 10 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean el Centro Aragonés de Coordinación en Materia de Mediación y el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación de Aragón y se establecen medidas de fomento de la mediación (publicado en BOA de 18/2/2015).





propio proceso —mediación intrajudicial— de sucesivas oportunidades de «apartarse» del proceso.

3.- Finalmente, cabe tratar otro aspecto que apoya la tesis ahora defendida y que viene dada por la reforma competencial derivada de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial por LO 7/2015, en el sentido de:

- i) Atribuir —expresamente— funciones en materia de mediación a los Letrados de la Administración de Justicia en tanto que, junto con la anterior mención a la conciliación, ahora se especifica que «*Los Letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en: ...c) Conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia*» y «*e) Mediación*». (artículo 456.6 LOPJ).
- ii) Atribuir —expresamente— funciones en materia de «*actuaciones de justicia restaurativa y de solución extraprocesal*» a los funcionarios integrantes de los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa (artículo 476 LOPJ) y de Tramitación Procesal y Administrativa (artículo 477 LOPJ).

III. MANIFESTACIONES PRESENTES Y FUTURAS DE LA RELACIÓN ENTRE EL PROCESO CIVIL Y LA MEDIACIÓN (INTRAJUDICIAL): ¿OBLIGATORIEDAD COMO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD Y COMO CONTENIDO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA?

3.1. Limitación al acceso al proceso: la obligatoriedad de la mediación en España. Supuestos legales y jurisprudenciales

Como se ha indicado anteriormente la mediación tiene, entre otros principios informadores, el de la voluntariedad. Al respecto, al margen de su dicción literal antedicha, cabe añadir ahora una premisa. La *bondad* de la mediación y el éxito de su implementación residen, a nuestro juicio, en una sola condición: su voluntariedad. Si se pretende instaurar este método alternativo como obligatorio para determinados conflictos muy probablemente se verá abocado al fracaso máxime en un país y ordenamiento jurídico como el nuestro en el que tal método y cultura se encuentran huérfanos de tradición dogmática y jurídica (piénsese en el fracaso de nuestra tradicional conciliación civil).

Pero no se trata solo de un convencimiento conceptual. En especial, se trata de su conciliación con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de libre acceso a la jurisdicción y al proceso.



En tanto en cuanto que se establezca la mediación como requisito, presupuesto o condición previa al proceso consideramos que se estaría vulnerando el referido derecho fundamental por dos motivos principales:

- i) El más directo: en tanto limitación al derecho fundamental, si bien, en debida coherencia con nuestro sistema, no puede olvidarse que el propio legislador ordinario establece en ocasiones determinados requisitos de procedibilidad o admisibilidad de la demanda (*vid.* conciliación en anterior norma procesal o reclamaciones previas en el orden contencioso administrativo o social).
- ii) Uno indirecto, pero igualmente aplicable por su relación con el derecho fundamental: la imposición de la mediación con carácter obligatorio supondría igualmente una limitación de dicho derecho en tanto que la propia institución de mediación impide constituirse en requisito o condición preprocesal obligatoria en tanto que, en su definición comunitaria como nacional, se establece como principio informador el de su voluntariedad incluso en el sentido de permitir sin efecto negativo alguno el del abandono injustificado del procedimiento de mediación (artículos 6 y 22 LM).

Sin embargo, tales consideraciones son puestas en entredicho en los últimos tiempos por diversos pronunciamientos doctrinales, antecedentes de otros países y, en especial, lamentablemente, con pronunciamientos jurisprudenciales en tal sentido que, lejos de impulsar la mediación como método —positivo— pero alternativo, pueden llevar a la errónea percepción de constituir un procedimiento y coste más al acceso a la Justicia. Se trata de una cuestión ciertamente controvertida incluso en los propios textos de que dimana la mediación en nuestro país²¹.

No puede abarcarse ahora el estudio de los diversos supuestos de Derecho comparado en que se establece la mediación —u otros MARC— como obligatorios. Suele destacarse, en la actualidad, los casos de Francia e Italia por sus recientes cambios normativos en tal sentido si bien, ha de señalarse, igualmente una larga tradición de tal obligatoriedad en diversos países de nuestro ámbito comunitario en un amplio abanico comprensivo desde la atribución de potestativas facultades al Juez en fomento y búsqueda de tal acuerdo por las partes, al obligado intento judicial de tal

²¹ P. ej. la propia Directiva 2008/52/CE, tras señalar en diversos antecedentes de su preámbulo, el carácter voluntario de la mediación tanto entendida como de fomento y derivación a ese método como del acuerdo alcanzado, señala, sin embargo, en su definición de mediación que esta puede incluso ser «ordenado» por el órgano judicial o por la norma nacional (artículo 3.a). Pero en todo caso, la norma nacional que nos afecta, establece, claramente el carácter voluntario.



fomento y búsqueda, o la «incitación... o incluso a la obligación previa de recurrir a una ADR en virtud de la ley²²».

Pero, en apoyo de la detección de esa lenta transformación del proceso civil consistente en la *recomendación* legal de su evitación, deben mencionarse algunas cuestiones, legales y jurisprudenciales, que nos permiten sostener tal fenómeno y manifestar nuestra preocupación por la evolución de nuestro proceso precisamente por la percepción del indubitado²³ beneficio de la mediación como otro método más de resolución del conflicto.

3.2. La obligatoriedad de la sesión informativa del procedimiento de mediación pero no de la mediación en sí

Para salvar los problemas derivados de la contradicción del principio de voluntariedad, una de las tesis que se defiende por la doctrina es la de entender el procedimiento de mediación únicamente a partir del inicio de la misma pero no así de su sesión informativa o de premediación.

Consideramos que estos supuestos pueden ser los de mayor posibilidad de utilización en tanto que, en sí, la sesión informativa no supondría en sí incurrir en procedimiento de mediación en sentido estricto. Si bien es cierto que, con la dicción literal, el legislador parece contemplar el procedimiento como un todo en tanto que establece, dentro de su Título IV así denominado, tanto la sesión informativa (artículo 17 LM) como la sesión constitutiva (artículo 19 LM) y posterior desarrollo y terminación (artículos 20 a 23 LM), sin embargo, la dicción literal del propio artículo 19 LM («*el procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva*») permite la tesis ahora sostenida y la afirmación de que el proceso civil evolucionará hacia mayores supuestos de «evitación» del mismo una vez iniciado. Con dicha consideración cabría entender la obligatoriedad referida tan solo a la sesión informativa y con ello se evitarían las dudas jurídicas de la mediación obligatoria.

No obstante, la constante introducción de supuestos de derivación a mediación por el Juez como facultad tanto a nivel legal (*vid.* mediación familiar en artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón)

²² *Vid.* Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, (COM/2002/0196 final), pp. 15 a 25.

²³ Insistimos en que apoyamos tal método alternativo pero, precisamente, en un término racional y proporcionado de su utilidad. Ni todo conflicto es meritorio de mediación ni toda mediación es útil a todo conflicto ni, aún menos, puede imponerse al particular el método de resolución de su conflicto.



como jurisprudencial, parece justificar tal tesis como conciliadora de la búsqueda de adopción de acuerdos entre las partes y la no cercenación del acceso a la jurisdicción por considerar otros métodos más apropiados cuando la norma procesal no lo establece.

Es más, estos supuestos de derivación a mediación (mediación intrajudicial) suponen, *per se*, la imposible consideración de ser indebido requisito de acceso a la jurisdicción pues ya se ha accedido al proceso y, en el mismo, se acuerda tal derivación. En tal caso, habiendo accedido ya al proceso, y en el marco legal nacional y comunitario de tal fomento de MARC, como de atribución de tal facultad al Juez, consideramos que la obligatoriedad de la sesión informativa no debiera verse estrictamente como un requisito inexigible o desorbitado.

A mayor abundamiento, en esta línea, muy recientemente, la Comisión Europea ha apostado, si bien «*cuando procesa y sea necesario*» por establecer la obligatoriedad de tal sesión informativa al señalar la necesidad de y al considerar como «*mejores prácticas*» entre otras las «*sesiones de información obligatoria en el marco de un proceso judicial*» y la «*obligación de los órganos jurisdiccionales de considerar la mediación en todas las fases de los procesos judiciales*»²⁴.

En más, nótese que ello y, en todo caso, el señalamiento de una «*sesión de información en el marco de un proceso*» lo que bien puede permitir asimilarlo al sistema de mediación intrajudicial *multidoor* antes expuesto que permitiría cohonestarlo con la norma nacional (en tanto que la sesión informativa forma parte del procedimiento de mediación y no sería equivalente a una «sesión de información») y con las dificultades competenciales y de tramitación procesal que la intervención del Juez (investido de la función jurisdiccional) en esa labor de fomento, incitación o recomendación de la mediación supone en nuestro proceso civil, en tanto que, como se dijo, sería ya el órgano judicial o, si se prefiere, la administración de justicia la que realizaría tales labores de fomento de la mediación y derivación del conflicto a tal método.

Con ello, la tendencia ahora señalada no supone una contradicción con la imposible obligatoriedad de la mediación como requisito previo,

²⁴ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Bruselas, 26.8.2016, COM(2016) 542 final.



máxime cuando, en otro ámbito, cual el de considerar la mediación familiar como tal servicio público, nada se ha cuestionado²⁵.

3.3. La no utilización de la mediación como requisito previo y alternativo al proceso supone mala fe procesal

Este argumento —que debemos rechazar de plano— fue utilizado por el Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Barcelona cuando, en su auto de 26/1/2015 (Id Cendoj: 08019420522015200001), recaído en incidente 294/2014, dimanante de procedimiento de juicio verbal 414/2014 por reclamación de cantidad de 402,75 euros entre particular y aseguradora, señala que *«impone una sanción por mala fe procesal, concretada en un abuso del proceso...»*.

Rechazamos tal posibilidad pues, pese a que el propio auto reseña la configuración constitucional y legal del derecho de acceso a la jurisdicción, considera que se debía haber acudido a un procedimiento de mediación y que el hecho de que no se hiciera y se abocara a un proceso judicial es presupuesto de mala fe procesal habilitante para imposición de multa de 40,27 euros. En síntesis consideramos que:

- i) Siendo cierto, como dice la resolución, que el derecho de acceso tiene un contenido instrumental y limitado en el que el legislador ordinario establece unos requisitos para su acceso y ejercicio, sin embargo, desde nuestra convicción del Derecho procesal como derecho de garantías, si precisamente la norma que rige al órgano, esto es, la procesal (ya sea la ritual común ya sea en este caso la de mediación: Ley 5/2012), no establece un requisito de admisibilidad o procedibilidad para la interposición de la demanda ni, en general, otros requisitos para el acceso a la jurisdicción, no cabrá ni exigirlo ni, menos aún, imponer una sanción por mala fe procesal a quien ejerció su derecho fundamental.
- ii) Máxime cuando, en realidad, de dicha resolución se trasluce que no estamos ante un supuesto de mala fe procesal sino de una conducta extraprocesal —tal vez reprochable pero siempre por los cauces de la norma procesal: principios y excepciones en criterio de imposición de costas—. En efecto, si bien falta el relato fáctico detallado, parece que se quiere rechazar el empleo malicioso

²⁵ En efecto, MARTÍN DIZ señala con contundencia la nulidad de la mediación obligatoria *«como requisito previo e imprescindible antes de proceder en vía jurisdiccional»* pero, a su vez, manifiesta su compatibilidad con un *«verdadero y genuino «servicio público» e institucional de mediación adscrito a la administración de justicia»* (Martín Diz, F., La mediación: sistema complementario de administración de justicia, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010, pp. 71-153.



del proceso al abocar, desde una posición de privilegio de medios y costes (aseguradora), al particular a una reclamación judicial por escasa cuantía en la que, si no reclama, nada recibiría y si reclama solo puede realizarlo bajo el coste y tramitación que un proceso judicial conlleva. Siendo ello así, consideramos que, no existiendo más norma de ejercicio del derecho de acceso, solo cabe reprochar un mal comportamiento considerando algunos de los supuestos de imposición de costas pero no así acudiendo al expediente —no jurisdiccional— de sanción por mala fe procesal.

- iii) Aún más cuando uno de los argumentos utilizados son, tras citar el coste de un proceso (antecedente de hecho 1^o26), el coste del proceso para la Administración o la escasez de recursos públicos en la administración de justicia y la notable litigiosidad y carga de trabajo de los órganos judiciales (fundamento de derecho 2^o).
- iv) Y, en especial, cuando, la propia resolución admite la existencia de conflicto y controversia (responsabilidad parcial en el daño por concurrencia de otro vehículo) planteándose unos términos que consideramos ajenos a la jurisdicción en tanto que, tras dictar sentencia, se cuestiona si es legítimo el uso del proceso en tal caso (FD 2^o)²⁷ y, concluye, tras mencionar las Directivas comunitarias y la Ley 5/2012, que *«Ciertamente acudir a la mediación o a otro sistema extrajudicial de resolución de conflictos no es obligatorio en España, como si lo es en Italia para casos como el presente, pero el proceder con rectitud, bajo criterios de ética y responsabilidad social no depende de que la ley lo imponga, sino de que los ciudadanos 4 y empresas empiecen a ser conscientes de los beneficios y perjuicios que producen en la causa pública y actúen consecuentemente»* (FD 3^o).

En definitiva, podrá admitirse o rechazarse el comportamiento de la aseguradora y las cantidades objeto de litigio pero si no concurrían motivos para imposición por mala fe o temeridad, no consideramos que el fomento de la mediación sea mediante la imposición de sanciones por mala fe

²⁶ Antecedente que significativamente dice el auto haber recogido ya en fundamento de derecho de la sentencia de la que dimana la pieza de mala fe procesal y resolución ahora comentada.

²⁷ *«Existiendo pues sistemas alternativos, que no derivan en un aprovechamiento de recursos públicos escasos, ¿es legítimo que una entidad mercantil sostenga un litigio por 402,75 € ante los Tribunales, cuando no existe controversia sobre el accidente, es decir, sobre la causa y la culpa —que podrían considerarse cuestiones jurídicas o de valoración jurídica— y únicamente se está cuestionando una parte del daño, esto es, la consecuencia de uso de otro vehículo durante la reparación del dañado, y cuando acudir al proceso judicial supone para el erario público destinar más de 2.610 € (valor del año 2000), según estudios ya referidos en la sentencia del caso y publicados por el Consejo General del Poder Judicial?»*.



procesal y menos como reproche del acceso a la jurisdicción cuando la norma que regula tal acceso no señala *quantum* económico controvertido como mínimo de acceso.

3.4. La mediación es requisito de admisibilidad

Este argumento fue utilizado por el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Granada de 11-11-2015 al «*convocar... con carácter previo a su admisión a trámite... a una sesión informativa... ante el servicio de mediación... a la que deberán asistir, una vez sean convocados por el mismo debiendo comunicar a este juzgado la decisión adoptada al respecto*».

Se trata de procedimiento de juicio verbal en reclamación de cantidad por muy escasa cantidad (59,19 euros) en que se establece igualmente la referencia al ejercicio antisocial del derecho y al coste del proceso para el erario público así como la principal normativa comunitaria y nacional vigente en materia de mediación —expresamente, se refiere a la voluntariedad—, si bien, en esta ocasión lo asocia también a la previsión del artículo 247 LEC (buena fe procesal), motivo por el que daremos por ahora reproducidos los motivos antedichos por los que nos oponemos a tales resoluciones impulsoras de mediación. No obstante, ha de reiterarse que el artículo 247 LEC se configura como un remedo para quienes, en el proceso, con ocasión del mismo y del ejercicio de acciones y pretensiones, incurre en abuso de derecho, fraude de ley o procesal o mala fe procesal. No como instrumento de fomento ni, menos aún, de admisibilidad de la demanda.

Mostrando nuestro inicial rechazo a tal consideración de la mediación en el proceso civil, podemos señalar los siguientes aspectos:

- i) Se remite el auto a la doctrina constitucional (en especial, cita la STC de 16/2/2012) sobre posibilidad de establecimiento de válidos límites al ejercicio del derecho fundamental (lo que ahora no negamos si bien cabe realizar matizaciones a la cita de tal STC). Pero, como allí se decía, tales límites serán los que el legislador ordinario haya establecido en la norma que regula la actuación jurisdiccional. Si la norma procesal ningún requisito de admisibilidad establece, ningún se puede exigir. Lo contrario será desconocer el principio de legalidad procesal y la consideración del Derecho procesal como derecho de garantías de respuesta al justiciable y de control de la jurisdicción en la tramitación.
- ii) Igualmente, utiliza y cita los argumentos expuestos en el auto de 25/1/2015 del JPI nº 52 de Barcelona por lo que nos reiteramos a lo antes expuesto.



- iii) En este sentido destaca que, en fase de admisibilidad de demanda, se dicta un auto siendo que tal intervención jurisdiccional está prevista solo para los supuestos de inadmisión en tanto que, interpuesta una demanda, solo cabe o su admisión por Decreto del Letrado de la administración de justicia o la apreciación de defectos subsanables y requerimiento para su sanación o posterior dación de cuenta sobre vicios no subsanados u otros motivos de inadmisibilidad para resolución que proceda por el Juez, momento en el que sí se prevé el auto de inadmisión. De modo que, desde este primer argumento procesal, el auto debe ser objeto de severa crítica tanto formal competencial por no tener atribuida tal función en ese momento procesal como, por el fondo acordado (obligatoriedad de la sesión informativa).
- iv) Cabe comentar otra cuestión. La alegación que el auto referido ahora hace la reforma introducida por la Ley 42/2015 en los artículos 440 y 443 LEC. Sin embargo, la modificación de tales preceptos en modo alguno establecía como requisito previo el sometimiento a procedimiento de mediación. Se limitaba a establecer la facultad del Juez de «invitar» a las partes a alcanzar un «acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa».
- v) Y, finalmente, en este caso, frente al argumento que antes utilizábamos en defensa de admitir la obligatoriedad de la sesión informativa, debe señalarse que en este caso, si se establece tal mediación «con carácter previo» a la admisión de la demanda no cabe entender, en puridad, que se trata de mediación en constante procedimiento (mediación intrajudicial).

Podemos añadir una cuestión antes anunciada: el coste de la mediación. Aun partiendo de que el coste del proceso fuere un requisito válido para estos pronunciamientos, ¿el procedimiento de mediación no tiene coste?

En definitiva, consideramos que supone el caso paradigmático más extremo: la mediación como obligatoria y como «requisito de admisibilidad» de la demanda.

De nuevo, consideramos que la huida del proceso a favor de la mediación no puede ser un axioma incontrovertible en detrimento de aquel y alabanza de esta sino, atendido el conflicto, el método que mejor resolviera el mismo. Y, con ello, de nuevo, podemos acudir por tanto a la necesidad de implantar un auténtico sistema *multidoor* de resolución del conflicto en el que el proceso será un método más pero no un método menos o despreciado por criterios no legales.

Se trata pues de un ejemplo de cómo se van introduciendo —aquí, obviamente, con gran defecto resolutorio— tendencias sucesivas que per-



miten sostener esa transformación del proceso civil al percibirlo como elemento a evitar en la resolución del conflicto.

3.5. La (pretendida) mediación obligatoria en materia de consumo en la Comunidad Autónoma de Cataluña como requisito de admisibilidad de la demanda y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2018²⁸

Finalmente, en esta evolución de los supuestos en que el proceso civil va sufriendo esa transformación por desvalor del mismo, el último argumento y más extremo —pero de difícil crítica jurídica ordinaria— es el del único supuesto legal de mediación obligatoria en España con, además, la condición de ser presupuesto inexcusable de admisión de la demanda.

Tal obligatoriedad viene establecida en el vigente²⁹ artículo 132 del Código de Consumo de Cataluña (Ley 22/2010), en dicción dada por la Ley 20/2014³⁰, que establece, en su artículo 8, la obligatoriedad³¹ de acudir —con carácter previo a la demanda judicial— a un procedimiento

²⁸ Con posterioridad a la redacción del presente trabajo se dictó la Sentencia 54/2018, de 24 de mayo de 2018 (publicada en B.O.E. de 22 de junio de 2018) que declaró la inconstitucionalidad del inciso ahora comentado (en concreto, la dicción «o *demanda judicial*» del artículo 132-4 del Código de Consumo de Cataluña) por motivo de «*invadir la competencia estatal en materia de legislación procesal*» (Fundamento Jurídico 7 STC 54-2018).

Por ello, el precepto no se encuentra en vigor al momento de corrección de pruebas. Sin embargo, se ha preferido mantener el texto originalmente redactado por este autor por considerarlo de mayor utilidad para el estudio y conclusiones planteados a fin de observar, por un lado, los motivos que inicialmente se aludían en el trabajo y su acogida en la motivación de la referida sentencia como, por otro, su aplicación a diversos títulos competenciales aducidos en diversa normativa autonómica de mediación.

En consecuencia, y a tal fin, se modifica el inicial título del apartado para añadir el adjetivo «pretendida» y se indica esta nota aclaratoria para mejor utilidad y conclusiones alcanzadas.

²⁹ Vigencia indubitada en virtud de ATC 72/2016, de 12 de abril de 2016 por el que alza la suspensión del artículo 8.

³⁰ Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo. Publicada en DOGC 31/12/2014.

³¹ Dice así: «3. *Las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje. Una vez transcurrido el plazo de tres meses a contar de la notificación del acuerdo de inicio de la mediación sin haber alcanzado un acuerdo satisfactorio,*



de mediación cuando el conflicto verse sobre créditos y préstamos hipotecarios referidos a la vivienda habitual estableciendo un plazo de obligada inactividad para el acreedor de tres meses en que no se podrá instar el procedimiento de ejecución hipotecaria y en que deberá renegociar el préstamo con el deudor. Asimismo, establece, tal procedimiento de mediación en sede administrativa —«servicios públicos de consumo»—.

Si bien concurren argumentos sobre la compatibilidad de tal obligatoriedad con base en la normativa comunitaria³², por nuestra parte, en la perspectiva del proceso civil ahora estudiada, debemos manifestar nuestra oposición a tal requisito previo de acceso a la jurisdicción en especial, no tanto por imposibilidad absoluta de ello, sino por el título competencial en que tal cuestión se introduce en el ordenamiento procesal en tanto que una norma de consumo autonómica está introduciendo requisito procesal con eficacia en todo proceso civil.

Insistimos con ello en la distinción entre mediación extrajudicial, en donde compartimos las políticas tendentes a incrementar la utilización de los MARC, y la mediación intrajudicial en que los requisitos de utilización, admisibilidad y efectos no pueden ser *contra legem* procesal en especial contra el derecho fundamental al acceso a la jurisdicción.

Comenzaremos indicando nuestra oposición a tal cuestión por varios motivos:

- i) Como venimos sosteniendo, allí donde la norma procesal nada dice, ningún requisito de admisibilidad debe añadirse por el órgano judicial ni por el legislador autonómico carente de competencias en Derecho procesal. Con ello, surge la conveniencia de la vía señalada en el anterior apartado 3.2.
- ii) Máxime con el carácter básico estatal que la norma procesal tiene en nuestro ordenamiento de donde, igualmente, cabe cuestionarse si, una vez que la norma autonómica introduce tal requisito o plazo de espera, constituye una de las excepciones que nuestro Tribunal Constitucional admite para admitir legislación procesal autonómica (en síntesis, que la institución foral o especial se vea precisada de norma procesal para desplegar sus efectos o desarrollo). En definitiva, observamos que se afecta al derecho fundamental del artículo 24 CE cuando una norma de consumo (autonómica), aun ha de entenderse que con voluntad tuitiva del consumidor, impida a una de las partes en conflicto

cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial».

³² ARGUDO, J.L., «Límites de la autonomía de la voluntad y mediación en Derecho privado» en *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio*, Parra, M.A. (Dir), Granada, Comares 2016, pp. 240.



acudir al proceso judicial cuando así lo considere sometiéndole a un requisito procedimental previo y plazo de ejercicio de acciones.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARGUDO, JOSÉ LUIS. «Límites de la autonomía de la voluntad y mediación en Derecho privado» en *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio*, Parra, M.A. (Dir), Granada, Comares 2016.
- BARONA, SILVIA. «Justicia integral y «Access to Justice». Crisis y Evolución del «paradigma»», en *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, BARONA, S. (Ed.), Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- BONET, ÁNGEL. «Mediación y proceso civil. 1. Acuerdo de mediación y proceso civil», en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Bonet, A., (Dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- DE LA OLIVA, ANDRÉS. «La función jurisdiccional y los órganos jurisdiccionales», en *Derecho Procesal Civil I*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1993.
- HERRERO, JUAN FRANCISCO. «El juez y la mediación» en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Bonet, A., (Dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- MARTÍN, FERNANDO. *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010.
- ORTUÑO, PASCUAL. «Introducción: El impulso a la mediación en la experiencia de los PNPM», en *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Barcelona, Huygens, 2013.



MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL: NUEVOS RETOS PARA JURISTAS, MEDIADORES Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

JOSÉ LUIS UTRERA GUTIÉRREZ

Magistrado

Autor del libro *Mediación intrajudicial práctica
para abogados y mediadores*

Resumen: *Con la promulgación de la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, el legislador generalizó la introducción de la mediación en el sistema legal como una forma de gestionar los litigios. Esa «institucionalización» jurídica de la mediación supone nuevos retos para los juristas (especialmente abogados, jueces y Letrados de la Administración de Justicia), para los mediadores y para las administraciones públicas con competencias en materia de justicia.*

Sumario: I. El jurista ante la mediación. 1.1. Abogados. 1.2. Jueces y Letrados de la Administración de Justicia. II. Los mediadores y la mediación conectada con los tribunales. III. Las Administraciones Públicas y la mediación.

Con la promulgación de la **Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles**, el legislador generalizó la introducción de la mediación en el sistema legal como una forma de gestionar los litigios. Se puede afirmar, incluso, que desde la publicación de esa norma cambia el paradigma o modelo por el que se venía haciendo efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial que consagra el artículo 24 de nuestra Constitución, al menos en el ámbito de los derechos subjetivos disponibles. En el sistema anterior el proceso adversarial o confrontativo, finalizado con una sentencia impositiva, era el instrumento casi exclusivo mediante el que se concretaba ese derecho constitucional, hasta tal punto que cualquier otra forma de terminación era calificada de «anormal» o suponía una «crisis» del proceso.



Actualmente, el legislador considera que el proceso judicial contradictorio ha de quedar como último recurso dentro de las metodologías de resolución de los conflictos, debiéndose intentar, con anterioridad, soluciones de auto-composición por medio de la negociación y, sobre todo, de la mediación.

Se concibe así la mediación como una institución jurídica que se inserta en la legislación, especialmente en la procesal. Esa «institucionalización» jurídica de la mediación supone nuevos retos para los juristas (especialmente abogados, jueces y Letrados de la Administración de Justicia), para los mediadores y para las administraciones públicas con competencias en materia de justicia.

I. EL JURISTA ANTE LA MEDIACIÓN

1.1. Abogados

El operador jurídico, y muy especialmente el abogado, ya no puede ignorar la mediación. Si hasta hace unos años podía permitirse vivir de espaldas a la mediación, hoy esta modalidad de resolución de los conflictos aparecerá ante él en muchos momentos del «tránsito» del conflicto por el sistema jurídico/legal y desconocerla puede afectar a la calidad de su trabajo y a los intereses de sus clientes. Por tanto, el primer reto para el abogado es dejar a un lado los posicionamientos «personalistas» respecto a la mediación (es ineficaz, supone una competencia para la abogacía, eso ya lo hago yo en mi despacho...) y asumir que debe formar parte de su bagaje profesional como cualquiera otra parcela del Derecho. Y, consecuentemente, asumir la responsabilidad de formarse en mediación, conociendo las líneas básicas de esta nueva metodología, muy especialmente, en aquellos aspectos más relevantes de la denominada mediación intrajudicial o mediación conectada con los tribunales que es con la que va a interactuar más habitualmente. Dejando a un lado cuestiones generales (las ventajas de la mediación frente al proceso, tipos de asuntos en los que la mediación puede ser más eficiente o aquellos en los que debe excluirse, o el coste de la mediación) cuyo conocimiento es muy útil para que el Letrado aconseje bien a su cliente sobre si hacer uso o no de la mediación, hay aspectos concretos en la interrelación mediación/proceso que son de inexcusable conocimiento para la abogacía: La eficacia jurídica de las cláusulas de sumisión previa a mediación que se insertan en documentos notariales, contratos y convenios de familia, la posible suspensión o no del curso de los autos al iniciarse una mediación y su repercusión en el pro-



ceso, la diferencia entre el objeto de la mediación y el objeto del proceso, el deber de confidencialidad frente al derecho a la prueba, la praxis de la mediación intrajudicial o el valor de los documentos generados en esta son temas que, cada más, requerirán del Letrado una respuesta fundada.

El segundo reto para el abogado es tener claro que el mediador no es un competidor por una misma parcela profesional, y que mediador y abogado pueden y deben colaborar en dar mejor respuesta a los conflictos judicializados. En efecto, la mediación intrajudicial se caracteriza porque, al menos durante un tiempo, mediación y proceso discurrirán en paralelo, operando ambos métodos sobre el conflicto judicializado. No obstante, conviene tener siempre presente que el proceso solo es una exteriorización de la disputa, es la punta del iceberg del conflicto interpersonal que subyace en el litigio legal. Hasta tal punto esto es así que un mismo conflicto puede dar lugar a varios procesos judiciales, incluso simultáneos en el tiempo. Sentada esa distinción entre conflicto o disputa y proceso judicial, la consecuencia lógica es que, en el ámbito de la mediación intrajudicial, mediador y abogado van a operar sobre espacios distintos: el mediador sobre el conflicto y el abogado sobre el proceso. Espacios distintos pero interconectados y, por ello, que necesitan cierto grado de colaboración entre ambos profesionales. La articulación de estos dos métodos de resolución de conflictos en forma eficiente no resulta fácil ni para el legislador ni a la hora de llevarla a la práctica, y es, probablemente, uno de los grandes retos de la mediación intrajudicial. Concretando algo más las respectivas esferas profesionales, el abogado desarrolla su trabajo en los momentos previos al inicio de la mediación mediante el consejo jurídico a su cliente respecto a la conveniencia o no de acudir a mediación y, sobre todo en al ámbito de la mediación intrajudicial, una vez finalizada la mediación, bien para retomar el proceso judicial en el trámite en que se encontraba al iniciarse la mediación, bien para articular jurídicamente el acuerdo mediado.

Finalmente, otro reto para el abogado, y para el jurista en general, debe ser evitar «juridificar» la mediación, analizándola exclusivamente desde perspectivas legales, pues sus fundamentos (voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, autocomposición) son antagónicos a los que rigen el proceso (obligatoriedad al menos para una de las partes, publicidad, rigidez, heterocomposición). Es cierto que articular eficientemente ambas metodologías no es fácil, pese a los intentos del legislador por conseguirlo a lo largo del articulado de la Ley 5/2012, pero un buen conocimiento de las profundas diferencias entre mediación y proceso ayudará





a abogados y mediadores a valorar mejor sus respectivas funciones, a deslindar sus ámbitos de actuación y a facilitar su colaboración.

1.2. Jueces y Letrados de la Administración de Justicia

El cambio de paradigma en la implementación del derecho a la tutela judicial efectiva a que nos hemos referido tiene en jueces y Letrados de la Administración de Justicia el elemento fundamental para su consolidación, pues no puede desconocerse la relevancia de su papel en la gestión del cambio en la cultura de la jurisdicción que supone «normalizar» la mediación en el sistema judicial.

Aunque en los momentos iniciales de la mediación intrajudicial o mediación conectada con los tribunales los jueces y LAJ asumieron un claro papel dinamizador de esta nueva metodología de resolución de conflictos, con la publicación de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la «institucionalización» de la mediación en la LEC, el papel de estos aparece ya perfectamente delimitado en los artículos 414 y 440. Si hasta entonces desarrollaron una función de impulso que se concretaba en la genérica actividad de «derivar casos a mediación», a partir de ese momento dichos preceptos señalan de forma clara que el papel de jueces y LAJ en la introducción de la mediación dentro del proceso ha de ser el de **informar a las partes de esta nueva metodología de resolución de conflictos y comprobar que su exclusión se realiza razonablemente**. Se pretende garantizar que los justiciables, con un adecuado conocimiento de ambos sistemas, puedan optar entre la autocomposición de su conflicto (negociación o mediación) o la resolución por el juez (heterocomposición).

Haciendo un paralelismo con la medicina, se trataría de que las partes, antes de entrar definitivamente en el «quirófano» judicial, presten un «consentimiento informado» a la opción mediación sí/mediación no. El legislador parte de la premisa de que el justiciable ha recibido de su abogado los datos suficientes sobre las características, duración, coste y posibles resultados del proceso judicial, pero que desconoce esos mismos elementos respecto a la mediación. Por tanto, y para poder decidir en igualdad de condiciones entre una u otra alternativa, las partes han de saber qué es la mediación, cómo funciona, su coste económico, su duración, las diferencias con el proceso judicial y los demás principios básicos que la configuran. O dicho con otras palabras, se trataría de «equilibrar» el conocimiento que el ciudadano tiene de ambos métodos de resolución de conflictos a la hora de decidir cuál es el que más le conviene para encauzar su conflicto judicializado.



Sentadas esas premisas, el reto fundamental para jueces y LAJ es dar cumplimiento efectivo a tales preceptos, interpretando y aplicando esos artículos de tal forma que se alcance la finalidad querida por el legislador. Ese reto debería traducirse en la implantación y desarrollo de determinadas «buenas prácticas» en la praxis de juzgados y tribunales, entre las que se pueden enumerar las siguientes:

- a) La información que se da desde los juzgados no puede consistir exclusivamente en transcribir en la resolución judicial (frecuentemente de forma literal) el contenido de los párrafos relativos a la mediación de los artículos 414 y 440 de la LEC, pues resulta obvio que con esa escueta información el ciudadano seguirá desconociendo la mediación y sus características diferenciadoras respecto al proceso, sin que pueda decidir respecto a la disyuntiva mediación/proceso con los elementos de conocimiento suficientes.
- b) Igualmente, la información que se facilite por juzgados y tribunales ha de llegar a las partes de cada proceso y no solo a los procuradores y, en su caso, a los abogados de las partes; es el conocimiento del justiciable, y no el de sus representantes en el proceso, el que se trata de enriquecer con esa información.
- c) Para que la información que se difunde pueda alcanzar su objetivo es bastante mayoritaria la opinión de que cuanto antes se introduzca en el proceso, más posibilidades de éxito tendrá, pues no puede desconocerse que la «liturgia» del proceso confrontativo suele incrementar el nivel de conflicto entre las partes. Por tanto, parece conveniente que la información sobre mediación se facilite a las partes en el primer momento procesal que sea posible, y más concretamente, en el emplazamiento para contestar a la demanda. En dicha resolución se adjuntará el folleto informativo correspondiente para ambas partes o se citará a la Sesión Informativa Presencial (SIP).
- d) Si la información que se facilita trata de conseguir que los ciudadanos conozcan la mediación y sus características, y que puedan optar de forma razonada entre ella y el proceso adversarial como forma de gestionar su litigio, esa información ha de ser suficientemente amplia y eficiente para alcanzar tal objetivo. Los dos instrumentos más habituales mediante los que se canaliza esa información son folletos impresos o informatizados que se entregan por los juzgados y la denominada Sesión Informativa Presencial (SIP). Si la información sobre mediación se facilita por medio de folletos, los LAJ han de tener presente que la resolución que los acompaña ha de contener el mandato expreso a la representación procesal de la parte de que deberá hacer llegar el soporte impreso o digitalizado a su cliente, pues solo así se garantiza que se dará cumplimiento efectivo al mandato del legislador contenido en los artículos 414 y 440.



- e) La Sesión Informativa Presencial (SIP) es, sin duda, el mejor instrumento para dar a conocer la mediación a cualquier ciudadano y especialmente a quienes litigan. Así se reconoce por el propio legislador que la regula específicamente en el artículo 17 de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. El problema de la SIP es que requiere unos medios materiales y personales que no están disponibles en todos los partidos judiciales. Ha de tenerse presente que, conforme al precitado artículo 17 de la Ley 5/2012, la SIP ha de ser impartida por un mediador o una institución de mediación. **La SIP no debe ser confundida con la información verbal y directa sobre mediación que jueces y LAJ puedan dar a los justiciables en vistas y comparecencias.**

Si se cuenta con los medios personales y materiales que permitan dar la SIP (y que deben ser facilitados por las administraciones con competencias en justicia conforme a la DA 2ª de la Ley 5/2012), no cabe duda que se debe utilizar preferentemente dicho instrumento para informar a los justiciables sobre la mediación como alternativa al proceso. En relación a la SIP han de tenerse presentes por juzgados y tribunales, entre otras, las siguientes cuestiones:

- *La SIP debe ser ofrecida en todos los procedimientos judiciales, si bien puede ser conveniente que, en una primera fase, lo sea solo en aquellos proceso que se consideren más susceptibles de ser mediados, bien porque se haya determinado previamente por el juez y el LAJ (sistema de lista) bien porque el juez en la propia vista así lo estime (evaluación temprana del caso).*
 - *A la SIP han de ser invitadas las partes y los Letrados, pues ello ayuda a que se eliminen las resistencias de algunos abogados a la introducción de la mediación en el proceso.*
- f) Correlativamente a la obligación del sistema judicial de facilitar información a los litigantes sobre la mediación para que puedan optar por esta o por el proceso judicial para gestionar su conflicto, **el legislador ha «impuesto» a las partes la de dar una respuesta fundada a su decisión respecto a esa disyuntiva.** En el cambio de paradigma sobre la forma de hacer efectiva la tutela judicial que supone la introducción de la mediación en el proceso, las partes y sus representantes legales tienen que explicitar las razones por las que excluyen la mediación como alternativa a la solución judicial impositiva.

Los artículos 414.1 y 440.1 recogen expresamente, respecto a la posibilidad que se les ha ofrecido de hacer uso de la mediación, la necesidad de indicar en la audiencia previa del juicio ordinario y en la vista del juicio verbal «...la decisión al respecto y las razones de la misma». Nótese bien que ambos artículos incluyen dos manifestaciones distintas: la decisión (mediación sí/mediación no) y las razones en que se sustenta.

Con esa doble exigencia impuesta a las partes, el legislador ha querido resaltar la importancia de tal decisión y favorecer que, cualquiera que



sea, se adopte de manera razonada, evitándose decisiones precipitadas y justificaciones meramente formularias. Por tanto, **los jueces deberán preguntar** en el acto de la audiencia previa, de la vista del juicio verbal o de cualquier otra comparecencia, siempre que se haya dado información previa sobre mediación, **no solo cuál es la decisión adoptada** (que en muchos casos será obvia por el hecho de no haber pedido la suspensión del curso de los autos y encontrarse las partes ante el juez) sino, sobre todo, **por los motivos que han llevado a descartar la mediación como alternativa al proceso** confrontativo. Se evitará así que todo el esfuerzo realizado por el legislador para desjudicializar los conflictos y el trabajo del sistema judicial para informar a las partes sobre la alternativa mediacional al proceso sean despachados con una frase ritual. Aunque la mediación es voluntaria, ello no es incompatible con que los abogados de las partes expliquen las razones de la negativa a utilizar la mediación.

Dado que muchos Letrados pueden desconocer que el juzgado o tribunal requerirá una respuesta fundada, **deberá incluirse en la resolución correspondiente una mención expresa a esta exigencia**, con la finalidad de que no pueda alegarse desconocimiento al ser preguntado por el juez al respecto.

II. LOS MEDIADORES Y LA MEDIACIÓN CONECTADA CON LOS TRIBUNALES

La «institucionalización» jurídica de la mediación exige también del mediador un cambio en su mentalidad, en su formación y en algunas de las técnicas y habilidades que utiliza, pues el proceso mediacional pasa a tener una proyección legal que condiciona su desarrollo y su resultado. El mediador debe asumir que el proceso está ahí y que, de una u otra forma, en mayor o menor grado, puede incidir en su trabajo. Por tanto, el primer reto del mediador que pretende desarrollar su trabajo en el ámbito de la mediación conectada con los tribunales es el de formarse específicamente en este campo, conociendo las particularidades que la interrelación con el proceso genera en esta modalidad de la mediación. Ese reto ha de ser especialmente asumido por aquellos mediadores no provenientes del campo del Derecho, hasta tal punto que si se carece de esa formación específica, el mediador debe valorar la posibilidad, muy recomendable por la experiencia que se va acumulando, de que la mediación intrajudicial sea realizada por un equipo (comediación) en el que alguno de los mediadores sea, además, jurista. Así, y sin ánimo de exhaustividad, son



cuestiones derivadas del proceso y que el mediador deberá tener siempre presente en la mediación intrajudicial las siguientes:

- a) La voluntariedad en la mediación puede estar condicionada por la existencia de cláusulas de sumisión previa a mediación, por la «invitación» del juez a iniciar la mediación o la existencia de normas legales que obliguen, al menos, a asistir a la sesión informativa presencial.
- b) El principio de igualdad entre los mediados se verá afectado por el momento en que se introduzca la mediación en el proceso, pues el «empoderamiento» de las partes es distinto en la fase inicial del proceso judicial, cuando se ha dictado alguna resolución (provisional o definitiva) en la fase declarativa, o si la mediación se desarrolla en fase de ejecución o en segunda instancia.
- c) El tiempo del que el mediador dispone para desarrollar su trabajo no es igual si se ha suspendido el curso de los autos que si existe un señalamiento procesal ya previsto que las partes no quieren perder, pues en este último caso el mediador deberá trabajar «contra el reloj» del proceso.
- d) En fin, que el mediador conozca, aunque sea mínimamente, el valor jurídico de los distintos documentos que se generan en el entorno de la mediación (actas, informes, acuerdos mediados, convenios reguladores) y su relación con el proceso resulta imprescindible para una correcta articulación de estos dos métodos de resolución de conflictos y, sobre todo, para una mediación intrajudicial de calidad que cumpla las expectativas de ciudadanos y profesionales.

Un segundo reto del mediador es asumir, al igual que los Letrados, que ambos profesionales no son competidores por una misma parcela profesional. Por el contrario, su trabajo se complementa y enriquece. Ello requiere, como ya hemos dicho, una clara delimitación de funciones para que no exista confusión entre sus respectivos campos de trabajo. El del mediador comienza con la sesión constitutiva y finaliza, bien con la firma del acta final si no ha habido acuerdo, bien con la firma del acuerdo mediado si la mediación ha concluido con acuerdo total o parcial. Esos dos momentos marcan claramente el tiempo en el que es el mediador quien, junto con las partes, «gestiona» principalmente el conflicto; el abogado queda en un segundo plano a la espera de lo que resulte de la mediación. Ello no quiere decir que en ese periodo los abogados no tengan una cierta intervención en la mediación, pues pueden seguir aconsejando a sus clientes sobre aspectos legales e, incluso, ser llamados por el mediador para que intervengan puntualmente en alguna sesión del proceso mediacional. No obstante, sí es necesario tener muy presente que durante el desarrollo de la mediación el conflicto ha salido, al menos momentáneamente, del sistema jurídico-legal y los juristas deben ceder el protagonismo a las



propias partes y al mediador. A este respecto, y aunque el artículo 23 de la Ley 5/2012 no lo diga expresamente, parece aconsejable que en la mediación intrajudicial, el mediador recomiende a los mediados que, una vez elaborado el acuerdo mediado y antes de su firma, consulten con sus abogados, dado que el acuerdo mediado es un documento esencialmente jurídico destinado a generar obligaciones legales.

Finalmente, el mediador debe asumir la importancia que en la mediación intrajudicial tiene la denominada Sesión Informativa Presencial (SIP), pues se constituye en el arquitrabe de toda la estructura de la mediación intrajudicial. La SIP resulta de capital importancia para captar la voluntad «real» de los mediados y el «permiso» psicológico de sus Letrados para iniciar la mediación, pues no debe olvidarse que, en muchos casos, unos y otros se encontrarán ante el mediador con una voluntad más ficticia que real al haber sido derivados por el juzgado. Ello supone que el mediador debe prestar la mayor atención a esta fase premediacional, prepararla con sumo cuidado y no convertirla en un acto rutinario o mecánico. En relación a las partes, el mediador ha de utilizar la SIP para «situarlas» respecto a la mediación que puede iniciarse y para «desmitificar» el sistema judicial y sus posibles resultados; ha de tener presente que en este tipo de mediaciones el nivel de conflicto entre las partes es muy elevado, que vienen desgastadas por anteriores intentos de autocomposición (negociación entre Letrados) y que sus «posiciones» procesales responden en la mayoría de los casos más a estrategias que a verdaderos intereses. En relación a los Letrados, el mediador ha de servirse de la SIP para dar a conocer la mediación y sus ventajas, vencer sus recelos y resistencias y dejar claro el papel de cada uno de los profesionales durante las distintas etapas de la mediación, teniendo claro que el abanico de actitudes de los Letrados respecto a la mediación es muy amplio y el mediador se va a encontrar en la SIP con Letrados colaborativos, escépticos, obstrutores, directivos, desconfiados, conciliadores, comprometidos... con todos los cuales deberá trabajar y hacerles ver las ventajas de la mediación para sus clientes. Finalmente y en relación al propio proceso mediacional, la SIP le servirá al mediador para hacer una primera «criba» de casos no mediables (violencia encubierta, drogodependencias, patologías, desequilibrios de poder no compensables, intereses secundarios encubiertos etc etc) pues ha de tener presente que en la mayoría de los supuestos las derivaciones a la SIP se realizan por los juzgados de una forma automática (sistema de listas) y sin una evaluación temprana que permita excluirlos.



III. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA MEDIACIÓN

El papel de las Administraciones Públicas, concretamente del Ministerio de Justicia y las comunidades autónomas con competencias transferidas en justicia, en relación a la implementación de la mediación intrajudicial vine determinado básicamente por la Disposición Adicional 2ª de la Ley 5/2012: proveer la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial e incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso.

Respecto a la primera de las obligaciones, ya hemos visto que la información al justiciable viene articulándose por medio de dos instrumentos: folletos informativos y la denominada Sesión Informativa Presencial (SIP). Por tanto, la administración competente deberá hacer posible que juzgados y tribunales tengan disponibilidad de los primeros y posibilidades de que se realicen derivaciones a la SIP de forma ágil y eficiente y esta pueda prestarse en las adecuadas condiciones. Los folletos informativos, en soporte papel o digitalizados, deberán tener un contenido mínimo pero suficiente para que las partes y sus abogados conozcan qué es la mediación, cómo funciona, sus diferencias con el proceso judicial, el papel del mediador, cómo se accede a ella, su incidencia en el proceso y los demás principios básicos que la configuran.

Mayor dificultad presenta contar con los medios necesarios para que las derivaciones a la SIP que efectúen los jueces puedan realizarse en todos los partidos judiciales, pues ello requiere medios materiales y personales que conllevan un coste para las administraciones.

- a) **Medios materiales.** Un espacio en los edificios judiciales del partido judicial correspondiente, cuya amplitud dependerá del volumen de derivaciones que se prevea que van a realizarse. Tales medidas deberán permitir realizar las SIP en un entorno de privacidad suficiente, así como contar con la dotación adecuada de mobiliario y ofimática. Si existiesen varias sedes judiciales debería ubicarse en la más próxima a aquellos juzgados desde donde se van a realizar la mayoría de las derivaciones a la SIP (familia, 1ª Instancia, Mercantil por este orden).
- b) **Medios personales.** Deben ser de dos tipos:
 - *Ha de tenerse presente que, conforme al artículo 17 de la Ley 5/2012, la SIP ha de ser impartida por un mediador o una institución de mediación. La SIP no debe ser confundida con la información verbal y directa sobre mediación que jueces y LAJ puedan dar a los justiciables en vistas y comparecencias. Los mediadores o las*



instituciones de mediación deberán organizarse con los juzgados mediante una agenda electrónica de citas que permita agilidad en los señalamientos para la SIP desde los órganos judiciales, pues el día y hora correspondiente deberá incluirse en la citación judicial correspondiente.

- *En los partidos judiciales importantes, debería contarse, además, con dotación personal estable de carácter administrativo que dé continuidad y eficacia al servicio que se preste, algo que será imposible si todo el servicio se delega en las instituciones de mediación.*

También debe existir una **Comisión de control de calidad** del Servicio con ámbito provincial que vele por su buen funcionamiento, fomente buenas prácticas y pueda servir para resolver las cuestiones de organización que afecten al Servicio.

La segunda de las obligaciones impuestas por el legislador a las administraciones es la de insertar la mediación dentro del catálogo de prestaciones que contiene el derecho a la asistencia jurídica gratuita y detallados en el artículo 6 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita. Si bien en el apartado 1 de dicho precepto se habla de que tal derecho comprende recibir «...*información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos, en los casos no prohibidos expresamente por la Ley, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal...*», sería necesario completar tal prestación con la gratuidad de las sesiones de mediación propiamente dichas, pues es el acuerdo que se alcance tras estas el que evitará el proceso judicial. De nada servirá que el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita, tras ser informado de las bondades de la mediación, opte por la mediación como alternativa al proceso si su coste le resulta prohibitivo y, finalmente, no puede acceder a ella. Es cierto que algunas legislaciones autonómicas han previsto esa posibilidad en el ámbito de la mediación en asuntos de familia, pero debería extenderse a todas las jurisdicciones para poder hacer efectivo el mandato del legislador de que el proceso confrontativo sea la última forma de gestionar los conflictos, y antes se agoten las posibilidades de autocomposición mediante la negociación y la mediación.





LA UNIDAD DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL DE MURCIA

MARÍA DEL CARMEN MARÍN ÁLVAREZ¹
Letrada de la Administración de Justicia

Resumen: *La Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia —UMIM—, Servicio de Mediación integrado en la Oficina Judicial a cargo de un Letrado de la administración de justicia, ofrece mediación de forma gratuita en los ámbitos de familia, penal, civil, menores y contencioso-administrativo. Cuenta con coordinadores y tutores mediadores expertos y más de 130 mediadores que colaboran en régimen de voluntariado.*

Sumario: I. Introducción. II. Organización y funcionamiento. 2.1. Estructura. 2.2. Señas de identidad. 2.3. Protocolos de Derivación, Instalaciones y Bolsas de Mediadores. III. Breve explicación del trabajo desarrollado en cada ámbito. 3.1 Ámbito de familia. 3.2. Ámbito penal. 3.3 Ámbito de menores infractores. 3.4. Ámbito civil. 3.5 Ámbito contencioso-administrativo.

I. INTRODUCCIÓN

La Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia (en adelante UMIM), primera experiencia de mediación del Ministerio de Justicia dentro del concepto de Oficina Judicial, integrada orgánicamente en el Servicio Común Procesal de Ordenación de Murcia, y presta servicios integrales,

¹ Letrada de la administración de justicia, Máster Oficial en Mediación, Curso de especialización universitaria en mediación penal y victimología. Doctoranda en mediación. Miembro de GEMME España, Consultora Internacional para Eurososocial II, Proyecto para Costa Rica para la elaboración de una Guía de Formación de Formadores en materia de mediación y conciliación en diciembre de 2014. Jefe de la Unidad de Mediación Intrajudicial del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.



centralizados, especializados y gratuitos de mediación en asuntos que le son derivados desde los órganos judiciales de Murcia capital.

La UMIM comenzó a funcionar en modo experimental a finales del 2013 (*vid.* Instrucción de la Secretaría de Gobierno TSJ Murcia 5/2013 de 4 de noviembre, sobre puesta en marcha de la Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia —UMIM), adquiriendo carta de naturaleza orgánica como dependencia formal de la Oficina Judicial de Murcia con la Orden JUS/1721/2014 de 18 de septiembre (BOE 25 de septiembre de 2014) por la que se amplía la Oficina Judicial de Murcia.

II. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA Y FUNCIONAMIENTO

La UMIM se incardina en la estructura de la Oficina Judicial de Murcia y, para su funcionamiento interno y procedimental, cuenta con la participación de distintos funcionarios y mediadores y con la existencia de unos protocolos de derivación y funcionamiento, según veremos a continuación.

2.1. Estructura

La UMIM es la Sección 5ª del Servicio Común de Ordenación, está dirigida y servida por funcionarios de la administración de justicia y un jefe de servicio (Letrada de la administración de justicia con formación superior en mediación) y dos tramitadores procesales de plantilla (uno de ellos con formación en mediación) y otro tramitador más de apoyo. Son ellos los responsables del control de la derivación y devolución de los asuntos, de la supervisión del proceso de mediación y del control de la calidad del servicio prestado. Pertenecer a la Oficina Judicial les da la posibilidad, realmente innovadora, de colaborar con funciones procesales con los distintos órganos para identificar asuntos y proponer su derivación, pudiendo acceder a los expedientes judiciales, material e informáticamente, tanto en la fase previa como en la fase posterior, para conocer la incidencia del proceso de mediación en el proceso judicial. El hecho de contar con un Letrado de la administración de justicia y con fe pública judicial ofrece interesantes posibilidades a explorar, fundamentalmente para potenciar una rápida y segura incorporación de los acuerdos de mediación a los procedimientos judiciales.

El Ministerio de Justicia ha apostado por generar este espacio innovador que supone implicar a la sociedad civil en la Justicia, puesto que



la mediación es también tutela judicial efectiva, generando un espacio para el diálogo y la solución positiva de los conflictos dentro de la propia Oficina Judicial. Los mediadores, de diferentes orígenes profesionales, no solo colaboran altruistamente sino que son promotores y constructores del proyecto con el que están muy comprometidos, generándose una verdadera comunidad de aprendizaje y un entorno de trabajo colaborativo, que es mucho más valioso que la simple suma de sus implicados. El servicio apuesta por la auto-sostenibilidad mediante la colaboración en régimen de voluntariado por parte de esos profesionales titulados en mediación, quienes conducen las sesiones informativas y las de mediación, una vez que son designados para cada caso por la UMIM. Y lo hacen sin remuneración ni coste para los litigantes ni para el sistema de Justicia, pero sí cuentan con numerosas motivaciones para esta colaboración con la UMIM, entre ellas:

- a) posibilidad de ganar experiencia con el manejo de casos reales, en un espacio tutelado y colaborativo, contando con el apoyo y supervisión de mediadores expertos;
- b) recibir formación continuada especializada;
- c) alcanzar prestigio profesional;
- d) obtener la certificación oficial de las horas de mediación reales;
- e) contar con el prestigio de ser colaboradores de los tribunales de Justicia;
- f) especializarse en áreas concretas y novedosas de mediación;
- g) contribuir al cambio cultural sobre la forma de resolución de los conflictos, forzando de esa forma la generación de una demanda social de servicios remunerados de mediación extrajudicial;
- h) una motivación intrínseca, disfrutar del reto personal y profesional que supone cada mediación.

2.2. Señas de identidad

La UMIM apuesta por la comediación y la multidisciplinariedad, generando equipos de trabajo muy numerosos pero bien estructurados y organizados, con una supervisión técnica constante por parte de los coordinadores y tutores, mediadores expertos, apostando por un método de trabajo similar y homogéneo, pero al mismo tiempo flexible para adaptarlo a las necesidades de los usuarios y fomentar el espacio para que cada



mediador pueda encontrar y desarrollar su propio estilo. La incorporación de los mediadores es gradual, empiezan observando, después haciendo llamadas de teléfono y sesiones informativas, luego comediando con otro mediador más experto y finalmente, cuando ya adquieren destreza, siendo mediador responsable de un ámbito concreto.

Se concibe como un espacio de los mediadores, un proyecto en el que ellos no solo son actores imprescindibles sino también constructores, participando en el diseño y planificación, apostando por el crecimiento y evolución constante. El servicio también aplica los principios de la mediación a su organización, adaptándose continuamente para conseguir el difícil equilibrio entre el compromiso y la colaboración altruista. Se apuesta por el trabajo en equipo, incidiendo especialmente en el valor de la observación, no solo a nivel de aprendizaje sino también coadyuvando en el proceso y también por la formación constante, con talleres periódicos para el seguimiento de los casos y talleres generales y específicos de materias concretas de mediación y de otras afines. Semanalmente existe un acompañamiento de los coordinadores, que son quienes distribuyen las mediaciones que se inician en función del perfil del conflicto, del perfil del mediador y la disponibilidad, intentando que exista un equilibrio.

Además nace con una vocación de llegar a todos los ámbitos jurisdiccionales, iniciando su andadura en penal y familia, más adelante se incorporaron menores y civil y en un momento posterior contencioso-administrativo, y en años próximos pretendemos abarcar a todas las jurisdicciones y especialidades y también llegar a todo el territorio de la Comunidad Autónoma con sedes delegadas a las que demos apoyo organizativo y de supervisión.

Uno de los pilares fundamentales del servicio es contar con los coordinadores técnicos y tutores, mediadores expertos de reconocido prestigio que además de mediar acompañan a los mediadores y supervisan técnicamente los procesos de mediación. El objetivo es la calidad; por eso se intenta medir todos los parámetros posibles de las mediaciones y de los mediadores, incluyendo las horas dedicadas al servicio, promoviendo la necesidad de documentar los casos con el objetivo futuro de generar una base de datos de carácter técnico con resúmenes de mediaciones y de acuerdos. También contamos con coordinadores judiciales, personal de Justicia (LAJ o equipo técnico) sensibilizado con el tema que facilita la derivación y comunicación con los órganos judiciales.

Se trata de ofrecer al ciudadano un espacio seguro y controlado, dentro de la propia Ciudad de la Justicia, para el diálogo y la solución positiva del conflicto que tienen judicializado, bajo los principios de la



confidencialidad y la voluntariedad, de forma gratuita y con la asistencia de mediadores profesionales, imparciales y neutrales, que van a estar supervisados a su vez técnica y formalmente por mediadores expertos. Una de las grandes novedades es poder ofrecer también el servicio online, pudiendo realizar las sesiones informativas y de mediación a través del ordenador cuando alguna de las partes no reside en Murcia, instrumento que está demostrando ser muy útil y con una excelente valoración por parte de los usuarios.

Por otro lado, la UMIM es una oficina más de los juzgados, a los que está completamente conectada, pudiendo acceder los funcionarios de la UMIM a la aplicación informática para conocer el estado del procedimiento judicial y para proponer la derivación, permitiendo potenciar y regular el flujo de entrada. Es una unidad propia que se concibe al servicio de los distintos órganos, al servicio de los jueces, de los Letrados de la Administración de Justicia, de los fiscales, de los funcionarios, con un contacto personal y frecuente. Orgánicamente dependemos del secretario de gobierno, y por tanto respondemos de nuestra actuación ante él y ante el Ministerio de Justicia, como cualquier otro órgano judicial. Además pretende demostrar que la mediación puede estar también al servicio de los abogados, para ayudarles en su trabajo y devolverles el conflicto resuelto para que sean ellos quienes lo gestionen jurídicamente.

La UMIM cuenta con protocolos de derivación consultados con los jueces, fiscales y Letrados de la Administración de Justicia del orden jurisdiccional, aprobados por la Sala de gobierno del Tribunal Superior de Justicia y el de Menores también aprobado por Fiscalía General del Estado. Los primeros protocolos aprobados de familia, penal, civil y contencioso se encuentran en proceso de consulta de las actualizaciones. La UMIM cuenta también con un protocolo interno de funcionamiento para cada ámbito y se está elaborando de forma colaborativa un Código Deontológico propio.

La UMIM tiene su sede en la Ciudad de la Justicia de Murcia. Cuenta con cinco salas de mediación tres de ellas dotadas de circuito cerrado de vídeo para el visionado de las mediaciones en una cuarta sala (sin posibilidad de grabación), que también puede ser utilizada para sesiones de mediación. Además del despacho de la Directora y de espacio para los funcionarios, cuenta con dos salas de espera diferenciadas y sala de reuniones y espacio para los talleres.

La UMIM a través de la iniciativa de GEMME del Punto Neutro de Profesionales de la Mediación, en concreto el generado en Murcia, promovió una Bolsa de Mediadores en las que se han presentado ya más de





530 instancias, y se siguen presentando. De entre ellos, paulatinamente a lo largo de estos cuatro años se han ido seleccionando mediadores y actualmente colaboran más de 130 personas. Junto a la perspectiva de género en la selección, se intenta tener variedad de profesiones de origen. Aunque la mayoría proceden del mundo jurídico (abogados, procuradores, notarios, policías) contamos con psicólogos, trabajadores sociales, educadores sociales, criminólogos, varios policías locales, un ingeniero, una arquitecto, un notario, bancarios jubilados... También tienen interés en colaborar Letrados de la Administración de Justicia y funcionarios de justicia y en fechas próximas también está prevista la incorporación de jueces y Letrados de la Administración de Justicia jubilados.

Todos estos mediadores han acreditado su titulación universitaria previa, cuentan con la titulación de mediación exigida por el Ministerio de Justicia y el seguro de responsabilidad civil.

III. BREVE EXPLICACIÓN DEL TRABAJO DESARROLLADO EN CADA ÁMBITO

3.1. Ámbito de familia

En familia se está trabajando por un lado con los dos juzgados exclusivos de familia de Murcia capital, el instancia nº 3 y el instancia nº 9, y los juzgados de Molina de Segura, contando con la colaboración del Servicio de mediación de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de Murcia, que ya venía desempeñando esta función desde hace algunos años, cuyos responsables y mediadores son las mismas personas que técnicamente coordinan la UMIM en familia, abogada y psicólogo. La coordinadora judicial es trabajadora social del equipo técnico de los juzgados de familia, actualmente dependiente del Instituto de Medicina Legal.

La mecánica de trabajo instaurada, dado que ya son ocho los órganos implicados, se ha centrado en una agenda única gestionada desde la UMIM, compartida con los juzgados de Murcia y también de forma telefónica, o a través del correo electrónico, adjudica día y hora para una sesión informativa, encargándose el juzgado de la citación correspondiente, en muchas ocasiones aprovechando el propio señalamiento de juicio. Los martes (por la mañana y por la tarde) y viernes por la mañana son los días seleccionados para estas sesiones informativas que se realizan con ambas partes a la vez y con sus abogados si las acompañan. Se les



concede una semana de reflexión, para que valoren y decidan si aceptan entrar en mediación, y se les llama por teléfono por los mediadores que han realizado la sesión informativa. Si aceptan entrar en mediación por el coordinador técnico, junto con el tutor y asistidos por la responsable de la UMIM se adjudica la mediación a dos mediadores, atendiendo a la disponibilidad horaria de las partes y los mediadores, a que sean de diferentes sexos, incluso profesiones dependiendo de la dificultad y del tema discutido, intentando que sea de una forma equilibrada entre los mediadores más expertos y a la vez dando la oportunidad de entrar en comediación a los mediadores más noveles que ya han superado una fase previa de formación.

Aceptada la mediación se les convoca a una sesión de premediación para explorar por separado sus expectativas y necesidades, confirmando la viabilidad de la mediación, y en esa misma sesión o en otra posterior, si se necesita nueva reflexión o valoración por los mediadores, ya se firma el acta constitutiva donde firman el acuerdo de confidencialidad y las normas del proceso, iniciándose formalmente la mediación con una duración de unas 5 o 6 sesiones de 60 o 90 minutos de duración aproximadamente y con una periodicidad semanal, atendiendo a la disponibilidad de las partes. Normalmente no asisten los Letrados a estas sesiones, salvo que las partes o los propios abogados lo consideren necesario y siempre respetando que exista equilibrio entre ambas y que por tanto asistan ambos abogados.



Se han incorporado como instrumentos de trabajo instaurar la llamada de teléfono a los abogados de las partes en el momento que se va a iniciar la mediación, para legitimar su papel, que se sientan partícipes y estén





seguros de que no se van a tomar decisiones sin su asesoramiento y también introducir una sesión de premediación para explorar con las partes sus necesidades y expectativas y solo abrir aquellas mediaciones en las que las partes estuvieran dispuestos a trabajar por alcanzar acuerdos y resolver esa situación, superando así una de las mayores dificultades iniciales ya que se abrían algunas mediaciones que no tenían perspectiva alguna porque las partes no tenían ningún interés ni intención de solucionar su problema.

El juzgado correspondiente se limita a coger la cita de la agenda compartida o pedirla (por correo electrónico o por teléfono), poner la resolución citando a las partes a sesión informativa (que en la mayoría de los casos se aprovecha la propia resolución que une la contestación y remite a la UPAD para resolver sobre las pruebas propuestas). Desde la UMIM se incorpora directamente en la aplicación informática el resultado de si ha habido o no mediación y en su caso el acuerdo. El expediente no sale del juzgado ni se consulta por los mediadores, sin perjuicio de que puntualmente pueda consultarse por personal de la UMIM si se considera necesario, para aclarar algún tema concreto, bien materialmente, bien a través de Minerva (por ejemplo por incongruencia de las manifestaciones de las partes sobre el estado del proceso o de sus peticiones).

Si las partes alcanzan acuerdos se redacta un borrador de acuerdo, que previamente a la firma se supervisa por la coordinación técnica y por la Letrada de la administración de justicia responsable del servicio, que plasma por escrito las decisiones de las partes sin que se expresen de forma jurídica. Este borrador se les facilita a las partes para que durante la semana puedan revisarlo y comentarlo con sus abogados, citándoles a la semana siguiente para la firma del acuerdo a la que se invita a los Letrados. Si las partes lo solicitan y autorizan expresamente se remite copia literal del acuerdo al juzgado al que se comunica que la mediación ha concluido con acuerdo. Es ya función de los Letrados darle forma jurídica al acuerdo y presentarlo formalmente ante el juzgado, por ejemplo a través de un Convenio Regulador o un escrito de desistimiento en una ejecución. A través de la aplicación informática Minerva se hace un seguimiento posterior del caso para incorporar a la estadística el resultado final del proceso judicial. Este seguimiento permite constatar el número elevado de mediaciones que, terminadas sin acuerdo en la UMIM, finalmente concluyen con acuerdo en el juzgado.

En principio la mediación se desarrolla con las partes, normalmente los progenitores, y puntualmente pueden intervenir también los hijos, mayores o menores, en función de cómo se desarrolle el procedimiento y si se trata de temas que les afecten directamente, previa decisión de los



padres y contando con la valoración técnica de los mediadores junto con la coordinación. Han sido pocos los casos en los que han participado los menores pero con muy buenos resultados.

3.2. Ámbito penal

Contamos con una Coordinadora técnica y una tutora, ambas abogadas mediadoras con años de experiencia acreditada y una Coordinadora Judicial, Letrado de la administración de justicia, actualmente destinada en el SCEJ penal.

En penal la incorporación ha sido gradual y actualmente ya presta servicio a los nueve juzgados de instrucción, a los seis juzgados de lo penal, SCOP y SCEJ penal y a la Audiencia Provincial. Las reformas legislativas en materia penal: Código penal, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Estatuto de la víctima y Reglamento que lo desarrolla, han implicado cambios importantes en el modelo de intervención al destipificarse las faltas y actualmente se está consensuando la actualización del protocolo de derivación.

El juzgado dicta una resolución derivando el asunto a mediación en la que comunica a las partes que desde la UMIM los mediadores se pondrán en contacto telefónico para invitarles a una sesión y estos contactan primero con el denunciado y, si acepta, con el denunciante, para ofrecerles el recurso y si están de acuerdo, citarles a una sesión informativa que se realiza por separado con cada parte. Si aceptan entrar en mediación se les convoca a una sesión constitutiva, normalmente conjunta, aunque existe la posibilidad de que la mediación se haga en todo momento por separado si así lo quieren las partes, en donde se firma la confidencialidad y las reglas del proceso, y ya se trabaja con las partes. Los mediadores se asignan por la coordinación técnica, asistidos por la responsable del servicio, intentando una distribución equitativa en función de la tipología y dificultad del asunto, de la disponibilidad de horario de las partes y los mediadores, incluso valorándose el sexo (para que sean hombre y mujer si se trata de un tema de pareja) o la profesión, si hay muchas emociones implicadas, entre los mediadores más expertos y dando la oportunidad de que los noveles vayan adquiriendo experiencia en comediación. Normalmente la mediación penal conlleva una o dos sesiones de mediación, a lo sumo tres, por lo que es mucho más rápida que la familiar en la que se trabaja la relación más en profundidad. En penal las sesiones informativas y las mediaciones se llevan a cabo normalmente los miércoles y viernes por la mañana y los jueves por la tarde. Si los abogados acompañan a sus



clientes, asisten a la sesión informativa a las sesiones de mediación si así lo demandan, siempre respetando que la otra parte también esté asesorada, y se les invita, a través de las partes, a la firma del acuerdo.



Actualmente trabajamos con dos formatos, el de Justicia Restaurativa en el que los papeles de víctima y agresor están por un lado bien definidos y como presupuestos para trabajar se requiere un mínimo reconocimiento de los hechos y una intención de reparar a la víctima, y por otro lado el formato propio de la mediación penal, en el que la partes suelen tener denuncias cruzadas (temas de familia o de vecindad) en los que esos presupuestos se desdibujan y partimos del reconocimiento de que existe una relación conflictiva y la intención por parte de ambos de solucionar el problema de fondo y acabar con la judicialización continua de sus desavenencias.

Se les explica que el proceso de mediación corre paralelo al judicial y el hecho de que lleguen a un acuerdo no implica el archivo de las actuaciones, sino que dependerá de que por el Ministerio Fiscal se formule o mantenga la acusación y en definitiva de la decisión del Juez que sin duda verá con buenos ojos que las partes hayan sido capaces de superar sus diferencias y solucionar el problema. En mediación penal no solo la víctima tiene la oportunidad de sentirse escuchada y reparada y el denunciado la oportunidad de explicar lo ocurrido y cuáles eran sus circunstancias, responsabilizándose de sus actos, sino que además ambos pueden escucharse y ponerse en el lugar del otro. Todo ello también puede tener efectos muy importantes por ejemplo para la víctima, que deje de tener miedo, que perdone; y respecto del denunciado, de cara a la reincidencia, porque de verdad son conscientes del daño ocasionado, han escuchado el



sufrimiento causado, le han puesto cara, y probablemente ello conlleve que nunca más vuelvan a generar una situación de este tipo.

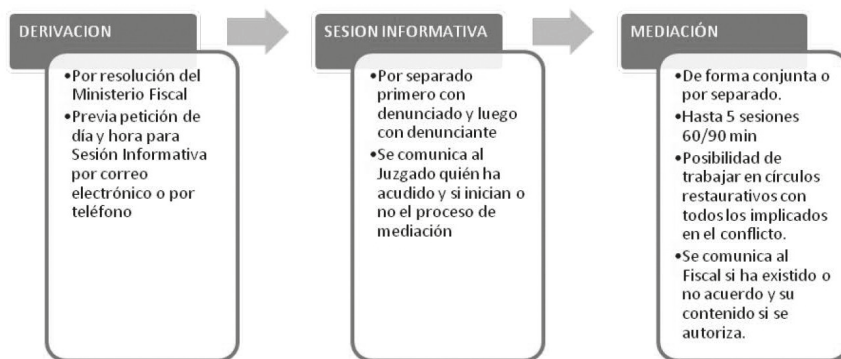
Se ha configurado muy útil la posibilidad de que las partes que alcanzan acuerdos que incluyen la decisión de la parte denunciante de retirar la denuncia y solicitar el archivo del procedimiento penal por no tener nada que reclamar, pueda la denunciante hacer esta manifestación por medio de comparecencia ante la Letrado de la administración de justicia, bajo su fe pública, como integrante de un Servicio Común Procesal, sin perjuicio de que el juzgado pueda entender necesario su ratificación posterior.

Como muchos de los asuntos penales derivados tienen su origen en un conflicto familiar, con unos parámetros de intervención diferentes, estamos configurando un formato específico de intervención mixta, penal y familiar. También están dando buenos resultados la intervención mixta con la jurisdicción de menores, en asuntos en los que los denunciados son adultos y menores (hasta ahora todas personas muy jóvenes con muy poca diferencia de edad 17/18 años).

3.3. Ámbito de menores infractores

Contamos con un coordinador técnico (también coordinador en el ámbito de contencioso-administrativo) y una tutora técnica, trabajadora social, ambos mediadores con años de experiencia pública en este ámbito, habiendo participado en el Servicio de Mediación Intergeneracional que existió en la Comunidad Autónoma. La coordinadora judicial es trabajadora social del equipo técnico de los juzgados de menores.

La dinámica de trabajo es la siguiente:





En este ámbito, al existir ya conciliación y reparación por parte del equipo técnico de los juzgados de menores, son muy pocos los casos derivados por Fiscalía de menores, la mayoría de violencia intrafamiliar con un componente de conflicto intergeneracional. El protocolo está en revisión para poder plantear la derivación por parte de los juzgados de menores y en fase de ejecución, y nuestro objetivo es poder trabajar también en otras áreas muy interesantes, como por ejemplo acoso escolar o la violencia en el deporte, para poder trabajar no solo con los implicados directamente, sino también con todos los afectados (clase, equipo, sociedad).

3.4. Ámbito civil

Este ámbito cuenta con una coordinadora técnica, abogada y psicóloga y dos tutores y la coordinadora judicial, Letrada de la Administración de Justicia, jefe del SCEJ Civil Mediadores que iniciaron la colaboración con la UMIM en el ámbito de familia consolidándose como mediadores expertos. Es un ámbito que se ha generado en una segunda fase con mediadores que colaboraban con otros ámbitos y que incluso en algunos casos siguen compatibilizando más de un ámbito de colaboración.

En cuanto a la forma de prestar el servicio, si se solicita directamente por el usuario desde la UMIM se interesa del órgano que proceda a la derivación. La derivación en cualquier caso se verifica mediante resolución judicial, diligencia de ordenación, decreto o providencia, incluso en la propia acta, en la que ya se cita a las partes —cogiendo una fecha de la agenda compartida del servicio— a una sesión informativa, normalmente en el mismo día pero con media hora de diferencia para que esa primera entrevista se realice por separado con cada parte. Si se acepta la mediación, se les convoca a una sesión constitutiva y luego a las sesiones que sean necesarias entendiéndose que no superarán como regla general las cuatro e incluso con un formato de sesión única con mayor duración. Este ámbito lleva menos tiempo en funcionamiento pero con muy buenas perspectivas y aceptación, especialmente en los procesos de división de herencia, un ámbito muy propicio para la consolidación del recurso.

3.5. Ámbito contencioso-administrativo

Este ámbito trabaja por ahora con procesos en ejecución de la Sala de lo Contencioso del TSJ y la derivación se hace directamente por la Sala solicitando la fecha para la Sesión Informativa por teléfono o correo electrónico. Contar con la implicación del Letrado de la Administración de



justicia de la Sala de lo Contencioso del TSJ está siendo fundamental puesto que es el principal filtro a la hora de identificar asuntos y se está haciendo una gran labor de difusión e información desde la propia Sala. Si inician la mediación son procesos largos y complejos, en general con muchas partes implicadas, con un componente jurídico muy importante que hace imprescindible que al menos uno de los mediadores conozca la materia. Es una mediación con sus propias particularidades y normalmente se trabaja directamente con los abogados de las partes y los jurídicos de la Administración. En ocasiones la principal dificultad es conseguir que por parte de la Administración se asista a la primera sesión informativa por las prerrogativas que tiene la propia Administración. En este ámbito está resultando muy útil incorporar la mediación online para evitar desplazamientos hasta Murcia de los abogados de la Administración Estatal. La acogida está siendo muy buena, por parte del ciudadano y también especialmente por parte de la Comunidad Autónoma. El modelo de intervención está en proceso de adaptación a las especialidades del ámbito y los mediadores en fase de consolidación porque es una mediación bastante diferente a la de los otros ámbitos en los que ya están consolidados (familia, penal o civil).







EL MODELO VASCO DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA

ROBERTO MORENO ÁLVAREZ

Responsable del Servicio de Justicia de Adultos.

Dirección de Justicia. Departamento de Trabajo y Justicia del Gobierno vasco

Board member of the European Forum for Restorative Justice

ro-moreno@euskadi.eus

<https://www.justizia.eus/> <http://www.euforumrj.org/>

Sumario: I. Justicia restaurativa. II. Evolución del servicio de mediación intrajudicial de Euskadi. III. Modelo de gestión, características. 3.1. Incardinado en el paradigma de la Justicia Restaurativa. 3.2. Servicio público: modelo mixto de gestión. 3.3. Gratuidad y voluntariedad. 3.4. Modelo colaborativo por derivación judicial. 3.5. Servicio Público con autonomía y especialización. 3.6. Objeto: mediación penal y familiar. 3.7. Extensión territorial. 3.8. Coordinación con el CGPJ. 3.9. Modelo europeo como referencia: EUROPEAN FORUM FOR RESTORATIVE JUSTICE. IV. Pros y Contras de la extensión y transformación de los servicios de mediación intrajudicial (SMI) en el año 2011. 4.1. Pros. 4.2. Contras. V. Mediación familiar intrajudicial: objetivos. VI. Conclusiones I: Objetivos alcanzados. VII. Conclusiones II: retos y oportunidades.

Euskadi es una comunidad autónoma del Estado español cuyo pequeño tamaño y cohesión social la hacen idónea para establecer servicios públicos de justicia restaurativa. La población de la Comunidad Autónoma de Euskadi (CAE), es de aproximadamente 2.200.000 personas, mientras que la del total del Estado es de unos 47 millones de personas. Por tanto, Euskadi no supone ni el 5% de la población del Estado y sin embargo según los datos de la memoria de mediación penal del Consejo General del



Poder Judicial, Euskadi supone en torno al 60% de todas las mediaciones que se hacen en España.

La administración judicial de Euskadi está compuesta por tres Territorios Históricos (Araba, Bizkaia y Gipuzkoa) con un total de 14 partidos judiciales, dos en Araba, seis en Gipuzkoa y seis en Bizkaia, mientras en el conjunto del Estado hay 52 provincias y 431 partidos judiciales.

Los agentes del sistema judicial en Euskadi suponen un coste aproximado de 160 millones de euros para el sistema, con más de 2.000 empleados públicos que trabajan para la administración de justicia y 500 jueces/as, fiscales y Letrados de administración de justicia. El Servicio de mediación intrajudicial de Euskadi tiene un coste aproximado de 700.000 € al año, está presente en todos los partidos judiciales y consta de un equipo de 14 mediadores y tres administrativos. Aun estando cuantitativamente al nivel de derivaciones en penal, similar a países con una población y marco regulador igual, los asuntos que van a mediación penal no suponen ni el uno por ciento del total de asuntos penales en Euskadi.

I. JUSTICIA RESTAURATIVA

Según la definición de la ONU:

«el proceso restaurativo es aquel proceso donde la víctima y el ofensor, y donde sea apropiado, otras personas y miembros de la comunidad afectados por un delito, participan activamente juntos en la resolución de las cuestiones derivadas del mismo, con la ayuda de una persona facilitadora». ONU. (2006). Handbook on Restorative Justice Programmes. New York: United Nations Office on Drugs and Crime.

Supone por tanto un nuevo paradigma, un nuevo enfoque de la justicia penal donde, en cierta medida, se devuelve el papel protagonista del conflicto a las partes (VÍCTIMA-VICTIMARIO-SOCIEDAD) asistidos de un profesional o profesionales (mediadores o facilitadores) y donde el papel del Estado vendrá a dar validez jurídica al proceso.



Paul McCold and Ted Wachtel, 2003.

II. EVOLUCIÓN DEL SERVICIO DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL DE EUSKADI

La creación de un sistema de mediación intrajudicial/intraprocesal para adultos en la Comunidad Autónoma de Euskadi (CAE), en el ámbito de la jurisdicción penal, no solo es una propuesta coherente con la orientación político criminal restaurativa preconizada por el Departamento de Trabajo y Justicia del Gobierno vasco, sino también una necesidad del propio sistema penal, así como un imperativo a medio plazo en el ámbito de la Unión Europea.

En este sentido, debe recordarse la decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, que se pronunciaba en los siguientes términos:

«Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación



[...]. *Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006» (artículos 10 y 17).*

Más recientemente, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 (publicada el 14 de noviembre de 2012 en el DOUE L315/57) por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos la Unión Europea y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito que la desarrolla, se reafirma en su compromiso con la mediación y los servicios de justicia restaurativa como procedimiento de resolución de conflictos y se establecen los principios generales en los que se sustenta su aplicación.

De acuerdo con el Decreto 84/2017, de 11 de abril, por el que se establece la Estructura Orgánica y Funcional del Departamento de Trabajo y Justicia, le corresponde a la Dirección de Justicia *fomentar y desarrollar la Justicia Restaurativa y la resolución alternativa de conflictos en el marco de la administración de justicia.*

En este sentido, la Dirección de Justicia del Gobierno vasco instauró los Servicios de mediación intrajudicial en la Comunidad Autónoma de Euskadi a finales de 2007, con la creación de los primeros servicios, entonces denominados de Mediación penal, en los partidos judiciales de Barakaldo y de Vitoria-Gasteiz. Durante el año 2008, los Servicios se extendieron a los partidos judiciales de Bilbao y de Donostia, iniciativa que se convirtió en una de las primeras experiencias de servicios públicos de mediación intrajudicial en el Estado español.

En el año 2011 se firmó un nuevo convenio para extender el Servicio a todos los partidos judiciales de Euskadi y, de esta manera, facilitar el acceso de los ciudadanos y ciudadanas al mencionado servicio público. En cada Territorio Histórico, se confió la gestión y la coordinación de los servicios a una entidad diferente.

En el año 2013 se modificó el Convenio con el fin de alcanzar una mayor homogeneidad en la prestación del Servicio, mediante una única entidad que gestionase el Servicio de mediación intrajudicial de Euskadi (SMI). Asimismo, se extendió a ciertos casos de familia en la jurisdicción civil. Efectivamente, en base a diferentes experiencias realizadas, la mediación se ha manifestado especialmente necesaria en los casos de separaciones y divorcios contenciosos con hijos e hijas menores a cargo, debido a la especial protección que requiere este colectivo y la incidencia de dicha conflictividad en el orden jurisdiccional penal.



Pasados 10 años con convenios de colaboración, para 2018 se ha sacado a concurso público, como servicio público externalizado, el nuevo **Servicio de Justicia Restaurativa de Euskadi**, que, además de la mediación penal, incluirá en dicha jurisdicción otras técnicas como círculos y conferencias cuando sean más adecuadas al caso. Para ello durante el año 2017 se han revisado los protocolos con los mediadores y todos los operadores jurídicos de manera que el nuevo protocolo entró en vigor 2018.

III. MODELO DE GESTIÓN, CARACTERÍSTICAS

3.1. Incardinado en el paradigma de la justicia restaurativa

La mediación reparadora, como fórmula complementaria en el seno de la administración de justicia (incardinada en el proceso), aunque alternativa al procedimiento judicial contencioso, constituye un procedimiento dialogado de resolución de conflictos, que presenta las siguientes ventajas destacadas tradicionalmente:

- Permite un mayor protagonismo de la víctima en la resolución del conflicto; enriquece el proceso resolutorio, haciéndolo más comprensivo para las partes, mediante la comunicación y la introducción de aspectos subjetivos que se diluyen en el procedimiento formal.
- Consigue una mayor profundidad en la solución consensuada y una mayor asunción de responsabilidad por parte del infractor lo que repercute positivamente en la comunidad.
- Permite aportar calidad a la administración de justicia mediante un sistema complementario a la Justicia tradicional orientado a las necesidades de los ciudadanos que permite adicionalmente disminuir la carga de trabajo de los juzgados y tribunales y mejora el ambiente de trabajo de todos los operadores jurídicos implicados. Además y dado que todo el proceso de mediación se realiza bajo el control de los operadores jurídicos, se garantizan los derechos de todas las partes, así como el interés público.

3.2. Servicio público: modelo mixto de gestión

Desde su inicio en el año 2007, el Gobierno vasco ha buscado una fórmula que garantizara el control público de la prestación de un servicio público incardinado en la administración de justicia de Euskadi, junto con la autonomía y la especialización en la prestación del servicio. Por



ello se ha venido prestando el servicio de forma convenida con diferentes entidades sin ánimo de lucro del tercer sector especializadas en la mediación en Euskadi y en contacto directo con la propia sociedad y la red de servicios sociales.

Para ello, la Dirección de Justicia ha tenido contacto con la práctica totalidad de entidades expertas en la materia en la CAE, tratando de actuar con transparencia y publicidad. Por ello, pasados 10 años con convenios de colaboración, para 2018 se ha sacado a concurso público como servicio público externalizado el nuevo Servicio de Justicia Restaurativa de Euskadi, que además de la mediación penal, incluirá en dicha jurisdicción otras técnicas como círculos y conferencias cuando sean más adecuadas como ya hemos señalado.

3.3. Gratuidad y voluntariedad

Dado que es un sistema incardinado en la estructura de la administración de justicia en Euskadi en colaboración con los operadores jurídicos, es un sistema gratuito para la ciudadanía. Asimismo, las partes podrán en cualquier momento desistir del procedimiento de mediación siendo una de sus principales características la voluntariedad del mismo.

3.4. Modelo colaborativo por derivación judicial

El Servicio de mediación intrajudicial de Euskadi establece su intervención únicamente por derivación judicial y con el acuerdo de fiscalía, el servicio público que se pone a su disposición dentro de la estructura de la administración de justicia en Euskadi y los Letrados y Letradas de la partes cuya colaboración resulta esencial en el asesoramiento jurídico de las partes para una correcta defensa Letrada que en absoluto colisiona ni se ve mermada con la intervención de los mediadores. El protocolo actual fue firmado por el Fiscal General del Estado en el año 2011.

3.5. Servicio público con autonomía y especialización

Desde su inicio en el año 2007 el Gobierno vasco ha buscado una fórmula que garantizara el control público de la prestación de un servicio público incardinado en la administración de justicia de Euskadi, junto con la autonomía y la especialización en la prestación del servicio, no pudiendo depender por tanto de judicatura o fiscalía para poder ejercer dicha autonomía con garantías.



Esta autonomía garantiza la confianza y respeto a la profesionalidad e independencia de los mediadores que garantizan la seguridad y confidencialidad de todo el proceso.

3.6. Objeto: mediación penal y familiar

El objeto del Servicio de mediación intrajudicial de Euskadi (SMI) consiste en la prestación del servicio de mediación en Euskadi en colaboración con los Órganos Judiciales y el Ministerio Fiscal. En concreto, se atienden las derivaciones judiciales correspondientes a todos los supuestos del orden jurisdiccional penal y los asuntos de la jurisdicción familiar relativos a separaciones y divorcios o modificación de medidas siempre que existan hijos menores a cargo y las actuaciones que se realicen por el servicio tengan relación con la defensa del interés superior del menor. Todo ello a salvo de la prohibición expresa de remisión para aquellos asuntos que traen origen en violencia sobre la mujer (artículo 87 ter nº 5 de la LOPJ).

3.7. Extensión territorial

El Gobierno vasco provee las sedes y medios materiales e informáticos necesarios en las mismas para la prestación del servicio en todos los partidos judiciales, como así se está desarrollando desde el año 2013.

3.8. Coordinación con el CGPJ

Desde sus inicios el SMI ha venido colaborando con el Consejo General del Poder Judicial tanto en la elaboración de las memorias anuales como en la elaboración de modelos y protocolos, entendiendo este marco institucional que supone el apoyo del CGPJ como fundamental en el desarrollo del servicio público. Dicha colaboración se ha visto refrendada con la firma en el año 2015 del Acuerdo de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y el Gobierno vasco de 27 de abril de 2015 para el impulso de la mediación y de otras formas pacíficas de resolución de conflictos y de justicia restaurativa como fórmula alternativa y/o complementaria al proceso judicial.



3.9. Modelo europeo como referencia: *European Forum For Restorative Justice*

Desde el año 2007 el Gobierno vasco es miembro de pleno derecho del *European Forum for Restorative Justice*, entidad que desde el año 2000 es el referente fundamental en Europa en esta materia, siendo la entidad que asesora a la Comisión Europea y que tuvo un importante papel en el asesoramiento de los trabajos de la Directiva del estatuto jurídico de la víctima, que ha tenido su trasposición al Derecho español con la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto jurídico de la víctima. Desde el año 2014 como representante técnico del Gobierno vasco, fui elegido para un periodo de seis años como miembro del Comité directivo de expertos (BOARD) del *European Forum for Restorative Justice*. Esta contextualización y experiencia europea ha supuesto dar un paso más en 2018 y sacar el concurso para el Servicio de Justicia Restaurativa de Euskadi, siendo el primer servicio intrajudicial en Europa que va a incluir de forma integral en la jurisdicción penal las tres técnicas de justicia restaurativa: mediación penal, círculos y conferencias.

IV. PROS Y CONTRAS DE LA EXTENSIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LOS SERVICIOS DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL (SMI) EN EL AÑO 2011

4.1. Pros

- Acceso universal.
- Mayor extensión de la nueva cultura de la mediación.
- Consideración del SMI como parte de la estructura de la administración de justicia.
- Consolidación del SMI como servicio público.

4.2. Contras

- Mediación intrajudicial (derivación judicial) queda fuera prejudicial/comunitaria.
- Falta de regulación legal de la mediación penal como tal (dificultad procesal).
- La derivación a los SMI por parte de judicatura es siempre voluntaria.
- Sistema paralegal que produce incertidumbre jurídica.
- Necesaria revisión protocolos (operadores jurídicos).

**SMI DE EUSKADI – CIFRAS DE MEDIACIÓN PENAL
(2016)**

2016	CASOS DE MEDIACIÓN CERRADOS			CASOS DERIVADOS
	1.204			
	CON MEDIACIÓN	CON ACUERDO	SIN ACUERDO	
ARABA	121	105	16	256
BIZKAIA	387	301	86	785
GIPUZKOA	94	68	26	190
Total	602 (51,41%)	474 (78,74%)	128 (21,26%)	1.231

**SMI DE EUSKADI – CIFRAS DE MEDIACIÓN FAMILIAR
(2016)**

2016	CASOS DE MEDIACIÓN CERRADOS			CASOS DERIVADOS
	521			
	CON MEDIACIÓN	CON ACUERDO	SIN ACUERDO	
ARABA	61	28	33	138
BIZKAIA	152	78	74	297
GIPUZKOA	48	20	27	194
Total	261 (41,83%)	126 (48,28%)	134 (51,72%)	629



V. MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL: OBJETIVOS

- Equilibrar la relación de poder de las partes en conflicto.
- Prevenir que disputas del ámbito familiar civil acaben en el juzgado como delitos o faltas penales.
- Solo pueden ser derivados aquellos casos en los que haya menores implicados y solo para llegar a acuerdos en los siguientes 4 puntos:
 - Guarda y custodia y visitas.
 - Responsabilidades y decisiones concernientes a los menores.
 - Pensiones de alimentos y mantenimiento.
 - Atribución del uso del domicilio familiar.
- Ir al núcleo del conflicto:
- Resolver el problema de raíz.
- Establecer soluciones consensuadas para el futuro (cambio cultura relación).
- Reducir las ejecuciones de sentencias y número de juicios civiles.
- Disminuir el número de delitos relacionados (penal).

VI. CONCLUSIONES I: OBJETIVOS ALCANZADOS

Se ha reforzado la idea de servicio público.

- Modelo gestión mixto público-privada exitoso.
- Servicios públicos universales, gratuitos basados en la justicia restaurativa como alternativa a la justicia punitiva pero complementaria a la justicia formal aportando una justicia más humana y por tanto de mayor calidad.
- Extensión de la cultura de la justicia restaurativa a otras materias más allá del ámbito penal (familia) pero sin perder de vista que fundamentalmente es en el orden penal donde la justicia restaurativa se plantea como alternativa y complemento a la justicia punitiva tradicional.

VII. CONCLUSIONES II: RETOS Y OPORTUNIDADES

- El primer gran reto y necesidad es la existencia de un marco legal que regule la materia en el ámbito penal aprovechando la experiencia y estudios de estos años fundamentalmente en Euskadi, Catalunya y Europa. Dicha regulación podría ser fundamentalmente pro-



cedimental con una sencilla reforma en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que dé cabida a la mediación penal y otras técnicas de justicia restaurativa.

- La Justicia Restaurativa (JR) pone a la víctima en el centro del sistema (Ley Estatuto Víctima): la JR es un derecho de la víctima a participar en un proceso dialogado y a poder decidir cómo quiere ser reparada, no una alternativa penal más suave para el victimario.
- Necesario salto cualitativo para pasar a delitos graves puesto que son en los que tiene mayor potencialidad la justicia restaurativa al ir a la base del conflicto (no convertirnos en «*Trash Bin*»—asuntos menores o delitos de bagatela—).
- Convertir la mediación penal en una alternativa real complementaria a la justicia adversarial con un criterio de justicia de calidad y no simplemente una forma de descongestionar la justicia ordinaria formal.
- Son necesarias evaluaciones externas, memorias anuales y estudios científicos e investigaciones que avalen el sistema.

La forma en que deben abordarse los conflictos en el futuro debe permitir que las partes en conflicto y la comunidad participen en el tratamiento y resolución de los mismos y son los poderes públicos quienes deben dar cauce a dicha participación que en ningún caso privatiza los conflictos sino que legitima y humaniza la acción de los poderes públicos en la gestión de los conflictos en nuestra sociedad. Me despido confiando en el desarrollo de la mediación en todos los ámbitos y de la justicia restaurativa en nuestra sociedad a la vez que avanzamos hacia sociedades más democráticas y participativas.





2.2. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ARAGÓN







EXPERIENCIAS DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ARAGÓN: REALIDAD Y PERSPECTIVAS DE DESARROLLO

SOLEDAD ALEJANDRE DOMENECH

Magistrada-Jueza del Juzgado de Instrucción número 2 de Zaragoza

Resumen: *En el presente trabajo se exponen las características y conclusiones obtenidas de las concretas experiencias desarrolladas en diversos órganos judiciales de Aragón, así como unas perspectivas de futuro.*

Sumario: I. La mediación intrajudicial en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. 1.1. La mediación en la jurisdicción de menores. 1.2. La mediación en los juzgados de familia. 1.3. La mediación en la jurisdicción penal de adultos. II. Perspectivas de futuro. III. Bibliografía.

I. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN EL ÁMBITO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

La mediación para la resolución de conflictos responde a un modelo de justicia restaurativa, donde las partes auxiliadas por un mediador neutral, tratan de acercar posiciones y buscar soluciones. La mediación permite a las partes participar en el proceso de resolución del conflicto mejorando la comunicación y permitiendo alcanzar acuerdos satisfactorios para ambas, lo que facilita su cumplimiento en cuanto que lo asumen como propio, no como una imposición, con las ventajas que ello implica de un menor coste del procedimiento, y una transformación en las relaciones personales y en la convivencia.

El valor pedagógico de la mediación es posiblemente uno de sus mayores méritos. Quien participa en ella aprende a abordar los conflictos futuros de otra manera. En el procedimiento de mediación las partes tienen oportunidad de ser escuchadas, pueden desahogar sus emociones, tienen



el control sobre el proceso y sobre los resultados, que asumen voluntariamente facilitando su cumplimiento.

En el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en lo que respecta a la mediación intrajudicial, hay experiencias en mediación familiar y en mediación penal de adultos. La mediación en la jurisdicción de menores está muy consolidada, y si bien se realiza fuera del proceso, tiene notable incidencia en el procedimiento puesto que las reparaciones extrajudiciales están resultando un buen instrumento para la resolución de conflictos, consiguiendo resolver en la provincia de Zaragoza más de 50% de los expedientes judiciales de los menores infractores que son derivados por la Fiscalía de Menores al EMA.

Por lo que se refiere a la mediación civil, la Ley 9/11, de 24 de marzo, de Mediación familiar de Aragón, incorpora las recomendaciones y directivas de la Unión Europea. El precedente legislativo más inmediato y de especial importancia en la figura de la mediación se encuentra en la Ley 2/10, de 26 de mayo, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, la denominada popularmente como Ley de Custodia Compartida, que en su preámbulo señalaba que:

«La mediación familiar resulta un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura».

En la ley de mediación familiar se regula la mediación como un servicio social especializado que pretende facilitar la resolución de conflictos derivados tanto de rupturas matrimoniales o de pareja como de cualquier otra problemática familiar. Se reconoce por tanto, al lado de la mediación extrajudicial, la mediación intrajudicial como un instrumento de apoyo y colaboración a la labor jurisdiccional. Con arreglo a ello, la Dirección General de administración de justicia de la DGA acordó la puesta en funcionamiento de un servicio directo de mediación familiar intrajudicial, concebido como un nuevo y auténtico servicio social complementario a la acción de la Justicia.

En materia penal, eran numerosas las recomendaciones y resoluciones del Consejo de Europa instando a los Estados miembros a incorporar la mediación y reconocer un mayor protagonismo de los ciudadanos, especialmente de las víctimas, en los procedimientos judiciales y en la resolución de los conflictos penales que les afectaran. Se instaba a los gobiernos a que promovieran la mediación en el ámbito penal como un servicio disponible en todas las fases del proceso penal. Estas recomendaciones



culminaron con la aprobación de la Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, que establecía un marco normativo de actuaciones a desarrollar por parte de los Estados miembros, entre ellas, el deber de impulsar la mediación en las causas penales en aquellas infracciones que se prestaran a este tipo de medidas, debiendo dictar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a esta disposición antes del día 22 de marzo de 2006.

En este contexto fue cómo en el año 2006 se inició en el Juzgado de instrucción nº 4 de Zaragoza una experiencia piloto de mediación intrajudicial penal, firmándose un convenio de colaboración entre el Gobierno de Aragón, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal y la Asociación ¿Hablamos? para la Mediación Intrajudicial en materia penal, firmado el 19 de diciembre de 2012. Posteriormente se unieron a esta experiencia los Juzgados de Instrucción nº 3 y nº 9 de Zaragoza.

Paralelamente, también se iniciaron con éxito experiencias de mediación en los juzgados de primera instancia e instrucción de Barbastro y Monzón al amparo del convenio para la implantación de un servicio de mediación intrajudicial familiar y penal en los juzgados de Barbastro y Monzón firmado en el año 2012, sustituido por el Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca para el desarrollo de un programa de mediación intrajudicial suscrito en el año el 2015, en el que se incluía el partido judicial de Jaca, y que ha sido prorrogado el 8 de junio de 2017 por dos años más.

1.1. La mediación en la jurisdicción de menores

El artículo 19 de la LORRPM 5/2000 regula la posibilidad, a instancias del Ministerio Fiscal, de realizar reparaciones extrajudiciales con aquellos menores en cuyo delito o falta no se haya empleado violencia. En el caso de que se llegue a una solución extrajudicial, el Ministerio Fiscal desiste de la continuidad del expediente incoado, no ejercitando la acción penal.

El artículo 8.7 del RD 1774/2004 Reglamento de la LORRPM abrió la posibilidad a las comunidades autónomas para que fueran sus profesionales los que pudieran llevar a cabo esta labor, y en Aragón, tras un acuerdo alcanzado entre la Comunidad Autónoma de Aragón y la Fiscalía de menores de Zaragoza, son los profesionales del Área de Atención al menor en conflicto social los encargados de llevar a cabo las reparaciones y conciliaciones.



El sistema judicial resulta beneficiado por la inmediatez de la respuesta, la economía del procedimiento, la reducción en el número de reincidencias, y en definitiva sirve para restablecer el orden y la paz social.

En el año 2016, de las 989 medidas de reforma ejecutadas por los servicios de la DGA, 485 fueron mediante el cumplimiento del acuerdo de reparación alcanzado tras una mediación. Asimismo se archivaron 312 expedientes por sobreseimiento por reparación.

1.2. La mediación en los juzgados de familia

La Ley 2/201, de 26 de mayo, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, ya preveía la creación y publicación de la Ley de mediación familiar, señalando en el preámbulo que «la mediación familiar resulta un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura».

Fue la ley 9/11, de 24 de marzo, de Mediación familiar de Aragón, la que reguló la mediación familiar como un servicio social especializado que pretende facilitar la resolución de conflictos derivados tanto de rupturas matrimoniales o de pareja como de cualquier otra problemática familiar. Se reconocía por tanto, al lado de la mediación extrajudicial, la mediación intrajudicial como un instrumento de apoyo y colaboración a la labor jurisdiccional.

La ley hace referencia al proceso y desarrollo de la mediación familiar. Esta podrá plantearse antes de cualquier actuación judicial, durante su desarrollo o, incluso, tras haber finalizado el proceso judicial. Entre sus principales características cabe reseñar, por un lado, que podrá iniciarse a solicitud de cualquiera de las partes o de ambas, o a instancia de la Autoridad judicial, quien podrá acordar la asistencia de las partes a la inicial «sesión informativa»; y, por otro, que se prevé una duración del proceso de mediación máxima de sesenta días, prorrogables mediante propuesta razonada del mediador. Podrá iniciarse a solicitud de cualquiera de las partes o de ambas, o a instancia de la Autoridad judicial, quien podrá acordar la asistencia de las partes a la inicial «sesión informativa». Se prevé una duración del proceso de mediación máxima de sesenta días, prorrogables mediante propuesta razonada del mediador. El coste del servicio de mediación familiar será gratuito cuando en atención a la concurrencia de especiales circunstancias económicas o sociales de los interesados, así lo determine el departamento competente en mediación familiar. Y en



el supuesto de iniciación de la mediación por la Autoridad judicial, los solicitantes deberán tener reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita conforme a su normativa reguladora.

Conforme a esta Ley se publicó la Resolución de 2 de abril de 2012, modificada por resolución de 2017 de la Dirección General de Justicia e Interior del Gobierno de Aragón, por la que se establece la organización y funcionamiento de las competencias que tiene encomendadas en materia de mediación familiar intrajudicial, atribuyendo a la Unidad administrativa de los tribunales de Zaragoza, dependiente de aquella Dirección general, la gestión de dicha competencia.

En desarrollo de dichas resoluciones, se ha dictado, por aquella Dirección General, un Protocolo de actuación en materia de mediación intrajudicial familiar que se caracteriza por los siguientes aspectos procedimentales y resultados estadísticos:

- a) La solicitud para celebrar la sesión informativa de mediación se remitirá desde el juzgado de familia que la solicite a la referida Unidad administrativa que, a su vez, la comunicará a la entidad responsable de su celebración asignando día y hora que se comunicará al órgano judicial solicitante. Dicha entidad viene fijada por el resultado del concurso público convocado periódicamente por aquella Dirección general.
- b) La citación a las partes para la señalada sesión informativa se realiza por el referido Juzgado que, a su vez, podrá suspender el procedimiento. Si alguna de las partes no comparece a la sesión informativa se entiende que renuncia a la mediación, comunicándose al juzgado. Si la sesión informativa se celebra, una vez finalizada se comunica su resultado al órgano judicial en términos de la voluntad de la parte de acudir —o no— al procedimiento de mediación subsiguiente a dicha sesión informativa.
- c) El procedimiento de mediación en sí se realiza en la Dirección General de Igualdad y Familia del Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales del Gobierno de Aragón. En caso de alcanzarse resolución total del conflicto y acuerdo de las partes, la referida Ley 9/2011 prevé que será homologado, para lo cual deberá cumplir los requisitos que para el pacto de relaciones familiares establece la antedicha Ley 2/2010 aragonesa.
- d) En el año 2017 se han solicitado 43 sesiones informativas, realizándose 37, de las que 13 renunciaron a la mediación; de las 24 restantes, en una se alcanzó un acuerdo total, 13 finalizaron sin acuerdo, y 10 están pendientes de realización o finalización del procedimiento a la fecha de redacción de este trabajo.

Este protocolo no se aplica en los partidos judiciales de Barbastro, Monzón y Jaca, donde las derivaciones a la sesión informativa realizada



por el Juez competente las gestiona el Letrado de la administración de justicia del Juzgado respectivo, y se desarrolla por el Servicio de Mediación del Colegio de Abogados de Huesca en virtud del convenio al que se ha hecho referencia anteriormente.

1.3. Mediación intrajudicial penal de adultos

Como ya se ha indicado anteriormente, fueron muchas las recomendaciones y resoluciones del Consejo de Europa que instaban a los estados miembros a promover la mediación en el ámbito penal, otorgando un mayor protagonismo a los ciudadanos, especialmente a las víctimas, en los procedimientos judiciales y en la resolución de los conflictos penales que les afectaban, proponiendo que se estableciera como un servicio disponible y posible en todas las fases del proceso penal, respetando siempre el libre consentimiento de la partes.

Estas recomendaciones culminaron con la aprobación de la Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, que establecía un marco normativo de actuaciones a desarrollar, entre ellas el deber de impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que «a su juicio» se prestaran a este tipo de medidas y la obligación de dictar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a esta disposición antes del día 22 de marzo de 2006.

Estas recomendaciones internacionales abonaron el camino para poder explorar en el Derecho penal de adultos la mediación como vía de resolución de conflictos, herramienta que con resultados tan positivos se estaba llevando a cabo en la jurisdicción de menores, permitiendo de esta forma que las víctimas pudieran participar en el proceso para conseguir una mejor reparación del daño que el delito le había ocasionado. En el sistema de justicia tradicional, la víctima apenas era escuchada, siendo muchas las ocasiones en las que se alcanzaban acuerdos de conformidad entre la defensa del acusado y el Ministerio Fiscal sin contar con la víctima, quien veía frustradas sus expectativas, generando una especie de revictimización.

En este contexto, en el año 2006, gracias a la apuesta que por la mediación penal efectuó el vocal del Consejo General del Poder Judicial Don Félix Pantoja, el juzgado de instrucción nº 4 de Zaragoza, y el juzgado de primera instancia e instrucción nº 2 de Calatayud iniciaron un proyecto piloto de mediación en el Derecho penal de adultos, auspicio del Consejo General del Poder Judicial, con la colaboración de la Fiscalía provincial



de Zaragoza y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y con la colaboración de la Asociación ¿Hablamos? Posteriormente, se unieron a esta experiencia el juzgado de instrucción nº 2, nº 3 y nº 9 de Zaragoza y los juzgados de primera instancia e instrucción nº 3 y nº 4 de Huesca.

Con fecha 19 de diciembre de 2012 se firmó un convenio de colaboración entre el Gobierno de Aragón, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal y la Asociación ¿Hablamos? para la Mediación Intrajudicial en materia penal, vigente en la actualidad.

Paralelamente, también se iniciaron con éxito experiencias de mediación en los juzgados de primera instancia e instrucción de Barbastro, Monzón y Jaca, en este caso amparados por los convenios firmados para la implantación de un servicio de mediación intrajudicial familiar y penal en los juzgados de primera instancia e instrucción de Barbastro y Monzón en el año 2012, sustituido por el Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca para el desarrollo de un programa de mediación intrajudicial, firmado en el 2015 y prorrogado el 8 de junio de 2017 por dos años más.

Durante todos estos años han sido muchas las voces que han recelado de la mediación, manifestándose claramente en contra, alegando la ausencia de una regulación legal, que su aplicación estaba al margen del procedimiento, que entraba en conflicto con algunos aspectos del procedimiento penal como es el secreto de las actuaciones. También se argumentaba que el Derecho penal era irrenunciable, que no regía el principio de oportunidad, y que para aquellos victimarios que hubieran reconocido la comisión del delito y habían reparado el daño, se les podía aplicar la atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 y podían alcanzar una conformidad con las acusaciones contempladas en el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como ya se ha indicado, para alcanzar una sentencia de conformidad no se cuenta con la opinión de la víctima, quien no participa en las negociaciones, por lo que el acuerdo alcanzado por el Ministerio Fiscal con la defensa del acusado, muchas veces al inicio del juicio oral, no hace sino generar a la víctima una honda frustración al no haber podido expresar sus sentimientos y emociones.

Hoy la mediación intrajudicial es una realidad, el CGPJ ha apostado claramente por ella, se han elaborado guías de actuación y se han firmado convenios de colaboración para la implantación de la mediación. En la Comunidad Autónoma de Aragón está vigente el Convenio marco de colaboración para la promoción de la mediación intrajudicial entre el Consejo



General del Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Aragón de 27 de abril de 2015, prorrogado el 17 de mayo de 2017.

En el aspecto normativo hay que destacar las reformas habidas en el año 2015 al respecto de la ampliación de la mediación penal y el principio de oportunidad en la Lecrim y el CP, y fundamentalmente con la promulgación del estatuto de la víctima (Ley 4/2015 de 27 de abril) cuyo artículo 15 contempla los servicios de justicia restaurativa, siempre que se cumplan unos presupuestos, que en lo esencial son:

- 1) Consentimiento libre e informado de la víctima, que puede retirar en cualquier momento. La derivación a los servicios de justicia restaurativa debe redundar en interés de la víctima.
- 2) Reconocimiento de los hechos esenciales por parte del infractor.

Se puede derivar a mediación cualquier tipo de infracción penal en las que legalmente no esté vetada la mediación, como es en el caso de la violencia de género, y durante cualquier fase del procedimiento.

Los tipos delictivos que se han derivado a mediación han sido fundamentalmente delitos de lesiones, robos con fuerza, daños, injurias, amenazas, revelación de secretos. La experiencia vivida me permite afirmarme en el poder de transformación que la mediación tiene al conferir protagonismo al acusado y a la víctima, que dejan de sentirse tratados como objeto del proceso o como medio de prueba, brindándoles la posibilidad de conocerse, la opción de empatizar y la ocasión de optar por una solución a su conflicto distinta de la convencional. El no haber podido alcanzarse algún acuerdo no elimina estas realidades y provoca que en todo caso mejore la imagen del sistema penal.

De la experiencia obtenida en los procesos de mediación seguidos se extraen algunas conclusiones relevantes. Por una parte, la derivación a mediación es muy recomendable en aquellas causas en las que el sujeto pasivo es un infractor primario y el victimario ha de asumir voluntariamente el procedimiento de mediación, pues no se puede ofrecer el procedimiento para que sea aceptado por el infractor como una mera posibilidad de obtener determinadas ventajas, sin perjuicio de, en caso de alcanzar un acuerdo con la víctima, los efectos procesales y materiales previstos en la ley. Por otra parte, antes de derivar a mediación, resulta aconsejable dar traslado a las partes para que tengan oportunidad de formular alegaciones al respecto siendo que, si el Ministerio Fiscal se opone, no procede acordar la derivación a mediación; una vez derivado a mediación, normalmente debe conferirse, mediante providencia y como mero referente, un plazo



de 30 días para que se lleve a cabo el proceso de mediación, que puede ser ampliado hasta 60 días. Este plazo límite para completar la mediación se ha de fijar en la providencia.

Cabe diferenciar según la naturaleza del delito. En los delitos perseguibles a instancia de parte podrá suponer la retirada de la acusación, y por ende el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. En los delitos perseguibles de oficio, si la pena señalada al delito no supera los límites para el enjuiciamiento por delitos urgentes, las diligencias previas se podrán transformar en diligencias urgentes y dictar sentencia de conformidad en el propio juzgado de instrucción. Si la pena señalada al delito es superior al límite fijado en los artículos 800 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo procedente será el dictado del auto de incoación de procedimiento abreviado, con presentación de escritos de conformidad en los que se apreciara la circunstancia atenuante de reparación del daño; en ambos casos, bien por la reducción en un tercio de la pena interesada por el Ministerio Fiscal, bien por la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño, la pena privativa de libertad a imponer será de corta duración, lo que junto con la ausencia de responsabilidades civiles, que en su mayoría ya habrán sido previamente satisfechas, permitirá decidir en el propio fallo de la sentencia la suspensión de la ejecución de la pena.

Finalmente, al respecto del coste e implantación en fases procesales cabe indicar que (i) la mediación penal siempre será gratuita; y (ii) en Aragón no constan experiencias de mediación en su fase de enjuiciamiento o de ejecución de sentencia.

En el periodo de tiempo comprendido entre los años 2007 y 2016, los juzgados de instrucción participantes en las referidas experiencias de mediación intrajudicial penal derivaron un total de 209 mediaciones; de éstas, en 58 de ellas no se llegó a iniciar el procedimiento al ser rechazadas por las partes, y del resto, en 89 de ellas, se finalizó con acuerdo, lo que supone un 42% del total. En relación con los procedimientos de mediación realmente realizados los acuerdos alcanzan un 59%. En el año 2017, de los expedientes derivados a mediación, un tercio de ellos ha terminado con acuerdo.

Resulta especialmente interesante la capacidad de transformación para las personas que implica el someterse a un procedimiento de mediación. En muchos casos derivados a mediación, pese a terminarse sin acuerdo, algo debió cambiar en las personas que decidieron optar por esta vía. No en vano, la mediación penal es una vía alternativa de resolución del conflicto especialmente indicada e idónea en los procedimientos por delitos leves en los que aparezcan enfrentadas personas con vínculos de parentesco, labo-



rales o de vecindad, en cuanto que les permitiría exponer sus emociones, empatizar con el otro y relativizar el problema, logrando una convivencia pacífica. El procedimiento penal tradicional genera vencedores y vencidos, al que se acude en busca de medidas traumáticas, en muchas ocasiones innecesarias, que solo generan más conflicto y nuevos procedimientos judiciales con el enorme coste social y económico que ello supone.

II. PERSPECTIVAS DE DESARROLLO

Del resultado de la experiencia comentada anteriormente y conclusiones manifestadas anteriormente, se considera que debe continuarse con los diversos proyectos de mediación intrajudicial iniciados en Aragón para lo cual deben considerarse las siguientes premisas.

Consolidar y ampliar el ámbito de aplicación de la mediación penal como fórmula alternativa de resolución de conflictos en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón requiere la creación de unos servicios de mediación integrados en la Dirección General de Justicia, al frente de los que esté un Letrado de la Administración de Justicia encargado de coordinar las mediaciones, debiéndose elaborar un protocolo único de mediación penal que regule pormenorizadamente el funcionamiento de los servicios de mediación penal en su relaciones con los órganos judiciales, que garantice la eficacia de las mediaciones y la calidad de los mediadores, y elabore las estadísticas, y que esté en disposición de dar servicio a todos los partidos judiciales de la Comunidad Autónoma. Este es el sistema implantado en Murcia, donde mediante Orden JUS/1121/2014, de 18 de septiembre se amplió la oficina judicial de Murcia y se modificó la Orden JUS/1741/2010, por la que se determina la estructura y se aprueban las relaciones de puestos de trabajo de las oficinas judiciales y de las secretarías del gobierno. Se introduce una sección de mediación, incardinada en el Servicio Común Procesal de Ordenación del Procedimiento. Esta unidad centralizara la actividad de mediación de todas las jurisdicciones. La jefatura de dicha unidad corresponde a un Letrado de la Administración de Justicia.

Esta es también la alternativa propuesta por el Consejo General del Poder Judicial: la creación de una unidad judicial gestionada desde los Servicios Comunes de los Tribunales, o bien desde el Decanato o Presidencia del Tribunal, al frente de la cual estuviera un Letrado de la Administración de Justicia o funcionario del cuerpo de gestión procesal y administrativa, con formación específica de mediación. Dicha unidad deberá gestionar



el panel de mediadores que se configure o bien la relación de centros de mediación acreditados. Sus funciones serían informar, divulgar entre litigantes y profesionales y gestionar las derivaciones judiciales hacia los concretos mediadores, así como realizar el control de calidad. Las concretas tareas serían las correspondientes a desarrollar los programas de información (folletos, protocolo de información telefónica y presencial) y de formación específica dirigida al personal de la administración de justicia, así como realizar los modelos de documentación de uso estandarizado en el tribunal de que se trate, para su inclusión en el sistema informático judicial. Asimismo le corresponde también el seguimiento de las mediaciones derivadas desde el tribunal, realizando la primera sesión informativa, canalizando las comunicaciones entre el mediador y el juez, el análisis de tiempos, costes, resultados y nivel de satisfacción del usuario, así como las consultas que puedan realizar los abogados. Finalmente deberá realizar la estadística de las mediaciones, garantizando los datos personales protegidos.

A fin de lograr la máxima implicación del personal al servicio de la administración de justicia deberá ofrecerse al mismo la oportuna información sobre qué es la mediación, qué tipo de información deben transmitir a las partes o a los abogados, cómo efectuar las resoluciones correspondientes, cuál es el circuito de derivación y la necesidad de seguir un control de los asuntos derivados a mediación.

III. BIBLIOGRAFÍA

- BENEDÍ CABALLERO, Manuel. Justicia restaurativa en Aragón. Experiencia de las Educadoras y Educadores Sociales del Equipo de Medio Abierto (EMA) perteneciente al Instituto Aragonés de Servicios Sociales del Gobierno de Aragón, en RES Revista de Educación Social, nº 15, Julio 2012.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Guía práctica para la práctica de la Mediación Intrajudicial. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2016.
- DEPARTAMENTO DE SERVICIOS SOCIALES Y FAMILIA (GOBIERNO DE ARAGÓN). La intervención con los menores de edad en conflicto con la ley penal. Proyecto educativo del área de atención al menor en conflicto social, Mayo 2009.
- DIRECCIÓN GENERAL DE IGUALDAD Y FAMILIA (GOBIERNO DE ARAGÓN). Memoria Anual del Ejercicio del 2015 del Programa de Orientación y Mediación familiar. Ed. Gobierno de Aragón. Zaragoza, 2016.



GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa. La mediación familiar en Aragón en Actas de los XXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Ed. Justicia de Aragón. Zaragoza, 2015.

PUNTO NEUTRO DE PROMOCIÓN DE LA MEDIACIÓN DE LA REGIÓN DE MURCIA. Protocolo de derivación a mediación de conflictos judicializados.

VV.AA. El valor de la palabra que nos humaniza. Seis años de Justicia restaurativa en Aragón, Ed. Asociación ¿Hablamos? Zaragoza, 2011.

VV.AA. Intervenciones socioeducativas extrajudiciales con menores en la Comunidad Autónoma de Aragón, en Standum est Chartae, Revista del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, nº octubre, 2015.





EXPERIENCIAS PRÁCTICAS DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN DERECHO DE FAMILIA

ÁNGEL DOLADO PÉREZ

Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 (Familia) en Zaragoza

Sumario: I. Introducción. II. Oportunidad. III. Ventajas. IV. Inconvenientes. V. Realidad actual y perspectivas de futuro. VI. Conclusiones generales. VII. Mediación intrajudicial en asuntos de familia. VII. Mediación intrajudicial en asuntos de familia. 7.1 Introducción. 7.2. Mediación intrajudicial de familia. 7.3. Mediación en ejecución de sentencia. 7.4. Derivación a mediación familiar de casos archivados sobre violencia sobre la mujer. VIII. Conclusiones específicas.

I. INTRODUCCIÓN

La primera reflexión que me planteo como juez al abordar el tema de la mediación, es si puede servir a los ciudadanos para resolver mejor sus conflictos, y a su vez, si puede ser una alternativa para desjudicializar los litigios, cuando nuestros juzgados están desbordados por el volumen de asuntos registrados en los últimos años de crisis económica. Los expertos señalan que no se debe vincular el fenómeno de la mediación con la crisis del proceso y mucho menos con situaciones coyunturales de excesiva carga de trabajo en un determinado orden judicial, pero no cabe duda de que la realidad diaria se impone.

La Comisión Europea considera que fomentar el uso de la mediación y otras formas alternativas de solución de conflictos facilitan su resolución, ayuda a evitar los problemas, reduce el tiempo y el coste implícitos a los litigios ante los juzgados y sirve a los ciudadanos como una vía real para garantizar sus derechos legales.



Nos hemos acostumbrado a teorizar sobre lo interesante de este tema, ideológicamente hablando, pero choca con el día a día de los juzgados y con la falta de regulación legal en muchas materias, como la mediación penal.

Lo más relevante de un acuerdo alcanzado en mediación estriba en que la solución la aportan las partes y pondrán todo su empeño en cumplir lo acordado. Sin embargo, una sentencia, por buena que sea, es una primera fase en la solución, la segunda y más compleja es la ejecución forzosa de lo sentenciado.

Si fuésemos capaces de vender la idea de que es más fácil, barato y ventajoso una mediación que un juicio, la realidad empezaría a cambiar. Por el contrario, mientras apostemos por judicializar todos los avatares ciudadanos, la mediación será casi papel mojado.

Por tanto, creo que es esencial empezar a creer en la mediación, pero no como simples experiencias pilotos, con dosis de gran voluntarismo de jueces, fiscales, abogados sino como una apuesta seria para resolver conflictos de forma alternativa a la aplicación del Código penal o de las leyes civiles, mercantiles o sociales.

Considero muy importante conocer el uso de las técnicas de mediación en el ámbito intrajudicial y su incardinación en la nueva oficina judicial, así como el papel relevante de los Letrados de la Administración de Justicia, que tienen entre otras competencias la materia de conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que les será propia, según las reformas legales en jurisdicción voluntaria.

Domingo Moratalla pronostica que frente al siglo XX, que ha sido el del acceso a la sociedad de la información, el siglo XXI ha de ser el de la mediación porque descubriremos el valor de la comunicación como instrumento para resolver problemas personales, sociales, institucionales y políticos.

La apuesta por la mediación trasciende lo que es la mera expectativa de poder resolver un conflicto concreto mediante unas determinadas técnicas o habilidades y la apertura al diálogo se torna valiosa por ser el camino para descubrir tanto qué es lo verdadero como también qué es lo justo.

Como en todas las parcelas de la vida, existen convencidos y detractores de cualquier medida a adoptar. Mi visión es clara: es preferible la mediación a cualquier solución judicial de conflictos. Los que llevamos más de 28 años en la administración de justicia tenemos sobradas razones para llegar a la conclusión de que la resolución del conflicto por medio de sentencia es la última solución posible, a modo de justicia salomónica



en muchos casos, que en numerosas ocasiones deja insatisfechos a todas las partes intervinientes.

II. OPORTUNIDAD PARA LA MEDIACIÓN

Es el momento de apostar por la:

- Mediación civil: desarrollada principalmente por órganos judiciales que trabajan en contratos, relaciones de carácter mercantil, en el ámbito del consumo, de la propiedad horizontal, herencias, etc..
- Mediación familiar: tiene como fines construir relaciones y favorecer la comunicación, disminuir tensiones y fomentar el comportamiento pacífico, alentando la cooperación, limitando las consecuencias negativas para los hijos, permitir que las responsabilidades sean asumidas por los participantes, ajustar los acuerdos u opciones a las necesidades reales, evitar el sentimiento ganador/perdedor, favorecer la flexibilidad ante los cambios y conseguir un alto grado de cumplimiento de las resoluciones judiciales. Apostando por la justicia terapéutica y el coordinador de parentalidad.

III. VENTAJAS

Como dice la procesalista Rosa Gutiérrez, la mediación no es una panacea, pero debemos partir del presupuesto inicial, a saber, que las familias tienen sus propios recursos para tomar decisiones y resolver sus conflictos. El procedimiento es imperfecto, entre personas imperfectas, con un tercero imperfecto y en un mundo imperfecto.

A la institución se puede llegar por múltiples caminos, como señala PASCUAL ORTUÑO:

- a) Del propio juez, cuando conoce la metodología, y se propone instaurarla en su ámbito de quehacer profesional.
- b) De los servicios psicosociales del juzgado que lo conozcan y estén dispuestos a promoverlo.
- c) De la comunidad autónoma. Cada vez son más las CCAA que tienen leyes o programas de mediación, en familia, en penal, etc..
- d) De los colegios profesionales. Hay corporaciones que disponen de secciones de negociación y mediación, y las hay que, incluso, tienen servicios de media-



ción. En torno al Servicio de Orientación Jurídica tienden a desarrollarse estos servicios orientadores.

- e) De otros Colegios Profesionales, como los de psicología, trabajo social y educadores.
- f) De la Fiscalía, especialmente en determinadas casuísticas, como las de menores o discapacitados, en los que cada vez más existe mayor mediación civil y penal.

Las ventajas del sistema de mediación las concretamos en:

- a) Para los intervinientes porque son los protagonistas y participan activa y voluntariamente en la resolución del conflicto, siempre dentro de sus posibilidades y la ejecución de lo acordado será más realizable.
- b) Para el sistema judicial porque le proporciona una nueva concepción de lo que debe entenderse por justicia, promoviendo actitudes hacia la responsabilización y la reparación; y en menor medida, disminuye la carga de trabajo.
- c) Para la sociedad en general porque le da a conocer otras formas de reacción de la justicia, acercándola a los ciudadanos, promoviendo nuevas formas de resolver conflictos y la prevención ante la repetición de los mismos o la aparición de otros nuevos, pudiendo facilitar una disminución de la conflictividad social.

IV. INCONVENIENTES

Miedos de las partes. Existe la realidad procesal de que en España se quiere ganar el juicio y no arreglar el conflicto. El tiempo que se emplea en el desarrollo de la mediación conlleva que se alargue el trámite del proceso y el dictado de la sentencia.

- Los abogados y otros profesionales desconfían de los mediadores y cada uno defiende su parcela profesional. Si el conflicto se resuelve a través del mediador, otros profesionales consideran que pierden dinero.
- Jueces y fiscales: desconfían porque no les quita trabajo, al contrario, los que realizan experiencias piloto, tienen sus juicios y los procesos de mediación. Además, no se sienten cómodos porque no hay un desarrollo legal de los procesos de mediación penal y se actúa con voluntarismo.
- Coste Económico: no existe una idea clara de si la mediación es más cara que los procesos judiciales o si se acumulan los gastos con diversos profesionales.



- Insuficiencia de medios materiales y personales. Es un mal endémico de la administración de justicia y se acentúa más cuando la mediación exige otros técnicos como psicólogos, trabajadores sociales, abogados especialistas, etc. No se tiene claro si la solución debe venir del dinero público o de los particulares.

V. REALIDAD ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

La experiencia de mediación en Zaragoza desde 2010 por aplicación del sistema legal de custodia compartida preferente está consolidando su camino.

Desde la percepción de la psicóloga-mediadora LIDIA RODRIGUEZ, que fue encargada de la sesión informativa previa y la derivación a mediación, nos indicaba como conclusiones:

- La mediación familiar iniciada se caracteriza por un elevado nivel de conflictividad y la estrecha vinculación de las expectativas de las partes con el resultado que esperan obtener en juicio en caso de no alcanzar acuerdo en mediación.
- Alguna de las partes la considera como un vehículo para conseguir la guarda y custodia compartida de sus hijos, adoptando una postura rígida e inamovible.
- Hay un gran desconocimiento de la metodología de la mediación por las partes en conflicto y por el público en general y si esta no se aconseja por parte de su abogado como alternativa beneficiosa, será difícil que el usuario la acepte.
- Existe miedo a retrasar su procedimiento tanto por las partes como por sus abogados, aunque se atenúa al decirles que se mantiene el señalamiento de la vista oral.
- Destaca la escasa colaboración de algunos abogados en la implantación de la mediación intrajudicial, aunque progresivamente van viendo que es un servicio que puede serles útil también a ellos y solicitan la derivación a mediación.
- Los jueces han derivado a sesiones previas informativas y a mediación de forma progresiva y cada vez en mayores casos, escuchando las oportunas sugerencias que sobre la marcha los mediadores les han ido aportando y por la confianza demostrada en el sistema y en sus profesionales.

Desde la entrada en vigor de la Ley de Mediación civil aragonesa, la mediación intrajudicial se coordina desde la Unidad Administrativa de los Juzgados con la mediadora intrajudicial y la derivación a los expertos de



la Dirección General de Familia . De los asuntos derivados a mediación se ha conseguido un acuerdo total o parcial en algunos casos que numéricamente no son muy llamativos, pero que indican una progresión adecuada.

Perspectivas de futuro. El CGPJ viene propiciando en los últimos años la implantación de la mediación en las distintas jurisdicciones y en los distintos territorios del Estado, con colaboración de entidades públicas y privadas, bajo la dirección de la Letrada del CGPJ Ana Carrascosa.

Las comunidades autónomas con competencias transferidas de justicia, los colegios profesionales de abogados y psicólogos y las cámaras de comercio también están contribuyendo a su implantación y desarrollo.

Programas concretos de actuación:

- Familiar: Zaragoza con especial referencia en la custodia compartida, Barcelona, Bilbao, Pamplona, Mallorca.
- Civil: En Cataluña la mediación en la jurisdicción civil ordinaria: testamentos, herencias, propiedad horizontal, contratos. En Zaragoza, en diciembre de 2011 el Colegio de Abogados ha creado el Servicio de Orientación en Mediación que actuará de manera coordinada con el Servicio de Orientación Jurídica. En los Premios a la Calidad de la Justicia de 2011, el CGPJ ha premiado la labor del Juzgado de primera instancia núm. 73 de Madrid que deriva a mediación en asuntos civiles ordinarios.

Como conclusión final he de resaltar que debemos superar la etapa de los intentos voluntaristas existentes, que por su naturaleza y estabilidad llevarán a una vida efímera de esta forma alternativa de resolución de conflictos y apostar por una decisión de política legislativa nacional que asuma la conformación de una ley civil y penal de mediación con encaje procesal en todas las jurisdicciones.

Asimismo, como medidas administrativas para su implantación a nivel autonómico, debería crearse una Dirección General de Mediación, integrada en la Consejería de Justicia que tendría como principal objetivo la potenciación del uso de la mediación como mecanismo eficaz de resolución de conflictos y la participación ciudadana en la gestión de los mismos, y todo ello, acompañado de las medidas presupuestarias para la aplicación de este sistema. Ahora bien, en estos momentos de crisis del estado del bienestar será difícil ver el nacimiento de estas instituciones públicas, por lo que se deberá dar entrada a los colegios profesionales, a las asociaciones sin ánimo de lucro, a los educadores y a la iniciativa ciudadana en definitiva.



Considero muy importante conocer el uso de las técnicas de mediación en el ámbito judicial y su incardinación en la nueva Oficina judicial o en las Unidades administrativas que prevé la LOPJ de 2003, así como el papel relevante de los LAJ, que tendrán entre otras, competencias en materia de conciliaciones.

Experiencias como estas se están llevando a cabo en los ámbitos judiciales, vecinales y sociales en algunos países y, más allá de la solución a los problemas interpersonales, lo que promueven es un modelo de convivencia más pacífico y responsable, que pivota sobre la asunción de la responsabilidad, la justicia restaurativa y la satisfacción de las pretensiones de la víctima.

En consecuencia, los equipos de mediación adscritos a los juzgados deben ubicarse fuera de la Oficina judicial, en el ámbito de la Oficinas comunes de apoyo, como lo están las Oficinas de atención a las víctimas del delito o los Puntos de encuentro familiar.

Cuestión distinta es que futuras leyes procesales puedan atribuir auténticas y concretas funciones de mediación a operadores integrados en la Oficina Judicial, las cuales se desarrollarían bien en las unidades procesales de apoyo directo si son propias de los jueces, bien en los servicios comunes procesales si corresponden a los secretarios judiciales.

Ahora bien, el servicio de mediación intrajudicial solo puede ser concebido como un servicio público gratuito y compuesto por personal altamente especializado.

VI. CONCLUSIONES GENERALES

1. Como señalan distintos organismos internacionales es necesario desarrollar políticas de justicia restaurativa, procedimientos y programas que fuesen respetuosos con los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, de los infractores, de la comunidad y de todas las otras partes implicadas en estas cuestiones.
2. Progresiva aunque lentamente, los colectivos jurídicos van asumiendo la idea de que la mediación es un instrumento importante para la resolución de conflictos que pueden contribuir además a evitar retrasos y saturación de los Juzgados.
3. Apreciamos la necesidad de divulgar la mediación para que sea conocida por la sociedad en general.
4. El uso de la mediación como sistema alternativo a la vía judicial (mediación extrajudicial) o como sistema complementario (mediación



- judicial) permite suavizar y rebajar la saturación actual del sistema judicial y también de los servicios policiales, al desembocar en la actualidad todos los conflictos para su resolución, esto es, en los órganos judiciales.
5. La mediación diversifica los mecanismos de resolución de conflictos y permite garantizar una adecuada tutela de los derechos de los ciudadanos, y supone un importante ahorro de recursos públicos.
 6. Sería conveniente la elaboración de una Ley de mediación penal o bien una reforma de las leyes procesales en orden a regular y estructurar el proceso de mediación así como una batería de medidas institucionales para fomentar su uso. En cuanto a la mediación civil, necesitamos una Ley estatal de mediación que sirva para todos los profesionales de las diferentes comunidades autónomas. No se deben establecer criterios diferentes en base a la zona geográfica de actuación del mediador.
 7. Sería preciso elaborar un Estatuto del Mediador y debe exigirse la formación adecuada a los mediadores porque la confianza en su buen hacer estará directamente relacionada con su competencia profesional.
 8. La efectividad de la mediación en los procesos de ruptura o conflicto jurídico es una realidad avalada por múltiples resultados, dentro y fuera de nuestro país. Ahora se necesita el apoyo de las instituciones para poner en marcha programas de mediación en campos como: herencias, empresas familiares, conflictos entre hermanos y familiares en el cuidado de los mayores, etc..
 9. Mientras tanto, se debe continuar por el camino de impulsar esta vía como se viene haciendo desde la Fiscalía General del Estado, desde el CGPJ fomentando iniciativas de mediación en juzgados y tribunales, ordenando su protocolización, seguimiento y evolución, así como es preciso contar con las administraciones autonómicas porque los medios materiales y personales están transferidos en gran parte del territorio nacional.
 10. La opinión y valoración positivas de los jueces y de los diversos profesionales relacionada con la justicia sobre mediación va creciendo, pero no de una manera rápida y contundente sino de forma progresiva, poco a poco. Es significativo cómo determinados colectivos (jueces, abogados, policías) se han interesado por el sistema y han organizado actividades formativas y existen programas piloto en marcha para fomentar su uso. Lo previsible es que esta tendencia se confirme porque nuestro sistema judicial de resolución de conflictos, en numerosas ocasiones es insatisfactorio para todos los intervinientes en los procesos.



VII. MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN ASUNTOS DE FAMILIA

7.1. Introducción

La materia de familia es la más proclive de todas a la mediación, es el campo donde supone un complemento, un instrumento fundamental y muy positivo para al menos intentar paliar los efectos de los conflictos que surgen en el ámbito de la familia.

Cuando se produce una ruptura de pareja, que no de familia, se plantean dos clases importantes de problemas para los progenitores: problemas económicos y problemas relativos al ejercicio de la parentalidad respecto de los hijos (régimen de custodia, visitas, ejercicio de la autoridad familiar etc.).

Nos preguntamos si es imprescindible judicializar el conflicto familiar.

Las corrientes psicológicas más modernas señalan que todo proceso judicial es antiterapéutico e inclusive un problema de salud pública, en especial para los menores.

Se habla mucho de la mediación y las legislaciones autonómicas han elaborado normas para ello, en Aragón se ha intentado potenciar y de ahí la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón *entendida, como procedimiento de resolución extrajudicial de los conflictos que se plantean en el ámbito familiar.*

Esta, al igual que otras normas, tiende a identificar lo que es la mediación con lo que se pretende conseguir y en todos los supuestos, con una terminología más o menos rotunda, se deja bien claro que la mediación familiar sirve para llegar a acuerdos consensuados, pero lo cierto es que no se utiliza tan apenas en ninguna de sus tres posibilidades, extrajudicial anterior al proceso, intrajudicial durante este y tras el dictado de sentencia.

1º Porque no hay cultura del acuerdo y los propios afectados la ven como una simple alternativa al proceso sin valor, como un simple método de intentar resolver el conflicto sin vocación de futuro, y principalmente porque se trata de un procedimiento por el cual las personas deben asumir una responsabilidad en la resolución de sus propios conflictos, son directamente implicados y por ello de las consecuencias en las decisiones que se puedan adoptar, asumiendo un protagonismo que les niega el proceso judicial y que prefieren delegar en un juez, que resuelva y ni siquiera un tercero que no les genera confianza.

Someterse a mediación además, es equivalente a «ceder» y ello es signo de debilidad, no hay cultura del acuerdo.



2º Porque quienes hacen la función de mediador, provienen de múltiples disciplinas, y el enfoque de la mediación depende de cómo se concibe el papel del mediador y de la formación que este tenga.

El gran problema ante el que nos encontramos es la dificultad de diseñar cuáles han de ser los conocimientos necesarios para poder desarrollar con eficacia la labor mediadora.

Los mediadores con una formación jurídica (abogados) o incluso sin dicha formación, tienden a considerar que la mediación familiar es una fórmula mediante la cual se trata de acabar con una disputa, desarrollando un cierto autoritarismo en aras de marcar las condiciones del arreglo, y por otro, a eliminar las cuestiones que no pueden resolverse fácilmente y al imponerse la solución a las partes estas se niegan a aceptarlas.

Si finalmente se aceptan los acuerdos, muchas veces se hace con reticencia y sin estar seguros los progenitores del alcance o consecuencia de estos.

De hecho está demostrado que los procedimientos de modificación de medidas provienen en una gran mayoría de pactos de relaciones familiares o convenios aprobados judicialmente, pero no elaborados con profundidad.

Los mediadores procedentes de la psicología o la terapia, definirán la mediación como un proceso de gestión del conflicto pero con graves carencias para alcanzar acuerdos eficaces valorando las consecuencias personales y económicas precisamente por su carencia de conocimientos jurídicos.

Cuando se trata de conflictos específicos, esto es por ejemplo la división de las cargas, las relaciones paterno filiales, el derecho de visitas... etc. y lo que se desea obtener es un acuerdo lo menos doloroso y lo más consensuado posible, no se pueden aplicar las mismas herramientas que cuando lo que se persigue es resolver conflictos por conductas que generalmente son el resultado de una difícil comunicación o de distintas formas de ver la vida o incluso provenientes de un conflicto interior de una de las partes que afecta a la relación.

El mediador debe aunar conocimientos procedentes de disciplinas muy diversas, ya que la mediación es un sistema multidisciplinar que requiere dominar técnicas y recursos procedentes de diferentes campos del conocimiento: de la victimología, de la psicología, del Derecho, de la negociación, de la comunicación con sus técnicas de lenguaje verbal y no verbal, etc., aunque el mediador no debe actuar como un Letrado, ni como un psicólogo, ni debe ser un terapeuta, ni un negociador.

En 2015 se utilizó este servicio de mediación en Aragón en 836 casos y en 2016 fueron 677 supuestos.



7.2. Mediación intrajudicial de familia

El legislador aragonés prevé que se puede decidir acudir a la mediación familiar antes o después de una actuación judicial e incluso, suspendiendo ésta.

Así la ley acoge tanto una mediación intrajudicial (art.12.b) como una mediación extrajudicial, ya que el proceso mediador puede plantearse antes de cualquier actuación judicial (artículo 12 a), durante el proceso, suspendiendo este o después de haber finalizado el proceso judicial (art.12.c).

El artículo 13 prevé la mediación a instancia judicial.

— En primer lugar el planteamiento sobre la mediación ya no es correcto ya que no es una alternativa al procedimiento judicial, sino que debería ser al revés, este debería ser una alternativa a aquella y solo cuando esta ha fracasado debería iniciarse el procedimiento.

Descongestionar los juzgados no es el fin de la mediación, es una posible consecuencia.

Debería existir una constancia en las actuaciones sobre si ha habido antes de iniciarse el proceso contencioso un intento o planteamiento de mediación porque de ser así, poco éxito puede augurarse a la mediación intrajudicial.

Si finalmente se ha judicializado el conflicto habiendo agotado la vía de la mediación, se está en presencia de un esfuerzo estéril.

Puede plantearse como requisito de procedibilidad para admisión de demanda el haberse intentado la mediación.

— En segundo término, la decisión del juez de remitir a la sesión informativa de mediación tiene una clara repercusión en el principio de voluntariedad que preside la mediación, ya que con independencia de lo que haya podido suceder con antelación, ya no se está ante una decisión libre de las partes de utilizar este recurso lo que también puede abocarla al fracaso pues aunque decidan no someterse finalmente a la misma ya no es un hecho natural, desde un principio se les está forzando a ello.

Iniciado el procedimiento contencioso, el juez remite a mediación un conflicto ya judicializado, muy enquistado y se tiene la tendencia a pensar que lo que no ha funcionado antes, o ni siquiera se ha intentado ya no lo va a hacer a lo largo del procedimiento judicial y que el juzgado intenta quitarse un asunto de encima y es mejor celebrar el juicio y dictar sentencia.



— De igual manera la tendencia de los implicados es pensar que lo que no hayan conseguido sus respectivos abogados que defienden sus intereses ya no habrá de lograrlo un tercero y solo dilatará el proceso judicial.

A ello cabe añadir, hasta qué punto los Letrados pueden influir en el proceso de aceptación o no de las partes a someterse a mediación en defensa de sus intereses ya que pueden estar presentes en la sesión informativa.

— ¿Cómo decide el juez de familia qué asuntos remite a mediación intrajudicial? No puede hacerse de forma sistemática o genérica ya que no se trata de colapsar los servicios de mediación. Se requiere de una lectura asunto por asunto, si ello es posible y la carga de trabajo del juzgado lo permite, y valorar únicamente con el criterio personal, con la intuición, con la experiencia nada más, la posibilidad de que la mediación pueda ser efectiva o tener alguna posibilidad. Ejemplo: supuestos en que no se discute la custodia y sí únicamente cuestiones económicas o de matiz de régimen de visitas o atribución del uso del domicilio, o modificaciones de medidas de escasa trascendencia.

— ¿En qué momento procesal el juez de familia debe decidir remitir a sesión informativa de mediación?

¿Es suficiente con la presentación del escrito de demanda o debe esperarse a conocer las posturas y pretensiones de ambas partes, lo que exige esperar a tener la contestación?

En los procesos de divorcio o ruptura iniciados de mutuo acuerdo, cuando a presencia judicial, una de las partes manifiesta que no se ratifica porque ello es muestra de que han estado a punto de alcanzar un acuerdo.

— ¿Cómo afecta la mediación intrajudicial al curso del procedimiento?

Si los señalamientos son a largo plazo por acumulación de trabajo del juzgado, no hay problema pero si el plazo es más corto, no hay tiempo de mediar.

El artículo 14.5 de la Ley de Mediación aragonesa prevé la suspensión a petición de las partes tras la sesión informativa.

No suele pedirse para no perder la fecha de señalamiento y el curso del procedimiento puede ser o interpretarse como una interferencia para la mediación y su efectividad.

Se insinuó la posibilidad de ajustar agendas a la duración del proceso de mediación pero ello no es posible.

También influye cuándo se ha acordado la práctica de una prueba psicológica o psicosocial, que suele tener un peso probatorio cuasidecisorio en temas de custodia.



La práctica demuestra que la mediación intrajudicial se logra en muchas ocasiones momentos antes de entrar en sala a iniciativa de los Letrados si son proclives a alcanzar acuerdos según las posturas más o menos enconadas de las partes o al inicio de la vista con colaboración de juez y fiscal cuando las posturas se han acercado pero quedan flecos o algún punto dudoso que no son capaces de acordar por sí mismos.

7.3. Mediación en ejecución de sentencia

En ejecución de sentencia se presenta como más necesaria y factible, partiendo del hecho principal de que ya existen unas medidas establecidas y no puede en este momento procesal hablarse propiamente de mediación.

Los juzgados de familia están inundados de incidentes de ejecución tanto por incumplimiento de las medidas económicas como de las que afectan a los hijos, especialmente estas últimas (incumplimientos del régimen de visitas, negativa de los hijos a efectuarlas, inadecuada actuación de los progenitores, continuas divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, etc.).

En este último supuesto no debe hablarse tanto de mediación porque nada hay ya que decidir, pues se han establecido medidas en sentencia, siendo lo procedente acudir a otra figura que puede ser de gran ayuda al juez, el coordinador de parentalidad.

Sin embargo, aun siendo figuras cuyos contornos están diluidos, hay matices que las diferencian MEDIADOR-COORDINADOR DE PARENTALIDAD:

- Los coordinadores de parentalidad deberán estar más especializados en temas como Derecho procesal familiar, al menos así lo indica la noticia, aunque a nadie se le escapa que para garantizar la seguridad y estabilidad emocional de los implicados, será aconsejable la formación adicional en psicología e intervención social.
- La encomienda del artículo 233.13 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña de supervisar las relaciones personales en situaciones de riesgo supone además un plus: velar por el cumplimiento de las sentencias judiciales sobre custodia y régimen de visitas, lo que amplía el cometido de lo que se exigiría al mediador, pues la verificación de este se limita a revisar el cumplimiento del acuerdo adoptado tras las sesiones de mediación, finalizando ahí su gestión.
- Siguiendo al Magistrado de la Sección 12.^a, de Familia, de la Audiencia Provincial de Barcelona Pascual Ortuño Muñoz: «su



intervención lo es en virtud de una resolución judicial que le ha requerido para que le auxilie en el ámbito de la ejecución de resoluciones judiciales que afecten a menores, en cuanto a las relaciones de los mismos con sus progenitores u otros familiares, interviniendo en el seno de la familia y, en su caso, emitiendo un informe que podrá desplegar sus efectos en el proceso judicial», lo que constituye otra diferencia con la mediación, ya que, si bien la mediación intrajudicial es una realidad, lo es también que se puede desarrollar de manera privada, *«de forma extrajudicial»*.

- Además: *«la persona que actúe en esta función está investido de una función pública de autoridad y, en consecuencia, está sujeto al régimen jurídico del funcionario público en ejercicio de las responsabilidades de su cargo. Ello comporta que goza de la protección legal de su persona y de su función»*, situación que difiere de la del mediador.
- Otra diferencia entre ambas figuras consiste en la duración de cada caso, mientras que en los conflictos tratados en mediación la media de sesiones para resolverlos oscila entre 8 y 12 como máximo, dependiendo de la complejidad del asunto, la intervención del coordinador de parentalidad tiene una duración de entre tres meses y un año.

Un coordinador de parentalidad puede responsabilizarse de varios casos a la vez, lo que le permite realizar trabajo de grupo con los padres, madres o hijos de las distintas familias a su cargo, mientras que en mediación las sesiones serán individuales y para una sola familia, por ello se la define como la herramienta idónea para diseñar soluciones *«a medida»*.

El COORDINADOR DE PARENTALIDAD guía a los progenitores para que actúen a favor del mejor interés de sus hijos. Controla el cumplimiento del plan de parentalidad. Media y arbitra cuando existen controversias entre los progenitores; enseña a llevar a cabo la coparentalidad positiva; educación parental; disminuye el conflicto familiar y pacifica las relaciones familiares.

Es un auxiliar del juez en el ámbito de la ejecución de resoluciones judiciales, interviniendo en el seno de la familia y emitiendo informes que podrán desplegar efectos en el proceso. Está investido de una función pública de autoridad y, en consecuencia, sujeto al régimen jurídico del funcionario en ejercicio de las responsabilidades de su cargo y goza de protección legal de su persona y de su función.



El profesional que ha de intervenir ha de contar, para llevar a cabo su labor, con facultades para mantener entrevistas con los progenitores, con los menores, con los miembros de la familia extensa, profesores y con los médicos, psiquiatras o psicólogos que atienden a los padres o a los hijos. Debe intentar consensuar con los padres las medidas de aproximación (calendario, pautas y condiciones para la normalización de la relación paterno-filial) que entienda adecuada, informando al juzgado de los acuerdos a los que las partes hayan llegado con su intervención o, en caso de desacuerdo, haciendo las propuestas oportunas que estime convenientes al juez de la ejecución para que este adopte la oportuna decisión.

Su intervención ha de ser lógicamente temporal por lo que cesará en el plazo de tres meses, salvo que el juez disponga fundadamente de alguna prórroga.

La designación, a falta de acuerdo entre los progenitores podrá recaer en un profesional de las listas proporcionadas por los colegios profesionales de psicología, trabajo social, abogados, especialistas en parentalidad ex artículo 341 LEC y los gastos de su actuación, configurado como gasto extraordinario necesario se abonará por partes iguales, conforme al artículo 241 y ss. LEC.

Aunque sin regulación específica en la legislación estatal y autonómica aragonesa, esta figura es ampliamente conocida y utilizada en Estados Unidos y ha sido abordada en la literatura científica por la Doctora Capdevila Brophy.

Esta figura está muy bien definida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de febrero de 2015 (Ponente Magistrada María Eugenia Alegret Burgués), de recomendada lectura íntegra.

Como amparo jurídico limitado podremos contemplar el artículo 39 y 118 de CE, artículo 158.6 Código Civil, Artículo 10 CDFFA, L.O. de Protección Jurídica del Menor 1/1996 de 15 de Enero y la Convención sobre los Derechos del Niño y sentencia del TDHS de 26 de mayo de 2009 que dispone que:

«...el interés del hijo requiere que solo circunstancias muy excepcionales puedan llevar a una ruptura de una parte del vínculo familiar y que deban adoptarse las medidas necesarias para mantener las relaciones familiares y, en su caso, reconstituir el vínculo familiar».





7.4. Derivación a mediación familiar de casos archivados sobre violencia sobre la mujer

En 2008 el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña en colaboración con los juzgados de violencia sobre la mujer de L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona) puso en marcha una experiencia piloto de mediación de conflictos familiares derivados de procedimientos archivados en los juzgados de violencia sobre la mujer.

Dicha experiencia surgió de la necesidad real de dar respuesta y solución a situaciones familiares que llegan a los juzgados de violencia sobre la mujer, derivadas de conflictos familiares con relaciones de convivencia muy deterioradas pero que no responden a una situación de violencia doméstica.

Seguir con el sistema judicial supone en ocasiones empeorar las relaciones familiares ya de por sí muy deterioradas, principalmente cuando hay hijos comunes. Archivar el procedimiento judicial sin más, sin brindar la posibilidad a las partes de poder gestionar e intentar llegar a una solución sobre el conflicto existente, ocasiona en la mayor parte de los casos, la reanudación de la convivencia familiar de forma inmediata, lo que se traduce en una reiteración delictiva dado el deterioro de la relación, con nuevas denuncias.

Con la derivación a una mediación familiar en los supuestos archivados, se conseguiría:

- Disminución en los JVG de nuevas denuncias y condenas derivadas de nuevo de aquellas.
- Disminución de costes económicos en la administración de justicia y para las partes.
- Un menor desgaste psicológico de los progenitores enfrentados y de sus hijos.

VIII. CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

1. Hemos de convertir la mediación en un medio eficaz con mediadores con adecuada formación, reglada y pautada de manera que su labor sea eficaz.
2. Formación de todos los operadores jurídicos y de los funcionarios de la administración de justicia.
3. Implantación de servicios públicos de mediación en sedes judiciales.



4. Campañas de concienciación de las familias en situación de ruptura sobre la función de la mediación, expectativas y sus beneficios. La sociedad necesita de la mediación pero no lo sabe.
5. Mediación gratuita para los ciudadanos y remunerada para los mediadores.
6. El coordinador de parentalidad va a tener un gran futuro práctico en ejecución de sentencias conflictivas: régimen de comunicaciones con hijos, autorización de cambio de domicilio, de colegio, comuniones, cierre de fronteras, acceso a redes sociales, móviles, piercing, tatuajes, etc.
7. Implicación real, efectiva y coordinada de las instituciones responsables en mediación.

Epitafio final. La solución mediada no debe dejar heridas en el recuerdo ni manchas en los sentimientos. Se resetea el pasado para mirar al futuro. La solución global completa se puede aplazar, desglosar, trocear, compensar, disminuir el problema, dar soluciones imaginativas e incluso metajurídicas.







PROYECTO PILOTO DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN FAMILIA Y PENAL EN LOS PARTIDOS JUDICIALES DE BARBASTRO, MONZÓN Y JACA

MARINA BEATRIZ RODRIGUEZ BAUDACH

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 3 de Huesca

EDUARDO JOSÉ BERNUÉS MATEOS

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Barbastro

Resumen: *La principal finalidad que persigue nuestra exposición es la de mostrar la experiencia práctica de implantación de métodos alternativos de resolución de conflictos en los partidos judiciales de Barbastro y Monzón. El conocimiento y promoción de la mediación son pilares básicos para el éxito de la misma, tanto para que sea conocida y demandada por el ciudadano, como para que los profesionales (abogados y procuradores) no la perciban como un peligro para sus intereses profesionales. Esta labor de información y formación ha sido nuestra principal preocupación, junto con la de tratar de elevar la calidad del sistema de mediación intrajudicial.*

Sumario: I. Introducción. II. Experiencias previas a Barbastro-Monzón. III. Proyecto Piloto de los partidos judiciales de Barbastro-Monzón. 3.1 Pasos previos al Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca 3.2. Firma del Convenio y desarrollo del sistema. 3.2.1. Creación del Protocolo de derivación. 3.2.2 Control de calidad del sistema. 3.3. Estado actual. IV. Aspectos más destacados del Protocolo de derivación. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar, y como ya hicimos oralmente en nuestra exposición en el «I Congreso Internacional de Mediación Intrajudicial», agradecemos la invitación a la organización, a la Universidad y al Gobierno de



Aragón, siendo un honor que hayan querido contar con nosotros en estas jornadas. Nosotros no haremos una exposición doctrinal ni teórica sobre mediación; no somos expertos formados en mediación. Nos limitaremos a contar nuestra experiencia, cómo comenzamos en el mundo de la mediación, cómo iniciamos el proyecto implantado en los partidos judiciales de Barbastro-Monzón y cómo ha evolucionado hasta el día de hoy.

Para ello es obligado remontarnos a la primera vez que escuchamos hablar de la mediación. No fue en el colegio ni en la facultad de Derecho. Ni siquiera durante el estudio del temario de la oposición de acceso a la carrera judicial. Fue en la Escuela judicial, en el año 2006. Una vez aprobados los exámenes teóricos, aquellos que superan los mismos deben, a su vez, superar la fase de prácticas, parte de la cual comprende un curso en la Escuela judicial de Barcelona. En la primavera de 2006, inmersos en esa formación, se celebró un taller de formación complementaria al que acudieron los magistrados Agustín Azparren y Ramón Saéz Valcárcel para explicarnos en qué consistían estas herramientas de resolución alternativa de conflictos, tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal.

Para nosotros era difícil encajar estas figuras en una realidad práctica que aún no habíamos conocido, pero lo cierto es que nos abrieron la visión a una realidad desconocida y nos generaron una serie de dudas e inquietudes sobre cómo podían articularse en la labor jurisdiccional.

La escuela judicial también nos dio a conocer a la asociación GEMME, Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación, sección española creada en 2007, pionera y gran promotora de la mediación en España, lo que nos ha permitido escuchar y conocer otras experiencias de nuestro ordenamiento.

II. EXPERIENCIAS PREVIAS A BARBASTRO-MONZÓN

Al año siguiente continuó nuestra formación práctica en los juzgados de Madrid, y con esas inquietudes nos acercamos a la asociación Apoyo de Madrid, para conocer cómo funcionaba en la práctica su sistema de mediación penal; y comenzamos a darnos cuenta de que, al menos a nuestro entender, los juzgados, el funcionamiento diario del sistema judicial, precisaba de herramientas complementarias, siempre buscando la mejor solución para el justiciable, permitiendo que además de aplicar la ley, dando cumplimiento a nuestro Estado de derecho, se buscara solucionar de una forma más eficaz los problemas del ciudadano.

Esta idea se fue afianzando en los años posteriores, cuando ya en nuestro primer destino observamos de primera mano que en algunos pro-



cedimientos, sobre todo en los de familia, las soluciones plasmadas en una sentencia judicial eran perfectamente acordes a Derecho, pero difícilmente solucionaban los problemas entre los progenitores, la relación con los menores o el devenir en los años posteriores. Incluso cuando se alcanzaban acuerdos, bien con carácter previo, bien en sede de procedimiento judicial, los procedimientos de ejecución posteriores ponían de manifiesto la insatisfacción de las partes. Todo ello nos hizo pensar que permitirles sentarse y hablar, dándoles las herramientas adecuadas para ello, en un entorno neutral y a través de un profesional formado en la materia, podía ser útil para los ciudadanos que acudían a los juzgados. Ello no significa desconocer ni calificar negativamente la gran labor negociadora de los abogados, ni su importancia durante y al término de la mediación; pero sí entendimos que dotar de estas herramientas a las partes, permitirles que pudieran recuperar las riendas de su «problema» y buscar soluciones por sí mismos podía ser beneficioso para su futuro.

En el ámbito penal percibimos la «soledad» de la víctima, y la ausencia de respuesta a las necesidades que puede tener; necesidades que no pueden tener acogida en el procedimiento penal ordinario, pero sí en estos mecanismos complementarios.

Y ahí comienza o entronca la experiencia de los partidos judiciales de Barbastro y Monzón, destinos a los que llegamos en el mayo del año 2009, con el ya firme convencimiento de buscar fórmulas para tratar de implantar la mediación.

III. PROYECTO PILOTO DE LOS PARTIDOS JUDICIALES DE BARBASTRO-MONZÓN

3.1 Pasos previos al Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca

Barbastro y Monzón son partidos judiciales pequeños, alejados de las capitales de provincia, donde se suelen concentrar los recursos y medios materiales. Tras unos primeros intentos, tras acudir a servicios sociales o a puntos de encuentro buscando encontrar allí este tipo de servicios, la Ley de mediación familiar aragonesa del año 2011 supuso un gran avance en nuestra Comunidad Autónoma. No obstante el esfuerzo de la administración en este ámbito, que creó servicios en Zaragoza, Huesca y Teruel, los justiciables de nuestros partidos judiciales difícilmente podían





acceder a unos sistemas que se centraban en las capitales de provincia. Era tremendamente difícil que ciudadanos y abogados desearan acudir a una mediación, que además era prácticamente desconocida en el año 2011, si ello suponía un esfuerzo adicional como el de acudir a Huesca o Zaragoza. Máxime si debían recorrer distancias en algunos casos superiores a las dos horas dependiendo de la población en la que residían.

Precisamente por esta razón, era necesario buscar una alternativa. Es en ese momento cuando nos encontramos con dos profesionales con las mismas inquietudes, con la convicción de que era necesario implantar en los juzgados estos mecanismos alternativos y, lo que es mejor y absolutamente necesario, debidamente formados en esta materia.

En estos cinco años de proyecto, cada vez que hemos contado cómo comenzamos, hablamos de cómo al final de un juicio de faltas y varias conversaciones posteriores, se produjo una confluencia de estrellas; realmente fue una confluencia de inquietudes, que permitió el comienzo de esta aventura.

Los primeros pasos para poder implantar el servicio fueron consultas al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y reuniones con el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca (ICAH), con el fin de fijar en qué términos y condiciones se podía iniciar el servicio de mediación.

Nos encontrábamos entre finales de 2010 y principios de 2011, aún no se habían firmado los convenios autonómicos entre el CGPJ y las comunidades autónomas; aún no estaba aprobada la ley de mediación civil y mercantil ni existía referencia a la mediación penal en nuestro sistema. Hablar de mediación exigía partir de cero y explicar casi todos los elementos de estos sistemas de resolución de conflictos.

Por ello, ante el desconocimiento y cierta inquietud que este proyecto suscitaba entre los profesionales de los partidos judiciales, se organizaron reuniones con los abogados y procuradores de ambos partidos, con el fin de explicarles en qué consistía el Servicio de mediación intrajudicial. Somos conscientes de que los abogados son un elemento clave en el éxito o fracaso de una mediación. Si un cliente es asesorado de forma negativa sobre la mediación, existen muchas más probabilidades de que no inicien la misma.

Igualmente se informó del proyecto a la Fiscalía de Huesca, puesto que su participación resulta esencial, especialmente en el ámbito penal donde los acuerdos que pudieran resultar de la mediación debían tener el acomodo procesal correspondiente.

Pese a las dificultades que fuimos encontrando, gracias al apoyo del CGPJ, que nos facilitó todas las herramientas que tenían en ese momento



y nos apoyó para que comenzásemos, así como al respaldo del ICAH, que facilitó la cobertura personal de nuestro servicio, en diciembre de 2012 pudimos firmar el Convenio para la implantación de un Servicio de mediación intrajudicial familiar y penal en los partidos judiciales de Barbastro y Monzón.

3.2. Firma del Convenio y desarrollo del sistema

El 5 de diciembre de 2012, en la sede de la UNED (Universidad de Educación a Distancia) de Barbastro, se procedía a la firma del Convenio que daba cobertura orgánica al servicio dentro de nuestros juzgados, por estar suscrita por el CGPJ; y que daba cobertura a los mediadores, en este caso dos colegiados del ICAH de los partidos judiciales de Barbastro y Monzón.

Este convenio nos permitió comenzar a derivar, momento en el que procuramos tener resueltas las dudas procesales y sustantivas que la mediación podía suscitar. La incidencia en el curso del proceso es una cuestión tremendamente importante, entendiendo que los cuatros juzgados de Barbastro y Monzón debíamos actuar de forma semejante, sin generar inseguridad a los profesionales y respetando en todo momento la legislación procesal civil y penal. Por dicha razón, entre nuestra primeras conversaciones y la firma del Convenio, entre todo el personal del servicio que queríamos iniciar este proyecto, jueces, secretarios judiciales (hoy Letrados de la Administración de Justicia) y los mediadores, fuimos dándole forma a un protocolo de actuación que nos permitiera actuar con orden y de manera reglada.

3.2.1. Creación del protocolo de derivación

Para la elaboración del Protocolo acudimos a las guías y protocolos que en ese momento estaban colgados en la página web del CGPJ (www.poderjudicial.es), adaptándolos a las características de nuestros partidos y de nuestro servicio. Inicialmente solo contábamos con dos mediadores, por lo que la labor de derivación exigía examinar con mayor detenimiento los procedimientos que se derivaban, precisamente para no saturar el Servicio. Debe tenerse en cuenta además que desde el inicio estos mediadores trabajan de forma gratuita, ya que el servicio no contaba, ni cuenta aún, con ningún tipo de dotación o sustento económico.

Este Protocolo, que incluye los correspondientes modelos, ayuda a la oficina judicial en su labor, dado que para los funcionarios de nuestros





juzgados también constituyó una importante novedad en ese momento. Servía para los profesionales, quienes pudieron observar como la mediación no suponía un retardo ni un perjuicio en la tramitación del procedimiento. Desde el principio se trabajó en evitar las suspensiones (salvo acuerdo de las partes), aprovechando los tiempos que las leyes procesales otorgan, haciendo especial hincapié en que la mediación se desarrollara en tiempos cortos de duración. Se trabajaba en sesiones, al menos semanales, con la obligación de poner en conocimiento del juzgado, una vez transcurrido un mes, sobre las razones por las que la mediación no había aún concluido. Y este Protocolo también supone un instrumento de ayuda para los mediadores, puesto que deben ajustarse a estas directrices en su labor, permitiendo a quienes se han ido incorporando al Proyecto conocer la forma de trabajar de los juzgados.

De esta forma se comenzó, al principio con esos dos mediadores y desde el año siguiente con la lista que nos facilitó el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca, encargado de su confección y de controlar que los inscritos reunían la formación requerida para esta labor. Lista a la que los abogados colegiados con formación en mediación se inscribían voluntariamente, sin recibir remuneración o cobertura alguna de los gastos que podían sufrir (desplazamientos, tiempo...) y que, pese a esas dificultades, llegó a contar con 17 mediadores.

3.2.2. *Control de calidad del sistema*

Con el paso del tiempo fuimos introduciendo modificaciones en el Protocolo y en la forma de funcionamiento del servicio, gracias a las reuniones semestrales previstas en el Convenio, que nos obligaba a revisar lo acontecido en los seis meses anteriores y a ponerlo en común con los mediadores y con los representantes del ICAH.

A raíz de estas reuniones unificamos el sistema de designación del mediador, pasando de un nombramiento por partido judicial (lo que había provocado que un mismo mediador estuviera trabajando al mismo tiempo en los dos partidos) a un sistema de designación único para los dos partidos, gestionado a día de hoy por uno de los Letrados de la Administración de Justicia.

Añadimos también una serie de sistemas para intentar unificar la práctica de los mediadores y para intentar controlar su formación; desde 2016 existe una comediación obligatoria para los nuevos mediadores que se fueran añadiendo al servicio así como unas sesiones clínicas semestrales del grupo de mediadores para establecer criterios de actuación o resolver dudas surgidas en el ámbito de su actuación.



En la misma línea, el Colegio de Abogados de Huesca elaboró el Código de Buenas Prácticas en materia de mediación, aprobado el 30 de septiembre de 2014 por su Junta de Gobierno.

3.3. Estado actual

Finalmente, gracias a la labor de estos años, y al interés de abogados mediadores de los partidos judiciales cercanos, el 21 de julio de 2016 se celebró un nuevo Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca por el cual se extendía este servicio a los juzgados del partido judicial de Jaca, habilitándose una lista específica de mediadores concretos para ese servicio.

El Convenio ha sido prorrogado de conformidad por las dos partes firmantes por acuerdo de la Comisión Permanente de CGPJ por un año más, hasta el 21 de julio de 2018.

En la actualidad se está a la espera de lograr financiación para el Proyecto, puesto que es indudable que la labor de los mediadores de nuestro servicio debe ser retribuida, consolidándose como un elemento más de los juzgados.

Y así venimos trabajando desde 2011, a nuestro entender de forma satisfactoria, aunque con muchas cuestiones y elementos que mejorar.

En la práctica se ha ido incrementando el número de acuerdos, pero, sobre todo, se ha ido incrementando el conocimiento de esta herramienta por los abogados que trabajan en nuestros partidos y por los ciudadanos que acuden al mismo.

Asimismo, hemos podido observar que en la mayoría de los casos quienes acudían al servicio y comenzaban la mediación, aunque no concluyera con acuerdo, lograban un acercamiento a los juzgados de forma menos traumática, puesto que en la sesión informativa el mediador puede aprovechar para explicar en qué consiste el procedimiento judicial. Igualmente, este contacto con las partes, es posible que permita una comunicación que facilite acuerdos posteriores, aún no alcanzando acuerdos en las propias sesiones de mediación.

Finalmente, hay que añadir que el Proyecto nos ha servido para realizar jornadas formativas en la UNED de Barbastro. Siguiendo con nuestra idea de que para que el proyecto tuviera buen recorrido era necesario que los profesionales y los particulares conocieran qué es lo que se hacía, y con el inestimable apoyo de la UNED de Barbastro, desde 2015 hemos organizado tres jornadas con las temáticas de Mediación familiar y Justicia restaurativa.



IV. ASPECTOS MÁS DESTACADOS DEL PROTOCOLO DE DERIVACIÓN

En ese protocolo introducimos de inicio dos elementos que no eran habituales en ese momento.

En primer lugar, establecimos la posibilidad de que a la primera sesión informativa las partes acudieran con sus propios abogados. Con esta opción buscábamos que los propios mediadores pudieran explicar a los abogados, además de a los clientes, las características y opciones del sistema. Era y sigue siendo esencial que los abogados entiendan que la mediación no le va a suponer un perjuicio a su cliente ni a ellos mismos; y que, si sus clientes ven favorable someterse a estos procesos, confíen en la labor del mediador y les apoyen en sus conversaciones paralelas.

En esa misma línea, por el gran respeto que tenemos a la función del abogado y entendiendo que su labor es esencial en la forma y plasmación de los acuerdos que finalmente se pudiera alcanzar, también establecimos la asistencia de los abogados a la última sesión, para que tras centrar los puntos del posible acuerdo lo redactaran y le dieran la forma precisa para que posteriormente pudiera ser homologado.

En segundo lugar, y casi desde un principio, establecimos la obligatoriedad de la asistencia a la primera sesión informativa. Esta obligatoriedad no quebraba el principio de voluntariedad de la mediación, ya que solo imponía a las partes la asistencia a la sesión donde se informa sobre las características de la mediación y sus ventajas o inconvenientes, manteniendo su libertad para decidir si iniciaban o no el proceso. Permitía asegurarnos de que los particulares conocían la herramienta que les estábamos ofertando; y que la conocían además de forma directa de los profesionales en la materia, lo que resulta esencial, al menos, según nuestro criterio.

V. CONCLUSIONES

- La mediación, los sistemas alternativos de resolución de conflictos, son un elemento necesario en nuestro sistema jurisdiccional, permitiendo la posibilidad al justiciable de poder optar por aquel sistema que le brinde una mayor satisfacción o posibilidad de resolución del conflicto.
- Los jueces debemos buscar, en la medida de lo posible y de acuerdo a los instrumentos de que dispongamos, la solución más adecuada a los conflictos. En este sentido merece destacar el artículo 15 de la Carta Magna de los Jueces elaborada por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos que establece:



Proyecto piloto de mediación intrajudicial en familia y penal en los partidos...

«El juez debe actuar para asegurar la consecución de una solución rápida, eficaz y a un coste razonable de los litigios; debe contribuir a la promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos».

- La promoción y formación de la mediación es esencial en nuestra sociedad, donde actualmente sigue vigente el patrón de resolución del conflicto en forma de litigio, de confrontación.
- Es posible y necesario establecer sistemas de mediación en nuestros juzgados.
- Especialmente en el ámbito de los juzgados de familia debe establecerse de forma obligatoria el previo paso por un sistema de mediación que permita a las partes encarar el proceso de ruptura con herramientas distintas a la mera confrontación.







CAPÍTULO III

MODELOS DE MEDIACIÓN EN EUROPA







EL MODELO ITALIANO DE MEDIACIÓN: LA UTILIZACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD PARA REFORZAR LA VOLUNTARIEDAD

CARLO PILIA

Docente de Derecho civil y mediación de la Universidad de Cagliari (Italia)
piliac@unica.it

Responsable científico de la serie editorial Quaderni di conciliazione,
Valveri, Cagliari <http://www.mediatorimediterranei.org/quaderni>

Presidente Asociación Mediatori Mediterranei Onlus
<http://www.mediatorimediterranei.org/>

Resumen: *El modelo italiano de mediación tiene un fuerte carácter constrictivo, impuesto para favorecer su aplicación. Por ley, antes de promover la acción judicial, en muchos litigios, es obligatorio haber experimentado la mediación. Incluso en otros litigios, sin embargo, el juez puede ordenar a las partes que realicen una mediación. La ausencia o no cooperación de las partes en la mediación, además, implica la aplicación judicial de sanciones económicas y procesales. En la experiencia italiana hay muchos procedimientos pero pocos acuerdos de mediación, porque aún faltan cultura y calidad.*

Palabras clave: *Mediación italiana, obligatoriedad por ley y por orden judicial, calidad de la mediación, mediación transfronteriza, mediación mediterránea.*

Abstract: *The Italian model of mediation has a strong constricting character, imposed to favor its application. By law, before promoting judicial action, in many disputes, it is mandatory to have experienced mediation. Even in other disputes, however, the judge can order the parties to perform mediation. The absence or non-cooperation of the parties in mediation, finally, involves the judicial application of economic and procedural sanctions. In the Italian experience, there are many procedures but few mediation agreements, because culture and quality still lack.*

Keyword: *Italian mediation, mandatory by law and by court order, quality of mediation, cross-border mediation, Mediterranean mediation.*



Sumario: I. La búsqueda de la calidad en la mediación a través de la comparación de modelos y experiencias. II. El marco común europeo de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. III. El modelo italiano de imponer la mediación. IV. Las vicisitudes de la obligatoriedad. V. La mediación intrajudicial. VI. La experiencia italiana después de la implementación la Directiva europea 2008/52/CE. VII. Las redes internacionales para fomentar la cultura de la mediación transfronteriza en el Mediterráneo: las rutas comunes para la paz. VIII. Bibliografía.

I. LA BÚSQUEDA DE LA CALIDAD EN LA MEDIACIÓN A TRAVÉS DE LA COMPARACIÓN DE MODELOS Y EXPERIENCIAS

La comparación entre modelos y experiencias es uno de los principales métodos científicos que se utiliza para profundizar el análisis de la mediación, como sistema extrajudicial para la resolución amistosa de disputas. De hecho, debido a su naturaleza dúctil y su carácter flexible, la mediación está regulada de forma diferente en el sistema jurídico europeo y en los de los Estados miembros, tanto unitarios como federales, estos últimos articulados por cada comunidad autónoma¹. La existencia de una pluralidad de modelos y, a raíz de la implementación de la principal Directiva europea 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles², de tantas experiencias desarrolladas a nivel nacional y local, ahora permite disponer de abundantes materiales para realizar las primeras evaluaciones comparativas, tanto en términos de los contenidos de las normativas vigentes, como de los resultados obtenidos a través de su práctica plurianual.

La adquisición del conocimiento de los muchos modelos y de las diversas experiencias de mediación es una actividad de búsqueda indispensable para los juristas y, en general, para todos los estudiosos del tema que quieran llevar a cabo una investigación científica exhaustiva y completa sobre la evolución reciente del fenómeno. En particular, de forma comparativa, en primer lugar, deben ser identificadas la esencia voluntaria necesaria del instituto jurídico, con sus características fundamentales comunes, junto con las declinaciones principales de tratamiento de los

¹ El artículo contiene la ponencia presentada al I Congreso internacional de mediación infrajudicial, dirigido por el responsable científico, y gran amigo, prof. José Luis Argudo Pérez de la Universidad de Zaragoza, que lo ha organizado con el Gobierno de Aragón en los días 22-24 de noviembre 2017.

² 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.



perfiles accesorios, así como las múltiples formas de lograr la combinación con otras medidas complementarias que promueven, si no imponen, el uso de la mediación en cada sistema legal.

La indagación comparativa, sin embargo, no solo interesa a la investigación pura destinada a apoyar una reflexión teórica y abstracta, reservada por completo para los miembros del mundo cerrado de la disquisición académica. Por el contrario, la comparación debe abrirse hacia fuera, a la sociedad y sus necesidades concretas de pacificación, para ayudar a alimentar una dialéctica pública sobre la elección de las mejores soluciones en la regulación, organización y gestión de la mediación, para las distintas situaciones de conflicto. Por un lado, son los representantes de las instituciones públicas nacionales y locales que tienen poderes legislativos y administrativos para regular la mediación y controlar su correcto funcionamiento que deben participar en la confrontación. Por otra parte, necesita la participación de los operadores prácticos que intervienen diariamente en la gestión concreta de la mediación, con la promoción y ejecución de procedimientos extrajudiciales para intentar la solución amistosa de los conflictos que surgen entre los ciudadanos y las empresas.

Académicos, políticos, funcionarios, jueces, mediadores, abogados y, en general, profesionales, cada uno por su propia competencia, se enfrentan a los contenidos de los múltiples modelos de mediación y las soluciones preferidas para los principales problemas de aplicación, analizando los datos experienciales en conjunto recogidos, con el fin de señalar los problemas más críticos y presentar las propuestas de mejora. Los procesos participativos, emblemáticamente realizados también en el Congreso Internacional celebrado recientemente en Zaragoza³, ofrecen una fuente de reflexión útil para los legisladores, los intérpretes, los operadores prácticos y los mismos usuarios. En primer lugar, las indicaciones recogidas sirven para apoyar la revisión de las disciplinas europeas⁴, así como las regulaciones nacionales y locales para corregir las fórmulas de organización y mejorar la calidad de los servicios de mediación públicos y privados. Además, las indicaciones congresuales permiten facilitar la gestión concreta de los procedimientos de mediación, de modo que se oriente la elección de

³ De hecho, en el congreso internacional de Zaragoza participaron todos los componentes institucionales involucrados en la mediación, comenzando con las organizaciones académicas, políticas, administrativas, judiciales, de mediación, asociaciones de mediadores y varias órdenes profesionales, provenientes tanto por las comunidades autónomas como por las instituciones estatales y regionales españolas, así como por otros estados europeos.

⁴ Artículo 11 (Revisión) de la Directiva 2008/52/CE.





los usuarios hacia modelos concretos que favorezcan la consecución del mayor número de acuerdos de composición entre las partes contendientes.

Los procesos participativos de comparación entre modelos abstractos y experiencias concretas, además, deben ir más allá de los contextos locales y nacionales, para abarcar una dimensión legal internacional, que se ha vuelto necesaria debido a cambios de las relaciones interpersonales, familiares, sociales y económicas que, para la resolución de situaciones de conflicto, requieren la aplicación del remedio compositivo de la mediación. En este sentido, la principal ley marco europea, consistente en la Directiva 2008/52/CE, se refiere directamente a las relaciones transfronterizas, es decir, entre partes procedentes de diferentes Estados miembros⁵. Para facilitar el establecimiento de transacciones transfronterizas, ya que son adecuadas para la creación del mercado interior europeo, se ha introducido un primer marco comunitario, aunque esencial, que constituye el modelo común al que tienen que ajustarse los modelos derivados estatales y regionales, para respetar el cumplimiento y lograr calidad⁶.

En el marco institucional europeo, necesariamente, la comparación entre modelos y experiencias de mediación presupone el enfoque transfronterizo que, ante todo dentro del amplio espacio comunitario, considera directamente la dimensión interestatal y, por lo tanto, las disciplinas adoptadas por los otros países miembros, con que deben interactuar tanto para construir relaciones jurídicas como para resolver los conflictos consiguientes de manera consensual⁷. La superación progresiva de los estrechos contextos locales y nacionales en favor de los transnacionales y los europeos, de hecho, corresponde a una necesidad que ahora está generalizada y compartida en la abrumadora mayoría de las relaciones afectivas, profesionales y sociales. Si parece correcto, entonces, que la comparación sea expresada en términos plurales e internacionales, en el análisis de la mediación no se debe limitar a la extensión continental de las fuentes legislativas actuales de las instituciones europeas. Incluso el espacio continental europea, en muchos sentidos, ya no es apropiado para gestionar la mayor complejidad y amplitud de las dinámicas relacionales actuales, favorecidas tanto por la creciente movilidad internacional de las personas como por el uso masivo de los medios de comunicación a distancia.

⁵ Artículo 2 (Litigios transfronterizos) de la Directiva 2008/52/CE.

⁶ Considerando nn. 5-8 de la Directiva 2008/52/CE.

⁷ Considerando n. 28 de la Directiva 2008/52/CE.





En el análisis transfronterizo de la mediación, por lo tanto, no se puede ignorar la proyección intercontinental, si no globalizada, determinada por la existencia de un número creciente de relaciones jurídicas que, especialmente con referencia a nuestra área mediterránea, ahora tienen raíces profundas y lazos sólidos. Depende de los académicos y operadores prácticos de derecho, antes de la esperada intervención de los legisladores, desarrollar los modelos de mediación en términos funcionales para enfrentar las necesidades de pacificación de los nuevos escenarios de crisis internacionales.

II. EL MARCO COMÚN EUROPEO DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

En el ámbito comunitario, enfocado en la libre circulación de las personas, la constitución y recomposición de las familias, las relaciones entre profesionales y consumidores, el comercio de bienes y servicios, las instituciones europeas promueven la mediación para facilitar el acceso a la justicia⁸ y, especialmente en las transacciones transfronterizas⁹, garantizar la cohesión económica y social esencial para el desarrollo del mercado interior. Aunque las protecciones judiciales nacionales y comunitarias constituyan un derecho fundamental e indispensable que para todos están reconocidas desde hace tiempo¹⁰, ya no se consideran suficientes por sí mismas para garantizar la plenitud y eficacia de la protección, sino que deben complementarse con otras medidas complementarias, más rápidas, simples y adecuadas, que pueden usarse de forma voluntaria.

La mediación, como un nuevo servicio de composición voluntaria de litigios transfronterizos en materia civil y mercantil, tiene, para las instituciones europeas, una doble función. Por un lado, la mediación integra una nueva forma de justicia, que es un sistema eficaz de protección de los derechos, que recibe su estatuto común para los países de la Unión Europea¹¹. Por otro lado, la mediación favorece el desarrollo del mercado europeo¹², en el que el libre intercambio de bienes y servicios ofrece ocasiones por el surgimiento de nuevos conflictos transnacionales que

⁸ Considerando nn. 1-7 de la Directiva 2008/52/CE.

⁹ Considerando nn. 8-10 de la Directiva 2008/52/CE.

¹⁰ Artículo 5, pár. 2, de la Directiva 2008/52/CE.

¹¹ Considerando nn. 1-3 de la Directiva 2008/52/CE.

¹² Considerando nn. 4-6 de la Directiva 2008/52/CE.



necesitan sistemas compartidos de composición voluntaria, para garantizar la efectividad de la protección de los derechos de todos los que venden y compran. El mercado europeo, por lo tanto, requiere la disponibilidad del servicio de mediación establecido en la misma lógica de la elección voluntaria y competitiva que alimenta el comercio. Se introdujo como una primera disciplina europea formada por un núcleo común mínimo de disposiciones vinculantes y unos principios generales de calidad, que dejan un amplio margen de autonomía a la legislación estatal, así como a la organización de los gestores de los servicios de mediación y a las partes en conflicto que elijan usarla¹³.

El primer modelo de mediación a ser examinado, por las razones expuestas, es el que resulta de la Directiva 2008/52/CE con referencia al muy amplio campo aplicativo de litigios civiles y comerciales sobre los derechos disponibles. Hay un estatuto que tiene un contenido de carácter decididamente mínimo, que se explica tanto en relación con la primera fase del proceso legislativo europeo de construcción de una disciplina común y tanto por la opción política de dejar amplios espacios a la autonomía necesarios para aplicar efectivamente en una variedad de contextos un instrumento de composición de naturaleza dúctil y carácter flexible. Surge una visión abierta y pluralista de la mediación, capaz de aplicarse de maneras muy diferentes, a pesar de estar dentro de un marco normativo común de fuentes jurídicas multinivel que contribuyen a su regulación.

La legislación europea, en particular, ha logrado una armonización parcial, en lo que se refiere solo a algunos de los perfiles jurídicos¹⁴, y mínima, en el sentido de que permite tanto una extensión que un fortalecimiento del estatuto común esencial de la mediación¹⁵. Por lo tanto, los Estados miembros pueden declinar la autonomía legislativa de acuerdo con las tradiciones y necesidades específicas de cada sistema, construyendo sus propios modelos nacionales de mediación. En la implementación de la Directiva, por lo tanto, los Estados miembros pueden limitarse simplemente a transponer el estatuto europeo esencial de la mediación y, en ese caso, adoptan las soluciones más adecuadas referidas a las muchas modalidades de acceso (artículo 5), al efecto sobre los plazos de caducidad y prescripción (artículo 8), a la confidencialidad (artículo 7), al carácter ejecutivo del acuerdo (artículo 6) y, también, a la aplicación cualitativa

¹³ Considerando n. 7 de la Directiva 2008/52/CE.

¹⁴ En este sentido, el propio título de la Directiva 2008/52/CE se refiere únicamente a ciertos aspectos jurídicos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹⁵ Considerando n. 14 de la Directiva 2008/52/CE.



de los principios de eficacia, imparcialidad y competencia en el funcionamiento del procedimiento de composición (artículo 4). Los Estados miembros también puede integrar el estatuto de mediación europea con disposiciones adicionales que refuerzan y complementan, bajo uno o más aspectos, con un límite de no impedir a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial (artículo 5, párr. 2).

En primer lugar, la Directiva 2008/52/CE contiene las principales definiciones de «mediación» y «mediador» válidas en Europa. Así, por mediación nos referimos a: «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro»¹⁶. Además, un mediador es: «todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación»¹⁷.

A partir de las definiciones mencionadas, en particular, surgen tanto la irrelevancia de cualquier diferencia en la terminología, como la compatibilidad del estatuto abierto y flexible de la mediación con otras diferenciaciones significativas de los contenidos de las disciplinas que se refieren, en primer lugar, al inicio del procedimiento (por voluntad de las partes, sugerido u ordenado por el juez o prescrito por la ley estatal), la manera de llevarlo a cabo (técnicas facilitadoras y evaluativas) y otros aspectos, así como la organización del servicio de composición. En todos los casos, sin embargo, siempre debemos preservar la esencia voluntaria de cómo lograr el acuerdo que las partes, asistidas por el mediador, concluyen para resolver los litigios. Con este fin, la Directiva 2008/52/CE establece un modelo inicial de mediación europea que se basa en dos planes disciplinares, respectivamente, referidos a los requisitos de legalidad y a los principios de calidad. Por un lado, la necesaria aplicación de las disposiciones legales específicas contenidas en los artículos 5-8. Por cada una de estas disposiciones, además, se han propuesto varias soluciones, entre las cuales las legislaciones de los Estados miembros pueden elegir. En cuanto a la calidad de la mediación (artículo 4), por otra parte, el legislador europeo insta a los Estados miembros a fomentar la adopción de códigos de con-

¹⁶ Artículo 3, párr. 1, letra *a*) de la Directiva 2008/52/CE.

¹⁷ Artículo 3, párr. 1, letra *b*) de la Directiva 2008/52/CE.



ducta voluntarios, tanto europeos como nacionales, por parte de los centros de mediación y mediadores, así como también a introducir mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación (pár. 1). Además, se identifica en los cursos de formación de los mediadores el instrumento principal de la elevación cualitativa de la actividad de mediación, que se llevará a cabo de manera efectiva, imparcial y competente (pár. 2).

La Directiva europea insiste en la estrategia multinivel de promover mecanismos de información entre el público. En primer lugar, exige que la Comisión Europea ponga a disposición del público, por cualquier medio apropiado, información sobre los tribunales o autoridades competentes para asignar carácter ejecutivo a los acuerdos de mediación en cada Estado miembro (artículo 11). Además, se insta a los Estados miembros a fomentar, de la manera que consideren apropiada, la divulgación al público, en particular a través de Internet, de información sobre cómo ponerse en contacto con mediadores y organizaciones que prestan servicios de mediación (artículo 10), y también insta a los profesionales del Derecho a que proporcionen información adecuada a sus clientes sobre las posibilidades de la mediación (considerando n. 25), estableciendo expresamente que los órganos judiciales también pueden llamar la atención de las partes sobre la posibilidad de mediar¹⁸.

La insistencia en la promoción y difusión de la información expresa, en última instancia, es una opción política europea que precisa remitir la organización cualitativa del servicio de mediación a la dinámica competitiva, de acuerdo con las elecciones comparativas disponibles para los usuarios. La mediación, según la Directiva, debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento¹⁹. En este sentido, los mecanismos efectivos para controlar la calidad de los servicios de mediación deberían incluir el recurso a soluciones basadas en el mercado, pero no deben quedar obligados a aportar financiación pública, a fin de preservar la flexibilidad del procedimiento de mediación y la autonomía de las partes²⁰.

Sin embargo, si este es el modelo común europeo de mediación, la Directiva 2008/52/CE afirma expresamente que «no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la

¹⁸ Considerando n. 13 de la Directiva 2008/52/CE.

¹⁹ Considerando n. 13 de la Directiva 2008/52/CE.

²⁰ Considerando n. 17 de la Directiva 2008/52/CE.



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 sistema²¹». Del mismo modo, la propia Directiva no afecta a los sistemas de mediación autorreguladores vigentes, en la medida en que se ocupen de aspectos que no estén cubiertos por la presente directiva²². En consecuencia, en una dinámica abierta y pluralista, la regulación de las disciplinas de la mediación se deja a las legislaciones estatales, que, en los límites antes mencionados, conforman sus modelos nacionales en un sentido más liberal o constrictivo.

III. EL MODELO ITALIANO DE IMPONER LA MEDIACIÓN

El legislador italiano, tanto en la implementación de la Directiva europea 2008/52/CE como en los diversos cambios a lo largo de los años de la disciplina nacional de la mediación, ha dictado una legislación fuertemente constrictiva, especialmente en lo que respecta a los métodos de acceso y al desarrollo del procedimiento. Sin embargo, antes de detenerse en las características principales del modelo italiano, se debe dar cuenta, aunque sea brevemente, de los motivos contextuales que justificaron, o hicieron necesaria, la imposición de la obligatoriedad de la mediación, la posibilidad de que el mediador formule una propuesta escrita de resolución y la aplicación de sanciones económicas y procesales contra la parte que no participe al procedimiento o no colabore al acuerdo.

Ante todo, el sistema jurídico italiano está experimentando una crisis estructural en el sistema judicial que, hace mucho tiempo, no garantiza una respuesta adecuada a la demanda de justicia, a pesar de los repetidos cambios que se han introducido en el proceso civil y comercial en los aspectos normativos, organizativos y tecnológicos. Baste solamente considerar que en Italia todavía hay alrededor de cinco millones de pleitos civiles pendientes y, en promedio, lleva al menos diez años completar los tres niveles de juicio. A pesar de los esfuerzos realizados hasta ahora, el número de pleitos concluidos por año sigue siendo más bajo que el de los nuevos incoados y se percibe un estado de insatisfacción generalizada dentro y fuera de los tribunales. El país se ve muy afectado por los efectos negativos de la situación intolerable de paralización judicial que amenaza

²¹ Artículo 5, pár. 2, de la Directiva 2008/52/CE.

²² Considerando n. 14 de la Directiva 2008/52/CE.



la cohesión económica y social en las relaciones internas, y la credibilidad internacional de Italia y su atractivo para las inversiones extranjeras.

Además, la grave crisis estructural de la jurisdicción italiana va acompañada de una falta sustancial de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos que, aunque regidos por el Código de procedimiento civil²³ y otras reglamentaciones sectoriales²⁴, han permanecido en gran parte inaplicables. Esto implica, de hecho, un retraso grave, sino un vacío de protección tanto judicial como extrajudicial, que es especialmente perjudicial para los más débiles e indefensos. Las personas sin recursos y los consumidores, a menudo, se ven obligados a renunciar a hacer valer sus derechos también por las considerables dificultades para obtener protección judicial.

En tal contexto nacional, la implementación de la Directiva 2008/52/CE fue una ocasión para llevar a cabo una reforma general esperada del tipo deflacionista de la carga judicial enorme y ya no soportable. De ahí el inicio de una estrategia política que establecía el uso obligatorio de la mediación, que ahora es el principal sistema extrajudicial para resolver litigios en materia civil y mercantil.

En la implementación de la Directiva 2008/52/CE, en primer lugar, el legislador italiano ha ampliado el ámbito de aplicación de la mediación para incluir no solo los litigios transfronterizos contemplados directamente por la fuente europea²⁵, sino también los internos²⁶, que son mucho más numerosos. En segundo lugar, el experimento de la mediación se ha impuesto obligatoriamente como una condición legal de admisibilidad de la acción judicial con respecto a la mayoría de los litigios en asuntos civiles y mercantiles²⁷. Las dos opciones políticas principales, además, estuvieron flanqueadas por la provisión de la aplicación integrada de medidas complementarias adicionales, sea de tipo sancionador, hacia la parte que

²³ Artt. 802 – 840 del Código procesal civil dedicados a la disciplina de arbitraje.

²⁴ Artt. 141-141 *decies* del Código de Consumo referidos a la resolución extrajudicial de los litigios. La disciplina de consumo ha sido introducida con la implementación de la Directiva europea 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consejo del 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 consumo).

²⁵ Considerando n.º 8 y artículo 1, párr. 2, de la Directiva 2008/52/CE.

²⁶ Artículo 2, párr. 2, d.lvo 28/2010.

²⁷ Artículo 5, d.lvo 28/2010.



se niega a participar en la mediación²⁸ o a colaborar para el acuerdo²⁹, y sea de tipo de recompensa, establecidas de los incentivos fiscales para el uso de la mediación³⁰ y el logro del acuerdo³¹.

En términos de fuentes legales, de acuerdo con el sistema constitucional italiano, la disciplina italiana de mediación, manteniéndose en la materia del orden civil³², está reservada solo a fuentes estatales y, en particular, se ha distribuido entre una fuente orgánica de nivel legislativo, el decreto legislativo 28/2010, seguido por los aspectos de mayor detalle de la fuente reglamentaria, el decreto ministerial 180/2010, del Ministro de Justicia³³. Esto último, como autoridad competente³⁴, no es titular solamente del poder regulador³⁵, sino también de las funciones administrativas de mantener los registros públicos nacionales de los organismos de mediación³⁶, de los mediadores, de las instituciones de formación³⁷ y de los docentes acreditados³⁸, así como de la supervisión de su trabajo³⁹ y del monitoreo de los procedimientos de mediación⁴⁰.

La gestión del servicio de mediación, de acuerdo con la ley italiana, está reservada a las organizaciones estables que otorgan garantías de seriedad y eficiencia⁴¹, que pueden ser tanto públicas (cámaras de comercio⁴²

²⁸ Artículo 8, pár 4-*bis*, d.lvo 28/2010.

²⁹ Artículo 13, d.lvo 28/2010.

³⁰ Artículo 17, d.lvo 28/2010.

³¹ Artículo 20, d.lvo 28/2010.

³² Artículo 117, pár. 2, lett. *l*), de la Constitución de la República italiana.

³³ Decreto del Ministerio de Justicia 18 de octubre de 2010, n. 180, Reglamento que establece los criterios y procedimientos para registrar y llevar el registro de los organismos de mediación y la lista de formadores para la mediación, así como la aprobación de las indemnizaciones debidas a los organismos, de conformidad con el artículo 16 del Decreto Legislativo 4 de marzo de 2010, n. 28. Incluso este marco normativo ha sido objeto de cambios y adiciones repetidas veces (Decreto ministerial 145/11 y Decreto ministerial 139/14).

³⁴ El Ministro de Justicia, en relación con el tema del consumo, actúa en concierto con el Ministro de Desarrollo Económico, de conformidad con el artículo 16, párrafos 2 y 4, decreto legislativo 28/2010.

³⁵ Artículo 16, pár. 2, d.lvo 28/2010.

³⁶ Artículo 16, pár. 2, d.lvo 28/2010 y artículo 3, DM 180/2010.

³⁷ Artículo 16, pár. 1, d.lvo 28/2010.

³⁸ Artículo 18, pár. 3, DM 180/2010.

³⁹ Artículo 16, pár. 4, d.lvo 28/2010 y artículo 17, DM 180/2010.

⁴⁰ Artículo 11, DM 180/2010.

⁴¹ Artículo 16, pár. 1, d.lvo 28/2010.

⁴² Artículo 18, pár. 2, d.lvo 28/2010.



y órdenes y colegios profesionales⁴³) como privadas (empresas comerciales)⁴⁴ y, después de la verificación de la posesión de los requisitos necesarios, deben inscribirse en el registro nacional correspondiente⁴⁵. Para este fin, cada organismo debe equiparse, entre otras cosas, con su propio reglamento procesal⁴⁶ y un código de conducta⁴⁷, tener cobertura de seguro por perjuicios causados a terceros⁴⁸ y, además, la disponibilidad de al menos cinco mediadores acreditados⁴⁹. Se les pide a los mediadores que tengan una licenciatura de al menos tres años o estén inscritos en un colegio profesional⁵⁰ y que aprueben un curso de capacitación teórico-práctico específico sobre mediación con una duración inicial de 54 horas, así como también cada dos años, una actualización periódica de 18 horas y la realización de al menos veinte prácticas asistidas en un organismo acreditado⁵¹. Los requisitos de los cursos de capacitación que los organismos acreditados realizan para los mediadores italianos son realmente mínimos⁵² y, por lo tanto, no pueden garantizar la preparación adecuada y la calidad de la mediación.

En el procedimiento de mediación, además de cumplir con las disposiciones legislativas, se debe seguir el reglamento procesal adoptado por el organismo elegido por la parte que presenta la solicitud, sin formalidades particulares, respetando los principios de confidencialidad y profesionalidad⁵³. La duración máxima del procedimiento de mediación se establece en tres meses⁵⁴; cuando se presenta la solicitud, la persona responsable del organismo designa al mediador⁵⁵ que asiste a las partes

⁴³ Artículo 18 sobre los organismos de mediación establecidos en los Tribunales por el Colegio de Abogados y el artículo 19, párr. 1, sobre los organismos de mediación establecidos en otras órdenes y colegios profesionales.

⁴⁴ Artículo 16, párr. 1, d.lvo 28/2010 e artículo 4, DM 180/2010.

⁴⁵ Artículo 16, párr. 1, d.lvo 28/2010.

⁴⁶ Artículo 7, DM 180/2010.

⁴⁷ Artículo 16, párr. 3, d.lvo 28/2010.

⁴⁸ Artículo 4, párr. 2, lett. b), DM 180/2010, que requiere más precisamente: "posesión por parte del solicitante de una póliza de seguro de un importe no inferior a 500,000.00 euros por responsabilidad en cualquier forma que surja de la realización de la actividad de mediación".

⁴⁹ Artículo 4, párr. 2, lett. f), DM 180/2010.

⁵⁰ Artículo 4, párr. 3, lett. a) DM 180/2010.

⁵¹ Artículo 4, párr. 3, lett. b) DM 180/2010.

⁵² Artículo 18, párr. 2, lett. f) e g), DM 180/2010.

⁵³ Artículo 3, d.lvo 28/2010.

⁵⁴ Artículo 6, d.lvo 28/2010.

⁵⁵ Artículo 8, párr. 1, d.lvo 28/2010.





en la búsqueda de un acuerdo⁵⁶, bien utilizando las técnicas de facilitación para ayudar en la negociación directa entre las partes, o bien las técnicas de evaluación, a través de la formulación de una propuesta de resolución escrita dirigida a las partes que son libres de aceptar⁵⁷. Más específicamente, la ley italiana⁵⁸ establece que después del fracaso de las técnicas facilitadoras de la mediación, las técnicas evaluadoras se utilizan especialmente en dos hipótesis: la primera, cuando todas las partes acuerdan solicitar al mediador que formule una propuesta escrita para resolver el litigio. En este caso, el mediador está obligado a formularla⁵⁹. La segunda hipótesis, por otro lado, ocurre cuando el mediador considera discrecional proveerla, sin la solicitud unánime de las partes. Antes de formular una propuesta resolutoria, sin embargo, el mediador siempre debe informar a las partes sobre las consecuencias negativas a las que se exponen en caso de rechazo de la propuesta resolutoria. Las partes son informadas previamente por el mediador de que, aunque sean libres de aceptar la propuesta resuelta, cuando la rechazan, el juez que toma la decisión del pleito podría condenarlas a pagar las costas judiciales y los perjuicios derivados de un litigio temerario⁶⁰. En el contenido, la propuesta resolutoria no debe ser contraria a las normas obligatorias y al orden público⁶¹.

El acuerdo alcanzado en la mediación, que para la disciplina italiana se llama conciliación⁶², cuando tiene por objeto la propiedad u otros derechos reales inmobiliarios, si está firmado por las partes ante notario, puede transcribirse en los registros públicos de bienes inmuebles⁶³. Finalmente, para dar carácter ejecutivo al contenido del acuerdo de conciliación alcanzado en mediación, lo deben suscribir las partes y también los respectivos abogados que certifiquen el cumplimiento de las normas imperativas y de orden público. En ausencia de tal certificación, el contenido del acuerdo puede, en cualquier caso, tener la fuerza ejecutiva por el trámite del control de legalidad referido al procedimiento y al contenido confiado, en el

⁵⁶ Artículo 8, pár. 3, d.lvo 28/2010.

⁵⁷ Artículo 1, pár. 1, lett. a), d.lvo 28/2010.

⁵⁸ Artículo 11, d.lvo 28/2010.

⁵⁹ Artículo 11, pár. 1, d.lvo 28/2010.

⁶⁰ Artículo 13, d.lvo 28/2010.

⁶¹ Artículo 16, pár. 2, d.lvo 28/2010.

⁶² Artículo 1, pár. 1, lett. c), d.lvo 28/2010, Conciliación significa: "la resolución de un litigio después del procedimiento de mediación". En la legislación italiana, por lo tanto, la mediación es el procedimiento, mientras que la conciliación es el resultado positivo de la solución consensuada del litigio.

⁶³ Artículo 11, pár. 3, d.lvo 28/2010.





juicio de homologación, al presidente del tribunal ubicado en el distrito donde tiene su sede el organismo de mediación⁶⁴.

El servicio de mediación en Italia es oneroso, ya que puede ser utilizado por una tarifa, incluso si está sujeto a un régimen arancelario⁶⁵. Cada parte que participa en la mediación debe pagar una indemnización que, para los organismos públicos, es establecida directamente por el Ministerio de Justicia en proporción al valor del litigio⁶⁶. Para los organismos privados, las tarifas ministeriales solo se aplican a las mediaciones obligatorias, mientras que en las otras son establecidas libremente por los mismos organismos. Finalmente, las partes sin recursos están exentas del pago de las indemnizaciones en las mediaciones obligatorias⁶⁷.

IV. LAS VICISITUDES DE LA OBLIGATORIEDAD

La irrupción de la mediación civil y mercantil obligatoria en 2011 fue una sorprendente novedad para el sistema jurídico italiano que, con la implementación de la Directiva 2008/52/CE, comenzó a tomar conciencia del mecanismo extrajudicial de composición que, en poco tiempo, ha adquirido un papel fundamental en el sistema nacional de las A.D.R. Sin embargo, la novedad perturbadora no encontró una recepción favorable en el contexto forense y profesional sorprendido y desprevenido, que manifestó una fuerte hostilidad e interpuso una resistencia pública que marcó los eventos legales y judiciales de la mediación en Italia. Estos eventos merecen ser mencionados brevemente para comprender la evolución obligatoria del modelo de mediación italiano.

La ley italiana inicial, que implementa la Directiva 2008/52/CE, como se mencionó, preveía mediación obligatoria antes de dirigirse al juez en una amplia gama de litigios en materia civil y mercantil. La disposición relativa, contenida en el artículo 5, párr. 1, d.lvo 28/2010, entró en vigor el 20 de marzo de 2011 y de inmediato se convirtió en objeto de enfrentamiento por la Abogacía italiana, que interpuso varios recursos judiciales que llevaron a la Corte Constitucional a declarar la ilegítimi-

⁶⁴ Artículo 12, d.lvo 28/2010.

⁶⁵ Artículo 17, párr. 4, d.lvo 28/2010.

⁶⁶ Artículo 17, párr. 7, d.lvo 28/2010 y artículo 16, párr. 4, DM 180/2010, con la tabla adjunta "A". En particular, se prevén diez franjas del valor del litigio, con las indemnizaciones correspondientes, cuyo importe puede aumentarse o reducirse de acuerdo con los criterios establecidos por el propio Ministerio (artículo 16).

⁶⁷ Artículo 17, párr. 5-bis, d.lvo 28/2010.



dad constitucional con la sentencia n. 272 de 6 de diciembre de 2012, por el defecto comprobado del proceso legislativo de transposición de la Directiva (exceso de la delegación parlamentaria)⁶⁸. El efecto del pronunciamiento de la ilegitimidad de la Corte Constitucional ha sido devastador para el frágil sistema italiano de mediación que, gracias a la prescripción obligatoria, se estructuraba de forma rápida y forzada a partir de la nada. La eliminación de la imposición legislativa inicial de la obligatoriedad, en la práctica, ha determinado la parálisis de todo el sistema de mediación, a pesar de la posibilidad persistente de promover los procedimientos de composición de forma voluntaria o por la invitación del juez.

Un año después de la sentencia de la Corte Constitucional antes mencionada, el legislador italiano⁶⁹ tuvo que reintroducir por segunda vez el carácter obligatorio de la mediación, aunque con importantes innovaciones. De esta forma, se relanzó la reforma italiana de la mediación y se salvaguardaron los enormes esfuerzos realizados para establecer órganos, formar mediadores y dar a conocer y aplicar el nuevo mecanismo de composición. La segunda obligatoriedad fue acompañada por un nuevo paquete de medidas complementarias compartidas con los representantes nacionales de la Abogacía italiana, que han fortalecido el marco regulatorio de la mediación a través de la extensión de soluciones tomadas del ámbito judicial. En este sentido, se contempla la imposición de la asistencia legal del abogado para todas las partes en la mediación⁷⁰, además de la aplicación del mismo criterio jurisdiccional de competencia territorial en la identificación del órgano responsable de la gestión de la mediación⁷¹ y el reconocimiento del derecho a la calificación como mediadores a todos los abogados colegiados⁷².

⁶⁸ Más específicamente, la disposición sobre la mediación obligatoria fue introducida por el Gobierno en el decreto legislativo en ausencia de una indicación específica en la ley delegada del Parlamento (artículo 60, Ley 69/2009), en violación de los artículos 76 y 77 de la Constitución italiana. La sentencia n. 272/2012 está disponible en el sitio web institucional de la Corte Constitucional: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2012&numero=272>.

⁶⁹ La segunda obligatoriedad de la mediación se introdujo en Italia a partir del 16 de septiembre de 2013 con el artículo 84 del Decreto Ley de 21 de junio de 2013, n. 69, convertido en ley el 9 de agosto de 2013, n. 98, que contiene disposiciones urgentes para el relanzamiento de la economía.

⁷⁰ Artt. 5, párr. 1-*bis*, y 8, párr. 1, d.lvo 28/2010.

⁷¹ Artículo 4, párr. 1, d.lvo 28/2010.

⁷² Artículo 16, párr. 4-*bis*, d.lvo 28/2010.





Con referencia específica a la reintroducción, esta vez por el legislador, de la prescripción obligatoria de la mediación como condición de admisibilidad de acciones judiciales, en cuanto al ámbito de aplicación se repite sustancialmente la enumeración de los mismos litigios en materia civil y mercantil que ya se habían establecidos anteriormente. Son los litigios en materia de «condominio, derechos reales, división, herencia, acuerdos de familia, arrendamiento, préstamo, arrendamiento de empresas, daños que resulten de la responsabilidad médica y sanitaria, de la difamación por la prensa o por otros medios de publicidad, contratos de seguros, bancarios y financieros»⁷³. Se señala la extensión de la obligatoriedad de la mediación a los litigios condominiales y a los de indemnización por daños por responsabilidad sanitaria, y se excluyeron los litigios relativos a la indemnización por daños resultantes de la circulación de vehículos y embarcaciones⁷⁴.

La principal novedad, sin embargo, consiste en haber reducido el cumplimiento de la condición de procedibilidad de la acción judicial al llevar a cabo la primera reunión programática, en lugar de todo el procedimiento de mediación, como se estableció previamente. Se ha establecido, de hecho, que el procedimiento de mediación debe pasar por una primera «reunión programática», que se celebrará dentro de los treinta días posteriores a la presentación de la instancia, durante la cual el mediador, en primer lugar, aclara a las partes y sus abogados la función y las modalidades de llevar a cabo la mediación, invitándolos a expresarse si es posible iniciar la mediación y, solo en caso positivo, procede⁷⁵.

En el caso negativo, por consiguiente, tanto la fase programática como todo el procedimiento están cerrados, sin siquiera poder iniciar el inicio de mediación. En caso positivo, por otro lado, se supera la fase programática y se puede perseguir la fase de inicio de la mediación, que se desarrolla en la búsqueda del acuerdo de solución de litigios, a través del uso de las técnicas facilitadoras y evaluadoras. La reunión programática, en la práctica, consiste en una sesión de información, en la que no se pagan

⁷³ Artículo 5, párr. 1-*bis*, d.lvo 28/2010.

⁷⁴ Esos litigios, como los relacionados con una solicitud de pago de sumas que no excedan los cincuenta mil euros, por cualquiera razón, están sujetas a otra condición de procedibilidad de la acción judicial constituida por la ejecución del procedimiento de negociación asistida a través de abogados, de conformidad con el artículo 3, párr. 1, Decreto Ley 12 de septiembre de 2014 n. 132, convertido en Ley 10 de noviembre de 2014 n. 162 ("Medidas urgentes para la desjudicialización y otras acciones para definir el atraso en los procesos civiles"), que entró en vigor el 9 de febrero de 2015.

⁷⁵ Artículo 8, párr. 1, d.lvo 28/2010.



honorarios por la mediación⁷⁶, y que permite a las partes tomar una decisión informada y voluntaria para tratar de llegar a un acuerdo amistoso para la composición del litigio con la ayuda del mediador.

Por disposición expresa de la ley⁷⁷, la condición de procedibilidad de la obligatoriedad de la mediación se debe considerar lograda con la simple participación en la reunión programática. No es necesario pasar a la etapa de inicio, por lo tanto, para promover la acción judicial. En otras palabras, parecería que la obligatoriedad actual concierne solo a la etapa de la sesión informativa inicial, constituida por la reunión programática preliminar, más que a la fase de inicio de la mediación efectiva.

Además, con la ley que estableció la segunda obligatoriedad de la mediación se programó un monitoreo periódico de los procedimientos cada dos años y un plazo para el período de cuatro años, hasta septiembre de 2017⁷⁸. Sin embargo, antes de la expiración del plazo de cuatro años, esta vez a petición directa de los representantes nacionales de la Abogacía italiana⁷⁹, el legislador intervino una vez más para estabilizar la disposición de la mediación obligatoria, eliminando la limitación temporal⁸⁰. Sin duda, este es un signo importante de cambio en la mentalidad de la clase forense que en los cuatro años ha tomado pleno conocimiento de la mediación, acostumbrándose gradualmente a usarla profesionalmente para proteger los derechos de los clientes.

V. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

Junto con la obligatoriedad impuesta por la ley (llamada mediación obligatoria), los otros métodos de acceso a la mediación previstos también merecen ser mencionados. Por lo tanto, de conformidad con las disposiciones europeas antes mencionadas⁸¹, la legislación italiana ha otorgado

⁷⁶ Artículo 17, párr. 5-ter, d.lvo 28/2010. En este caso, solo se deben pagar los costos fijos para comenzar la mediación.

⁷⁷ Artículo 5, párr. 2-bis, d.lvo 28/2010.

⁷⁸ Artículo 5, párr. 1-bis, d.lvo 28/2010.

⁷⁹ En este sentido, de hecho, el Congreso Nacional de la profesión forense italiana se celebró en Rimoni en el mes de noviembre de 2016.

⁸⁰ Artículo 11-ter del decreto legislativo 24 de abril de 2017 n. 50, convertido en ley el 21 de junio de 2017 n. 96, que, de hecho, modificó el artículo 5, párr. 1-bis, que ahora establece que a partir de 2018 el Ministro de Justicia informa al Parlamento italiano sobre el progreso de la mediación obligatoria.

⁸¹ Artículo 5, par. 1, de la Directiva 2008/52/CE.



al juez el poder discrecional para solicitar a las partes que promuevan la mediación, incluso en la fase de apelación, evaluando la naturaleza del litigio, el estado de instrucción y el comportamiento de las partes⁸².

Más concretamente, la legislación italiana inicial que traspuso la Directiva 2008/52/CE se limitaba a otorgar al juez el poder discrecional de dirigir a las partes una simple invitación a recurrir a la mediación, que, por lo tanto, eran libres de rechazar o aceptar. Solo en esta segunda eventualidad, por lo tanto, las partes promoverán el proceso de mediación, tratando de llegar a un acuerdo amistoso que, si se alcanza, pondría fin al litigio y también al pleito judicial.

La disciplina actual, sin embargo, le da al juez un poder más fuerte y más directivo para ordenar a las partes que procedan con la mediación⁸³. En este caso, la remisión a la mediación constituye otra condición de procedibilidad de la demanda judicial, incluso durante la fase de apelación (llamada mediación delegada). Tal poder judicial, por lo tanto, introduce otro amplio supuesto de mediación obligatoria, que se agrega al impuesto directamente por la ley y puede afectar de manera tendenciosa a todos los litigios en materia civil y mercantil que tienen por objeto derechos disponibles. Los dos tipos de obligatoriedad (legal y judicial), sin embargo, son muy diferentes en términos de ajuste y ámbito de aplicación. El primero, de hecho, expresa una evaluación de la mediabilidad del litigio que se lleva a cabo directamente por el legislador, de forma preventiva y abstracta, dentro de las elecciones políticas más amplias hechas por el Parlamento para lograr una organización eficiente del sistema de justicia. En este sentido, el legislador italiano ha evaluado tanto el propósito deflacionario de la enorme carga judicial de pleitos como la necesidad de superar el serio atraso de A.D.R. y, por lo tanto, la necesidad de dar un fuerte impulso a la rápida estructuración de la mediación en Italia. Para lograr estos propósitos políticos, por lo tanto, aquellos litigios que están sujetos a mediación obligatoria antes de la posibilidad de promover la acción judicial están previamente identificados por la ley. Al definir el alcance de la mediación legal obligatoria, por lo tanto, se expresa una evaluación política que no se limita a considerar la única posibilidad de realizar la composición amistosa del conflicto. Tanto es así que tal evaluación legal, en un gran número de casos, no encuentra correspondencia concreta en el resultado del proceso de mediación que se cierra sin el acuerdo de composición entre las partes.

⁸² Artículo 5 d.lvo 28/2010.

⁸³ Artículo 5, pár. 2, d.lvo 28/2010.



La mediación obligatoria ordenada por el juez, por otro lado, expresa un enfoque muy diferente. En primer lugar, la evaluación discrecional del juez se lleva a cabo en términos concretos, con respecto al litigio individual que ya ha sido incardinada en un pleito. El juez, como se ha mencionado, por lo tanto toma en cuenta también de la evolución del proceso y del comportamiento de las partes con el fin de adoptar una medida que ordene recurrir la mediación solo cuando hay posibilidad práctica y efectiva de una solución amistosa de la controversia. En este sentido, el juez tiene la facultad discrecional de ordenar a las partes que procedan con la mediación tanto en los litigios que no estén por ley sujetos a mediación obligatoria, así como en los mismos, cuando considere que, durante el juicio, han surgido elementos concretos que sugieren como probable el logro del acuerdo. Tal poder comienza a ser ejercido con éxito por los jueces italianos que, habiendo superado las sospechas iniciales, también se están familiarizando con la mediación.

En aras de la exhaustividad de la legislación italiana, todavía es necesario señalar que el recurso a la mediación puede acordarse en una cláusula incluida en los contratos, en las escrituras de constitución y en los estatutos de las entidades (denominada mediación acordada). En otras palabras, las partes están obligadas a través de una cláusula de sumisión a mediación o conciliación inserta en las transacciones mencionadas a promover la mediación para la resolución amistosa de los litigios que puedan surgir antes de recurrir a la autoridad judicial⁸⁴. Además, en esta cláusula también se puede indicar el organismo de mediación elegido por las partes. Tal indicación, sin embargo, puede ser con el acuerdo mutuo modificado por las mismas partes, antes de promover la mediación. Desafortunadamente, en la práctica contractual, como en los actos constitutivos y estatutos de las entidades, no es frecuente insertar estas cláusulas, que tendrían un papel importante para superar el enfoque constrictivo, legal y judicial, de la mediación.

Finalmente, fuera de los casos mencionados, la mediación puede ser promovida voluntariamente por cada parte, sin ser forzados en ninguna manera, a fin de intentar componer de manera amistosa el litigio sobre los derechos disponibles⁸⁵. Incluso esta modalidad de acceso a la mediación (llamada mediación facultativa), que se basa en una elección voluntaria de la parte correspondiente a su evaluación de la conveniencia, en lugar de la imposición, está empezando a abrirse camino en Italia. Este camino, que

⁸⁴ Artículo 5, pár. 5, d.lvo 28/2010.

⁸⁵ Artículo 2, d.lvo 28/2010.



es más coherente con la naturaleza voluntaria de la mediación, desafortunadamente se cultiva poco en Italia, a pesar de que, en comparación con el bajo número de procedimientos, el porcentaje de acuerdos es más alto.

VI. LA EXPERIENCIA ITALIANA DESPUÉS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DIRECTIVA EUROPEA 2008/52/CE

Después de más de 7 años desde la implementación de la Directiva 2008/52/CE, es posible referirse no solo al modelo europeo y a los modelos nacionales, estatales y regionales, sino también a las experiencias de aplicación. La verificación y comparación de los datos estadísticos más significativos, los resultados obtenidos y las debilidades encontradas, como se mencionó, es un momento fundamental de reflexión, que debe ser compartida por todos aquellos que, con diversos roles, se ocupan de la mediación. El factor experiencial, de hecho, sirve para medir la eficiencia de los modelos en su realización concreta. El análisis de los resultados obtenidos también permite juzgar su adecuación en cuanto a la capacidad efectiva para aplicar las políticas de la Unión Europea para mejorar el acceso a la justicia y apoyar el desarrollo de las transacciones transfronterizas en el mercado interior. En este sentido, tanto el legislador europeo como las autoridades nacionales, estatales y regionales con competencia en la materia deberían reconsiderar los modelos de mediación hipotetizados y reformular las disciplinas a la luz del impacto real registrado. Se debe desarrollar un proceso dinámico de revisión periódica que se base en la experiencia adquirida en los diversos contextos.

Con especial atención al modelo italiano de mediación, a la luz de los datos estadísticos recogidos periódicamente y publicados en los sitios web de la autoridad competente, el Ministerio de Justicia⁸⁶, es posible dar cuenta de la importante experiencia adquirida hasta el momento. En este sentido, se extraerán algunos datos particularmente significativos,

⁸⁶ El sitio web del Ministerio de Justicia italiano contiene, además de la legislación, formularios e información útil sobre mediación, también los registros públicos y libremente accesibles de organismos de mediación, organismos de formación, docentes y mediadores acreditados (<https://mediazione.giustizia.it>). Igualmente significativas son las estadísticas periódicas de los procedimientos de mediación publicados por la Dirección General de Estadísticas y el análisis organizacional del Ministerio de Justicia en la dirección:

https://webstat.giustizia.it/_layouts/15/start.aspx#/SitePages/Studi%20analisi%20e%20ricerche.aspx.



en primer lugar, en cuanto al tamaño global, los tipos y resultados de las mediaciones llevadas a cabo durante estos años en Italia, y luego se centrarán en los datos relativos a las infraestructuras del sistema, con respecto a los organismos de mediación, los centros de formación y los mediadores capacitados ocupados.

Con respecto al número de mediaciones realizadas, se observa que los datos estadísticos indican que el fenómeno ha comenzado y se ha desarrollado sustancialmente para coincidir con la aplicación de la Directiva 2008/52/CE. Más precisamente, solo con la entrada en vigor de la prescripción inicial de mediación obligatoria en marzo de 2011 hubo un número significativo de procedimientos, detectados trimestralmente, que crecieron rápidamente de manera exponencial en toda Italia. Esta tendencia positiva, como se mencionó, fue interrumpida debido a la sentencia de la Corte Constitucional n. 272/2012 que declaró la ilegitimidad de la disposición que imponía la obligatoriedad de la mediación.

En 2011, se promovieron cerca de sesenta mil mediaciones, que en 2012 alcanzaron alrededor de ciento cincuenta mil. La abrumadora mayoría de los procedimientos se referían a litigios relativos a la mediación obligatoria. Después de la sentencia de ilegitimidad constitucional, por lo tanto, ha habido un colapso de las mediaciones, a pesar de la posibilidad persistente de promoverlas voluntariamente. La fragilidad del sistema, que creció rápidamente debido a la prescripción obligatoria, requirió la reintroducción, con las nuevas características reseñadas de la mediación, a partir de septiembre de 2013. Desde ese momento, la tendencia al crecimiento del sistema de mediación se consolidó rápidamente. Por lo tanto, en 2013 hubo alrededor de cuarenta mil mediaciones, mientras que en los años siguientes llegaron alrededor de trescientas mil mediaciones anuales de 2014 a 2017.

Además, la obligatoriedad también marca el campo de aplicación más extenso de la mediación, en torno al 90%. De hecho, del examen de los datos estadísticos, se desprende que más del 80% de los procedimientos promovidos se refieren a los litigios que están sujetos por ley al intento de mediación. Otro 10% de mediaciones, además, fue promovido por orden judicial. Por lo tanto, solo el 10% restante de las mediaciones fue voluntariamente propuesto por las partes. Entre estas últimas, un número mínimo de procedimientos se refiere a las mediaciones derivadas de una cláusula contractual o insertadas en escrituras de constitución o estatutos de entidades.

Entre las materias sujetas a mediación, el mayor número de procedimientos se refieren a contratos bancarios (18,6%), derechos reales





(14,6%), condominios (12,5) y arrendamientos (11,6%). En esencia, existe un conflicto generalizado llevado a mediación que refleja el contexto económico y de crisis del país.

Una atención particular merece el progreso y el resultado de los procedimientos de mediación. En particular, se observa que en aproximadamente la mitad de los procedimientos iniciados en la reunión programática inicial la parte invitada no participa. En los casos restantes, cuando ambas partes participan, solo en la mitad de los procedimientos acuerdan comenzar el procedimiento de mediación. En estos últimos casos, en aproximadamente la mitad de los casos en que las partes llevan a cabo todo el procedimiento, también aceptan la resolución consensuada del litigio. Los datos consolidados muestran que, en pocas palabras, solo en el 15% de los procedimientos de mediación realizados se llega a un acuerdo de solución amistosa del conflicto.

Si examinamos los tipos de litigios que se han solucionado en la mediación, surgen indicaciones muy importantes. En primer lugar, cabe señalar que las mediaciones que registran los porcentajes más altos de acuerdos son precisamente las voluntarias (38%), seguidas por las delegadas por el juez (22%) y, finalmente, las impuestas por la ley (13%). Además, entre las mediaciones obligatorias, aquellas que registran los acuerdos más numerosos son las referidas a relaciones entre partes iguales, tales como las relativas a los litigios sobre acuerdos de familia (38%) derechos reales (37%), préstamos (34%), división (31%), arrendamientos (30%), sucesiones hereditarias (28%) y condominio (27%). Por otro lado, entre las mediaciones obligatorias, los acuerdos menores se alcanzan precisamente en los litigios que subyacen a las relaciones desequilibradas, como en los contratos bancarios (6%), financieros (10%) y de seguros (16%) y en la responsabilidad sanitaria (11%). En estas mediaciones, sin embargo, la participación de la parte fuerte en los procedimientos es mínima.

Si se considera el valor de los litigios, las mediaciones que registran mayores porcentajes de acuerdos son las de la franja de entre mil y cinco mil euros (35%). Además, a medida que el valor crece, las posibilidades de acuerdo se reducen proporcionalmente, hasta llegar al 7% en los litigios de valor superior a dos millones y medio de euros. Los litigios con valor de menos de mil euros, por otro lado, tienen un porcentaje bajo de acuerdo (22%).

Si se analizan otros datos, por ejemplo los datos temporales, surge que la duración promedio de los procedimientos de mediación crece de manera constante. De hecho, durante el transcurso de 2017, se necesitan ciento veintitrés días para cerrar el procedimiento con un acuerdo. Por lo



tanto, se está excediendo el plazo máximo de tres meses establecido por la ley. En caso de no acuerdo, sin embargo, el procedimiento termina antes, generalmente en la reunión programática o informativa.

Alrededor de mil organismos para la gestión de mediación están acreditados en Italia. Entre los públicos, están los de las cámaras de comercio, presentes en casi todas las oficinas provinciales. Los organismos constituidos por las Órdenes de Abogados también están estructurados en casi todas las oficinas de los Tribunales de primera instancia. Pocos son los organismos constituidos por las otras órdenes y colegios profesionales. Ahora, la gran mayoría de los organismos de mediación son privados. Estos últimos, en su conjunto, gestionan más de la mitad de las mediaciones, otro tercio está gestionado por los organismos de los abogados y de las cámaras de comercio. Los organismos de abogados están logrando los porcentajes más bajos de acuerdos en mediación (23,2% y 36,%). En este sentido, no parece positivo que los mismos abogados sean por ley considerados de derecho como mediadores⁸⁷ y, por lo tanto, se beneficien de los cursos de capacitación inicial y de actualización reducidos en comparación con todos los demás profesionales⁸⁸.

Aproximadamente trescientas instituciones han sido acreditadas para la formación de mediadores. La mayoría de ellas son privadas. Algunas han sido creadas por universidades y están conectadas a actividades de gestión de la mediación. Los docentes de mediación, dirigidos por un conocido responsable científico de fama reconocida⁸⁹, pueden ser reconocidos tanto como profesores del cursos teóricos, a través de publicaciones de artículos científicos, y como profesores de cursos prácticos, como mediadores expertos⁹⁰. Pocas instituciones de formación están vinculadas a la investigación científica y la innovación tecnológica y experimental de los procesos de calidad. Aproximadamente mil doscientos profesores de mediación y cerca de veinticinco mil mediadores en Italia están acreditados y presentes en los registros públicos del Ministerio de Justicia.

⁸⁷ Artículo 16, pár. 4-*bis*, d.lvo 28/2010.

⁸⁸ Artículo 4, pár. 3, lett. *b*), DM 180/2010.

⁸⁹ Artículo 18, pár. 2, lett. *i*), DM 180/2010.

⁹⁰ Artículo 18, pár. 3, lett. *a*), DM 180/2010.





VII. LAS REDES INTERNACIONALES PARA FOMENTAR LA CULTURA DE LA MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA EN EL MEDITERRÁNEO: LAS RUTAS COMUNES PARA LA PAZ

La reciente intervención legislativa en 2017, que ha estabilizado la obligatoriedad de la mediación, es una confirmación más del camino restrictivo utilizado para consolidar en Italia el sistema, todavía demasiado frágil. La restricción, de hecho, permite dar a conocer la mediación entre profesionales y usuarios, que gradualmente se están acostumbrando a usarla. Sin embargo, la obligatoriedad no es suficiente, ya que también es necesario seguir una estrategia voluntaria más amplia para mejorar la calidad del servicio de mediación.

En este sentido, de acuerdo con las indicaciones proporcionadas por la Directiva 2008/52/CE, se debe invertir más en la formación y especialización de los mediadores y, más en general, de los profesionales y jueces que se ocupan de los conflictos en su actividad. Muy poco se ha hecho hasta ahora en Italia en esta dirección.

Asimismo, sería necesario fomentar el desarrollo de códigos de autorregulación que promuevan soluciones organizativas de mayor calidad, favoreciendo una lógica de dialéctica comparativa. Los usuarios del servicio de mediación, de hecho, deben tener una amplia y variada opción, entre soluciones ofrecidas de manera competitiva entre las organizaciones en el mercado. Tal dinámica de competencia virtuosa aún no se ha desarrollado en Italia.

La obligatoriedad desencadenó el sistema de mediación, que, sin embargo, se centró más en el cumplimiento del plan jurídico de las normas que establecen los requisitos de legalidad, sin poder desarrollar adecuadamente la calidad voluntaria. En este segundo plan, de hecho, hay tanto para trabajar y para operar un cambio decidido de mentalidad y de enfoque profesional y cultural en la gestión de conflictos.

La experiencia italiana ha demostrado las dificultades de una reforma estructural de la mediación que, después de muchos años, continúa utilizando la obligatoriedad para consolidarse, esperando a realizar una nueva cultura de gestión amigable y colaborativa del conflicto. Para poder establecerse también en Italia la cultura de la mediación se requiere más tiempo y medidas más incisivas en la revisión de los cursos de formación escolar y universitaria, especialmente los del grado de jurisprudencia, que incluyan la mediación y las técnicas de gestión amistosa de conflictos, con un enfoque interdisciplinar e intercultural.



Por eso, al desarrollar la dimensión transnacional del modelo europeo de mediación, deberíamos considerar la necesidad de iniciar cursos compartidos de formación universitaria entre los centros que investigan y capacitan en esta área. En este sentido, se capacita a jóvenes profesionales que contarán con conocimiento y experiencia internacional en gestión de conflictos, para enfrentar los desafíos de la globalización de la sociedad y del mercado. Los consorcios internacionales de Universidades, Asociaciones de Mediadores y Centros de Mediación que también se están desarrollando en Italia jugarán un papel decisivo.

La Asociación Mediadores Mediterráneos, en esta perspectiva de superación de las barreras normativas, lingüísticas y culturales de rango nacional y continental, se está embarcando en caminos itinerantes de colaboración en las diferentes orillas del Mediterráneo, con muchas etapas ya realizadas en Italia, España, Francia, Marruecos y Líbano. El ambicioso objetivo declarado es lo de compartir voluntariamente una cultura común de rutas mediterráneas de mediación por la paz⁹¹.

Del mismo modo, es importante que las publicaciones científicas y divulgativas, como los eventos de conferencias también estén disponibles en línea para permitir que los académicos y los jóvenes interesados aprendan y se puedan conocer y formar incluso a distancia. En este sentido, la iniciativa editorial de la publicación disponible también en Internet de la serie temática internacional *Quaderni di conciliazione* merece ser mencionada⁹².

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Entre los muchísimos trabajos colectivos que se ocuparon del modelo de la mediación en Italia, se pueden señalar algunos de los principales:

AA. VV. *Quaderni di conciliazione* a cura di Pilia C. n. 1-7, Cagliari, 2011-2017
AA. VV., *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di Iglesias Canle I.C., Valencia, 2014;

⁹¹ Las iniciativas culturales de la Asociación *Mediatori Mediterranei* ONLUS, con los documentos y materiales relacionados, están disponibles en el sitio web: <http://www.mediatorimediterranei.org/>.

⁹² La serie temática editorial *Quaderni di Conciliazione*, Edizioni Valveri, se puede consultar en los volúmenes en papel publicados y además en la dirección web: <http://www.mediatorimediterranei.org/quaderni> .





Carlo Pilia

- AA. VV., *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la mediación en Cataluña* a cura di Lauroba E., Barral I. e Viola I., Barcelona, 2011;
- AA.VV., in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs n. 28/2010* a cura di Cenni M.L., Fabiani E., Leo M., Napoli, 2012;
- AA. VV., *La mediazione civile* a cura di Ruschetta F., Caradonna M., Novelli F., Milano, 2011.
- AA. VV., *La mediazione civile e commerciale* a cura di Besso Marcheis C., Torino, 2010;
- AA. VV., *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici* a cura di G. Sciancalepore, Sica S., Torino, 2010;
- AA.VV., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura di Castagnola A., Delfini F., Padova, 2010.





LA MEDIACIÓN EN ALEMANIA

ESPERANZA TORRIJOS PÉREZ
Rechtsanwältin y Mediadora familiar internacional

Resumen: *La mediación en Alemania se ha ido confirmando a lo largo del tiempo como un procedimiento muy efectivo. La entrada en vigor de la Ley de Mediación alemana de 26 de julio de 2012 y la Normativa de Mediación en septiembre de 2017 unifica y establece la base para los profesionales.*

Sumario: I. Orígenes y marco legal. II. Asociaciones Profesionales de Mediación. III. Campos de actuación. IV. Gastos en la mediación

I. ORÍGENES Y MARCO LEGAL

La mediación comenzó a hacerse conocida en Alemania a finales de los ochenta por influencia americana. El primer campo de actuación fue el familiar, debido al éxito de este método se fue extendiendo poco a poco a otros ámbitos.

El principio de confidencialidad de la mediación y de voluntariedad de las partes son puntos relevantes. En algunos casos concretos, que se exponen más adelante, se podrá «motivar» a las partes a participar en la mediación. La mediación coactiva no se reconoce en Alemania.

Uno de los caballos de batalla de la mediación en los últimos años ha sido el intentar reconocer el título de mediador como profesión protegida y marcar unos estándares cualitativos reconocidos. La primera Ley de Mediación a nivel nacional entró en vigor el 26 de julio de 2012 tras un largo proceso de negociaciones. Con esta ley se crea un marco para la mediación y otros sistemas de resolución de conflictos extrajudiciales. Igualmente se reconoció la posibilidad de la mediación intrajudicial y la mediación llevada a cabo por jueces.



La ley de 2012 no regulaba en sí la figura del profesional de la mediación, ni especificaba que requisitos eran necesarios para acceder a esta profesión, por ello las grandes asociaciones profesionales a nivel estatal **BAFM** (Asociación Federal de Mediación familiar), **BM** (Asociación Federal de Mediación), **BMWA** (Asociación Federal de Mediación Mercantil y Laboral), **DFfM** (Foro Alemán para la Mediación) y **DGM** (Sociedad Alemana Para la Mediación) presentaron una petición en la que recogían la necesidad de clarificar y unificar los criterios de calidad de los mediadores y solicitaron el establecimiento de una institución para el control y reconocimiento de los estándares cualitativos.

Con la entrada en vigor de la Normativa de Mediación el 1 de septiembre de 2017 se reconoce la figura profesional del mediador y se establecen criterios unitarios. Los institutos que imparten los cursos de mediación deberán estar oficialmente reconocidos y el personal docente deberá contar con una formación profesional o universitaria y con un mínimo de dos años de experiencia en su oficio o profesión.

Para acceder a la formación como mediador es únicamente necesario contar con dos años de experiencia en su oficio o profesión, sin especificar ningún otro tipo de requisito.

Según la nueva normativa podrá denominarse «*zertifizierter Mediator*» o mediador oficialmente reconocido a quien haya efectuado un curso de 120 horas presenciales y la presentación de cuatro casos documentados y supervisados para poder recibir el título acreditativo. Asimismo deberá haber participado en un mínimo de cuatro supervisiones sobre los casos llevados a cabo en el plazo de dos años desde el término de su formación como mediador y demostrar una formación continua de 40 horas anuales durante cuatro años.

Esto es aplicable igualmente a los títulos de formación efectuados en otros países.

II. ASOCIACIONES PROFESIONALES DE MEDIACIÓN

Aparte de las cinco grandes asociaciones a nivel estatal **BAFM** (Asociación Federal de Mediación familiar), **BM** (Asociación Federal de Mediación), **BMWA** (Asociación Federal de Mediación Mercantil y Laboral), **DFfM** (Foro Alemán para la Mediación) y **DGM** (Sociedad Alemana Para la Mediación), pueden citarse la Asociación **MiKK**, especializada en casos de sustracción internacional de menores y diferentes asociaciones regionales, entre otras.

Las asociaciones se crean con el objetivo de informar y fomentar la mediación, además de constituirse como una red de intercambio profesional imprescindible. Cada asociación cuenta con un listado de mediadores a los que se puede acudir en caso de necesidad. La búsqueda del profesional adecuado a cada caso la efectúan de manera privada los interesados y se facilita ofreciendo una organización dividida por códigos postales, apellidos, idiomas o áreas de mediación profesional.

La mayoría de las Cámaras de Comercio o Artesanales disponen igualmente de una lista de mediadores. Casi todas las ciudades disponen de servicios de arbitraje y conciliación dentro de estas cámaras.

III. CAMPOS DE ACTUACIÓN

La mediación se ofrece en Alemania en los más diversos ámbitos. Merece la pena repasar alguno de ellos:

- Mediación familiar, fomentada por algunos jueces y abogados. Si la pareja ha tenido hijos, podrá el juez derivar a mediación o por lo menos motivar a la asistencia a una sesión informativa. Esta primera sesión es gratuita. Las partes podrán elegir al mediador que deseen. En algunos juzgados hay listas de mediadores que ofrecen estos servicios.
- Mediación en los colegios. Desde la enseñanza primaria se potencia en los colegios la formación de algunos alumnos con el fin de que ayuden a otros compañeros en casos de conflicto. En educación secundaria se suelen ofrecer seminarios o cursos anuales de mediación en los institutos para los interesados.
- Mediación en empresas. Existe un gran número de empresas que cuentan con departamentos de mediación para la resolución de conflictos entre trabajadores, entre estos y los directivos, etc.. Como ejemplo se podría nombrar la empresa Airbus, que cuenta con una gran cantidad de trabajadores de diferentes culturas. Un equipo de mediadores interculturales ofrecen sus servicios internamente.
- Mediación en temas de consumo.
- Mediación intrajudicial.
- Mediación penal. Este tipo de mediación se ofrece en algunos casos por una institución denominada **TOA** (Compensación Autor-Víctima) que es externa a los juzgados. Este sistema solo es viable si el Autor está dispuesto a ello y si la víctima accede. No es un modelo que se pueda imponer ya que, al igual que otros tipos de mediación, la participación es libre y voluntaria.



- Mediación con refugiados. Tras la denominada «Crisis de los Refugiados» en Alemania, que tuvo su punto álgido en el año 2015, se vio la necesidad de contar con equipos de mediadores voluntarios que ofrecieran su trabajo para ayudar a resolver conflictos provocados en los centros de acogida. Debido a la diferencia de cultura y religión entre los refugiados, surgieron diversos y frecuentes conflictos entre ellos al tener que convivir todos juntos en espacios reducidos y casi sin intimidad. Además, entre los mismos voluntarios y las organizaciones de ayuda y/o los refugiados se observó un alto potencial conflictivo que necesitó de la puesta en marcha de los profesionales de la mediación.
- Mediación vecinal y arrendataria. En algunas organizaciones dedicadas al alquiler y administración de viviendas o fincas se cuenta ya desde algún tiempo con mediadores para resolver los conflictos entre vecinos o los provocados entre vecinos y dueños de las viviendas.

IV. GASTOS EN LA MEDIACIÓN

Los mediadores trabajan en Alemania normalmente de forma privada, en oficinas compartidas, en los despachos de abogados, etc.. En algunas administraciones se dispone de funcionarios formados en mediación para la resolución de conflictos internos. Igualmente en algunas empresas se cuenta con un departamento de mediación, o como ya se ha indicado, algunos administradores de fincas a gran escala cuentan con el apoyo de mediadores internos.

Los gastos de mediación suelen cubrirlos las partes que participan en ésta. No hay mediación gratuita. En algunos casos concretos se ha ofrecido el pago de una parte de los gastos de la mediación. Como ejemplo destaca el proyecto **BIGFAM** puesto en marcha en Berlín para ofrecer la mediación a familias con pocos recursos. Este proyecto se planteó por un periodo de dos años y por un total de 50 casos y ha supuesto un gran éxito.

La Oficina Federal de Justicia a petición de los abogados cubre una parte de los gastos de mediación en casos de sustracción internacional de menores si uno o ambos progenitores no cuenta con medios suficientes para financiarla.

En Alemania no se puede dejar de hablar de la importancia del seguro de representación jurídica, del que disponen un gran número de personas. Muchos de estos seguros cubren parcial o totalmente los gastos por mediación.

En algunas ocasiones los seguros no confirman la cobertura litigiosa si anteriormente no se intenta una mediación. Muchos asegurados aceptan

esta condición simplemente como requisito a cumplir para la aseguradora sin tener realmente ninguna motivación para resolver sus conflictos por esta vía, con lo que la gran mayoría de los casos termina igualmente en las salas de los juzgados. Algunos seguros ofrecen un tipo de mediación denominada «*Shuttle mediación*», en la que un mediador actúa como intermediario y lleva a cabo una «pseudo mediación» vía telefónica entre las partes y siempre por separado. Este sistema ha sido muy criticado por los profesionales de la abogacía.

La mediación en Alemania ha avanzado en los últimos años considerablemente, pero aún queda mucho por hacer. Cada vez se forman más mediadores y las empresas, organizaciones, juzgados, etc., ven en la Mediación un modelo de resolución de conflictos que no solo sirve para descargar el trabajo en los juzgados, sino como sistema eficaz para desarrollar la comunicación entre las partes y prevenir conflictos futuros.





CAPÍTULO IV

CUESTIONES A DEBATE SOBRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR







LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO DE FAMILIA¹

MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN

Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo
Catedrática de Derecho civil. Universidad de Zaragoza

Resumen: *El progresivo reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia propicia que los conflictos que se suscitan en este ámbito sean abordados a través de la mediación. La protección de los menores y de las personas con discapacidad y el respeto a los derechos fundamentales constituyen al mismo tiempo pilares y límites al contenido de los acuerdos que se pueden adoptar.*

Sumario: I. Autonomía de la voluntad y Derecho de familia. II. Ámbitos reservados a la decisión judicial. Utilidad de los acuerdos. III. El acuerdo como fuente de regulación. Su control judicial. IV. Algunos contenidos «prohibidos». Acuerdos y derechos fundamentales. V. Ámbitos en los que se potencia el acuerdo y el acuerdo es eficaz aunque no consagre la opción regulada en la ley. VI. En particular, las relaciones con hijos mayores dependientes económicamente. VII. Reflexiones conclusivas: «orden público familiar» y normas imperativas. VIII. Bibliografía.

I. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO DE FAMILIA

El impulso que está recibiendo la mediación en el ámbito del Derecho de familia desde las diferentes instancias supranacionales, europeas, a

¹ Versión escrita de la intervención en el «I Congreso Internacional de Mediación Intrajudicial». La Ponencia ha sido elaborada además en el marco de las actividades del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad DER2014-52252 y del Grupo de investigación consolidado «Autonomía de la voluntad en el Derecho privado» (AUDEPRIV S110, Gobierno de Aragón y Fondos Feder). Se ha mantenido el tono de la intervención oral.



nivel estatal desde la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2005 así como, sobre todo, a través de las diversas leyes autonómicas sobre mediación familiar, es un reflejo de las transformaciones que está experimentando el Derecho de familia, como consecuencia a su vez de los cambios de las relaciones familiares en la realidad social.

El Derecho de familia, en el sentido más estricto de la expresión, es el Derecho que se ocupa de las relaciones entre los miembros de un grupo familiar, de los derechos y obligaciones que surgen entre los miembros de la familia (esposos, miembros de una pareja, los hijos y los padres, las relaciones con los mayores, la asistencia a las personas con discapacidad, etc.).

La «autonomía de la voluntad», o también «autonomía privada», es un concepto jurídico que se identifica con el poder de autorregulación de los propios intereses.

La «autonomía de la voluntad» es, por tanto, el fundamento jurídico que permite alcanzar acuerdos entre los interesados acerca de cómo quieren que sea su relación y cómo van a hacer frente a los conflictos o crisis que puedan sobrevenir.

Tradicionalmente, el Derecho identificaba en la familia, en todo lo relativo a las relaciones familiares, la presencia de un interés público. Ello se explica por la consideración de la familia y de su propia organización como una pieza clave de la organización estatal. Por eso, la autonomía de la voluntad en el Derecho de la persona y en el Derecho de familia estaba muy restringida y los ámbitos sobre los que se podían establecer acuerdos eran muy reducidos.

En la actualidad, por el contrario, es muy diferente: la posibilidad de autorregulación de las relaciones familiares o, si se prefiere, la libertad civil, la autonomía de la voluntad, se ha incrementado, en especial a partir de las reformas del Derecho de familia llevadas a cabo por el legislador estatal y por los legisladores autonómicos después de la Constitución de 1978.

Desde hace algunos años se ha convertido en un lugar común entre los juristas hablar de la «privatización» y la «contractualización» del Derecho de familia, lo que significa básicamente que prevalecen las opciones personales, la voluntad individual y que las relaciones familiares se abren al juego de la autonomía de la voluntad.

Lo cierto es que cuando no hay conflicto, la familia vive «al margen del Derecho» y las discrepancias entre sus miembros se resuelven en el marco de las negociaciones, renunciaciones y cesiones que de ordinario se producen en el marco de la convivencia. Puede afirmarse, incluso, que



las normas de Derecho no sirven, no pueden regular los detalles de la convivencia.

Por eso, cuando surge un conflicto y hay que recurrir al Derecho, se observa que las normas jurídicas del Derecho de familia ni siquiera tienen la precisión de otras reglas de Derecho, de modo que no pueden aplicarse de manera inmediata y directa para ofrecer una solución a los problemas. En Derecho de familia abundan las remisiones a nociones de contenido variable, cuya concreción va a depender de las circunstancias de cada caso: el interés del menor, el interés de la familia, el interés más necesitado de protección...

En principio, por tanto, aunque haya surgido un conflicto, es razonable que se reconozca una preferencia a lo que acuerden los interesados para concretar, para rellenar el contenido de esas nociones a las que se remite la ley. Cuestión diferente es que, en atención a los intereses en juego, se establezcan cautelas y se excluyan algunos ámbitos del acuerdo de los afectados. Y, por tanto, también de la mediación.

II. ÁMBITOS RESERVADOS A LA DECISIÓN JUDICIAL. UTILIDAD DE LOS ACUERDOS

A veces es necesaria la intervención del juez y no puede sustituirse por la voluntad de los interesados: para autorizar previamente o aprobar algunos reconocimientos de filiación (en caso de incesto, reconocimiento por un incapaz o por un menor, o la de un menor cuando el representante no da su consentimiento). Para la adopción, dado que no existe la «adopción privada» (y, además, es precisa la propuesta de la entidad pública salvo algunos casos muy concretos: adoptar a un sobrino, o al hijo de la pareja). Para declarar la nulidad matrimonial, el divorcio cuando hay hijos menores, para incapacitar a una persona (lo que puede plantearse en el caso de personas de edad avanzada pero también con personas, incluso jóvenes, que padecen una enfermedad o alguna limitación por la que requieren la constitución de un sistema de apoyo) y constituir el sistema de apoyo preciso (en la actualidad, nombrarle tutor, curador o defensor judicial, o para atribuir funciones puntuales al guardador de hecho), para privar de la patria potestad, autoridad familiar o potestad parental a un progenitor, o para «borrar» una filiación que quedó determinada, incluso voluntariamente (me refiero a los reconocimientos de complacencia, para los que la jurisprudencia admite la posibilidad de impugnar a quien hizo el reconocimiento aun a sabiendas de su falsedad: la inscripción de la paternidad en



virtud del reconocimiento accede al Registro civil con el consentimiento de la madre, pero el acuerdo de ambos no será suficiente para eliminar una filiación determinada e inscrita, dado que las inscripciones se encuentran bajo la salvaguarda de los tribunales).

Cuando es necesaria la decisión judicial, el acuerdo de las partes sobre cualquiera de estas materias no tendrá eficacia jurídica. El notario tampoco lo elevará a escritura pública (artículo 25.2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles) y, aunque lo elevara, no podría ejecutarse por el órgano judicial por carecer el título ejecutivo de los presupuestos exigidos legalmente para la ejecución (artículo 552 de la Ley de enjuiciamiento civil).

Lo que sucede es que en muchas de estas materias indisponibles para las partes, si se alcanzan acuerdos previos, aunque resulte preciso iniciar un proceso judicial, las decisiones judiciales pueden respaldar, «homologar», aprobar o basarse, según los casos, en las soluciones adoptadas por las partes.

Así se comprueba fácilmente en los acuerdos acerca de cómo se va a organizar un régimen de custodia compartida sobre los hijos menores: en el Código civil no es el sistema preferente y la jurisprudencia ha seguido un criterio estricto conforme al cual, aunque se considere un sistema normal, y aun deseable por las ventajas que comporta para el menor, solo procede su adopción cuando lo pida al menos uno de los dos progenitores y presente un plan acerca de cómo propone que se organice la guarda. Lógicamente si se presenta lo que en algunas leyes autonómicas se denomina plan de parentalidad, y ese plan refleja un acuerdo que muestra una coordinación y un diálogo, la medida será más fácilmente aprobada por el juez, porque cuenta con mayor garantía de un buen funcionamiento en la práctica.

Lo mismo puede decirse con el régimen de visitas y comunicación que se establezca, sobre todo cuando los padres no viven en la misma localidad y hay que hacer frente a los gastos de desplazamiento para hacer efectivas unas visitas que la ley configura no solo como derecho del progenitor sino también, y sobre todo, como beneficio para el menor. Incluso, también, en los casos de adopción cuando se decida mantener el contacto con la familia de origen (lo que el Código civil canaliza a través de la entidad pública).

Igualmente, para hacer frente a las modificaciones procedentes en materia de alimentos cuando se produce algún cambio en la situación de los obligados a satisfacerlos (menos ingresos, mayores cargas, etc.).



También resultará útil un acuerdo entre los miembros de la familia acerca de quién puede asumir la tutela/curatela y cómo se va a organizar el cuidado de la persona cuya capacidad se va a limitar judicialmente por adolecer de alguna enfermedad que le impide gobernarse por sí misma. El nombramiento debe llevarlo a cabo el juez, pero la decisión se verá facilitada por los posibles acuerdos que cuenten con el respaldo de los implicados.

III. EL ACUERDO COMO FUENTE DE REGULACIÓN. SU CONTROL JUDICIAL

Hay asuntos en los que la ley identifica el acuerdo de los progenitores como la fuente fundamental de la regulación de las relaciones familiares y solo en defecto de ese acuerdo atribuye al juez la adopción de las medidas procedentes. Al mismo tiempo, sin embargo, se atribuye al juez una función de control del contenido del acuerdo cuando hay hijos menores de edad o con discapacidad.

Se plantean problemas en la toma de decisiones que afectan al menor y la duda acerca de si en algunas intervenciones es suficiente con que actúe un progenitor o si es necesario el consentimiento de los dos. La ley, como regla general, exige la intervención de los dos o de uno con el consentimiento del otro, salvo que se trate de actos en los que con arreglo a los usos sociales baste la intervención de uno o que medie urgencia en la realización del acto. Puede argumentarse que es válido lo que haga uno cuando es lo normal que los padres hagan eso, aunque la situación no sea corriente.

Hay que tener presente que, aunque la custodia la tenga uno solo de los progenitores, si los dos son titulares de la patria potestad, hay muchas decisiones que deben adoptarlas conjuntamente.

El juez es llamado a tomar una decisión precisamente porque hay desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos. En teoría, los problemas pueden suscitarse también cuando los padres viven juntos, aunque es más corriente que ello ocurra cuando viven separados.

La Ley de jurisdicción voluntaria regula un expediente en este ámbito y, por ejemplo, los repertorios jurisprudenciales muestran cómo en la práctica se vienen resolviendo conflictos entre los padres acerca del tipo de educación de los hijos, en especial en el ámbito de la formación religiosa, si asisten o no a clase de religión en el colegio, si hacen o no la primera comunión, etc. Evidentemente, si se alcanza un acuerdo para zanjar las



discrepancias no es preciso acudir al juez, y de ahí el papel que puede jugar la mediación.

Una cuestión que se plantea especialmente ante los tribunales es la fijación del lugar de residencia así como los cambios motivados por razón del trabajo del progenitor que tiene la custodia. A falta de acuerdo es precisa la intervención judicial que autorice el traslado. Los problemas se suscitan generalmente porque el cambio de residencia va a dificultar las visitas del otro progenitor que no tiene la guarda, cuando se trata de desplazarse a una localidad distinta y, muy especialmente cuando el traslado es a otro país. El análisis de la jurisprudencia muestra que el conflicto en este ámbito lleva a la solicitud de un cambio de guarda y que el criterio desde el que se aborda la solución debe ser, necesariamente, el del interés del menor.

Como se ha dicho, en algunos ámbitos es preciso un control judicial de los acuerdos. Así sucede con las previsiones del Código civil sobre el convenio regulador (en Aragón el pacto relaciones familiares, que puede ser otorgado por parejas no casadas). El convenio que presentan debe ser aprobado por el juez, y no lo aprobará si es dañoso para los hijos (y tampoco si resulta gravemente perjudicial para uno de los cónyuges).

Ese control del contenido que se atribuye al juez procede también si ese acuerdo se ha alcanzado en una mediación, y será necesaria la aprobación judicial.

Por eso, en el proceso de negociación y de adopción de los acuerdos es preciso conocer los criterios de los tribunales en las materias a que se refiere el convenio. En particular cuando, con arreglo a tales criterios, algunas soluciones son excluidas por considerarlas contrarias al interés del menor (por ejemplo, la jurisprudencia ha mantenido reiteradamente que, cuando hay menores, no se puede establecer una limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar).

IV. ALGUNOS CONTENIDOS «PROHIBIDOS». ACUERDOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Hay supuestos en los que la norma excluye la validez de determinados contenidos de un acuerdo, que el juez tampoco podría autorizar y, naturalmente, debe quedar excluido de un acuerdo de mediación.

Así, por ejemplo, por expresa previsión legal, no pueden compensarse alimentos, lo que debe tenerse en cuenta en los convenios y acuerdos de los progenitores, que no deben incluir compensaciones de pensiones de



alimentos del hijo con otros gastos que deban asumir los progenitores o con deudas entre ellos (lo recuerda la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23.09.2005). Cuestión diferente es que se rebaje la pensión de alimentos en atención a que el progenitor deba asumir más gastos por el motivo que sea, incluido los gastos de desplazamiento necesarios para hacer efectivo el régimen de visitas que se acuerde.

Un terreno en el que todavía no se ha explorado suficientemente es el de la posibilidad de que mediante los acuerdos que alcanzan las partes pueda producirse una violación de derechos fundamentales de las partes, lo que está vedado en nuestro ordenamiento. El derecho al trabajo o la libertad de residencia, la libertad religiosa o el libre desarrollo de la personalidad excluirían la validez de pactos en los que las relaciones y situaciones jurídicas se establecieran condicionadas a la renuncia al libre ejercicio de estos derechos: por ejemplo, condicionando la guarda de los hijos a la residencia en determinado lugar, a la práctica de determinada religión, a no tener nueva pareja o no casarse. Cuestión distinta es que, en atención a las circunstancias, cualquiera de estos factores puedan propiciar un cambio en las medidas acordadas inicialmente si afectan al interés del menor. También deben mirarse con cautela los acuerdos por los que se imponga la obligación de indemnizar en caso de separación o divorcio, por ejemplo, por año de duración del matrimonio, por poder ser consideradas contrarias tanto al orden público matrimonial como a la ética y a la moral social, también en la medida en que pueden condicionar la posibilidad de poner fin a una relación.

V. ÁMBITOS EN LOS QUE SE POTENCIA EL ACUERDO Y EL ACUERDO ES EFICAZ AUNQUE NO CONSAGRE LA OPCIÓN REGULADA EN LA LEY

De manera amplia, cuando se trata de relaciones entre los miembros de la pareja que no afectan a los hijos, los tribunales reconocen la autonomía de la voluntad. La necesidad de pacto ha venido reforzada incluso por la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de las leyes autonómicas de parejas no casadas. Si la imposición de un régimen legal a quienes voluntariamente no han querido contraer matrimonio supone una vulneración del libre desarrollo de su personalidad, consagrado constitucionalmente en el artículo 10 de la Constitución, no lo es por el contrario la exigencia de cumplimiento de los acuerdos



libremente alcanzados por las partes acerca de la forma en que procede regular sus relaciones.

Incluso, cuando existe un marco institucional y legal que regula los derechos y obligaciones entre las partes, como sucede en el caso del matrimonio, los tribunales respaldan los acuerdos que hayan podido alcanzar (por ejemplo, sobre pago de pensiones, o de la hipoteca de la vivienda, o sobre el uso de la vivienda). Aunque la solución acordada no sea la que hubiera derivado de la aplicación de la ley en ausencia de acuerdo. Siempre que el acuerdo se haya alcanzado libremente y no se vulneren derechos fundamentales (ejemplo, si quien se obliga queda privado de lo necesario para subsistir si cumple su compromiso), desplegará su eficacia entre las partes, como manifestación del respeto a su autonomía privada.

Veamos algunos ejemplos jurisprudenciales:

- La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4.11.2011 admite que subsista tras el divorcio la obligación del pago de una pensión de alimentos que se había pactado en convenio regulador cuando se produjo la separación. Declaró que si procedía mantener la obligación de satisfacer el derecho de alimentos establecido en el convenio regulador de separación, a pesar del divorcio (que legalmente extingue la obligación de alimentos), era porque no se trataba del derecho legal de alimentos, sino de una obligación de origen voluntario, nacida de un contrato, válido al amparo de la autonomía de la voluntad.
- La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30.04.2013 admite la validez del compromiso asumido por el marido en un convenio regulador de pagar él solo la hipoteca de la que fue vivienda familiar. Dice la sentencia:

«Es cierto lo que dice el motivo sobre la consideración de la hipoteca como deuda de la sociedad de gananciales y no como una carga del matrimonio y así resulta de la jurisprudencia reiterada de esta Sala expresiva de que se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario, y por tanto el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio (SSTS 29 de abril de 2011; 26 de noviembre 2012, entre otras).

Ahora bien, no es este el caso. La obligación contraída por el esposo se contiene en el convenio regulador de la separación matrimonial siendo doctrina reiterada de esta Sala que los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como



consecuencia del divorcio o la separación (STS de 4 noviembre de 2011), por lo que lo relevante para dilucidar la controversia es comprobar si la decisión adoptada por la sentencia recurrida se compadece con el acuerdo de las partes en esta materia, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ya habían admitido su validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997 (SSTS 31 de marzo 2011; 20 de abril y 10 de diciembre 2012), sobre la base de que el convenio es un negocio jurídico de Derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados que proclama el artículo 1255 C.C, permite a ambos cónyuges pactar lo que consideren más conveniente a sus intereses, como aquí sucede».

- La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19.10.2015 admite la validez de un pacto por el que los cónyuges, que habían pactado previamente separación de bienes, acordaron con posterioridad repartirse una serie de bienes sin tener en cuenta su naturaleza con arreglo al régimen económico. Frente al argumento de que debía aplicarse el régimen legal sobre la naturaleza de los bienes, y dice el Tribunal Supremo:

«El artículo 1323 proclama el principio de libre contratación entre cónyuges, con una mayor amplitud tras la reforma que en Derecho de familia supuso la Ley de 13 mayo 1981.

Así lo ha venido reconociendo la Sala que en sentencia, entre otras, de 19 de diciembre 1997 afirma que “los propios interesados podrán transmitirse cualquier tipo de bienes, celebrando toda clase de contratos y esta transmisión no solo operará sobre bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos...” y la de 25 de mayo de 2005 reitera que “los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de contratos (artículo 1323)...”.

Esta autonomía de la voluntad de los cónyuges despliega su eficacia en muchas ocasiones a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal.

La sentencia de 22 de abril de 1997, traída a colación por la de 31 de marzo de 2011, Rc. 807/2007, pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: “en primer lugar, el convenio en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de Derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mismo que prevé el artículo 90 CC...”.

Por tanto, como repiten sentencias posteriores, los cónyuges en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 de octubre de 2007).



En fecha reciente de 24 de junio de 2015 recogía la Sala la referida doctrina, añadiendo que “en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (artículo 3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del Derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 C. Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (artículo 1255 C. Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los artículos 231-19 del Código Civil Catalán y en el artículo 25 del ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana”.

Consecuencia de la doctrina de la Sala expuesta es la validez del pacto suscrito por las partes el 14 de diciembre de 1999, concurriendo en él objeto y causa, pues aunque a efectos del consentimiento de ambos, la recurrente alegó la existencia de un vicio de la voluntad, tales coacciones no han quedado probadas, siendo tal conclusión fáctica de la instancia inamovible».

- La sentencia de la Sala Primera de 24.06.2014, tras declarar que no están regulados pero que son admisibles los pactos en previsión de una crisis matrimonial, declara la validez de un pacto por el que el esposo se comprometió, en caso de separación, a abonar una pensión vitalicia. Dice el Tribunal Supremo:

«Entrando en las concretas cuestiones planteadas debemos declarar, en primer lugar, que no estamos ante un supuesto de renuncia de derechos o de renuncia a la ley aplicable, pues lo acordado por las partes no tiene su fundamento en la necesidad de alguno de ellos, ni en el desequilibrio posterior a la crisis del matrimonio, pues ambas partes gozaban de una saneada economía por lo que lo pactado es, como el acuerdo expresa, una renta mensual vitalicia que como pacto atípico tiene perfecto encuadre en el artículo 1323 del C. Civil.

En segundo lugar, los pactos no son contrarios a la ley, moral u orden público, en cuanto se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación conyugal, lo cual ya tiene cabida en los ordenamientos autonómicos, en otros Estados de la Unión Europea y con un refrendo normativo en los artículos 1323 y 1325, del C. Civil.

En tercer lugar, no queda el cumplimiento del pacto al arbitrio de uno de los cónyuges, dado que como acuerdo fue negociado, como se deduce su posterior modificación y concreción, en cuanto a la fecha de cómputo de la renta, quedando fijada con claridad la condición que provocaría la obligación de pago de la renta vitalicia. Igualmente no supone promoción de la crisis, pues ninguno de los contratantes se encontraba en situación económica comprometida, como se deduce de lo declarado probado por la Audiencia Provincial.

En cuarto lugar, no queda cuestionada la igualdad de los cónyuges, pues no consta que los pactos hayan sido gravemente perjudiciales para el recurrente, de profesión abogado y divorciado de un matrimonio anterior,



manteniendo ambos una saneada situación económica, lo que impide limitar los efectos de los pactos que libremente acordaron.

De los pactos tampoco puede inferirse que uno de los cónyuges quede en situación de abuso de posición dominante, ni que haya sumido al otro en una clara situación de precariedad que genere la necesidad de asistencia de instituciones públicas o privadas.

Es más, la insuficiencia de medios podría atentar contra el orden público al implicar la necesaria intervención del erario público, lo que queda descartado, en este caso, por la holgura de recursos de ambos (artículo 1255 C. Civil).

No se aprecia que a través de los pactos se haya impuesto una situación de sometimiento a una de las partes, por lo que no se declara infracción del principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución) ni lesión del derecho a la dignidad (artículo 10 de la Constitución) o libertad personal (artículos 17 y 19 de la Constitución).

En quinto lugar, no podemos analizar si se reúnen los requisitos para fijar o no una pensión, pues no fue eso lo pactado, dado que lo convenido fue una renta vitalicia mensual, que no una pensión compensatoria, por lo que tampoco es de aplicación el artículo 97 del C. Civil ni, por la misma razón el artículo 100 del C. Civil, sobre la aparición de circunstancias sobrevenidas.

Sin perjuicio de ello, en cuanto invocada, sí debemos analizar si en aplicación de la doctrina sobre la “cláusula rebus sic stantibus” cabe una moderación de lo pactado.

Esta Sala, en sentencias de 17 de enero de 2013, recurso 1579 de 2010, 18 de enero de 2013, recurso 1318 de 2011 y 15 de octubre de 2014, recurso 2992 de 2012, exige para la aplicación de la cláusula “rebus”, con mayor flexibilidad que en otras épocas, que la alteración sea sobrevenida y que concurra aumento extraordinario de la onerosidad o que no concurra la posibilidad de haber efectuado una previsión razonable de la situación desencadenada (artículo 9:503 de los Principios Europeos de la Contratación).

Aplicada la doctrina al caso de autos, hemos de rechazar la moderación o extinción de la renta vitalicia, pues no se provoca una especial onerosidad en las prestaciones, ni la situación actual de los contratantes era difícilmente previsible, dado que ambos mantienen una desahogada situación financiera igual que la existente al momento de los pactos, por lo que ninguna variación se ha producido, razón que nos lleva a la aplicación del artículo 1258 del Código Civil que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos».



VI. EN PARTICULAR, LAS RELACIONES CON HIJOS MAYORES DEPENDIENTES ECONÓMICAMENTE

La introducción de una separación o divorcio no judicial por la Ley de la jurisdicción voluntaria de 2015 para los casos en los que no haya hijos menores o con discapacidad favorece la plena eficacia jurídica del acuerdo mediante la mediación.

Existe un ámbito de litigiosidad específica cuando los hijos se hacen mayores pero siguen conviviendo con alguno de los padres y son dependientes económicamente de ellos (o tienen un trabajo precario, o terminan los estudios y empiezan a preparar oposiciones, gastos que los tribunales no imponen a los padres, pero que quizás podrían asumirse voluntariamente en una mediación). Pero además, para la separación o el divorcio no judicial, acordado por las partes mediante convenio regulador ante notario o Letrado de la Administración de Justicia, la ley exige que los hijos mayores dependientes económicamente presten su consentimiento a las medidas que les afecten (dónde van a vivir, quién les va a mantener, etc.).

Puesto que no son ellos los que se divorcian o se separan y la ley solo exige como contenido mínimo del convenio regulador los acuerdos sobre los hijos menores, no sobre los mayores, cabe defender que es posible que se produzca la separación o el divorcio notarialmente aunque los hijos mayores no presten su consentimiento y que, con posterioridad, sea el juez quien adopte las medidas que les afecten. Algo que, por el contrario, con seguridad no sería posible cuando haya hijos menores o con discapacidad.

Con todo, conviene tener presente que en la separación o divorcio no judicial, aun en el caso de que presten su consentimiento todos, si el notario o el Letrado de la Administración de Justicia advierten que alguna medida perjudica gravemente los intereses de alguno de ellos, debe remitirlos al juez.

VII. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: «ORDEN PÚBLICO» FAMILIAR Y NORMAS IMPERATIVAS

Puede afirmarse con seguridad que entre los juristas actuales (tanto entre los académicos como entre los profesionales prácticos) existe un consenso generalizado acerca del papel creciente de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia.

El problema son los límites. Los límites de la autonomía de la voluntad resultan absolutamente imprecisos, porque los conceptos que manejan



los textos legales suelen ser indeterminados, variables según la época y la sociedad en la que se aplican y para su delimitación en cada caso es necesario conocer la interpretación judicial. Así, por ejemplo, para concretar qué es o no conforme a la moral y al orden público, o qué exige la igualdad de los cónyuges,

En una sociedad democrática, la moral y el concepto de orden público se identifican con los principios y valores constitucionales, que son la expresión del sistema de valores imprescindible en nuestro ordenamiento. Eso significa, por ejemplo, que han dejado de ser de orden público la autoridad y la jerarquía familiar. En cambio, nos encontramos con un nuevo orden público, que resulta, fundamentalmente, de la exigencia del principio de igualdad y el reconocimiento de los derechos fundamentales de los miembros de una familia.

El interés superior del menor (y el interés de las personas con discapacidad) se ha convertido, según afirmación expresa del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en un principio de orden público en el Derecho español. Precisamente porque por sus circunstancias (edad, discapacidad) no están en condiciones de hacer efectivos por sí mismos sus derechos fundamentales.

Esta idea es especialmente relevante para el Derecho de familia porque la interpretación jurisprudencial del interés del menor está convirtiendo en buena medida a esta rama del Derecho en un Derecho de los menores. Esta afirmación se justifica porque es el interés del menor el criterio decisivo para la solución de muchos conflictos familiares (si se adopta o no la custodia compartida, o a quién y cómo se atribuye el uso de la vivienda familiar, tanto en las crisis matrimoniales como en las crisis de parejas no matrimoniales, o para fijar régimen de visitas de parientes y allegados: el juez puede imponerlas contra la voluntad de los padres y en interés del menor).

La proclamación del interés superior del menor tiene una consecuencia directa en la eficacia de la autonomía de la voluntad: la de que todos los acuerdos que puedan adoptarse son susceptibles de revisión judicial para dejar a salvo el interés del menor. Pero es importante destacar que eso no significa que se descarte la autonomía de la voluntad. Por el contrario, los legisladores entienden, y es razonable que sea así, que el ejercicio responsable de los deberes de guarda incluye la conveniencia para el menor de un acuerdo de los padres, que se tiene en cuenta de manera prioritaria para adoptar las medidas sobre los menores.

El concepto del orden público se sigue utilizando para excluir formas de relaciones familiares procedentes de otras culturas: la poligamia,



por ejemplo, por entender que es contraria a las reglas básicas sobre las que se organiza la familia conforme a la Constitución; sin embargo, la protección de los hijos o de las esposas lleva a admitir efectos jurídicos periféricos para facilitar, por ejemplo, la reagrupación familiar o derechos de alimentos o sucesorios. El orden público, por tanto, no se aplica de una manera rígida, sino que se flexibiliza para admitir efectos que se consideran justos y razonables.

Además del nuevo orden público familiar, la autonomía de la voluntad tiene como límite las normas imperativas (normas que se aplican sin que las partes puedan excluir su aplicación). El carácter imperativo del Derecho de familia conectaba tradicionalmente con la idea de la familia como célula básica de la sociedad, como un instrumento para la socialización de los individuos. En la actualidad, por lo que se refiere al contenido de las relaciones familiares, hay que partir de la presunción de que el Derecho es dispositivo, supletorio de la voluntad de las partes. Este principio se declara de manera expresa, con distintas formulaciones, en algunos Derechos autonómicos (en Aragón, en Navarra, en Cataluña, en Valencia). Para el Derecho común, aunque no existe norma expresa fuera del ámbito contractual, puede deducirse a partir de los principios recogidos en los artículos 1 y 10 de la Constitución (el respeto a la libertad y el libre desarrollo de la personalidad).

Al mismo tiempo, la lectura de las leyes, en especial las autonómicas, que son las que más abundantemente han legislado sobre Derecho de familia, pone de relieve una tendencia a introducir normas imperativas de manera expresa. De esta forma, las leyes autonómicas establecen derechos irrenunciables, en especial en materia de vivienda o en la atribución de ciertas asignaciones económicas, para las que se excluyen las renunciaciones previas. La explicación de esta tendencia legislativa se encuentra sin duda en la extensión a los nuevos modelos de familia de esquemas, de contenidos que proceden de la regulación del matrimonio.

Aparecen aquí todas las ideas tradicionales del Derecho de familia como Derecho de contenido fundamentalmente ético, que ahora se apoya en las ideas de solidaridad y en la consideración de la familia como un entramado más del Estado social de Derecho. La protección de la familia se traduce en la imposición de deberes entre sus miembros, para todos los modelos de familia. De ahí la importancia de contar con el debido asesoramiento a la hora de fijar los acuerdos y conocer los límites que se fijan a la autonomía de la voluntad en el nuevo Derecho de familia.

Por otra parte, se identifica una tendencia a fijar límites materiales para garantizar la justicia de los acuerdos en el momento de su cumpli-



miento. Ya me he referido antes al interés del menor, pero incluso cuando no hay menores, las normas de Derecho de familia introducen la posibilidad de revisión de los acuerdos por cambio de las circunstancias.

Se trata del juego de la «cláusula rebus»: la aplicación de esta cláusula está prevista en la ley para los convenios reguladores que, aun habiendo sido aprobados judicialmente, pueden ser modificados. La cláusula ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia para valorar la eficacia de los acuerdos previos de renuncia a una pensión y expresamente ha sido recogido en el nuevo Derecho de familia catalán en el ámbito de los pactos en previsión de una ruptura, tanto para el matrimonio como para las parejas.

La aplicación de este principio implica que los acuerdos son válidos, pero pueden ser ineficaces si en el momento en que se exige su cumplimiento se observa que han cambiado de modo extraordinario las circunstancias, de tal manera que una de las partes resulta imprevisiblemente perjudicada: por ej., quien asumió el pago de una pensión se ha arruinado; o, por el contrario, quien renunció a toda compensación económica ha perdido su trabajo o ha contraído una grave enfermedad.

La consecuencia, por tanto, es la de que un cambio de las circunstancias que llevaron a alcanzar un acuerdo permite que se lleve a cabo su revisión con el fin de ajustar los compromisos a nuevas circunstancias sobrevenidas que no se tuvieron en cuenta en un momento anterior.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Existe una bibliografía cada vez más abundante sobre esta materia. Para la redacción de este trabajo se ha partido fundamentalmente de las ideas recogidas en:

- ARGUDO PÉREZ, J.L. (2016): «Límites de la autonomía de la voluntad y mediación en Derecho privado», en VVAA, *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio*, Comares, Granada.
- PARRA LUCÁN, M.A. (2012): «Autonomía de la voluntad y Derecho de familia», VVAA, *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Wolters Kluwer, Madrid.





LOS MENORES EN LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN

CARLOS VILLAGRASA ALCALDE

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona

Resumen: *Las personas menores de edad se consideran para el Derecho civil sujetos de pleno derecho, con capacidad de obrar progresiva para ejercer sus derechos, de acuerdo con sus condiciones de madurez. Sin embargo, suele excluirse su participación en los procedimientos de mediación en los que se gestionan controversias que inciden en su propia vida.*

Sumario: I. Marco legal: el protagonismo de los menores en la mediación. 1.1. Principios derivados de la Convención sobre los Derechos del Niño. 1.2. La consideración de las personas menores de edad como sujetos de pleno derecho en el Derecho civil. 1.3. La trascendencia de la intervención de menores de edad en la legislación sobre mediación. II. Ámbitos de relación y procedimientos de mediación. 2.1. Mediación familiar. 2.2. Mediación escolar. 2.3. Mediación comunitaria. III. Relevancia de la mediación en la infancia y la adolescencia. 3.1. Aspectos determinantes del procedimiento de mediación. 3.2. Eficacia de la mediación desarrollada con menores de edad. 3.3. Conclusiones: perspectivas de futuro.

I. MARCO LEGAL: EL PROTAGONISMO DE LOS MENORES EN LA MEDIACIÓN

1.1. Principios derivados de la Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, supuso un cambio de paradigma en el tratamiento legal de la infancia y la adolescencia, que cristalizó en las legislaciones internas de los países que la



ratificaron, al trasponer la normativa reguladora sobre los derechos de las personas menores de edad¹.

Al considerar su capacidad de obrar en el ejercicio responsable de sus derechos subjetivos, se destacan dos principios generales que la Convención expresamente establece a partir de su artículo 12: el interés superior de las personas menores de edad y su derecho a ser oídas en todo aquello que sea de interés para su vida, de conformidad con sus condiciones de madurez².

El principio general del interés superior de niños, niñas y adolescentes constituye, en suma, como el propio Comité de los Derechos del Niño, ha tenido ocasión de aclarar mediante la Observación General número 12 (2009) emitida al respecto, la esencia del respeto a la plena realización de los derechos de la infancia y la adolescencia, a partir de la consideración de que todas las medidas que se adopten por instituciones públicas o privadas de bienestar social, por los tribunales, por las autoridades administrativas o por los órganos legislativos, deban tener una consideración primordial a la que atender: el interés superior de la persona menor de edad.

Ese principio se cohonesta, desde una clave participativa de la persona sobre su propia consideración de sujeto de derecho, en el principio de audiencia o derecho a ser oído, que no puede interpretarse de manera simbólica o meramente formal, sino que debe cumplirse a partir de una verdadera escucha activa en la que se atiende la opinión mostrada por la persona titular de sus derechos, de acuerdo con su madurez o juicio³. A tales efectos, se considera generalmente obligatorio, incluso bajo consideración de nulidad de actuaciones cuando no se haya cumplido, que toda persona que haya cumplido los doce años de edad debe ser oída en todo aquello que le afecte, por parte de las autoridades judiciales o administrativas, e incluso podrá atenderse, eso sí, de manera facultativa, a la opinión de niños o niñas de menor edad a los doce años, si se considera pertinente y posible, de acuerdo con sus condiciones de madurez⁴.

¹ Cfr. Texto oficial de la Convención, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/52, de 20 de noviembre de 1989, con entrada en vigor el día 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su artículo 49, se puede consultar en <https://goo.gl/KoqV6R>

² RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012): «El interés superior del niño: Concepto y delimitación del término», *Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación*, núm.30-2, pp. 89 y ss.

³ PARKINSON, L. (2005): *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Barcelona, pp. 171 y ss.

⁴ A partir del artículo 9 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, se recoge para los procesos de familia este trámite esencial en el



De hecho, la edad de doce años se va conformando como la frontera entre la infancia y la adolescencia, en la etapa vital de la minoría de edad⁵.

Aunque tal opinión no deba considerarse vinculante, sí que resulta trascendente, al efecto de llegar a la decisión más pertinente, de conformidad con el anterior principio del interés superior de la concreta persona menor de edad, y en estas lides, la mediación cumple con una vía más que idónea para canalizar tal opinión expresada por las personas menores de edad, sobre su vida, y de conformidad con sus derechos, aunque encuentra no pocos escollos, lo que se ha calificado de «adultocentrismo», al no cumplirse comúnmente de una manera respetuosa con las condiciones personales y formales, que precisan de una adaptación de los métodos pensados para las personas adultas⁶. No existe, por lo general, la debida formación específica de las autoridades que intervienen en conflictos generados en torno a las personas menores de edad para que su participación tenga la trascendencia precisa en aras de la efectiva relevancia de su derecho a ser oídas, atendidas y contestadas.

En este contexto, se hace cada vez más preciso que las administraciones públicas promuevan que todos los profesionales que atienden a niños, niñas y adolescentes tengan una formación y cualificación específicas y adecuadas a las necesidades de los menores de edad atendidos.

La propia determinación del interés superior de cada niño, niña o adolescente, se consigue atendiendo a sus necesidades y a sus derechos, teniendo en cuenta su opinión, sus deseos y sus aspiraciones, pero también su individualidad dentro del marco familiar y social. Por eso, ya desde la recomendación (98)I, de 21 de enero de 1998, del Consejo de Europa, sobre la mediación familiar, se instaba a que la persona mediadora tuviese especialmente en cuenta el bienestar y el interés superior del niño, niña o adolescente, debiendo alentar a sus progenitores a concentrarse en las necesidades de sus hijos y apelar a su responsabilidad esencial en contribuir a su bienestar, con la necesidad de informarles y consultarles. Actualmente debemos dar un paso más, contando con su participación efectiva y real.

artículo 770-4 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, así como en el artículo 233-11.1 del Código civil de Cataluña.

⁵ UNICEF (2002). *Adolescencia. Una etapa fundamental*, Nueva York, cfr. <https://goo.gl/FYCMzx>

⁶ RIPOL-MILLET, A. (1994): *Separació i divorci: la mediació familiar*, Barcelona, pp. 32 y ss.



A fin de garantizar el derecho de niños, niñas y adolescentes a relacionarse con sus familiares y con sus allegados, los poderes públicos deben tomarlos en consideración al fijar los procedimientos específicos. Un sistema de mediación acorde con un sistema de justicia inclusivo de toda la ciudadanía debe incluir los conflictos que afecten a niños, niñas y adolescentes en el ámbito familiar y aquellos otros que se generan necesariamente en los ámbitos en los que se relaciona cotidianamente⁷.

1.2. La consideración de las personas menores de edad como sujetos de pleno derecho en el Derecho civil

Desde el Derecho civil se reconoce que todas las personas menores de edad deben recibir la atención integral necesaria para el libre desarrollo de su personalidad y debe garantizarse su bienestar en el contexto familiar y social.

Las comunidades autónomas tienen la competencia exclusiva, derivada de la Constitución, en materia de protección de menores y de promoción de las familias y la infancia.

Los niños, niñas y adolescente pueden ejercer y defender por sí mismos sus derechos, excepto cuando la ley limite este ejercicio; en todo caso, pueden hacerlo mediante sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos. A tales efectos, aunque las leyes orgánicas de protección jurídica de la infancia, tanto la de 1996 como la de 2015, dejan sentada la capacidad de obrar de las personas menores de edad respecto de los derechos que les son propios, de manera que puedan ejercerlos de manera responsable y progresiva de acuerdo con sus condiciones de madurez, la interpretación restrictiva que deba seguirse sobre cualquier decisión de los adultos, desde los estrictos límites de su interés superior, encuentra evidentes obstáculos en la práctica⁸.

En los derechos de la infancia y la adolescencia, de manera similar a lo que ocurre con la mediación, nos encontramos con un alto consenso formal y una baja intensidad material.

Aunque las personas menores de edad puedan considerarse legitimadas para propiciar o para participar en un procedimiento de mediación,

⁷ ALLER FLOREANCING, T., coord. (2011): Recomendaciones y buenas prácticas en la atención a niños, niñas y adolescentes en el ámbito judicial, Madrid, pp. 18 y ss.

⁸ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2013): El ejercicio de los derechos a la vida y a la integridad física por parte de las personas menores de edad en el ámbito sanitario, Barcelona, pp. 47 y ss.



desde la consideración de su capacidad de obrar sobre las cuestiones que se susciten a mediación, por su naturaleza dispositiva, lo cierto es que no solo resulta de aplicación restrictiva, en la práctica, al requerirse su el suficiente conocimiento de estos para poder intervenir, sino porque legalmente se plantea esta posibilidad de manera excepcional o residual, como ocurre en el artículo 4.2 de la ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado.

En el Derecho de la persona, igual que en la mediación, desde una perspectiva de derechos de la infancia y la adolescencia, nos encontramos en un lento proceso de superación de la «cosificación» de las personas menores de edad, en general, y de la filiación, en particular. Como históricamente estuvo la mujer, incluso de manera expresa legalmente, y aún en parte socialmente, en una consideración desigual respecto del hombre, fruto de las raíces patriarcales propias de la estructura jerarquizada de la familia tradicional que se avalaba jurídicamente, ahora podemos comprobar la confusión que se genera entre las funciones propias de la potestad parental, formal o aparentemente compartida entre ambos progenitores, y las relaciones de poder que se ejercen entre ellos y sus hijos⁹.

En el ordenamiento jurídico, en este contexto, cobra una relevancia primordial la autonomía privada, o autonomía de la voluntad, como libertad personal de ir configurando las relaciones jurídicas, desde una consideración de responsabilidad y respeto, y si reconocemos legalmente que las personas son titulares de sus derechos subjetivos, igual que ocurre cuando se regula el consentimiento informado, es necesario el acercamiento entre el Derecho y la psicología, desde la constatación de que las controversias se generan fuera de la pura técnica jurídica y dentro de esquemas psicológicos y mentales. La mediación precisamente, en su atención específica del conflicto y su expresión, no solo verbal, presenta una evidente ventaja para su gestión eficiente, a través de la asertividad y el consenso¹⁰.

⁹ FLAQUER, LI. et al. (2014): «El trabajo familiar de cuidado en el marco del estado del bienestar», en Cuadernos de relaciones laborales, núm. 32-1, pp. 69 y ss.

¹⁰ BOQUÉ TORREMORELL, M. C. (2013): «La mediación como disciplina y como profesión: el perfil competencial del mediador», en CASTILLEJO MANZANARES, R., dir.: La mediación: Nuevas realidades, nuevos retos, Madrid, pp. 63 y ss.



1.3. La trascendencia de la intervención de menores de edad en la legislación sobre mediación

Si la mediación puede definirse legalmente como un procedimiento o una técnica no jurisdiccional, voluntaria y confidencial, basada en la comunicación entre las partes facilitada profesionalmente por una persona mediadora, la propia gestión pacífica de los conflictos generados en las relaciones interpersonales, repercute positivamente en la asimilación de recursos y habilidades idóneas para la formación de la ciudadanía, desde una consideración de aptitudes de respeto y diálogo constructivo para superar las dificultades propias, no solo en ese momento, sino también de cara al futuro¹¹.

La propia delimitación del procedimiento de mediación y su flexibilidad, en cuanto a la posible adaptación al caso concreto, determina que este proceso, confidencial, voluntario y estructurado, propicie que las personas que experimentan, de inicio, un conflicto entre sí, puedan plantearlo o solucionarlo de forma satisfactoria, mediante la dirección de la negociación por parte de una persona mediadora profesional, experta y debidamente formada, que tiene como requisitos esenciales la de ser imparcial y no imponer acuerdos, auspiciando, siempre que sea posible, que las partes se dirijan al consenso y al acuerdo que consideren equilibrado y equitativo¹².

Aunque la imparcialidad podría entenderse como la cualidad de no tomar partido por alguien, tratando de la cuestión objeto de conflicto, descubriendo los intereses en juego y delimitando las necesidades de los implicados, dándose una respuesta objetiva a los planteamientos e interrogantes que se susciten, lo cierto es que ser imparcial en mediación supone no favorecer *indebidamente* a ninguna de las partes, mantenerse equidistante entre ellas y tener como premisa, a lo largo de todo el proceso, que se mantenga el equilibrio en la negociación¹³.

Pero no podemos dejar de aceptar que las personas mediadoras comparten a menudo la propia perspectiva del conflicto que tienen los adultos

¹¹ ZACCAGNINI, J. L. (2015): «El conflicto en la mediación: la perspectiva psicológica», en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J. L.: Tratado de mediación en la resolución de conflictos, Madrid, pp. 51 y ss.

¹² SOLETO MUÑOZ, H. (2017): «El nuevo paradigma de justicia: la resolución adecuada de conflictos», en SOLETO, H., dir.: Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos, Madrid, 3ª edición, pp. 43 y ss.

¹³ CARRETERO MORALES, E. (2017): «El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la ley 5/2012 y el reglamento 980/2013», *Ibidem*, p. 146.



y que incide en la forma como se gestiona el objeto de la mediación a lo largo de todo el proceso. Precisamente una tarea complicada en la formación rigurosa de la persona mediadora es la que supone despojarse de los prejuicios, valores y principios que se arrastran culturalmente en las relaciones de poder sobre las personas menores de edad, huyendo de la posición fácil, y consiguiendo abstraerse de consideraciones adultocéntricas.

Y precisamente por esta misma razón, las personas menores de edad son comúnmente olvidadas en la normativa reguladora de la mediación, como ocurre en la reciente previsión legislativa en materia de consumo, en la que, nuevamente, existe una desconsideración, y a la vez una oportunidad perdida, de incorporar a niños, niñas y adolescentes, a pesar de su innegable consideración de usuarios y consumidores en la actualidad¹⁴.

II. ÁMBITOS DE RELACIÓN Y PROCEDIMIENTOS DE MEDIACIÓN

2.1. Mediación familiar

Las funciones inherentes a la potestad parental se dirigen, en todo caso, a garantizar el desarrollo libre, integral y armónico de la personalidad de los hijos e hijas menores de edad, teniendo en cuenta su capacidad y su potencialidad educativa y psicológica, procurando su bienestar personal y social tanto como sea posible¹⁵.

Del mismo modo que las políticas de atención y protección de la infancia y la adolescencia deben incluir las actuaciones necesarias para la efectividad de sus derechos, el bienestar de niños, niñas y adolescentes está íntimamente relacionado con el de su entorno familiar, de modo que sus progenitores tienen responsabilidades compartidas en cuanto a su educación y su desarrollo integral¹⁶.

¹⁴ La Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, sigue la tendencia de desconsideración de las personas consumidoras y usuarias menores de edad.

¹⁵ PADIAL ALBÁS, A.(2018): La relación materno y paterno filial en el Derecho de familia catalán, Pamplona, pp. 132 y ss.

¹⁶ ESCOBEDO, A. (2012): «The Social Politics of Fatherhood in Spain and France: a Comparative Analysis of Parental Leave and Shared Residence», en *Ethnologie française*, núm. 42-1, pp. 117 y ss.



El artículo 2.1 de la Ley Catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado, reconoce, en cuanto al objeto de la mediación familiar, la posibilidad de que las personas menores de edad, con suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años de edad, puedan instar una mediación sobre elementos de naturaleza dispositiva en materia de filiación, adopción y acogimiento, así como las situaciones que puedan surgir entre la persona adoptada y su familia biológica o entre progenitores biológicos y adoptantes, como consecuencia de haber ejercitado el derecho a conocer. Asimismo, también se les reconoce esa iniciativa en cuanto a las controversias derivadas del ejercicio de la potestad parental y del régimen y forma de ejercicio de la guarda de los hijos, especialmente en los sistemas de la denominada «custodia compartida». Y sin olvidar los conflictos relativos a la comunicación y a la relación entre progenitores, descendientes, abuelos, nietos y otros parientes y personas cercanas al ámbito familiar, por derivación del derecho de niñas, niños y adolescentes de relacionarse con sus familiares y personas allegadas, siempre que resulte positivo, desde una consideración del principio prioritario de su interés superior¹⁷.

La igualdad que debe predicarse en las relaciones familiares determina que deba diferenciarse entre las relaciones horizontales o de pareja, en la que, evidentemente, la decisión de separarse o divorciarse, reside en cualquiera de los cónyuges o miembros de la pareja estable, y las relaciones verticales o de filiación, en las que debe contarse con la consideración de los derechos inherentes de todas las personas involucradas, de acuerdo con la capacidad de obrar que paulatinamente se adquiere con la edad¹⁸. Si la decisión de divorciarse es de la pareja, la recomposición de unas relaciones familiares sanas y respetuosas, debe hacerse con el consenso de todas las personas implicadas.

2.2. Mediación escolar

Los niños, niñas y adolescentes deben asumir paulatinamente con su crecimiento, los derechos, deberes y responsabilidades que les correspon-

¹⁷ SUÁREZ HERRANZ, O. (2008): «El derecho del hijo a relacionarse con sus padres», en *Revista de Extremadura*, núm. 2, pp. 159 y ss.

¹⁸ VILLAGRASA, C., VIZCARRO, C., RAVETLLAT, I. (2008): «Mediaciones. Trascendencia de la mediación familiar y comunitaria ante las nuevas dinámicas familiares», en BRULLET, C., GÓMEZ-GRANELL, C. (Coord.): *Malestares: infancia, adolescencia y familias*, Barcelona, pp. 330 y ss.



den, en consonancia con su capacidad para participar activamente en todos los ámbitos de sus relaciones sociales, y a tales efectos, debe promoverse el respeto entre sí mismos, así como respecto de las personas con las que se relacionan, y en el entorno en el que se desarrollan, cobrando una especial relevancia la convivencia en los centros educativos en los que pasan la mayor parte de su tiempo durante el período de enseñanza obligatoria¹⁹.

La mediación es un conjunto de técnicas comunicativas que da excelentes resultados especialmente en conflictos de baja intensidad, que se generan en las relaciones cotidianas, aunque no puede considerarse ninguna panacea ni todo desencuentro resulta mediable, especialmente cuando nos encontramos con situaciones que precisan un tratamiento terapéutico o que exceden de los asuntos de materia dispositiva, al alcance de la resolución voluntaria por parte de las personas interesadas y relacionadas por esa situación²⁰.

Si la violencia es la negación sistemática al respeto por la plena realización de los derechos de la infancia y la adolescencia, la mediación es la afirmación del diálogo que la promueve y consolida.

Y en clave de diálogo y comunicación es como debe articularse la mediación escolar, a modo de relación «inter pares» o entre iguales, que permiten reconocerse como autoridad referencial en la gestión del conflicto que quieren resolver, por lo que resulta idónea la formación en habilidades y técnicas de mediación a personas que demuestran ya actitudes de liderazgo y talento conciliador en el propio grupo de edades coetáneas. Del mismo modo que debe atenderse a sistemas digitales, tecnológicos y propios del colectivo en el que se generen las controversias, para idear sistemas de gestión mediadora, tomando en consideración el entorno y las vías de comunicación que emplean de manera cotidiana²¹.

¹⁹ VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2012): «Los conflictos de derechos en el aula y las alternativas de gestión y resolución», *Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación*, núm. 15, pp. 149 y ss.

²⁰ VARELA GÓMEZ, B. J. (2013): «Mecanismos alternativos de solución en procedimiento de menores: una opción de futuro», en CASTILLEJO MANZANARES, R., dir.: *La mediación*, op. cit., pp. 357 y ss.

²¹ Un interesante estudio comparado en la tesis doctoral de VIANA ORTA, M. I. (2011): *La mediación en el ámbito educativo en España. Estudio comparado entre comunidades autónomas*, Valencia, <https://goo.gl/EH61gE>



2.3. Mediación comunitaria

La legislación sobre infancia y adolescencia ha ido conformando un marco de actuación ordenado, para dar cumplimiento a los programas de promoción, prevención, atención, protección y participación de la población infantil y juvenil, desde su consideración de ciudadanía, respecto de todos los poderes públicos.

Desde esa premisa, se ha pasado de una legislación netamente protectora del sector de la población menor de edad en situación de riesgo o de desamparo, a una paulatina relevancia de toda la infancia y la adolescencia, a partir de la necesaria coordinación y cooperación interinstitucional.

Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de ejercer sus derechos, incluso civiles y políticos, sin más limitaciones que las fijadas por la ley, debiendo los poderes públicos establecer los medios necesarios para dar la oportunidad a los niños, niñas y adolescentes de ejercer plenamente sus derechos.

Si la mediación se ha configurado legalmente en nuestro país a través de leyes autonómicas referidas a los conflictos familiares, la propia flexibilidad del procedimiento ha demostrado su idoneidad para la gestión de cualquier conflicto que se produzca en las relaciones interpersonales, en cualquier ámbito de convivencia, no solo en organizaciones, como puede ser el centro educativo, sino incluso en las propias relaciones sociales que se generan en ámbitos vecinales, locales o municipales, dando lugar a la denominada mediación comunitaria, en la que la participación de la infancia y la adolescencia resulta innegable²².

La paulatina implantación de la mediación social o comunitaria también persigue una promoción de la convivencia pacífica, desde una consideración preventiva en la solución de conflictos sociales, lo que supone incentivar la calidad de los servicios de atención ciudadana mediante la especialización y la apertura de la mediación a ámbitos de marcado carácter social hasta ahora impermeables a la participación de niños, niñas y adolescentes.

Las administraciones locales son el primer nivel de información y asesoramiento de niños, niñas y adolescentes y representa, por tanto, el ámbito primordial de participación en cuanto a la plena realización de sus derechos en el ámbito social o comunitario²³.

²² VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2017): «La mediación comunitaria o vecinal», en SOLETO, H., dir.: *Mediación y resolución de conflictos*, op. cit., pp. 717 y ss.

²³ RAVETLLAT, I. y SANABRIA, C. P. (2016): «La participación social de la infancia y la adolescencia a nivel municipal: El derecho del niño a ser tomado en consi-



III. RELEVANCIA DE LA MEDIACIÓN EN LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

3.1. Aspectos determinantes del procedimiento de mediación

El procedimiento de mediación puede iniciarse antes de un proceso judicial o durante su pendencia, cobrando cada vez mayor relevancia la denominada mediación intrajudicial, por venir promovida por la propia autoridad judicial, al considerar factible que las partes en litigio puedan llegar a algún acuerdo sobre controversias basadas en derechos dispositivos.

Precisamente la dualidad con que se diseña el pleito, y en la que se piensa al configurar el procedimiento de mediación, especialmente la familiar, hace que a menudo se olviden personas involucradas en el conflicto, a pesar de su evidente protagonismo e interés directo respecto de sus consecuencias.

Tanto en la sesión informativa, en la que se determinan las características del procedimiento, sus principios y su eficacia, y en la que las partes acuerdan, desde el principio de voluntariedad, seguirlo, como en las sesiones consecutivas, debería tomarse en especial consideración a las personas menores de edad involucradas en los acuerdos relativos a la recomposición de sus relaciones posteriores, de la misma forma que se reconoce su derecho a ser oídos, desde una consideración activa y participativa, en los procedimientos administrativos y judiciales²⁴.

La propia delimitación de las cuestiones que deben ventilarse y la asimilación de los partícipes sobre la importancia del proceso y de los acuerdos para resolver sus conflictos particulares, se vería enriquecida con la intervención efectiva y respetuosa de las personas menores de edad que, por sus condiciones de madurez, pueden aportar opiniones, consideraciones y propuestas, teniendo en cuenta que forman parte del escenario en el que se van a recomponer los intereses en juego²⁵.

La facilitación del diálogo es una de las facetas de la mediación que genera mayor interés en la actualidad en torno a los derechos de la infancia

deración», *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, núm. 12, pp. 87 y ss.

²⁴ FREIRE PÉREZ, R. (2017): «La posición del juez ante la mediación: ¿espectador, participante, garante», en SOLETO, H., dir.: *Mediación y resolución de conflictos*, op. cit., pp. 511 y ss.

²⁵ BOLAÑOS CARTUJO, I. (2008): *Hijos alineados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas*, Madrid, pp. 46 y ss.



y la adolescencia, del mismo modo que la propia combinación creativa de técnicas que permiten adquirir habilidades comunicativas que favorecen una mediación eficaz, como resulta su aplicación desde el arte, el dibujo, el teatro, el baile o el deporte, entre otras actividades culturales o recreativas que generan un mayor interés y motivación entre la población infantil y juvenil.

La mediación presenta una clara relevancia pedagógica en clave de relación o convivencia pacíficas, aunque carece aún del peso o la fuerza que genera la violencia en el contexto social. En ese aprendizaje se va introduciendo y va avanzando la mediación, superándose la «normopatía» o pasividad frente a los conflictos y la tutela institucional, y recuperándose la autonomía de la voluntad sobre los propios derechos que, por lo general, en el Derecho privado, se basan en normas dispositivas. La mediación promueve una transformación social en la que se van superando esquemas contrarios a una convivencia responsable, que subyace como fin deseado²⁶.

3.2. Eficacia de la mediación desarrollada con menores de edad

La mediación se ha configurado como un procedimiento dirigido por profesionales con formación específica en técnicas y métodos de eficacia contrastada. En la consideración de las necesidades en las que las partes deben centrar su decisión se ha destacado el modelo transformativo por su capacidad pedagógica en la gestión de los conflictos, a partir de la idea del enfoque de futuro de las relaciones interpersonales, promovido por la propia dinámica de la comunicación pacífica y constructiva en el intercambio de los intereses que inicialmente se presentan como contrapuestos²⁷.

Por esa razón, las personas mediadoras, además de partir de una formación superior, precisan de formación específica en mediación, sin detrimento de la enorme importancia que tiene la consolidación de sus habilidades personales en la pacificación de las posiciones subjetivas, en la facilitación del diálogo constructivo y en la propia gestión de los posibles acuerdos centrados en las verdaderas necesidades de las partes inicialmente enfrentadas.

²⁶ GIMENO, R. y REINA, F.: «Les mediacions en la comunitat: una modalitat d'acció socio-educativa», *Revista d'Intervenció Socioeducativa*, núm. 8, pp. 78 y ss.

²⁷ EXPÓSITO JIMÉNEZ, F. (2017): «Técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas», en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J. L.: *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, op. cit., pp. 153 y ss.



Los conflictos afectan a la capacidad de relación entre personas, o grupos de personas, y es producto de una comunicación deficiente, negativa o violenta entre las partes. Aunque deben considerarse consustanciales con la naturaleza humana su gestión positiva supone resituarlos fuera de la competitividad y la insolidaridad, para convertirlos en causa de transformación a mejoría de bienestar como respuesta creativa y decidida de consuno.

Se constata que la mediación reduce la tensión emocional y la confrontación en las relaciones familiares, favorece la autoestima y el ejercicio positivo de los derechos en un clima de cooperación y respeto mutuo, restablece y refuerza la comunicación entre las personas implicadas, lo que supone una salvaguarda de la relación, no solo de presente, sino también en clave de futuro²⁸.

Los acuerdos asumidos por las personas encargadas de cumplirlos presentan, de manera innegable, un alto grado de cumplimiento correcto derivado del propio consenso, al contrario de lo que ocurre con las decisiones acordadas por una autoridad ajena a las partes. Si esta evidencia se ha constatado entre el (in)cumplimiento de las sentencias judiciales y la eficacia de los acuerdos derivados de la mediación, la misma consideración debemos dar a los pactos a los que se ha llegado sin la participación de las personas menores de edad involucradas en su efectividad y aquellos que se han seguido contando con su comprensión, su opinión y su asimilación consensuada²⁹.

Precisamente la eficacia ejecutiva de los acuerdos recogidos en el acta por la que se pone fin a la mediación, mediante su protocolización notarial, otorga una fuerza vinculante y una categoría, equivalente a la sentencia o al laudo arbitral firmes, que le confiere un destacado valor jurídico, que debe ser destacado, especialmente en los casos en los que se contengan obligaciones de posible prestación por vía ejecutiva, sin detrimento de la comprobación de las garantías legales y de la consideración del principio del interés superior de la infancia por parte del fedatario público encargado de dotarle de tal naturaleza ejecutiva.

Especialmente en el caso de que la mediación haya sido indicada o se haya provocado por derivación de un órgano judicial, el acuerdo o la

²⁸ FRIED SCHNITMAN, D. y SCHNITMAN, J., comp. (2000): Resolución de conflictos. Nuevos diseños, nuevos contextos, Barcelona, pp. 17 y ss.

²⁹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. (2017): «La mediación: el acuerdo y su ejecución», en SOLETO, H., dir.: Mediación y resolución de conflictos, op. cit., pp. 387 y ss.



falta del mismo deberá comunicarse, mediante la correspondiente acta, al juzgado o tribunal desde el que se produjo tal derivación³⁰.

En este contexto, incluso se presenta la utilidad de la mediación en la coordinación de parentalidad, en sede de postconflicto, o de relación cotidiana ante la falta de habilidades parentales o de capacidad de entendimiento en las relaciones de potestad, en las que no pueden quedar fuera todos los protagonistas de la relación, debiéndose gestionar por y con los hijos, si por sus condiciones de madurez, pueden ser partícipes³¹.

La mediación incentiva soluciones imaginativas de acuerdo con el contexto personal, por encima de las consecuencias rígidas de la norma, como la mejor forma de hacer justicia, al vehicularse al servicio del bienestar de las personas a partir de sus propias decisiones y en su margen de libertad.

3.3. Conclusiones: perspectivas de futuro

Si paulatinamente se está potenciando la mediación como una vía idónea de canalizar la gestión de los conflictos interpersonales, desde la propia administración de justicia, su consolidación será segura si se experimenta un cambio en nuestra cultura jurídica, superador del enfrentamiento y de la litigación, que se dirija al entendimiento seguido a partir del diálogo constructivo y la comunicación pacífica.

La primacía y el respeto al principio del interés superior de las personas menores de edad requiere de una consideración que va más allá del acuerdo, puesto que precisa que las personas mediadoras deban estar atentas al cumplimiento de su derecho a ser oídas, siempre que resulte posible, contando con su participación directa y activa³².

Una formación en habilidades mediadoras es una inversión en ciudadanía, en actitudes de respeto, a través de decisiones responsables, autogestionadas y viables, que eviten una litigiosidad innecesaria, asegurando el cumplimiento posterior de los acuerdos, preservando una relación posterior adecuada. Se requiere, por tanto, una preparación técnica de la persona

³⁰ SOLETO MUÑOZ, H. (2017): «El procedimiento de mediación», *Ibidem*, pp. 310 y ss.

³¹ CAPDEVILA BROPHY, C. (2016): «La coordinación de coparentalidad. Una intervención especializada para familias en situación de alta conflictividad crónica post-ruptura de pareja», *Anuario de Psicología*, núm. 46, pp. 41 y ss.

³² BAIXAULI GALLEGU, E. (2005): «Mediación comunitaria con menores», en ROMERO NAVARRO, F., coord.: *La mediación, una visión plural: diversos campos de aplicación*, Las Palmas de Gran Canaria, pp. 382 y ss.



mediadora, potenciando la especialización y la formación en técnicas de mediación aplicables a las personas menores de edad.

La mediación, en definitiva, introduce estrategias de equilibrio y reequilibrio de poder entre los verdaderos protagonistas del conflicto³³.

El día que superemos la «mediación intrajudicial» que sigue promoviéndose en los casos en que pueda ser factible una derivación a mediación por parte de la autoridad judicial, y sea escogida por delante de los procesos judiciales residuales, provocados precisamente por ser casos de mediación inidónea, se habrá conseguido el triunfo, en clave de justicia. Lo tradicional que sigue imperando, el litigio, debería ser lo alternativo, en todo aquello que no sea posible llegar a prevenirse o resolverse de manera natural, a través de la convivencia pacífica y la comunicación constructiva. Es cuestión de tiempo, educación, respeto y convicción. Mientras tanto, la mediación tiene un largo camino por seguir, y hacerlo desde una mirada de infancia y adolescencia, presagia mejores contextos sociales, de paz ansiada pero aún no conquistada, que el actual.

³³ FUNES LAPONNI, S. (2017): «Comunicación, emociones y poder», en SOLETO, H., dir.: *Mediación y resolución de conflictos*, op. cit., pp. 223 y ss.





MEDIACIÓN INTERNACIONAL EN SUSTRACCIÓN DE MENORES

ESPERANZA TORRIJOS PÉREZ

Rechtsanwältin y Mediadora familiar internacional

Resumen: *Cuando las relaciones internacionales fracasan y uno de los progenitores regresa a su país de origen con sus hijos sin permiso del otro se comete una sustracción de menores. El Convenio de La Haya apoya el retorno inmediato del menor. La mediación se enfoca al menor y facilita la comunicación entre los progenitores.*

Sumario: I . Punto de partida. II. Marco legal. III. Papel de la Mediación.
3.1. Cómo se lleva a cabo la mediación internacional. 3.2. Modelo MiKK de Alemania.

I. PUNTO DE PARTIDA

La creciente movilidad y la globalización hacen que el número de parejas binacionales aumenten considerablemente. Se calcula que alrededor de 350.000 matrimonios se contraen al año en la Unión Europea; a esta cifra habría que sumar la cantidad de parejas de hecho con hijos. De los matrimonios contraídos anualmente se contabilizan unos 170.000 divorcios internacionales en la Unión Europea.

Lo extraordinario de las relaciones internacionales es la atracción, no solo hacia la otra persona, sino también hacia su cultura, lo nuevo, lo exótico. La propia cultura se ve desde una perspectiva más crítica. Las parejas binacionales disfrutan de un enriquecimiento cultural enorme, pero también pueden plantearse una problemática intercultural.

Cuando la pareja decide vivir en uno de los dos países, el miembro que abandona su hogar suele vivir al principio como en un mundo mágico.



Si la pareja tiene hijos, probablemente uno de los dos, normalmente la madre, suele quedarse en casa y renunciar a su trabajo.

En la mayoría de los casos se trata de mujeres occidentales con deseos de trabajar, de ser activas y mantener relaciones sociales.

En caso de que anteriormente no haya habido una buena integración tanto laboral como social, se produce un sentimiento de aislamiento y falta de autoestima. Es entonces cuando las diferencias culturales se hacen patentes.

Si la relación de pareja sufre las primeras crisis o fracasa, la tendencia es a echar de menos la propia cultura, a la familia, a los amigos, etc.. El deseo de regresar al país de origen con los hijos se hace cada vez más fuerte. Cuando la situación alcanza su cénit y el progenitor se siente atrapado, no se suele pensar en las consecuencias futuras y se toma la decisión de regresar con los hijos al país de origen sin el consentimiento del otro progenitor; o, también, de no regresar con los hijos tras una estancia o un periodo vacacional. A menudo los progenitores no son conscientes de que esto constituye una sustracción de menores.

Las sustracciones internacionales de menores adquieren un alto nivel de dramatismo. La ausencia repentina de los hijos del hogar familiar provoca en el progenitor abandonado enfado, desconfianza, impotencia y desamparo absoluto.

II. MARCO LEGAL

El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980¹ ofrece al progenitor abandonado la posibilidad de presentar ante las autoridades centrales del país de residencia habitual del menor una solicitud para la restitución del menor en el plazo de un año. El Convenio de La Haya se basa en el principio de **retorno inmediato del menor** al país de residencia habitual.

Una vez que la autoridad central recibe la solicitud, la remite lo antes posible a la autoridad central del Estado en el que el menor se encuentra en ese momento para que adopte las medidas necesarias.

Las autoridades judiciales o administrativas competentes deberán tomar urgentemente una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación del procedimiento de restitución.

¹ <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=>



El juez encargado del caso en el país requerido, una vez tomada una decisión, la transmitirá al juez en el país requirente. La pregunta sobre el bienestar del menor a largo plazo no es tratada en los procedimientos acordes al Convenio de La Haya, los jueces frecuentemente no pueden decidir más allá de las necesidades de los afectados.

En lo referente al marco legal, hay que tener en cuenta el Reglamento de Bruselas II bis² si la sustracción se efectúa entre países pertenecientes a la Unión Europea a excepción de Dinamarca. Este Reglamento completa el Convenio de La Haya en ciertas disposiciones y prevalece sobre las normas del Convenio en materias contempladas en él.

En los casos de sustracción, el menor suele estar destrozado, dividido entre las dos partes y es claramente el que más sufre y al que menos se tiene en cuenta en este tipo de procedimientos. En varios países se viene ofreciendo la posibilidad de efectuar una mediación parental antes de la última cita en juicio en la que el juez tomará la decisión final. La mediación se ha establecido a lo largo de los años como instrumento eficaz y positivo para que los padres puedan llegar a un acuerdo entre ellos sobre temas relacionados con sus hijos, estableciéndose ellos mismos como actores y ejecutores de sus propias decisiones.

Algunos de los proyectos europeos más reconocidos en este ámbito son **Reunite**³ en el Reino Unido, **Child Focus**⁴ en Bélgica o **Mikk**⁵ en Alemania entre otros.

III. PAPEL DE LA MEDIACIÓN

La mediación se plantea como alternativa absolutamente beneficiosa para solucionar conflictos internacionales relacionados con la infancia, tanto en lo referente a los procedimientos según el Convenio de La Haya ó el Reglamento de Bruselas II bis, así como las normas de custodia y acuerdos para padres e hijos de diferentes nacionalidades que se desarrollaron y establecieron en el año 2002 con el Proyecto «Mediación en los conflictos internacionales relacionados con la infancia».

Las Mediaciones internacionales familiares suponen frecuentemente la única salida viable y satisfactoria para las partes en la que los proge-

² https://www.ec.europa.eu/justicia/civil/files/brussels_ii_practice_guide_es.pdf

³ <https://www.reunite.org>

⁴ <https://www.childfocus.be/nl>

⁵ <https://www.mikk-ev.de>



nitores pueden alcanzar por cuenta propia acuerdos teniendo como punto de mira el interés de los menores.

La mediación puede ser iniciada a petición de las partes, de los jueces, los abogados, las autoridades centrales, el Ministerio de Justicia o el personal consular.

En algunos países europeos, como en Holanda o Alemania, existe un equipo de mediadores que acuden a la primera cita en juicio en la que se encargan de informar a los padres y demás implicados sobre el papel y los beneficios de la mediación. Si las dos partes aceptan, esta deberá llevarse a cabo antes de la toma de decisión del juez.

En el contexto de la sustracción de menores es imposible pensar en la mediación como algo aislado. La estrecha cooperación con los abogados de las partes, las instituciones y los jueces, entre otros, es indispensable. Sólo con la colaboración y participación de cada uno de los profesionales implicados en estos asuntos se puede motivar y hacer que las partes consigan llegar a acuerdos satisfactorios protegiendo al menor de intereses individuales y velando por la comunicación y entendimiento entre los miembros de la familia.

3.1. Cómo se lleva a cabo la mediación internacional

La mediación en casos de sustracción de menores está marcada por el limitado tiempo de acción. Tras la primera cita en juicio y si las partes están de acuerdo, la mediación deberá llevarse a cabo de forma inmediata antes de la siguiente cita, en que se decidirá sobre la solicitud de restitución.

Hay que tener en cuenta que los progenitores han roto la comunicación durante casi un año, por lo que la participación en la mediación, aunque es libre, está marcada por grandes recelos y una gran presión. Ambos tienen miedo de perder a sus hijos. Por otra parte, contra el progenitor que ha cometido la sustracción de menores puede estar pendiente una demanda penal.

A esto se suma que tanto los progenitores como los mediadores cuentan en la mayoría de los casos solo con un par de días para llevar a cabo la mediación, incluso durante los fines de semana, si no hubiera otra opción. La duración de la mediación puede variar aunque normalmente se lleva a cabo durante dos días. El modelo de los Países Bajos contempla 9 horas en dos días dividido en sesiones de 3 horas. El modelo de **MiKK** en Alemania deja algo más de espacio, por lo que las mediaciones pueden



realizarse durante 8 horas cada uno de los dos días, o prolongarse si hay perspectivas de que los progenitores alcancen en breve un acuerdo.

Antes, durante o después de la mediación, los profesionales competentes, o incluso los mediadores, pueden facilitar la visita a sus hijos del progenitor abandonado.

En atención a la Declaración de Breslavia de 08.10.2017, la mediación debe efectuarse atendiendo a los siguientes principios reflejados en ésta.

Se trabaja siempre en parejas de comediadores. Estos deben tener disposición para efectuar la mediación en breve espacio de tiempo. Ambos deben tener conocimiento de las culturas de los progenitores y menores, deben conocer ambos idiomas y por supuesto, tanto el padre como la madre deben estar representados en la pareja de comediadores. Para corresponder a las exigencias de cada caso y a las necesidades de los progenitores, los mediadores encargados de estos casos deben provenir de diferentes ámbitos profesionales para cubrir tanto los aspectos psicosociales como los jurídicos.

Los mediadores están desde el principio en contacto con los abogados y/o con los demás profesionales involucrados. Durante la mediación los abogados deben de estar localizables en cualquier momento para que las partes puedan comunicarles el estado de la mediación y, en caso de acuerdo, si las decisiones tomadas son adecuadas y/o conforme a ley.

La mediación puede terminar con un acuerdo total o parcial entre los progenitores. Si se llega a un acuerdo, los mediadores redactan este y lo transfieren a los abogados que presentaran dicho acuerdo en juicio, donde se podrá levantar como título ejecutivo.

Si no se hubiera llegado a un acuerdo, se informa a los abogados y al juez para que este tome una decisión en juicio. En estos casos, a pesar de la falta de acuerdo, la mediación ha facilitado la comunicación entre los progenitores y ayuda a seguir trabajado de manera constructiva por el bien de los hijos.

3.2. Modelo MiKK en Alemania

MiKK es una asociación alemana sin ánimo de lucro que se instala como Centro internacional de mediación en casos de conflictos familiares y sustracción de menores. Esta asociación asesora e informa a los progenitores afectados de manera gratuita sobre todas las cuestiones que tienen que ver con mediación en relación con el procedimiento de restitución según el Convenio de La Haya. También organiza mediaciones preventivas en conflictos internacionales sobre los derechos de custodia y de visita.



- Trabaja eficaz y consecuentemente por la defensa de los intereses de los menores y por la comunicación entre las familias.
- Asesora y apoya a los padres a nivel internacional.
- Organiza mediaciones y gestiona a los comediantes internacionales (bi-culturales/bi-lingüales, bi-profesionales, ambos géneros).
- Tiene en cuenta a todas las instituciones involucradas y los diversos grupos profesionales.
- Cooperación con la Justicia, empresas, embajadas y protección al menor.
- Forma a mediadores y otros grupos profesionales en el área de «Mediación internacional afectando a menores».
- Organiza la cooperación e integración en una red internacional de las diferentes profesiones involucradas en el proceso.
- Está inscrito y reconocido a nivel internacional como «Best Practicer».

En los casos de sustracción de menores en Alemania se ven implicados, como en la mayoría del resto de países, numerosos expertos e instituciones. En el caso concreto de Alemania podríamos hablar de los siguientes:

- Oficina Federal de Justicia (contrato de cooperación desde 1.7.2011).
- Jueces y abogados.
- Ministerio de Justicia: Sección Mediación, Conciliación y solución de conflictos internacionales afectando a menores.
- Embajadas y consulados extranjeros.
- Oficina de protección al menor.
- Representante procesal del menor.
- Asociaciones de familias y parejas binacionales.
- Intérpretes.
- Sociedad Internacional para la Cooperación (GIZ).

El número de mediaciones anuales solicitadas en **MiKK** ha ascendido considerablemente desde el 2008, con un total de 39 solicitudes, hasta la actualidad, con unas 180. El porcentaje de las mediaciones que acaban en acuerdo alcanza el 80%.

MiKK cuenta en la actualidad con una lista de más de 130 mediadores familiares especializados y experimentados que trabajan en más de 30 idiomas diferentes. Los mediadores inscritos en **MiKK** deben formarse en este terreno y demostrar igualmente una formación continua a nivel internacional.

La Asociación ofrece un listado de mediadores distribuidos por idiomas a los que se puede recurrir en caso de necesidad. Igualmente cuenta



con una lista de abogados expertos en estos casos y de defensores del menor en juicio. En las oficinas de Mikk en Berlín se ofrecen regularmente reuniones formativas y para el intercambio profesional.

Desde 2009, **MiKK** se dedica a formar mediadores en los Países Bajos, Australia y la República Checa.

El papel de **MiKK** es reconocido internacionalmente. Destaca la creación del Proyecto europeo **TIM** (Training in International Family Mediation) en cooperación con la asociación belga **Child Focus de B**, la Universidad Católica de Leuven y el Centro Internacional de los Países Bajos «**Centrum Internationale KINDerontvoering**», financiado por la Unión Europea. En este proyecto participaron un total de 70 mediadores familiares de 26 países de la Unión Europea, incluida Turquía. Este proyecto sigue activo y promueve el intercambio profesional, supervisión y formación a nivel internacional.







VIOLENCIA DE GÉNERO Y MEDIACIÓN

TERESA PICONTÓ NOVALES
Universidad de Zaragoza

Sumario: I. La prohibición de la mediación en los casos de violencia de género en la LO 1/2004 de protección integral contra la violencia de género. II. Algunos motivos por los que se debe analizar, debatir e investigar sobre las posibilidades de hacer mediación en casos de violencia de género. III. Algunas propuestas, condiciones y cautelas sobre la utilización de la mediación en algunos casos de violencia contra la mujer. IV. A modo de conclusiones.

I. LA PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA LO 1/2004 DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección integral contra la violencia de género establece determinadas competencias de los juzgados de violencia de género en materia civil (separación y divorcio, relaciones de filiación, guarda y custodia; medidas todas ellas de trascendencia familiar)¹ cuando la víctima de la violencia sea mujer pareja o ex-pareja y se haya producido algunos de los delitos enumerados en el artículo 44 de la propia Ley (homicidio, lesiones, delitos contra la integridad moral,

¹ Concretamente se añade el artículo 87 ter en la LO 6/1985 del Poder Judicial, en cuyo apartado 2 se establece que «Los juzgados de violencia sobre la mujer podrán conocer en el orden civil, (...), de los siguientes asuntos: a) los de filiación, maternidad y paternidad; b) los de nulidad matrimonial, separación y divorcio; c) los que versen sobre relaciones paterno filiales; (...); e) los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de los hijos e hijas menores reclamados por un progenitor contra el otro, en nombre de los hijos e hijas menores». Y el artículo 87.5 ter: «En todos estos casos está vedada la mediación».



delitos contra la libertad sexual o cualquiera realizado con violencia e intimidación). A continuación, en el artículo 44.5, añade que «en todos estos casos está vedada la mediación»².

Concretamente, el legislador proscribió la mediación en todos los supuestos en los que existiendo violencia de género existe un proceso abierto ante los juzgados sobre violencia contra la mujer. En este sentido, dicha prohibición se refiere tanto a los procesos penales sobre los que tienen competencia estos juzgados de violencia, como a los procesos civiles. Más específicamente, se prohíbe su utilización en dichos procesos de familia. Por tanto, no solo se prohíbe la mediación penal sino también la que se pueda producir para cuestiones civiles al amparo de diversas leyes como pueden ser las leyes autonómicas. Así, las distintas leyes autonómicas que regulan en España la mediación familiar parten de la base de que esta se puede aplicar solo a los conflictos de familia que sean disponibles para las partes³, sin que los acuerdos de mediación en esta materia puedan contravenir normas de carácter imperativo, que en este ámbito son muchas.

Mucho más recientemente, el Pacto de Estado contra la violencia de género, compromiso importante desde todos los puntos de vista, aprobado por el Pleno del Congreso de los diputados el 28 de septiembre (publicado el 9 de octubre de 2017), establece en su propuesta 116: «Reforzar en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen, la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género»⁴.

² R. CASTILLEJO comenta críticamente que hubiera sido muy conveniente replantearse esta prohibición en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima: vid. R. CASTILLEJO MANZANARES, «El Estatuto de la víctima y las víctimas de violencia de género», en *Diario La Ley* (2016) n° 8884, p. 10.

³ Vid. M. J. MOLINA CABALLERO, «Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y Mediación», en *RECPC* (2015), p. 14.

⁴ Es preciso destacar que pese al compromiso político que supone ese Pacto de Estado ya se han dejado oír muchas voces críticas sobre el mismo en varios sentidos. Así, por ejemplo, la eficacia que pueda desplegar este Pacto de Estado contra la violencia de género está siendo muy cuestionada por los propios profesionales implicados en la violencia de género que reconocen el esfuerzo realizado para llegar a este Pacto, así como que sus propuestas son muy adecuadas pero que son escépticos con que se vaya a implementar por razones políticas y económicas (jueces, magistrados de violencia de género, fiscales, trabajadores sociales, psicólogos, etc.). Por su parte, el movimiento feminista alerta de que el Pacto de Estado contra la violencia de género no tiene la suficiente concreción para ser efectivo y que se ha llevado a cabo sin contar con los colectivos feministas y de mujeres.



Además, en el ámbito internacional, nos encontramos con esta prohibición en el Convenio de Estambul⁵ (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, 11 de mayo de 2011), un instrumento clave en la defensa del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia de género, que como sabemos ha sido ratificado por España⁶. Concretamente, su artículo 48 va referido a «la prohibición de modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos o imposición de condenas» y establece en su apartado 1 que:

«Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio».

No obstante, siguiendo el tenor literal del artículo, lo que está prohibido generalmente es que estos sistemas de resolución de conflictos (como el de justicia restaurativa) estén previstos como alternativos o sustitutivos del sistema penal. Más concretamente, nos referimos a que no se dice nada de que estos sistemas de resolución de conflictos, como la mediación, puedan estar integrados dentro del proceso judicial de violencia de género y por tanto, puedan ser complementarios. Y en ningún caso, según este artículo, dichos sistemas pueden ser obligatorios.

Resulta interesante recoger aquí lo dicho en el denominado *Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer*, de las Naciones Unidas de 2012⁷. Más específicamente, en su apartado 3.9.1 recomienda la prohibición de la mediación: «en la legislación se ha de prohibir explícitamente

⁵ En todo caso, el concepto de violencia de género que utiliza la ley española es mucho más restrictivo que el utilizado por los textos internacionales. En este sentido, en el marco de la ley española, las medidas de protección integral que articula solo se destinan a las mujeres maltratadas por su pareja o expareja. Mientras que el artículo 3 a) del Convenio de Estambul entiende que por violencia contra la mujer «se deberá entender una violación contra los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

⁶ En el BOE de 6 de junio de 2014, se publicaba la ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (que entraba en vigor el 1 de agosto de 2014).

⁷ ONU MUJERES (2012), *Manual de Legislación sobre La Violencia contra la Mujer*, [http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20VAW%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20VAW%20(Spanish).pdf) [consultado por última vez el 15 de diciembre



la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer, tanto antes como durante los procedimientos judiciales». Por ello, critica las leyes de varios países en materia de violencia contra la mujer. En este sentido, señala que cuando la mediación se fomenta u ofrece como alternativa a la vía penal y a los procesos de Derecho de familia en casos de violencia contra la mujer surgen varios problemas, entre otros: se retiran asuntos del control judicial, se presupone que ambas partes tienen el mismo poder de negociación; además, refleja una presunción de que ambas partes son igualmente culpables de la violencia y reduce la responsabilidad de quien ha cometido el delito. Por último, señala como en un número creciente de países se está prohibiendo la mediación en casos de violencia contra la mujer y pone el ejemplo del caso español con la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género (2004) que prohíbe la mediación de cualquier tipo en casos de violencia contra la mujer.

Lo cierto es que en España mayoritariamente hemos estado de acuerdo con esta prohibición legal por entenderla más que justificada, pero cada vez son más las voces discrepantes a que la ley haya tomado una opción tan taxativa respecto de la mediación en casos de violencia de género cuyas posibles ventajas e inconvenientes están cada vez más abriendo un espacio crítico de debate que no podemos soslayar o dejar de lado.

Y es que son cada vez más los investigadores en violencia de género tanto en el ámbito jurídico, socio-jurídico como en el criminológico, que consideran que esta prohibición tan taxativa sobre la mediación en todos los supuestos de violencia de género, podría ser matizada sobre todo pensando también en aquellos supuestos en los que pudiera aportar beneficios para las víctimas siempre que no fuera una práctica institucional alternativa o sustitutiva del proceso judicial.

Desde luego queda mucho por decir, por debatir, por profundizar y sobre todo por investigar en este sentido, teniendo en cuenta que el sistema penal actual de violencia de género tiene muchas carencias⁸ y fracasos a la hora de proteger la seguridad de las víctimas de violencia de género, de las mujeres pero también de sus hijos.

de 2017] ONU MUJERES es una entidad de las Naciones Unidas para la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres.

⁸ Una muy interesante y completa valoración crítica de esta Ley puede consultarse en: M. ORTUBAY FUENTES, «Diez años de la «Ley Integral contra la Violencia de Género»: Luces y sombras», <http://www.pensamientocritico.org/mirort0315.pdf> (última consulta: 22 diciembre, 2017).



Y ello, en parte porque como bien sabemos este sistema está concebido para dar una protección integral a las mujeres y a sus hijos. Y por tanto, todas las medidas o instituciones que a nivel más preventivo redunden en la eficacia del mismo, han de ser cuanto menos analizadas, debatidas, si bien en este caso, no sin cierta cautela.

II. ALGUNOS MOTIVOS POR LOS QUE SE DEBE ANALIZAR, DEBATIR E INVESTIGAR SOBRE LAS POSIBILIDADES DE HACER MEDIACIÓN EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

A pesar de esta opción legal tan tajante y excluyente de la mediación en todos los supuestos de violencia de género de nuestro ordenamiento jurídico, es necesario dar un paso más e investigar en qué casos podría estar indicada.

En este sentido, una de las primeras propuestas fue la del *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña* (2011)⁹. Concretamente establece que «es necesario realizar estudios serios desde el campo de la psicología y el Derecho, que permitan un replanteamiento científico de las ventajas o los inconvenientes de la exclusión radical y genérica de la mediación en todos los supuestos de violencia de género. Se podría replantear si en algún caso la mediación puede aportar beneficios para las personas individualmente consideradas (especialmente para los hijos) que viven estas situaciones y si su aplicación puede generar un valor preventivo en el tratamiento del conflicto relacional y familiar subyacente» (p. 492).

Por su parte, Elena Larrauri¹⁰ señala que la Ley parece operar con solo una imagen de mujer maltratada. Y que efectivamente, existen casos en los que la mediación está desaconsejada, pero el universo de las mujeres maltratadas no es un bloque monolítico y es erróneo, según esta penalista y criminóloga, legislar e imponer una única visión a todos los casos de mujeres maltratadas.

Concretamente, en su opinión, al legislar se debería pensar en incluir también aquellos supuestos de mujeres que no están dispuestas a denun-

⁹ Vid. POMPEU CASANOVAS, JAUME; MAGRE, M^a ELENA LAUROBA (Directores), *Libre Blanc de la Mediació a Catalunya*, Generalitat de Catalunya-Departament de Justícia, 2011 [disponible en versión electrónica http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/lilibres_fora_colleccio/lilibre_blanc_mediacio.pdf (última consulta: 20 de diciembre, 2017)]

¹⁰ Vid. E. LARRAURI, *Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica*, Buenos Aires & Montevideo, Euros Editores, 2008, p. 232 ss.



ciar, o el grupo de mujeres que, a pesar de los malos tratos recibidos por sus parejas o exparejas, no están dispuestas a separarse.

Asimismo, debería pensarse en los supuestos de diferente gravedad pues evidentemente no presenta la misma problemática una violencia habitual que un conflicto puntual como un maltrato, aun cuando ambos tengan una categoría de delito. En relación con ello, según Patricia Laurenzo¹¹, la estrategia penal relativa a la violencia de género que se ha impuesto en España está construida sobre el modelo de violencia habitual. Ello presupone partir de que las víctimas de violencia de género son mujeres debilitadas, sin autoestima y atemorizadas, incapaces de tomar decisiones por sí mismas y necesitadas de una ayuda intensa para reencauzar sus vidas y encontrar una salida a la violencia.

Por ello, en su opinión, este sistema se ha aplicado en la realidad a un gran número de situaciones alejadas del modelo de la violencia habitual, alcanzando al maltrato ocasional y a las amenazas y coacciones leves, es decir, a una variedad y diversidad de conflictos de parejas que en muchos casos no tienen como protagonistas a víctimas debilitadas e incapaces de autocontrol, sino a mujeres que buscan apoyo institucional para sacar adelante sus propias iniciativas que no siempre pasan por el abandono de la pareja. Más allá de esto, Elena Larrauri considera que si las reticencias son por temor a la seguridad y a la vida de la mujer¹², se podría haber considerado prohibir la mediación solo en los supuestos de violencia física grave.

En otras palabras, lo que vale para las víctimas de la violencia machista que viven sumidas en un ambiente sórdido de agresiones y vejaciones puede no valer para otra infinidad de situaciones conflictivas de pareja en las que, aun existiendo alguna clase de violencia, no se alcanza ese nivel elevado de degradación personal.

En tales casos, el Derecho penal debería dejar un espacio mucho mas amplio a otras vías de respuesta institucional y a otros medios de resolución alternativa de los conflictos y así se podría hacer realidad esa aspiración tan importante de la LO 1/2004, de proporcionar una respuesta

¹¹ Vid. PATRICIA LAURENZO COPELLO, «Introducción. Violencia de Género, Ley Penal y Discriminación. Un balance provisional de los primeros veinte años de legislación penal sobre la violencia contra las mujeres», en PATRICIA LAURENZO COPELLO (coordinadora), *La Violencia de Género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 35-36.

¹² Vid. E. LARRAURI, *Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica*, cit., p. 239.

global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres en el ámbito de la pareja (EM).

En el ámbito civil, Elena Larrauri sostiene que esta prohibición de la mediación en la Ley integral de violencia de género es excesiva por negar la posibilidad de un acuerdo en materia civil. Concretamente, señala que no es una buena política y que podría estar contradiciendo los principios básicos del proceso civil¹³. Además, hay que tener en cuenta que tanto el Ministerio Fiscal como el órgano judicial pueden controlar el proceso y el resultado de la mediación.

Más específicamente, junto con la cuestión penal que emana del propio acto violento se suscitan también asuntos propios de orden civil (desacuerdos en el reparto de bienes, en las contribuciones económicas, etc.) en los que, dándose determinadas condiciones y con las consiguientes cautelas, podría caber la mediación.

Todos estos motivos y algunos otros llevan a señalar críticamente que la prohibición de la LO 1/2004 de Protección Integral contra la violencia de género no es acertada. Concretamente, en esta crítica vienen a coincidir algunas investigadoras¹⁴ y también algunos de los profesionales¹⁵ que fueron entrevistados en la interesante investigación WOSAFEJUS¹⁶ llevada a cabo en Barcelona y otras ciudades europeas sobre la experiencia en los sistemas penales de las mujeres que sufren violencia de género en la pareja.

Atendiendo a las críticas aquí recogidas, esta prohibición tan taxativa de la mediación para todos los supuestos de violencia de género y en todos los ámbitos no sería acertada por varios motivos:

- Porque esta prohibición asume que toda violencia es del mismo signo, ignorando que hay varias escalas de gravedad y diversas

¹³ *Ibidem.*, p. 241.

¹⁴ Entre otros, puede verse: R. SALVADOR CONCEPCIÓN, «Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género», en *La Ley Penal*, (2015) n° 112; N. S. GORVEIN RUBINSTEIN, «Género e Igualdad de oportunidades en la mediación familiar», en R. CASTILLEJO (dir.) y M. A. CATALINA BENAVENTE (coord.), *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2011, p. 644-654.

¹⁵ D. HEIM, G. CASAS Y E. BODELÓN, «Las valoraciones de los/las profesionales que intervienen en casos de violencia de género», en E. BODELÓN (dir.), *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, 1ª ed., Barcelona, Universidad de Barcelona/Ediciones Didot, 2012, p. 155-156.

¹⁶ Se puede consultar la investigación completa en:

<http://archivo.unict.it/content/violenze-nelle-relazioni-di-intimita-la-doman-da-di-justizia-e-di-protezione-delle-donne-e> (última consulta: 15 de diciembre de 2017).



necesidades atendiendo las características de todas las mujeres víctimas de la violencia de género.

- Porque parece presumir que toda mediación necesariamente es una cesión de la víctima, desconociendo en algunos casos, al menos, los beneficios que podría conllevar para la víctima.

Por tanto, necesitamos de una perspectiva más flexible y pragmática que permita considerar, entre otras cosas, en qué casos la mediación estaría aconsejada y en qué supuestos no es apropiada; respecto a qué tipo de ofensas podría estar indicada; en qué tipo de relaciones podría ser aconsejable. Por último, cuándo o en qué supuestos debería ser utilizada como un sistema complementario al sistema judicial.

III. ALGUNAS PROPUESTAS, CONDICIONES Y CAUTELAS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN ALGUNOS CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Según Raquel Castillejo *et al.*¹⁷ admitir la mediación en supuestos de violencia de género tiene necesariamente que hacerse tomando una serie de precauciones. Más específicamente, se refiere, entre otras cosas: a la absoluta necesidad de que las y los mediadores se especialicen en este campo de la «violencia contra la mujer» y estén sometidos permanentemente a un continuo reciclaje de conocimientos y prácticas; a que exista una garantía total de seguridad para la víctima, tanto mientras dure el proceso mediador, como después del mismo; y a la aceptación preceptiva para la víctima de someterse, con carácter previo a la mediación, a un proceso de empoderamiento, quedando por tanto condicionada su participación no solo a su consentimiento personal, sino también al informe positivo del profesional (de la psicología) que evalúe su situación.

Por tanto, si es o no deseable utilizar la mediación en supuestos de violencia de género tiene que depender, en opinión de estas autoras, del análisis del caso concreto. En el mismo sentido, Rosa Salvador considera que lo más acertado es atenerse a las características de cada supuesto en concreto¹⁸. De ahí que la inclusión de la mujer víctima de violencia de

¹⁷ Vid. R. CASTILLEJO, C. TORRADO y C. ALONSO, «Mediación en violencia de género», en *Revista de Mediación* (2011) n° 7, p. 44.

¹⁸ Vid. R. SALVADOR CONCEPCIÓN, «Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género», en *La Ley Penal* (2015) n° 112, p. 6.



género en el proceso de mediación haya de ir necesariamente precedida de una completa valoración psicológica¹⁹ en la que, atendiendo a la disposición de la víctima y su relación con el victimario, se estime la pertinencia de la mediación para cada caso concreto.

En relación con ello no se puede perder de vista, según Raquel Castillejo, que no en todas las relaciones definidas por violencia de género la desigualdad entre las partes se presenta como insuperable y ello porque, en su opinión, en medio de este tipo delictivo nos encontramos en la práctica con una dilatada diversidad de situaciones que comprenden desde una agresión ocasional, hasta el uso sistemático de la violencia como instrumento de dominación. Así, la diversidad de relaciones violentas conlleva que no se puedan establecer reglas generales sobre la intervención con la mediación en cada caso²⁰. Esto es, partiendo, como hemos señalado, del caso concreto resulta imprescindible atender a varias cuestiones²¹:

- En primer lugar, al consentimiento que deberá ser libre e informado tanto respecto a la participación en el proceso como a la adopción de acuerdos reparadores, y podrá ser revocado en cualquier momento. Efectivamente, como señala Raquel Castillejo, en estos casos se cuestiona si la víctima consiente libremente teniendo en cuenta la relación de sumisión que puede existir con respecto a su agresor, lo que podría empujar a la víctima a adoptar acuerdos claramente perjudiciales para ella y con ello se acabaría favoreciendo una nueva espiral de violencia. Igualmente desde la perspectiva del agresor, se cuestiona hasta que punto puede ser libre su consentimiento cuando sobre él pende un proceso penal.
- En segundo lugar, a la asunción de la responsabilidad por parte del agresor. En este sentido, Raquel Castillejo, consideran que este reconocimiento de los hechos por parte del agresor debe ser auténtico porque si no fuera así se estaría instrumentalizando la mediación y se podría *revictimizar* a la víctima.
- En tercer lugar, hay que tener muy presente que el desarrollo de la mediación, en su caso, debe llevarse a cabo de forma segura para la víctima y que, por tanto, no puede llegar a exacerbar o intensificar el potencial de la víctima.
- En cuarto lugar, debe asegurarse la imparcialidad del mediador, lo que se consigue a través de una elevada formación de los mediadores. En este sen-

¹⁹ Vid. R. CASTILLEJO, C. TORRADO y C. ALONSO, «Mediación en violencia de género», cit., p. 42.

²⁰ Vid. R. CASTILLEJO MANZANARES, «Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género», en *La Ley* (2016) n° 8882, p. 8.

²¹ *Ibidem.*, p. 7.



tido, la formación exigida no ha de ser exclusivamente en mediación sino también en violencia de género²².

- Por último, como podemos imaginar, el equilibrio de poder entre las partes que tiene que existir en todo proceso de mediación, es una de las cuestiones más discutidas en los caso de violencia de género. En este sentido, la víctima no puede situarse en una posición de igualdad en el diálogo con su agresor. Por ello, no puede haber mediación cuando existan hechos graves de violencia física, o reiterados actos de violencia y la situación de la mujer sea de indefensión. Una indefensión denominada por los expertos «indefensión aprendida». En este sentido, las teoría de la «indefensión aprendida», según Raquel Castillejo, muestran que una victimización repetida mina las posibilidades de reacción ante el ataque sufrido, lo que hace que la víctima se halle en una posición de desequilibrio con su agresor²³. Los profesionales se refieren a la actitud pasiva ante un destino atroz, ante la muerte o, sin llegar a ella, ante la propia destrucción física o psicológica. Por todo lo cual, debe tratarse de supuestos en los que no haya violencia física sino a supuestos de violencia verbal y, en general, que no haya violencia grave.

En cualquier caso, como hemos señalado, es imprescindible una evaluación previa de un profesional de la psicología que confirme que la mujer ha recobrado su autoestima, lo que se conoce como empoderamiento de la víctima²⁴ y que viene a garantizar la bilateralidad igualitaria de la mediación.

Por otra parte, la mediación no puede ser planteada con la fórmula simplista que la concibe como un modo de reducir la carga de los tribunales, o como método de ahorro de tiempo en la gestión o resolución de los conflictos²⁵. Muy al contrario, según R. Salvador Concepción, la media-

²² Concretamente, R. CASTILLEJO MANZANARES se está refiriendo: «a la necesidad de una alta capacitación de los mediadores en el manejo de herramientas de detección y evaluación de la violencia y los efectos que esta provoca en la víctima; al dominio que deben tener de la entrevista y de las sesiones de «caucus»; a las habilidades y el manejo de estrategias y tácticas para equilibrar el poder entre las partes; y al saber hacer frente a situaciones emocionalmente complejas»; *ibídem.*, p. 8.

²³ En este sentido, «el sentimiento de indefensión incapacita a la víctima para encontrar una reacción viable para reducir el sentimiento de vulnerabilidad, pues toda posible solución se considera ineficaz para aliviar la angustia»; *ibídem.*, p. 8.

²⁴ Vid. R. SALVADOR CONCEPCIÓN, «Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género», cit., p. 7.

²⁵ Estoy pensando en algunas de las últimas reformas legales llevadas a cabo en Reino Unido que han afectado muy negativamente a la Justicia de Familia, la mediación familiar y a la asistencia legal en este ámbito (*The Legal Aid and Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*). Por razones obvias no puede profundizarse sobre toda la problemática que está emergiendo en Reino Unido como consecuencia de estas políticas



ción tendría que «tecnificarse», proveerse de un equipo interdisciplinar, con presencia de atención psicosocial²⁶.

Y en cuanto a en qué momentos del proceso judicial sería posible utilizar la mediación, Raquel Castillejo *et. al.*, y M. J. Guardiola Lago consideran que la LO 1/2004 de Protección Integral de la Violencia de Género no prohíbe el proceso mediador en los delitos de violencia de género después de la fase de instrucción²⁷.

También, según Raquel Castillejo y M. Jesús Molina la figura de la conformidad²⁸, que es utilizada con frecuencia en la violencia de género, podría constituir un expediente para tener más en cuenta los eventuales acuerdos reparadores llevados a cabo en procesos restaurativos (en lugar de constituir, como ahora ocurre, una negociación de la pena entre la fiscalía y la defensa con dudosos efectos preventivos).

Otro de los ámbitos, donde podría estar indicada la mediación y en el que no se encuentra prohibida legalmente, es una vez celebrado el juicio oral y recaída una sentencia condenatoria al agresor. Para Rosa Salvador²⁹ la mediación debería articularse en la ejecución de la condena porque de esta forma la mediación encajaría en el proceso penal respetando todas las garantías que esta vía asegura para la víctima y el victimario.

neoliberales en los diversos ámbitos legales, judiciales y de mediación y asistencia legal en el sistema de justicia de familia (más conocido como «McKenzie Friends»). Quien tenga interés al respecto puede consultar, entre otros, los siguientes estudios: M. MACLEAN, «New Ways to Seek Legal Information and Advice on Family Matters in England and Wales: From Professional Legal Services to Google and Private Ordering»; J. EEKELAAR, «Can there be Family Justice Without Law?»; L. WEBLEY, «When is a Family Lawyer a Lawyer?», en M. MACLEAN, J. EEKELAAR y B. BASTARD (eds.), *Delivering Family Justice in the 21st Century*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 323-339, p. 341-353, p. 305-321. Puede verse también, entre otros: A. BARLOW, R. HUNTER, J. SMITHSON y J. EWING, *Mapping Paths to Family Justice. Resolving Family Disputes in Neoliberal Times*, London, Palgrave, 2017, p. 1-19.

²⁶ Vid. R. SALVADOR CONCEPCIÓN, «Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género», cit., p. 6.

²⁷ Vid. R. CASTILLEJO, C. TORRADO y C. ALONSO, «Mediación en violencia de género», cit., p. 43-44; M. J. GUARDIOLA LAGO, «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación», en *Revista General de Derecho Penal* (2009) n° 12, p. 1-41.

²⁸ Vid. R. CASTILLEJO, C. TORRADO y C. ALONSO, «Mediación en violencia de género», cit., p. 44; Vid. M. J. MOLINA CABALLERO, «Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y Mediación», cit., p. 17.

²⁹ Vid. R. SALVADOR CONCEPCIÓN, «Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género», cit., p. 6.



Por tanto, admitir la mediación en supuestos de violencia de género debe implicar necesariamente asumir una serie de cautelas y precauciones: la absoluta necesidad de que los mediadores y mediadoras se especialicen en violencia de género; una garantía total de seguridad para la víctima tanto mientras dure el proceso de mediador como después; así como la exigencia de que la víctima se someta con carácter previo a un proceso de empoderamiento en los términos apuntados, esto es, contar con su consentimiento personal y con el informe positivo del psicólogo que la haya evaluado a tal efecto.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

En definitiva, en el actual marco normativo de la Ley integral de violencia de género cabría en algunos supuestos utilizar otros recursos como el de la mediación buscando minimizar algunos efectos como el de victimización y tratando de que las víctimas puedan beneficiarse de estos recursos.

Además de las diferentes condiciones, exigencias y cautelas que he comentado más arriba, estaría el hecho de que la mediación no puede en ningún caso ser planteada con la fórmula simplista de ser un modo de reducir la carga de los tribunales, o como una forma de ahorrar tiempo en la gestión o resolución de los conflictos. Y para que se entienda mejor, estoy pensando en la reformas que desde 2014 se están llevando a cabo en Reino Unido en un contexto de las políticas de austeridad, que pasan entre otras medidas por establecer sistemas de mediación online, como las impulsadas por llamados *Mackenzie's Friends* (vid supra n. 25).

Muy al contrario, y como he señalado a lo largo de este trabajo, cualquier tipo de mediación que se lleve a cabo en supuestos de violencia de género necesita contar con unos profesionales específicamente formados además de en mediación, en materia de violencia de género.

Finalmente, considero que ha costado muchos años de esfuerzo conseguir que la violencia ejercida contra la mujer en el ámbito privado se contemple como una conducta de relevancia penal. Y no podemos dejar que la intervención de un recurso como es la mediación sirva para poner en cuestión que, en términos generales, la violencia de género es una infracción merecedora de censura moral y de una sanción penal.

Por tanto, tenemos que seguir siendo cautelosos y reafirmar la necesidad de una firme aplicación de la Ley integral contra la violencia de género. Lo cual no tendría que ser obstáculo para reflexionar sobre el tema



y abrir un debate en torno un posible recurso a la mediación en algunos supuestos muy concretos de escasa gravedad o en ciertos márgenes procesales (sobreseimientos, etc.), como se ha ido apuntado a lo largo de este trabajo. Ahora bien, cuando decimos supuestos de escasa gravedad, no se debe entender que la ausencia de violencia física nos sitúa siempre ante supuestos de ese tipo. Dado que se debe evitar las asimetrías de poder en la mediación, conductas como las vejaciones, la violencia psicológica, la violencia de control y otras similares impedirían la opción mediadora. Al respecto, deben existir cautelas muy claras y una formación específica de las personas que vayan a hacer mediación este campo para garantizar que no se traspasan las líneas rojas de la legalidad vigente y las propias normas deontológicas de la mediación.







CAPÍTULO V
LEYES AUTONÓMICAS DE MEDIACIÓN
DE SEGUNDA GENERACIÓN.
FORMACIÓN DE MEDIADORES







LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN MEDIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SEGÚN EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Director del Experto Universitario en Mediación
Universidad de Zaragoza

Resumen: *Las leyes autonómicas de mediación han evolucionado en este siglo desde la regulación de la mediación familiar, a nuevas leyes «de segunda generación» como la catalana de 2009, que supera el ámbito familiar en Derecho privado o la castellano-manchega de 2015, que amplía los servicios de mediación familiar a otros ámbitos sociales. Pero el punto de inflexión autonómico lo marca la Ley Cántabra de 2011, que pretende una regulación integral de la mediación, camino que sigue en la actualidad la nueva Ley de mediación de la Comunidad valenciana. La aprobación de la legislación estatal de mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012 y su parcial desarrollo reglamentario por el Real Decreto 980/2013) marca una mayor delimitación de las competencias estatales, pero genera dudas en el desarrollo legislativo autonómico. Ante la falta de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se recurre a los dictámenes e informes de órganos consultivos, especialmente los informes del Consejo General del Poder Judicial, para intentar definir las líneas y límites del desarrollo legislativo de la mediación por las comunidades autónomas.*

Sumario: I. Introducción: la conflictividad del marco competencial de las comunidades autónomas sobre mediación. II. La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial sobre la legislación de mediación. III. La nueva legislación autonómica de mediación de segunda generación. El desarrollo competencial en las leyes catalana y castellano-manchega. IV. La legislación autonómica de desarrollo integral de la mediación. Problemas competenciales. La Ley cántabra. V. ¿Tienen competencia las comunidades autónomas para regular de forma integral la mediación? El caso valenciano y las competencias sobre administración de justicia. VI. A modo de conclusión: las limitaciones competenciales de las comunidades autónomas para regular de forma integral la mediación.



I. INTRODUCCIÓN: LA CONFLICTIVIDAD DEL MARCO COMPETENCIAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE MEDIACIÓN

En la evolución de la nueva legislación autonómica de mediación cabe señalar la ampliación de ámbitos mediables, pasando de la mediación en ámbitos familiares a la mediación en Derecho privado (Cataluña), la ampliación a otros ámbitos sociales más allá del familiar en la reforma de la Ley de mediación de Castilla-La Mancha de 2015 —que incluye también el ámbito de responsabilidad de menores—, o superando los límites anteriores en la Ley de mediación de Cantabria de 2011 (reformada en 2017), o la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de mediación de la Comunitat Valenciana (DOGV de 7 de diciembre).

Las mayoría de las leyes autonómicas de mediación familiar se fundamentaron en el título competencial referente a la protección a la familia (art.39 CE) y en las competencias autonómicas de carácter asistencial o de servicios sociales que sus respectivos estatutos de autonomía recogían (el artículo 148.1.20 CE posibilita que las CCAA asuman competencia exclusiva en materia de asistencia social)¹, ya que el ámbito legislado versaba sobre los conflictos, en sentido amplio, familiares, creando servicios sociales especializados de mediación familiar.

No originaron litigiosidad constitucional a pesar de lo laxos que eran los títulos competenciales argumentados para desarrollar la legislación autonómica², al no existir legislación estatal sustantiva y procesal sobre mediación, pero comienzan los reparos competenciales y constitucionales en 2011, cuando el Estado llegó a plantearse la interposición de recursos de inconstitucionalidad contra determinadas leyes autonómicas, reflejados en los correspondientes informes del Consejo de Estado de 22 de junio de 2011 sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de mediación

¹ GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Editorial Reus, Madrid, 2006, pp. 327-8.

² La Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias (B.O.C. 85, de 6.5.2003) justifica en su preámbulo que «finalmente, se ha optado por vincular esta institución al departamento que en esta Comunidad Autónoma tenga en cada momento las competencias relacionadas con la administración de justicia, al entender que pese a que la institución tiene innumerables beneficios de orden social, igualmente beneficia a la administración de justicia en tanto en cuanto viene llamada a resolver conflictos familiares en sentido amplio, y mucho más si se tiene en cuenta que los acuerdos que se obtengan han de ser ejecutados, en su caso, por los tribunales competentes».



familiar de Aragón³; o de 17 de noviembre de 2011 sobre el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley de Cantabria de 2011⁴. Cabe destacar que, pese al informe favorable a plantear los correspondientes recursos de inconstitucionalidad respecto a los preceptos examinados de ambas leyes, tales recursos no llegaron a plantearse.

Puesto que el contenido del dictamen del Consejo de Estado sobre la ley cántabra se tratará posteriormente, valga hacer una referencia a los motivos de inconstitucionalidad que aprecia el Consejo de Estado respecto a determinados preceptos (artículos 8.3; 13.1.c; 14 y 18.3) de la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón (BOA de 7 de abril de 2011).

El Consejo de Estado observó una posible violación competencial y de la legislación básica estatal en dos materias: la imposición a los mediadores familiares de los requisitos de colegiación profesional obligatoria e inscripción en el Registro autonómico creado al efecto (artículo 8.3) y la regulación de la mediación a instancia judicial que establece el artículo 13.1.c) y desarrollan sus concordantes artículos 14 y 18.3. Por lo que se refiere a la obligación de colegiación profesional, que será objeto también de tacha de inconstitucionalidad en la ley cántabra de 2011, el dictamen señala que es una competencia estatal del artículo 149.1.18ª y 30ª CE; del mismo modo, respecto al mismo artículo 8.3, la imposición de la inscripción en el registro autonómico como condición para ejercer en Aragón como mediador familiar, vulnera la legislación básica del Estado recogida en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, Ley que supuso la transposición al Derecho español de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

El artículo 8.3 se modificó por el artículo 66 de la Ley 3/2012, 8 marzo, de Medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA. nº 54, de 19/03/2012), y su redacción actual es la siguiente: «Las personas que reúnan los requisitos de titulación y formación específica para prestar el servicio de mediación familiar se inscribirán en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón»⁵. Se corrigió

³ Dictamen del Consejo de Estado nº 973/2011, aprobado el 22/06/2011.

⁴ Dictamen del Consejo de Estado nº 1826/2011, aprobado el 17/11/2011.

⁵ La redacción originaria del artículo 8.3 decía: «El mediador familiar deberá figurar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón. Además, tendrá que colegiarse en el correspondiente colegio profesional, excepto que se trate de un empleado público al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma que ejerza las funciones de mediador familiar en el desempeño de su puesto de trabajo».



el requisito de colegiación, pero no ha cambiado sustancialmente la ley aragonesa el requisito de obligatoriedad en la inscripción en el Registro de mediadores familiares de Aragón, carente de desarrollo reglamentario.

En cuanto a la regulación procesal de la mediación por iniciativa judicial, el artículo 13 de la ley aragonesa, relativo al inicio del procedimiento de mediación, dispone en su apartado 1.c) que la mediación podrá iniciarse, entre otras maneras, «a instancia de la autoridad judicial». Los artículos 14 y 18.3 regulan respectivamente las especialidades en cuanto al desarrollo y a la duración del procedimiento de mediación iniciado bajo esta modalidad⁶.

El Consejo de Estado entiende que estas disposiciones tienen un contenido procesal⁷ y, por tanto, reservado legislativamente al Estado por el artículo 149.1.6^a CE, aunque salve «las especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las comunidades autónomas», que contempla el Estatuto de autonomía de Aragón en su artículo 71.3^a, pero el dictamen no aprecia que la regulación procesal de la mediación pueda vincularse con ninguna particularidad del Derecho civil de Aragón⁸, ni con el apartado 59 del artículo 71 del Estatuto de autonomía, el cual atribuye competencias en materia de «administración de justicia en lo relativo a medios personales y materiales».

⁶ Artículo 14. *Especialidades de la iniciación de la mediación familiar por la Autoridad Judicial*, y artículo 18.3 «En el supuesto de iniciación por la Autoridad Judicial, la duración no podrá exceder del plazo de suspensión del procedimiento acordado judicialmente o previsto en la legislación procesal».

⁷ No parece especialmente invasiva la disposición del artículo 13.1.c, que simplemente enumera una más de las formas de inicio del procedimiento mediación familiar, sin contenido sustantivo. Se menciona también en el artículo 26.d del Proyecto de Ley de Mediación de la Comunidad Valenciana (DOC n° 267, 20/04/2018) («Derivación judicial o arbitral, de conformidad con lo dispuesto en la legislación del Estado, con el consentimiento posterior de las partes»). El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de Ley, de la Generalitat, de mediación de la Comunitat Valenciana (26 de octubre de 2017), señala en la conclusión quinta que «en el catálogo de formas de iniciación del proceso debe consagrarse el inicio de la misma por derivación judicial», y critica la redacción originaria del anteproyecto valenciano, por no distinguir adecuadamente el inicio del procedimiento en la mediación intrajudicial (considerando 56).

⁸ Cabe mencionar que la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de los padres, estableció un régimen provisional de mediación familiar en su artículo 4 y disposición transitoria segunda, y que dicha ley fue derogada por el Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprueba bajo el título de «Código del Derecho foral de Aragón», el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA de 29/03/2011), incorporándose la regulación de la mediación familiar de la Ley 2/2010, en el artículo 78 y disposición transitoria del Código foral.



La Ley Catalana de 2009, de mediación en Derecho privado, inició el camino expansivo de ampliación a otros ámbitos distintos al familiar, contando con las competencias estatutarias sobre procedimientos de mediación y conciliación en materias de su competencia y sobre Derecho civil propio, pero es la Ley cántabra la que rompe los moldes existentes hasta ese momento de las leyes autonómicas, abarcando todos los ámbitos de mediación sin que existiera correspondencia con sus competencias estatutarias de regulación de esas materias, y sin que fuese objeto de recurso de inconstitucionalidad por extralimitación competencial, por lo que se plantea respecto a estas leyes denominadas de «segunda generación»⁹ los límites de esta legislación autonómica, que no se deduce fácilmente de la legislación estatal, y que se trata en este trabajo a través de diversos dictámenes y e informes, teniendo especialmente relevancia los del Consejo General del Poder Judicial por la función consultiva que le atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre los proyectos legislativos de las comunidades autónomas que tengan relación con el artículo 24 CE¹⁰.

⁹ Vid. GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», en *Política y Sociedad*, 2013, 50, nº 1, pp. 71-98.

¹⁰ Se han consultado, además de los dictámenes del Consejo de Estado ya citados sobre las leyes aragonesa y cántabra, los siguientes informes y dictámenes:

- Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (19 de mayo de 2010)
- Dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aprobado el 17 de febrero de 2011 (nº de referencia: 2222/2010).
- Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria (21 de junio de 2010)
- Informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de Decreto por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (22 de julio de 2015).
- Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria de 2011 (29 de septiembre de 2016)
- Dictamen de la Comisión Asesora Jurídica de la Generalitat de Cataluña, Departamento de Justicia, nº 285/2012, de 20 de septiembre, sobre el proyecto de Decreto por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en Derecho privado.
- Informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de Ley, de la Generalitat, de mediación de la Comunitat Valenciana (26 de octubre de 2017)
- Informe jurídico al anteproyecto de ley de mediación de la Abogacía General de la Generalitat, de 29 de junio de 2017.



II. LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL SOBRE LA LEGISLACIÓN DE MEDIACIÓN

En el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de Ley, de la Generalitat, de mediación de la Comunitat Valenciana (26 de octubre de 2017), se realizan una serie de «consideraciones generales» sobre las competencias que el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) tiene atribuidas en su función consultiva (artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [en adelante, LOPJ]) respecto a los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, a las «normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales», y a «cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas estimen oportuna» (apartados 6 y 9 del artículo 561.1 LOPJ). En consecuencia, establece el alcance y sentido de la potestad consultiva que se limita al examen y alcance de las normas sustantivas o procesales que se incluyan específicamente en las disposiciones generales, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que este tiene encomendada.

Amplía a continuación, por conexión, el CGPJ esta facultad consultiva a expresar su parecer también sobre los aspectos del Proyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan, por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución española (CE), partiendo y respetando las resoluciones del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución.

Y finalmente, el CGPJ invoca el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, para declarar «la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente».

-
- Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Dictamen 2018/0023. Expediente 753/2017. Aprobado por el Pleno el 17/01/2018.





Justifica, por tanto, el informe sobre el Proyecto de Ley de Mediación de la Comunidad Valenciana, del mismo modo que en informes anteriores a otros proyectos de disposiciones sobre mediación de las comunidades autónomas —entre los que cabe destacar los referidos a Cantabria—, en los «aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales», y el proyecto regula la mediación, que la Unión Europea y la legislación española consideran que forma parte del servicio de justicia; ya que «la ley va a desarrollar esa forma de acceso, y que el CGPJ es el órgano de gobierno y representación del Poder del Estado, el judicial, que tiene encomendada la tutela judicial efectiva de los derechos —artículo 24 CE—, es de interés para este Consejo la regulación de la mediación en general, y en concreto, de la que se realice dentro del proceso»¹¹.

III. LA NUEVA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE MEDIACIÓN DE SEGUNDA GENERACIÓN. EL DESARROLLO COMPETENCIAL EN LAS LEYES CATALANA Y CASTELLANO-MANCHEGA

Respecto al título competencial de las comunidades autónomas para legislar sobre mediación, el Dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de ley de mediación estatal (2222/2010, de 17 de febrero de 2011) señala:

«No obstante, no hay que desconocer que algunas de las comunidades autónomas han extendido su pretensión más allá del ámbito familiar de la mediación. Y, así, la Ley del Parlamento de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado, supone, como señala la Memoria del análisis del impacto normativo, un punto de inflexión en relación con la normativa anterior, ya que extiende las competencias autonómicas desde la mediación familiar hasta la mediación en el ámbito del Derecho privado. La Comunidad Autónoma de Cataluña aplica en esta Ley las competencias que le permite asumir el nuevo Estatuto de autonomía aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio (artículo 106.2): “La Generalitat puede establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia”—, en relación con los artículos 129 y 130). Con respeto hacia las competencias exclusivas que el artículo 149.1.8.ª de la Constitución atribuye al Estado, la propia Ley

¹¹ Informe del CGPJ al Proyecto de Ley de la Generalitat, de mediación de la Comunitat valenciana, de 26 de octubre de 2017. Apartados 3 a 7.





15/2009 prevé la aprobación de una futura ley general de mediación que proceda a transponer la Directiva 2008/52/CE, asumiendo mientras tanto la Generalidad la aplicación de la regulación existente. En esta misma línea, aunque sin haber llegado a aprobar una ley similar en materia de mediación, el Estatuto de autonomía de Andalucía también contempla expresamente que “la Junta de Andalucía puede establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia” (artículo 150.2 del Estatuto de autonomía aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo)».

La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en Derecho privado de Cataluña, que deroga y sustituye a la Ley de mediación familiar de Cataluña de 15 de marzo de 2001 —primera que se aprobó en España de mediación familiar—, amplía su objeto en el artículo 2.2, incluyendo no solo la mediación familiar sino también la mediación civil que «comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de Derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si estas deben mantener relaciones en el futuro». Amplía, por tanto, el alcance de la mediación a determinados conflictos del ámbito civil caracterizados por la necesidad de las partes de mantener una relación viable en el futuro, incluyendo conflictos objeto de mediación comunitaria o social en el límite del Derecho privado¹².

En cuanto al significado de la nueva regulación de la mediación, la norma catalana pasa de una concepción de la mediación de resolución de conflictos determinada por su objeto, a otra de gestión relacional de conflictos interpersonales o grupales (artículo 1.1), lo que amplía extraor-

¹² El preámbulo de la ley 15/2009 cita, a título ejemplificativo, los conflictos derivados de compartir un espacio común y las relaciones de vecindad, profesionales, asociativas, colegiales o, incluso, del ámbito de la pequeña empresa. Y el art.2.2 incluye como objeto de mediación, fuera del ámbito familiar, las siguientes cuestiones o pretensiones:

- a) Los conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones.
- b) Los conflictos relacionales en el ámbito de la propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones.
- c) Las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, para evitar la iniciación de litigios ante los juzgados.
- d) Los conflictos derivados de una diferente interpretación de la realidad debido a la coexistencia de las diversas culturas presentes en Cataluña.
- e) Cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si, razonablemente, aún puede evitarse la iniciación de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción».





dinariamente su ámbito de aplicación, salvaguardando en todo caso que los conflictos sean susceptibles de someterse a un proceso judicial, lo que indica que el proceso de mediación debe versar sobre controversias jurídicas, es decir, sobre derechos subjetivos y obligaciones disponibles que afectan a la relación entre las partes (art.1.2).

La Ley Catalana 15/2009 sigue derivando la regulación y ampliación de ámbitos de mediación en su competencia autonómica material en Derecho civil (artículo 129 Estatuto de autonomía) y en las normas procesales que deriven del Derecho sustantivo de Cataluña (artículo 130 EA), se entiende que en aplicación del art 106.2 EA ya citado sobre competencia en procedimientos de mediación y conciliación, lo que impide la transposición material completa de la Directiva 2008/52/CE, especialmente en ámbito mercantil, «que hace necesaria la aprobación de una ley general de la mediación», pero no impide ampliar su alcance a nuevos ámbitos.

La Comisión asesora jurídica de la Generalitat de Cataluña, en el dictamen sobre desarrollo reglamentario de la Ley de 2009¹³, apreció un problema de concurrencia de normas sobre mediación, ya que la ley catalana solo regula las materias que afectan al Derecho civil pero no al mercantil— pese a denominarse «de mediación en el ámbito del Derecho privado»—, regulado por la Ley 5/2012, estatal¹⁴, por lo que puede concurrir con la Directiva comunitaria en litigios transfronterizos y con la Ley estatal, abriendo la puerta a la «coexistencia de servicios de mediación

¹³ 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 (Diario Oficial de Cataluña de 25-10-2012), que, en su preámbulo, justifica la competencia en los artículos 106.2 y 129 del Estatuto de autonomía.

¹⁴ Dictamen de la Comisión Asesora Jurídica de la Generalitat de Cataluña, Departamento de Justicia, nº 285/2012, de 20 de septiembre, sobre el proyecto de Decreto por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en Derecho privado. Ponente: Ferran Badosa y Coll. Enlace: http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&mode=single&documentId=686193&language=ca_ES

(V) «En definitiva, la Comisión observa que en Cataluña puede producirse una concurrencia de normas relativas a la mediación, y que el Proyecto sometido a consulta solo regula una parte muy específica de la materia, de modo que se abre la puerta a la coexistencia de servicios de mediación sometidos a regulaciones diversas, entre ellas diferentes requisitos de titulación, y que pueden concurrir o competir entre ellos. Vistas las fechas de promulgación de las citadas normas estatales, esta situación apenas se ha podido tener en cuenta durante la tramitación del Proyecto, de modo que corresponde a la Administración proponente de la norma ponderar debidamente dicha circunstancia».



sometidos a regulaciones diversas, entre ellas diferentes requisitos de titulación, y que pueden concurrir o competir entre ellos».

La Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio regional de mediación social y familiar de Castilla-La Mancha (BOE nº 148, de 22 de junio) deroga la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio social especializado de mediación familiar y se aplica a la mediación para resolver un conflicto social o familiar (artículo 2) ampliando su objeto por conexión a distintos ámbitos sociales «como son los que se producen entre los miembros de la comunidad escolar, los que pueden surgir en el ámbito sanitario o los que puedan originarse entre los responsables de las instituciones y personas usuarias de las mismas»¹⁵.

Justifica la exposición de motivos de la nueva Ley de 2015 esta revisión en la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que se enmarca dentro de las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación civil, y justifica la necesidad de llevar a cabo una revisión de la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio social especializado de mediación familiar, cuyo objeto era la regulación de la mediación familiar como servicio social especializado, y por ello «la presente ley tiene por objeto integrar, en 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: la persona mediadora», reforma justificada en los títulos competenciales autonómicos exclusivos «en materia de asistencia social y servicios sociales, promoción y ayuda a los menores, jóvenes, tercera edad, emigrantes, personas con discapacidad y demás grupos sociales necesitados de especial atención (artículo 31.1.20ª EA) y en materia de protección y tutela de menores (artículo 31.1.31ª EA)», por lo que se sigue encuadrando en la competencia sobre servicios sociales (Ley regional 14/2010) para crear un «servicio social especializado en mediación social».

Como ámbitos diferenciados se contempla la mediación en la búsqueda de orígenes de las personas adoptadas (Título II artículos 24 a 29) y la mediación para la conciliación y reparación del daño, en el ámbito

¹⁵ GARCÍA MONTORO, Lourdes, «La mediación social y familiar en Castilla-La Mancha ¿Por qué no extender su práctica a la mediación de consumo?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco. Y MARÍN LÓPEZ, M. J., «Nueva Ley de mediación social y familiar en Castilla-La Mancha... que no se aplica a la mediación de consumo», *Noticias consumo*, 9/03/2015, www.uclm.es/centro/cesco.



de la responsabilidad penal de los menores (Título III artículos 30 a 32)¹⁶. El título habilitante para el conocimiento de los orígenes de las personas adoptadas y asesoramiento, acompañamiento, ayuda y mediación de los servicios públicos especializados tiene su apoyo en la Ley regional 5/2014 de 9 de octubre de protección social y jurídica de la infancia y adolescencia, pero cabe recordar que Castilla-La Mancha no tiene competencia en legislación civil y plantea un problema de «compatibilidad» normativa la regulación de este ámbito de mediación con la reformas legislativas referidas a la adopción unos meses más tarde en el Código civil y la Ley de jurisdicción voluntaria¹⁷.

IV. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE DESARROLLO INTEGRAL DE LA MEDIACIÓN. PROBLEMAS COMPETENCIALES. LA LEY CÁNTABRA

En el caso de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, el preámbulo de la norma reconoce que trata de «dar un ámbito absolutamente integral a esta institución», y por ello la enmarca prioritariamente en la competencia autonómica plasmada en el artículo 25.5 del Estatuto de autonomía para Cantabria relativa al desarrollo legislativo en materia de ejercicio de profesiones tituladas, aunque cita también los artículos 24.22 y 23 en materia de asistencia, bien-

¹⁶ El ámbito de mediación en conciliación y reparación de responsabilidad de menores es menos ambicioso competencialmente y se limita a crear un servicio de mediación especial dentro del servicio regional público de mediación en colaboración con el Ministerio Fiscal y los Juzgados de Menores, amparado en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio.

¹⁷ Serían directamente aplicables los artículos 178.4 y 180.6 CC. modificados por la Ley 26/2015 de 28 de julio que cabe aplicar en la referencia a las «Entidades Públicas» al servicio público de mediación castellano-mancheño, o al servicio correspondiente de protección de menores que realizará la mediación (art.19.3), pero no parece posible excusar la intervención judicial (artículo 39. 1 y 2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) por lo que no cabe la finalización del procedimiento de mediación especial en este ámbito con el informe del profesional a la correspondiente Dirección General «para constancia y archivo en el expediente de adopción» (art 29 de la Ley castellano-mancheña 1/2015, de 12 de febrero).

Vid. ARGUDO PÉRIZ, José Luis, «Límites de la autonomía de la voluntad y mediación en Derecho privado», en *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio* (coord. por Parra Lucán, María Ángeles), Ed. Comares, 2016, pp. 199-243.



estar social y desarrollo comunitario y de protección y tutela de menores, y el artículo 24.32 sobre procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia, lo que le permite ampliar los campos jurídicos, más allá incluso del Derecho privado¹⁸, siempre que sean materias «de libre disposición de las partes conforme a la legislación que resulte de aplicación» (artículo 4)¹⁹, debiendo los acuerdos respetar (artículo 42) estas materias indisponibles, y el interés superior de las personas menores, en situación de dependencia o incapacitadas, pudiendo ser anulados los acuerdos tomados en los casos y con los procedimientos fijados en la legislación estatal.

La ley cántabra planteó directamente el problema competencial sobre mediación de las comunidades autónomas.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria (21 de junio de 2010) reconoce que dicho Anteproyecto de ley supera el de la Directiva 2008/52/

¹⁸ Expresado en el artículo 3.1 de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria. En el Anteproyecto de Ley de Mediación de Cantabria se incluían, además de las que configuran las de ámbito familiar en otras leyes autonómicas, las cuestiones relativas a la sucesión hereditaria, los conflictos vecinales, de asociaciones y fundaciones, así como las cuestiones que se susciten en materia de tráfico de vehículos a motor. En el ámbito penal, los delitos y faltas perseguibles en virtud de querrela del ofendido y la responsabilidad civil accesoria al delito o falta. En el ámbito administrativo incluía las cuantías indemnizatorias y el modo de pago en supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración y la ejecución de actos administrativos en la medida en que la norma sectorial lo permita. Y los procedimientos de mediación también se extendían al ámbito laboral en los conflictos surgidos en materia de concreción de vacaciones de los trabajadores, los referidos a la clasificación profesional y las indemnizaciones en caso de extinción de la relación de trabajo por cualquier causa. Quedaban excluidos de la mediación, además de los derechos indisponibles, cualquier asunto en el que exista violencia o maltrato sobre la pareja o ex pareja, hijos, cualquier miembro de la familia o grupo convivencial o cualesquiera otras actuaciones que permitan presumir que el consentimiento para dicha mediación no será real y voluntario. Asimismo, se excluían de la mediación, los supuestos en que, a juicio del mediador competente, las partes no se encontrasen en un plano de igualdad.

¹⁹ CGPJ. Informe al Proyecto de ley de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria de 21 de junio de 2010 (pp19-20):

«El artículo 4 delimita el espectro de materias que pueden ser objeto de mediación, indicando su primer apartado que esta «podrá referirse a aquellas materias que sean de libre disposición de las partes conforme a la legislación que resulte de aplicación». Este principio dispositivo es básico en materia de mediación puesto que, si la eventual solución al conflicto está llamada a provenir de un acuerdo entre los propios interesados, es claro que esto solo puede acontecer cuando la materia sobre la que verse la controversia sea de naturaleza dispositiva».



CE, al contemplar también la mediación en los ámbitos laboral, penal y administrativo, y que para legislar sobre mediación no es necesario tener competencia para hacerlo sobre todas aquellas materias a las que pueden referirse los conflictos sometidos a mediación.

Pero al CGPJ le resulta especialmente destacable que Cantabria carezca de competencias en la práctica totalidad de las materias que pueden ser objeto de mediación en cualquiera de los cuatro ámbitos —civil, penal, administrativo y laboral— en los que dichas materias se inscriben, aunque el anteproyecto analizado no pretendía trazar una regulación sustantiva de las relaciones jurídicas o conflictos subyacentes a los que dichas materias se refieren (como alimentos entre parientes, propiedad horizontal, responsabilidad civil accesoria al delito o falta, contratos privados de la Administración o indemnización en caso de extinción de la relación de trabajo, entre otros). Más crítico es el Informe con la justificación competencial sobre el procedimiento de mediación, para el que no encuentra título competencial que habilite a la Comunidad Autónoma de Cantabria a dotarse de una ley sobre esta materia²⁰, y tampoco los encuentra para la ampliación del objeto de la mediación a conflictos previstos en los ámbitos penal y laboral.

²⁰ CGPJ. Informe al Proyecto de Ley de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria de 21 de junio de 2010 (p. 9): «Ahora bien, las leyes sobre mediación —y el Proyecto sometido a informe no es una excepción— suelen regular diversos aspectos del procedimiento de mediación, lo que inevitablemente suscita cuestiones como la paralización de plazos procesales o la suspensión del proceso judicial ya iniciado, o el posible valor de cosa juzgada de los acuerdos de mediación eventualmente alcanzados, y por añadidura su ejecutividad en sede jurisdiccional. En otras palabras, la regulación del procedimiento de mediación inevitablemente envuelve una cierta regulación, en mayor o menor dosis, de las zonas de contacto entre dicho procedimiento y el proceso judicial. Desde este punto de vista no cabe duda de que puede haber una afectación de la competencia estatal en materia de legislación procesal. Lo que ocurre es que —probablemente para salvar ese escollo— el prelegislador autonómico se ha inhibido a la hora de abordar todas aquellas materias más directamente conectadas con la legislación procesal. Aspectos como la paralización de plazos procesales como consecuencia del sometimiento del conflicto a mediación, la suspensión del proceso en la mediación intrajudicial, la no obligación de declarar del mediador en un proceso judicial posterior, la eventual ejecutividad de los acuerdos de mediación, o la «revisión» de los mismos, son sencillamente dejados a lo que establezca la legislación estatal, mediante un catálogo de remisiones formuladas las más de las veces con extraordinaria amplitud». En la conclusión tercera del Informe p. 53) se destaca que «el resultado de este proceder es que por lo que se refiere a los aspectos más relevantes sobre la mediación, que son sin duda los concernientes al procedimiento de mediación y a las relaciones de este con el proceso judicial, el Proyecto posee escaso contenido normativo».



Por ello, el Informe del CGPJ recomienda en su conclusión quinta que al trazar la descripción del objeto o ámbito material de aplicación de la Ley, se evite la enumeración de casos concretos, salvo que se señalen con exactitud aquellos en los que la mediación es posible, sin necesidad de ulteriores matizaciones, por lo que le parece más adecuado definir el ámbito material de aplicación de la ley mediante una fórmula sintética o cláusula general que permita abarcar el universo de asuntos o conflictos susceptibles de ser sometidos a mediación, y «a tal fin, bastaría con señalar que la mediación podrá aplicarse a los conflictos que surjan en el ámbito de determinadas relaciones jurídicas (civiles, penales, laborales...), a condición de que versen sobre materias disponibles para las partes». Así lo hizo la Ley de mediación de Cantabria de 2011, eliminando los supuestos del artículo 4.2 del Anteproyecto de ley, y sin mencionar en su articulado los ámbitos que son objeto de mediación, sobre los que la Comunidad Autónoma no tiene competencia legislativa.

El Dictamen del Consejo de Estado 1826/2011, de 17 de noviembre, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, no entró a fondo en las competencias de la Cantabria para regular por ley la mediación en su ámbito territorial, ya que el objeto de dictamen se ceñía a determinar si existían fundamentos jurídicos suficientes para la impugnación constitucional de los artículos 25, apartados 1 y 2, y 33 de la Ley cántabra de 2011. Los tres preceptos establecen reglas relativas al régimen de las llamadas «personas mediadoras» a las que la Ley cántabra dedica su título segundo.

Se somete a consideración del Consejo de Estado la obligación de homologar los requisitos para ser mediador ante el Registro de Cantabria, aun cuando dichos profesionales estén inscritos en otros registros estatales o autonómicos (artículo 25.1). El Consejo de Estado advierte al respecto que la exigencia de un trámite de homologación no se corresponde con la libertad y el automatismo en el acceso a la actividad que las normas básicas estatales imponen y porque de esta necesidad de homologación puede derivarse incluso un resultado impeditivo del acceso, y aprecia una contravención de la legislación básica del Estado establecida en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre —que traspuso la Directiva comunitaria 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior—, cuyos artículos 4.2 y 7.3 disponen respectivamente que cualquier prestador establecido en España «que ejerza legalmente una actividad de servicios podrá ejercerla en todo el territorio nacional» y, asimismo, que «la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización



permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español». El Consejo de Estado realiza también una comparación entre la norma aragonesa y la cántabra, de distinta redacción pero con la misma consecuencia de restricción de la libertad de prestación de los servicios profesionales: «En el caso presente, la contradicción con la norma estatal no se manifiesta en el hecho de que la ley autonómica imponga un requisito de inscripción sin más y omita una previsión que exceptúe el caso de estar ejerciendo la actividad en otra parte del territorio (así ocurría respecto de esta misma materia de actuación como persona mediadora en la Ley de Aragón 9/2011 que fue objeto de dictamen de este Consejo a efectos de su eventual impugnación —dictamen 973/2011, de 22 de junio—), sino que la Ley cántabra sí contempla esa situación, pero le asigna un tratamiento específico, la verificación de un trámite de homologación, el cual, sin embargo, también resulta opuesto, conforme a lo razonado, a las reglas básicas del Estado».

Respecto al artículo 25.2 de la Ley cántabra (en su redacción de 2011)²¹ establece una enumeración limitada de titulaciones universitarias como requisito para realizar la necesaria inscripción en el Registro de Personas Mediadoras de Cantabria, estableciendo una vinculación entre el ejercicio de una actividad profesional y la posesión de alguno de los títulos académicos que se enumeran. El Consejo de Estado expone que dicha vinculación entre titulaciones y actividad profesional ha sido considerada por el Tribunal Constitucional incluida dentro de la competencia que la Constitución atribuye en exclusiva al Estado en el artículo 149.1.30.^a (SS TC 83/1984, 42/1986 y 122/1989).

Y respecto al artículo 33, relativo a «normas deontológicas», establece que «las personas mediadoras deben respetar las normas deontológicas del colegio o asociación profesional a la cual pertenecen...», lo cual puede interpretarse —según el Consejo de Estado— en el sentido, ya que caben otras interpretaciones menos fundamentadas, que es obligatorio para quienes ejerzan la actividad de mediación en Cantabria pertenecer a un colegio profesional (o asociación profesional) cuando esta obligación no podría

²¹ «2. Para obtener dicha inscripción en el Registro de Personas Mediadoras será necesaria la acreditación de una licenciatura, diplomatura o grado en las siguientes materias: Derecho, Filosofía y Letras, Medicina, Psicología, Pedagogía o Psicopedagogía, Sociología o Ciencias de la Salud, Trabajo Social o Educación Social, Magisterio, Diplomado en Relaciones Laborales, Graduado Social Diplomado, Licenciado en Ciencias del Trabajo, Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos o la titulación que en el desarrollo reglamentario de esta Ley por el Gobierno de Cantabria se equipare a ellas por el contenido de su formación».



imponerse por Ley autonómica, ya que solo la ley estatal puede imponer la colegiación como requisito para el ejercicio profesional correspondiente²².

El Consejo de Estado determinó en su dictamen que existían bastantes fundamentos jurídicos para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra dichos preceptos de la Ley cántabra de 2011, pero no llegó a interponerse tal recurso por el Gobierno de la Nación. Tras un intento de desarrollo reglamentario de la Ley de 2011, para intentar amortiguar los preceptos sospechosos de no ajustarse adecuadamente a la legislación estatal, el legislador cántabro optó por reformar la Ley autonómica, a través de la Ley 4/2017, de 19 de abril, por la que se modifica la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria (BOE nº 113, de 12 de mayo de 2017), justificando en la adaptación a la Ley 5/2012, de 6 de julio la modificación de algunos artículos de la Ley sobre los que ya se había advertido previamente su dudoso ajuste con la legislación estatal como señalaba el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de noviembre de 2011.

En este sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria de 2011 (29 de septiembre de 2016) expresa que se superan con la nueva regulación algunos problemas sobre aspectos procesales y civiles que son competencia exclusiva del Estado, aunque no modifique el título competencial legislativo, que sigue amparado en el artículo 25.5 del Estatuto de autonomía de Cantabria (competencia sobre «Corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos y profesionales. Ejercicio de profesiones tituladas»).

Destaca especialmente el informe CGPJ, cómo la nueva regulación ya no contempla la pertenencia obligatoria a un colegio o asociación profesional para el acceso de los mediadores al registro autonómico de mediación (actual artículo 33 de la Ley de Cantabria²³), y la modificación del

²² Lo fundamenta el Consejo de Estado en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, en su artículo 3.2 en la redacción que determinó la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, asignando carácter básico a esta norma al amparo del artículo 149.1. 18.ª y 30.ª CE, y así lo había ya expresado el Consejo de Estado en dictámenes precedentes, y especialmente en el dictamen 973/2011 referido a la Ley de Mediación familiar de Aragón.

²³ «Artículo 33. Normas deontológicas.

Las personas mediadoras deben respetar las normas que apruebe la Consejería competente en materia de Justicia en relación con las responsabilidades, deberes y actividad del mediador y las normas deontológicas del colegio o asociación al que, en su caso, pertenezcan».



artículo 25²⁴ sobre las condiciones generales y requisitos para ser persona mediadora es una adaptación completa al artículo 11 de la Ley 5/2012, que reproduce literalmente, omitiendo la anterior referencia normativa a la posible homologación de la inscripción en otros registros autonómicos o estatales; o a la enumeración de títulos universitarios previos a la formación específica en mediación.

El informe CGPJ valora también muy positivamente la supresión de la obligatoriedad de estar registrado en el registro de personas mediadoras de la Comunidad. A la modificación del artículo 25 se añade la previsión contenida en el nuevo número 5 del artículo 31, que establece inequívocamente la voluntariedad de la inscripción en el Registro al decir que «La inscripción de las personas mediadoras que desarrollen la actividad de mediación conforme a lo dispuesto en la presente Ley será voluntaria, sin perjuicio de lo que pueda establecerse reglamentariamente para supuestos específicos»²⁵.

²⁴ «Artículo 25. De las personas mediadoras.

1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. La persona mediadora 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 y que se determinarán reglamentariamente.

3. La persona mediadora deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga».

²⁵ Informe CGPJ al Proyecto de Decreto por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (22 de julio de 2015): «Obviamente el legislador autonómico ha tratado de evitar una nueva sospecha de inconstitucionalidad al desarrollar —conforme al mandato del artículo 31 de la LMC— lo relativo al registro de personas mediadoras; teniendo además en cuenta el nuevo escenario surgido tras la publicación de la ley y el reglamento de mediación estatales. En ellas no se crea un Registro Estatal en el que sea requisito estar inscrito para ejercer la mediación (el artículo 9 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 asuntos civiles y mercantiles), solo otorga carácter informativo al Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación y el artículo 11 de ese Real Decreto establece el carácter voluntario de la inscripción».



El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria de 2011 (29 de septiembre de 2016) concluye (conclusión séptima) que: «la incorporación a la Ley autonómica de la normativa estatal para determinar los requisitos que debe reunir el mediador permite superar los problemas de constitucionalidad latentes en el texto vigente (de 2011). La opción del prelegislador de utilizar una ley para modificar la LMC supone una mejora en la técnica legislativa respecto al anterior intento de la Comunidad de adaptar su normativa el pasado año mediante el borrador de Decreto para el desarrollo reglamentario, con evidentes problemas de legalidad por mor del inferior rango normativo de la norma modificadora respecto a la modificada; la regulación reglamentaria no resultaba acorde a la habilitación normativa en varios aspectos, entre ellos en la regulación de la homologación de registros» (conclusión segunda) (apartado 47).

Es relevante que la cuestión de fondo que planteaba la ley cántabra de 2011, es decir la competencia para regular la mediación con carácter integral por una Comunidad Autónoma, haya quedado finalmente postergada y sin resolver por el Tribunal Constitucional, marcando el camino del desarrollo legislativo autonómico. La reforma de la ley autonómica de 2017 no modifica sus fundamentos competenciales, tras la entrada en vigor de la Ley estatal 5/2012, a pesar de que solo los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía recogen la competencia sobre procedimientos de mediación y conciliación en materias de su competencia. La Comunidad de Cantabria carece de competencias sobre la regulación sustancial de las materias que contempla incluidas dentro de los ámbitos regulados (civil, penal, laboral y administrativo)²⁶, superando la regulación catalana que se ceñía a las derivadas de su Derecho civil propio, en sentido amplio, sin posibilidad de incluir las relaciones jurídicas mercantiles de Derecho privado; y basando su competencia en el endeble paraguas de sus competencias en corporaciones profesionales y ejercicio de profesiones tituladas. Pero esta es una competencia limitada, como mostró el dictamen del Consejo de Estado al constatar la posible inconstitucionalidad de los preceptos

²⁶ La Ley 4/2017, que modifica la Ley 1/2011 de Mediación de Cantabria, modifica significativamente el artículo 1 de la Ley especificando que regula la mediación el ámbito de sus competencias:

«Artículo 1. Objeto.

La presente Ley tiene como objeto regular la mediación en la Comunidad Autónoma de Cantabria **en el ámbito de sus competencias**, así como garantizar y facilitar el acceso de los ciudadanos a modalidades alternativas de solución de conflictos, fomentar la resolución amistosa de estos, promoviendo concretamente el uso de la mediación».



que limitaban el acceso al registro autonómico de personas mediadoras a determinadas titulaciones o establecían requisitos añadidos de homologación a los mediadores inscritos en otros registros públicos. Es decir, si la competencia principal de Cantabria era el «desarrollo legislativo en materia de ejercicio de profesiones tituladas como será la de mediador regulada por la presente Ley», tal como señala el preámbulo de la Ley vigente, es en la regulación de esta materia en las que el Gobierno y el Consejo de Estado encontró los mayores problemas de incompatibilidad constitucional por no respetar la legislación de competencia estatal, y que obligó a la modificación de la Ley autonómica en 2017 que, en principio, no pone en duda por parte de los poderes constitucionales estatales la competencia para regular de forma integral la mediación en Cantabria, al no haberse interpuesto en su momento el correspondiente recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

V. ¿TIENEN COMPETENCIA LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA REGULAR DE FORMA INTEGRAL LA MEDIACIÓN? EL CASO VALENCIANO Y LAS COMPETENCIAS SOBRE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El Proyecto de Ley de Mediación de la Comunidad Valenciana (publicado en BOC nº 267, de 20/04/2018)²⁷, pretende superar también el ámbito familiar de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, y como señala la parte expositiva, quiere dotar a la Comunidad Valenciana de una Ley de Mediación que contemple «una regulación integral, general y flexible que permite instaurar, sin perjuicio de sus posibles particularidades sectoriales, un marco general para los procedimientos mediadores que se vayan desarrollando en el ámbito de las competencias estatutariamente asumidas» (exposición de motivos, III), y cita, a título de ejemplo, ámbitos como el familiar, el sanitario, el cooperativo, el empresarial, el comunitario o el administrativo, siguiendo los pasos de la normativa europea y de dos leyes de nuestro país, ley aprobada por Cataluña en 2009 y, especialmente, la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que «han servido de inspiración y modelo para la elaboración

²⁷ Al cerrarse esta edición se ha publicado en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 7 de diciembre de 2018, la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de mediación de la Comunitat Valenciana.



de esta ley», pues establecen regulaciones que pretenden institucionalizar y fomentar, por medio de la mediación, la cultura del arreglo amistoso, reforzando la idea del «acceso a la justicia integral» como un derecho de la ciudadanía.

Es un nuevo proyecto de ley, el valenciano, que pretende dotar a la institución de la mediación de un tratamiento legal integral, pero la propia exposición de motivos se cuida de señalar que «la presente ley tiene por objeto regular el ejercicio y el fomento de la mediación en la Comunitat Valenciana en el ámbito de sus competencias y de conformidad con la normativa básica del Estado», citando la Ley estatal 5/2012, de la que destaca la regulación del procedimiento, los principios básicos, la eficacia de los acuerdos, o el estatuto mínimo de la persona mediadora, de lo que se deduce que estos aspectos los considera de competencia estatal, al citar que la Ley valenciana sigue los principios y está en consonancia con la Ley 5/2012, aunque menciona que el ámbito de aplicación de la ley estatal se circunscribe únicamente a los asuntos civiles y mercantiles, obviando otras muchas materias en las que son aplicable soluciones mediante la mediación; también declara el proyecto de ley que no incide en aspectos y presupuestos procesales, cuya regulación corresponde al Estado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149.1.6 de la Constitución española, y añade, teniendo en cuenta los anteriores problemas de constitucionalidad de las leyes aragonesa y cántabra sobre restricciones a la libertad de actuación profesional, que es concordante además con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (EM, IV).

La justificación competencial de la Comunidad autónoma valenciana para elaborar esta disposición legislativa se ampara en lo previsto «en la citada Ley estatal 5/2012, de 6 de julio, y de lo previsto en los artículos 9.3 y 49.1.36 del Estatuto de autonomía de la Comunitat Valenciana; y, por otra parte, al amparo de las competencias en materia de normativa procesal y procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización de la Generalitat, así como para la regulación de colegios profesionales y ejercicio de profesiones tituladas» (EM, III). El artículo 9.3 del Estatuto de autonomía es citado de forma destacada en la exposición de motivos, indicando que «conlleva el compromiso activo de la Generalitat para instaurar los medios adecuados para que exista una administración de justicia sin demoras indebidas y próxima al ciudadano, contribuyendo la mediación a esos fines y a reducir el número de asuntos que llegan a los órganos judiciales».



El informe jurídico al anteproyecto de ley de mediación de la Abogacía General de la Generalitat, de 29 de junio de 2017²⁸, reconoce tras la mención de la normativa vigente comunitaria, estatal, y autonómica que «a tenor de lo contemplado en el preámbulo de la Ley 5/2012 y dado que en algunos Estatutos de Autonomía —no solo el catalán, sino también el andaluz—, se ha reconocido expresamente la competencia en materia de mediación, es que la polémica sobre las posibilidades de que las CCAA puedan legislar sobre esta materia está hoy superada, centrándose ahora la controversia en los límites a los que debe sujetarse dicha regulación», pero se muestra crítico con la regulación proyectada al entender que el Estatuto de autonomía valenciano no contempla competencias sobre mediación, y que el amparo en artículo 49.1.36. del Estatuto relativo a la «administración de justicia, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de desarrollo del artículo 149.1.5^a» confunde las competencias estatales y autonómicas sobre administración de justicia, ya que según la doctrina del Tribunal Constitucional (especialmente la STC 97/2001, de 5 de abril) distingue un concepto estricto o nuclear de administración de justicia, correspondiente al ejercicio de la función jurisdiccional y a lo atinente al gobierno del Poder judicial, y un concepto más amplio en el que se incluye lo relativo a los medios que «sirven de sustento material o personal» al ejercicio de esa función jurisdiccional, y que las competencias sobre estos medios personales y materiales, en cuanto no esenciales a la función jurisdiccional y al autogobierno del Poder Judicial, pueden ser asumidas por las comunidades autónomas, y además es una competencia que conlleva facultades de naturaleza reglamentaria o ejecutiva pero no legislativa.

Tampoco le parece una base sólida competencial el artículo 49 del Estatuto, que otorga competencias «en materia de normas procesales y de procedimiento administrativo derivadas de las particularidades del Derecho sustantivo valenciano o de las especialidades de la organización de la Generalitat» (artículo 49.1.3^o), así como para la regulación de «colegios profesionales y ejercicio de profesiones tituladas» (artículo 49.1.22^o), ya que ambas competencias han recibido objeciones desde las instituciones del Estado respecto a su extensión y colisión con competencias estatales. Y respecto al artículo 36.1.5^o del Estatuto que concede «la competencia a la Generalitat para ordenar los servicios de justicia gratuita», permite

²⁸ CI/6888/2017-CJARL/73/2017 MBB. Enlace: <http://www.justicia.gva.es/documents/19317797/164889174/16a+Informe+abogac%C3%ADa/6c9ef580-e1e3-4ba2-b400-a5474664a313;jsessionid=7C6B4974C4CD7762E621886287A7818F>





regular los aspectos organizativos de los servicios de justicia gratuita pero no el contenido mismo del derecho a la justicia gratuita, regulado por la legislación estatal, en ejercicio de la competencia del Estado sobre administración de justicia.

El Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, en su dictamen de 17 de enero de 2018²⁹, tras reflejar el contenido sustancial de los informes precedentes sobre el anteproyecto de ley, considera las posibilidades que se plantean a las comunidades autónomas sobre la legislación en mediación. Las posibilidades, como indica el Consejo Jurídico Consultivo, incluyen aprobar una iniciativa legislativa para realizar una labor de promoción y fomento del instituto en el estricto marco de la Ley 5/2012, o bien abstenerse de legislar y plantear las propuestas complementarias a la legislación estatal vigente al Ministerio de Justicia para que pueda estudiar las posibles reformas en la legislación estatal o, incluso, abstenerse absolutamente de tomar iniciativas legislativas a la espera de que sea la normativa del Estado la que efectúe la regulación básica de dichos aspectos.

Finalmente considera que nada impide que la comunidad autónoma efectúe una regulación integral de la mediación, ya que, por el contrario, el título competencial autonómico proviene de la propia redacción de la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2012 («Impulso a la mediación»), que reclama de las Administraciones Públicas competentes en materia de medios materiales al servicio de la administración de justicia dicho impulso, y su equiparación a la asistencia jurídica gratuita:

«1. Las Administraciones públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la administración de justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial.

2. 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».

²⁹ Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Dictamen 2018/0023. Expediente 753/2017. Aprobado por el Pleno el 17/01/2018. Enlace: http://turia.gva.es/hdffi_access/cjc/bd.html

Todo el expediente del anteproyecto de ley de mediación de la Comunitat Valenciana puede consultarse en: http://www.justicia.gva.es/es/anteproyectos-de-ley-o-proyectos-de-decreto-legislativo/-/documentos/S7VyxWtQgpmC/folder/164889174?p_auth=q7UgIvjJ



Para el Consejo consultivo valenciano tal disposición permite situar la habilitación competencial en materia de mediación, en las competencias asumidas en materia de medios personales y materiales al servicio de la administración de justicia, dada la naturaleza alternativa de la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y de reducción de la litigiosidad.

Pero no por ello deja de opinar el Consejo consultivo, que la opción de política legislativa podría haber sido «perfectamente y con remisión al texto de la Ley 5/2012, y una adaptación a las peculiaridades organizativas de la Generalitat, el anteproyecto de ley podría haberse conformado como un texto organizativo y de promoción y fomento de la mediación, sin necesidad de una regulación de aparente competencia autonómica, cuando a la postre la regulación sustantiva en materia procesal resulta ser estatal».

Finalmente, el informe del Consejo General del Poder Judicial al proyecto de ley, de la Generalitat, de mediación de la Comunitat Valenciana, de 26 de octubre de 2017, es más matizado y valora positivamente que se adopte la forma de Ley, «rango normativo que se considera adecuado dado el objeto que pretende la norma, es decir, la regulación integral de la mediación en el ámbito de esa Comunidad autónoma» (20), pero indica, al igual que para la ley cántabra, que es evidente que Valencia carece de competencias en la práctica totalidad de las materias que pueden ser objeto de mediación en cualquiera de los cuatro ámbitos (civil, penal, administrativo y laboral). Sin embargo, al igual que en el caso de Cantabria, expone que el Proyecto no pretende trazar una regulación sustantiva de tales materias, pues para legislar sobre la mediación no es preciso tener competencia para hacerlo sobre todas aquellas materias a las que pueden referirse los conflictos sometidos a mediación; y al pretender una regulación integral, puede entenderse que la ley respondería al deseo de regular de forma congruente y sistemática la institución, contribuyendo con ello al fomento de la mediación (22).

Una opinión menos favorable muestra el CGPJ sobre la regulación de diversos aspectos del procedimiento de mediación, por contemplar zonas de contacto entre dicho procedimiento y el proceso judicial, que pueden afectar a la competencia estatal en materia de legislación procesal. El prelegislador autonómico ha intentado salvar este escollo remitiéndose a la legislación estatal al abordar las materias más directamente conectadas con la legislación procesal, pero de lo que resulta «un catálogo de remisiones formuladas las más de las veces con extraordinaria amplitud (23)».

Finalmente, considera positiva y como un paso importante a favor de la calidad de la justicia la iniciativa legislativa valenciana pues «la promo-



ción de los sistemas alternativos de solución de conflictos mejora la tutela judicial efectiva» (conclusión segunda), aunque no convencen al CGPJ los fundamentos competenciales para elaborar tal regulación autonómica³⁰.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS LIMITACIONES COMPETENCIALES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA REGULAR DE FORMA INTEGRAL LA MEDIACIÓN

Podemos suscribir, con la Abogacía de la Generalitat Valenciana, que en la actualidad no se discute la competencia para regular la mediación en su ámbito territorial por las comunidades autónomas pero la doctrina —con excepciones— era más pacífica cuando la regulación versaba sobre mediación en ámbitos familiares, a pesar de algunos dudosos títulos competenciales que no permitían ir más allá de la creación de servicios sociales de mediación familiar. La legislación autonómica, como en otras materias, se adelantó a la legislación estatal y tampoco podemos extraer de la Constitución de 1978 un título competencial estatal claro sobre métodos alternativos de resolución de conflictos, ya que no se habían desarrollado —especialmente la mediación— en España, anclado en la competencia en la legislación mercantil, procesal y civil —esta última con la excepción de

³⁰ «28. 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 Valenciana 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 Centro de Mediación, el Registro de Personas Mediadoras, el Consejo Consultivo de Mediación, 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 ofrece 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, cuestión que tampoco plantea mayores problemas pues no existe ninguna regulación al respecto».



los derechos civiles autonómicos en el que ha sustentado su competencia material especialmente Cataluña—.

Esta competencia legislativa estatal (mercantil, procesal y civil) exclusiva es la que arguye la Ley 5/2012 en su disposición final quinta, pero no se refiere explícitamente en su articulado a la distribución de competencias en materia de mediación entre el Estado y las comunidades autónomas.

El preámbulo de la Ley 5/2012 (apartado II), se refiere al desarrollo de la mediación por las comunidades autónomas, y el apartado III expresa que:

«la presente Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias»³¹.

Y el Real Decreto 980/2013, en desarrollo reglamentario de la ley estatal, no es más clarificador por la ambigüedad con la que se regula su ámbito de aplicación y la ausencia de determinación de qué preceptos se consideran dictados en ejercicio de las competencias estatales.

Esta casi calculada zona de ambigüedad competencial, teniendo en cuenta la previa legislación autonómica en mediación familiar, ha conducido a explorar tras la Ley 5/2012 títulos competenciales que sirviesen de cobijo legal a una regulación integral de la mediación, como el caso de la competencia en colegios profesionales y profesiones tituladas en Cantabria o competencias en administración de justicia, reducidas a los medios personales y materiales al servicio de dicha administración pero

³¹ Conviene hacer referencia al Informe del Consejo de Estado de 17 de febrero de 2011, en relación con el anteproyecto de ley estatal de mediación en el que se indica lo siguiente:

«En suma, los títulos competenciales en que se amparan una y otras normas (la estatal que se proyecta y las autonómicas) son diferentes (como lo declaran la mayoría de los preámbulos de las normas autonómicas) y, por tanto, para que la mediación tenga los efectos procesales proyectados (en especial cosa juzgada y título suficiente para poder instar la ejecución forzosa), lo cual requiere la debida adaptación de la Ley de Enjuiciamiento civil, tal y como se prevé en la disposición final tercera del Anteproyecto) las normas autonómicas habrán de adaptar sus normas sobre mediación de conformidad con la Ley estatal en virtud de las competencias exclusivas del Estado conferidas por el artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución. Por tanto, tratándose de títulos competenciales distintos, como ya se ha argumentado, convendría eliminar del preámbulo del Anteproyecto que se articula como «marco mínimo» pues la norma que se proyecta se circunscribe a un ámbito de competencias exclusivas del Estado»



que parecía avalada por la disposición adicional segunda, sobre impulso a la mediación, de la Ley 5/2012.

La Ley de mediación estatal marca un punto de inflexión en la legislación autonómica, ya que, junto con la reforma de la LEC, marca los límites entre el procedimiento de mediación y la legislación procesal que, necesariamente tienen zonas de contacto que originan fricciones competenciales, o el estatuto mínimo común del mediador. Pero no cabe negar la competencia del legislador autonómico de regular la mediación en su territorio tras la puerta abierta por la ley cántabra, que necesita una interpretación muy extensiva para aceptar que se desarrolla en el «ejercicio de sus competencias». También parte de la doctrina se ha posicionado en contra del desarrollo de legislación autonómica de mediación, incluso en ámbitos familiares —por entender coherentemente que la mediación familiar no está excluida de la mediación civil de la Ley 5/2012³²—, y todavía no se han marcado claramente los límites de esta nueva legislación autonómica, salvo en los aspectos procesales, que los informes citados del Consejo General del Poder Judicial no observa con disgusto, pero de la que destaca especialmente como positivos los aspectos de fomento y promoción de la mediación y no tanto la regulación de aspectos sustantivos que cuentan con preceptos paralelos en la legislación estatal.

³² Cabe citar el trabajo de MARÍN HITTA, L. J., «¿Para qué una nueva Ley autonómica de mediación familiar?», *Diario La Ley*, nº 8503 (2015).



LAS LEYES AUTONÓMICAS DE MEDIACIÓN DE SEGUNDA GENERACIÓN. CATALUÑA

ANNA VALL RIUS
Mediadora

Resumen: *Este trabajo trata de resumir las características más destacadas de la Ley 15/2009, considerada como ley de segunda generación por incorporar en su texto destacadas novedades respecto a la primera Ley 1/2001 de Mediación familiar de Cataluña, de ámbito material mucho más restringido. Esta segunda ley ha permitido extender su campo de regulación a todo tipo de conflictos nacidos en el seno de las relaciones familiares y expandir la mediación reglada a lo que la ley denomina «ámbito de Derecho privado» en referencia a las discrepancias de tipo civil diferentes a las familiares, con especial referencia e incidencia en la mediación aplicada a los conflictos ciudadanos. La ley regula también la gratuidad de la mediación y la forma de retribuir a los mediadores a través de la administración pública, acogiéndose de forma claramente paralela, al mismo sistema establecido para reconocer el derecho a justicia gratuita y abonar los honorarios de los abogados que atienden los casos de justicia gratuita.*

Sumario: I. Introducción. II. Disposiciones generales de la Ley. III. Los principios de la mediación y los deberes de la persona mediadora. IV. El desarrollo de la mediación. 4.1. Inicio del proceso de mediación. 4.1.1. La sesión informativa previa. 4.1.2. Momento de inicio de la mediación. 4.1.3 Quién puede instar la mediación. 4.1.4 Limitación a una nueva mediación antes de un año. 4.2. Actuación de la persona mediadora. 4.3. Duración y finalización de la mediación. V. Organización y registros del centro de mediación de Derecho Privado de Cataluña. VI. Régimen Sancionador y normas deontológicas. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado sustituyó a la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, que había sido, en su momento, la primera Ley de



mediación de alcance autonómico aprobada en España. Se considera a esta ley de segunda generación precisamente por suponer un avance respecto a la primera ley de ámbito material mucho más limitado. En la práctica y durante los años de vigencia de la primera Ley 1/2001, se había puesto claramente de manifiesto la necesidad de abrir el ámbito de aplicación de la mediación, no solo a todos los conflictos nacidos en el seno de la familia, sino también a otros conflictos en los cuales la mediación podía suponer un instrumento muy útil y necesario de gestión y superación positiva de los conflictos interpersonales.

Ya en su mismo preámbulo reconoce la evolución de la mediación en Cataluña desde la aprobación de la Ley 1/2001, ley que a su vez, había dado respuesta a la disposición final tercera de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia. Dicha evolución hacía necesaria una actualización de su contenido y especialmente de su alcance para dar respuesta a las necesidades personales y sociales de gestión positiva de los conflictos. La actual Ley 15/2009 se enmarca dentro de una corriente europea de actualización de las leyes de mediación que iniciaron Austria, con la Ley 29/2003 y Bélgica, con la Ley del 21 de febrero de 2005. Precisamente se destaca la creciente utilización en sede judicial de la mediación y la importante función de la abogacía en el procedimiento de mediación, señalándola como una garantía para la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos.

II. DISPOSICIONES GENERALES DE LA LEY

En el capítulo primero la Ley recoge las disposiciones generales acerca del concepto objeto y personas de la mediación que regula. Su artículo primero define el concepto de mediación como un procedimiento no jurisdiccional, del que subraya que está dirigido a facilitar la comunicación, reforzando así la idea realista de gestión, más que de solución, que en ningún caso puede garantizarse e incide en la mediación como instrumento apropiado en el ámbito judicial para evitar la apertura de procedimientos judiciales o para reducir su alcance (de forma similar a lo dispuesto por la Ley anterior de 2001).

En su segundo artículo establece las materias que son objeto de la mediación en base a la Ley. Se diferencian dos ámbitos: el correspondiente a las relaciones familiares en el primer apartado y el ámbito del Derecho privado en el apartado segundo. En el apartado primero describe un listado muy detallado de distintos tipos de conflictos familiares a lo largo de sus



19 puntos. Cabe preguntarse si era necesaria una descripción tan prolija, sobre todo porque el último punto incluye una cláusula abierta y genérica que se expresa en los siguientes términos: «Cualquier otro conflicto en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia susceptible de ser planteado judicialmente». Posiblemente esta descripción tan detallada responda a una voluntad pedagógica y descriptiva, destinada a todas aquellas personas, especialmente profesionales y operadores jurídicos, que llegan a la mediación por primera vez y que desconocen exactamente en qué casos pueda ser aplicable la mediación. Estos supuestos suponen también una respuesta de transposición al mandato de la Directiva europea 2008/52/CE.

En el apartado segundo de este mismo artículo dos se incorpora, por primera vez la mediación civil, «cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de Derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes», especialmente cuando esta comunicación sea importante o deba mantenerse en el tiempo. Se incluyen cinco puntos a título de ejemplo: el primero hace referencia a los conflictos relacionales en el ámbito de asociaciones y fundaciones; el segundo, a las discrepancias en temas de propiedad horizontal; el tercero, a las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, para evitar la iniciación de litigios ante los juzgados; el cuarto, hace referencia a los conflictos que sean consecuencia de las distintas interpretaciones de la realidad debidas a la diversidad cultural existente en Cataluña; y el quinto, a modo de cláusula genérica y abierta final, hace referencia a cualquier otro tipo de conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro.

Si en el artículo 2 se establecen pues las materias propias de regulación de la mediación según esta Ley, en el cuarto se hace referencia a las personas legitimadas para instar e intervenir en la mediación. Como criterios fundamentales se establece que han de tener capacidad e interés legítimo para disponer del objeto de la mediación. Lo más novedoso de este artículo cuarto relativo a las personas, es el papel protagonista que se reconoce a los menores de edad en la mediación. En base a esta disposición, pueden intervenir si tienen suficiente conocimiento y en todo caso, los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten. Excepcionalmente, incluso pueden instar la mediación en los supuestos del artículo 2.1.d, e y f (adopción, filiación, acogimiento, ejercicio de la potestad comunicación abuelos nietos y otros parientes). En los casos en que exista contradicción de intereses, se



entiende que respecto a sus progenitores o tutores, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o defensora.

Respecto a quienes puedan ser las personas mediadoras a los efectos de esta Ley, el artículo 3 exige los siguientes requisitos: en primer lugar tener una titulación universitaria, condición que difiere de lo establecido en la Ley estatal 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que además de la titulación universitaria admite, como formación de base del mediador la formación profesional. En segundo lugar, la ley catalana 15/2009 exige una formación y capacitación específicas en mediación que han de actualizarse según el Reglamento y en tercer lugar, la colegiación en el Colegio profesional respectivo o bien pertenecer a una asociación profesional del ámbito de la mediación acreditada o prestar servicios como mediador o mediadora para la administración. Ya desde este artículo se empieza a reconocer la destacada colaboración de los colegios profesionales con la administración pública en temas de mediación. En este mismo artículo se reconoce la posibilidad de la comediación y también la de contar con la participación y asesoramiento de técnicos que intervengan como expertos en determinadas materias y que, en todo caso, deberán ceñirse y respetar los principios de la mediación.

Respecto al segundo requisito, relativo a la formación inicial especializada en mediación y homologada, el 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, establece en su artículo 18 que para obtener la inscripción como persona mediadora del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña ha de acreditarse una formación específica en mediación impartida por centros docentes universitarios, por los colegios profesionales o por otras corporaciones de Derecho público, y cursar la parte general y al menos una de las diferentes especializaciones. Según el segundo apartado de este mismo artículo esta formación ha de estructurarse en una parte general sobre mediación, una parte de competencias y habilidades personales y una parte relativa a la especialización en mediación, ya sea familiar o relativa a los otros ámbitos del Derecho privado que menciona el artículo segundo de la Ley. Con posterioridad a este Reglamento se aprobó la Orden JUS 428/2012 que regula los contenidos básicos y el procedimiento de homologación de la formación específica en materia de mediación en los ámbitos del Derecho privado y según la cual, en su artículo tercero se establece que la parte general ha de tener una duración mínima de 110 horas lectivas incluidas las prácticas y luego la formación específica en cada uno de los dos ámbitos (familia y otras materias de Derecho privado), para los cuales se establece



una carga lectiva mínima de 60 horas, incluidas las prácticas, tanto para la especialidad de familia, como en la de otros ámbitos del Derecho privado. Para la superación positiva de esta formación se exige una participación mínima del 80% y que su vertiente práctica no sea inferior al 30% del contenido material global de la formación en cada parte.

El mismo artículo 3 de la Ley establece que la formación inicial en mediación debe actualizarse de la forma que se concrete reglamentariamente. En este punto el Reglamento establece en su artículo 21.1 que las personas mediadoras inscritas en los registros del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña tienen que actualizar su formación específica en mediación acreditando una participación activa mínima de 40 horas bianuales en seminarios, jornadas y otras actividades de formación, docencia, supervisión, investigación o publicaciones sobre mediación. Según el segundo apartado de este mismo artículo del Reglamento, el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, los centros docentes universitarios, los colegios profesionales, las asociaciones profesionales acreditadas, las entidades públicas y los centros privados pueden organizar jornadas y cursos sobre la actualización de los conocimientos en mediación, la mejora de la metodología mediadora y otras materias de interés para la práctica.

III. LOS PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN Y LOS DEBERES DE LA PERSONA MEDIADORA

En el capítulo II de la Ley se regulan los principios de la mediación, incluyendo algunos de los deberes principales de la persona mediadora.

El artículo 5 recoge uno de los valores y características fundamentales de la mediación: la voluntariedad, que se extiende a lo largo de toda la mediación, desde el primer momento informativo hasta su finalización.

Este precepto contempla únicamente la voluntariedad de las partes, ya que respecto a la persona mediadora, esta decisión sobre si seguir o no con la mediación, queda regulada como un deber en el artículo 14 según el cual se debe dar por acabada la mediación ante cualquier causa previa o sobrevenida que haga incompatible la continuación del procedimiento con las prescripciones establecidas en la propia ley. Igualmente la persona mediadora deberá dar por finalizada la mediación si aprecia falta de colaboración de las partes o si el procedimiento deviene inútil para la finalidad propia de la mediación. Se pone énfasis especial en el deber de terminar la mediación si el mediador detecta cualquier signo de violencia



física o psíquica entre las partes, incluso, si procede, deberá denunciar el hecho a las autoridades judiciales, norma que suscita ciertas dudas y polémica en relación a la vulneración de la confidencialidad de la persona mediadora y qué interpretación debe hacerse de la expresión «si procede», ya que no queda claro cuándo y en qué casos o en qué nivel de gravedad pueda ser procedente que el mediador interponga la denuncia.

Otro de los deberes de la persona mediadora recogido en el artículo 14 hace referencia a la lealtad del mediador hacia las partes en el ejercicio de su función, siguiendo los preceptos de la Ley, del Reglamento y de las normas deontológicas, ajustándose además a los plazos fijados por la propia ley para la duración de la mediación.

El artículo 6 contempla también dos de los principios característicos de la mediación, la imparcialidad y neutralidad, que en realidad hacen referencia a la actuación y a la actitud de la persona mediadora y son obligaciones para ella, ya que responden a la forma en que debe llevar a cabo su labor y así quedan recogidos en este artículo. En todo caso, ha de garantizar la igualdad de poder y la libertad de decidir de las partes. Cuando detecte que existe un grave desequilibrio entre las partes que, a través de las distintas técnicas, no puede reequilibrarse, o tal libertad de decidir no está garantizada, especialmente en casos de violencia, deberá interrumpir o paralizar el inicio de la mediación familiar, especialmente si en la mediación está implicada una mujer que ha sufrido o sufre cualquier forma de violencia machista en el ámbito de la pareja o en el ámbito familiar objeto de la mediación.

En este mismo artículo se contempla también el deber de la persona mediadora de ayudar a las partes para que alcancen las mejores soluciones por ellas mismas, sin imponer ninguna solución ni tomar partido por ninguna de ellas.

Para asegurar la actuación imparcial de la persona mediadora, según los apartados 3 y 4 deberá declinar la designación en caso de conflicto de intereses, vínculos de consanguinidad hasta el 4º grado o afinidad hasta el 2º grado, amistad íntima o enemistad manifiesta. Igualmente no puede actuar como mediador si anteriormente ha intervenido profesionalmente en defensa de los intereses de un parte en contra de la otra.

Incluso según el último apartado, en caso de conflicto de intereses, la persona mediadora que no haya declinado su designación, puede ser recusada por la parte que se sienta afectada, en cualquier momento del procedimiento. La recusación debe hacerse ante el órgano o la persona que la haya designado, de acuerdo con lo establecido por la legislación sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedi-



miento administrativo común, ya que como hemos visto esta ley regula el procedimiento de mediación en el marco de un organismo público como es el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña (CMDPC).

Respecto a la confidencialidad, queda recogida en el artículo 7 y afecta tanto a la persona mediadora, como a los demás profesionales que intervengan en la mediación y a las personas mediadas que no podrán solicitar en juicio ni en actos de instrucción judicial la declaración del mediador o mediadora como perito o testigo de una de las partes, para no comprometer su neutralidad, sin perjuicio de lo establecido por la legislación penal y procesal. También las actas o documentos que se elaboren durante el proceso de mediación tienen el carácter de reservados para proteger dicha confidencialidad.

Como excepción no queda sujeta al deber de confidencialidad la información que surja durante el curso de la mediación cuando se trate de información no personalizada con finalidades de formación o investigación, cuando suponga una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona. También se excepciona la exigencia de confidencialidad cuando dicha información se obtenga en la mediación dentro del ámbito comunitario, si se utiliza el procedimiento del diálogo público como forma de intervención mediadora abierta a la participación ciudadana.

Esta última excepción es técnicamente muy adecuada ya que reconoce y permite la utilización de la técnica del «diálogo público» de aplicación muy útil en la gestión de los conflictos comunitarios y que por sus características, supone un tratamiento distinto de la confidencialidad.

El artículo 8 recoge el carácter personalísimo de la mediación que afecta tanto a las personas mediadoras como a los usuarios, sin que ello sea obstáculo para llevar a cabo las mediaciones a través de medios que faciliten la comunicación a distancia, cuando no sea posible la presencia simultánea de las partes. En el caso de mediaciones de ámbito civil no familiar con pluralidad de personas usuarias, estas pueden designar a portavoces que tengan capacidad negociadora y representen los intereses de cada colectivo implicado.

Respecto a la buena fe en la mediación, según el artículo 9, debe predicarse de la actuación tanto de las personas mediadoras como de los mediados. La persona mediadora ha de informar a las partes de esta característica y de su importancia para una adecuada gestión de la mediación.



IV. EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN

Es importante destacar la autolimitación acerca del ámbito propio de aplicación práctica del procedimiento de mediación que describe la Ley en su artículo 10 y según el cual es únicamente aplicable a las mediaciones que se realicen en el marco del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña (CMDPC) y a las mediaciones de las entidades firmantes de convenios con el Departamento de justicia, si así se establece en el propio convenio. Por tanto, según este artículo, queda claro que las mediaciones que se realicen privadamente por las personas mediadoras, estén o no registradas en cualquiera de los dos registros del CMDPC, no tienen por qué sujetarse al procedimiento de mediación que describe la ley, aunque voluntariamente pueden acogerse a dicho procedimiento que puede entenderse como orientativo para las mediaciones privadas, realizadas fuera del CMDPC.

4.1. Inicio del proceso de mediación

4.1.1. La sesión informativa previa

El artículo 11 pone de relieve la importancia fundamental de la sesión informativa previa como puerta de entrada a la posible mediación. Para la mayoría de las personas esta sesión informativa va a suponer un primer contacto con la mediación, por ello es fundamental realizarla de forma satisfactoria con un lenguaje claro y comprensible y una actuación empática y motivadora por parte de la persona mediadora que ha de saber transmitir adecuadamente sus características, el valor y la utilidad de la mediación aplicada a cada caso concreto. La sesión informativa es el paso previo para el posterior inicio de la mediación, ya que su finalidad es informar a las partes sobre las características de la mediación, incluido el precio en caso de que las partes no dispongan del derecho a justicia gratuita y que puedan manifestar su voluntad de participar en la mediación. La sesión informativa no tiene por qué ser necesariamente el inicio formal del proceso, que empieza propiamente con la sesión inicial o constitutiva, momento en que ya consta la voluntad de mediar por parte de todos los participantes. No obstante, en algunas sesiones informativas en que se haya manifestado ya tal voluntad favorable a la mediación por parte de todos y la persona que realiza la sesión informativa vaya a ser la misma que posteriormente lleve a cabo la mediación, pueden avanzarse



actuaciones mediadoras de tipo preparatorio que algunos autores entienden como pre-mediación.

Según este mismo artículo, la autoridad judicial puede disponer que las partes asistan a una sesión informativa sobre la mediación si las circunstancias del caso lo hacen aconsejable. Se establece que «el órgano público correspondiente facilita la sesión informativa y vela, si procede, por el desarrollo adecuado de la mediación», de lo cual se deduce que en los supuestos de derivación a mediación desde las instancias judiciales, el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, en principio, es el organismo responsable de facilitar el ofrecimiento de la sesión informativa a las personas derivadas desde el juzgado. Cosa que puede hacer directamente a través de sus funcionarios o en colaboración con otras instituciones colaboradoras, como en la práctica se está haciendo en cooperación con colegios profesionales, en concreto con los catorce colegios de abogados de Cataluña.

A destacar también la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, designen a la persona mediadora entre las inscritas en los registros del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. Si las partes no nombran a ninguna persona mediadora o bien no se ponen de acuerdo sobre cuál ha de ser la persona mediadora, deberán aceptar la que designe el centro de mediación.

4.1.2. Momento de inicio de la mediación

El artículo 12 destaca dos momentos en los que puede darse inicio a la mediación tomando como eje el proceso judicial: antes de iniciar el proceso judicial, en conflictos de convivencia o discrepancias de otro tipo, o bien después del inicio de la vía judicial cuando el proceso judicial está pendiente, en cualquiera de las instancias y recursos, también en ejecución de sentencia o en la modificación de las medidas establecidas por una resolución judicial firme.

4.1.3. Quién puede instar la mediación

El mismo artículo 12 establece que la mediación se puede instar, en primer lugar directamente, por iniciativa propia y a petición de las partes de común acuerdo o a petición de una con la aceptación de las otras; o bien a instancia de la autoridad judicial, por derivación del juez de paz, o de los profesionales colegiados o finalmente a instancia de los servicios públicos que pueden contactar con el centro de mediación para derivar un



caso en el que consideren apropiado ofrecer la posibilidad de la mediación a sus protagonistas.

4.1.4. Limitación a una nueva mediación antes de un año

El último apartado del artículo 12 incluye una limitación temporal que afecta únicamente a la mediación familiar, y establece que para que pueda darse una nueva mediación sobre el mismo objeto, debe de haber transcurrido un año desde que se haya dado por acabada una mediación anterior o desde que esta haya sido intentada sin acuerdo, salvo que el organismo competente aprecie que se dan circunstancias que aconsejan llevar a cabo antes una nueva mediación, especialmente para evitar perjuicios a los hijos menores, a las personas incapacitadas o a otras personas que necesitan una protección especial. Cabe entender que esta norma tiene la finalidad de evitar el abuso del sistema en los casos en que la mediación tenga un carácter gratuito para las partes. De todas formas, debe calificarse como positiva la excepción para poder ofrecer la mediación, superando tal restricción, en los casos en que esta limitación pudiera suponer un perjuicio para los hijos.

4.2. Actuación de la persona mediadora

El artículo 13 describe los elementos básicos que deben guiar la actuación de la persona mediadora durante la mediación, destacando ya de entrada el favorecimiento de una comunicación adecuada entre las partes, facilitando el diálogo, promoviendo la comprensión recíproca y ayudando a buscar soluciones al conflicto. Además, según esta norma, la persona mediadora ha de velar para que las partes tomen sus propias decisiones y dispongan de toda la información y el asesoramiento suficientes para alcanzar los acuerdos de forma totalmente libre y consciente. Si en la mediación destaca un interés superior en juego, la persona mediadora, debe comunicar a las partes la necesidad de respetar y velar por ese interés superior en la toma de decisiones.

En la primera reunión de la mediación, que da inicio a la mediación efectiva, según el artículo 14, la persona mediadora explicará a las partes el procedimiento, los principios y el alcance de la mediación y en especial les informará del derecho de cualquiera de ellas a dar por acabada la mediación.

En este mismo artículo se destaca que la persona mediadora también debe informar a las partes de la conveniencia de recibir asesoramiento



jurídico durante la mediación y de la necesidad de la intervención de un abogado o abogada designada libremente para redactar el convenio o el documento jurídico adecuado, sobre la base del resultado de la mediación, así como también, en función de las circunstancias del caso, puede informar a las partes de la conveniencia de recibir un asesoramiento específico diferente del jurídico. El asesoramiento jurídico u otro que sea necesario en función de las características del caso es fundamental para que las partes puedan tomar sus propias decisiones de forma plenamente consciente e informada.

En esta sesión inicial, las partes y la persona mediadora firmarán el acta inicial de la mediación, descrita en el artículo 16, en la que deben hacer constar la fecha, la voluntariedad de la participación de las partes y la aceptación de los deberes de confidencialidad. Debe establecerse también el objeto y el alcance de la mediación y una valoración aproximada del número de sesiones inicialmente previstas. Según este mismo artículo, las partes deben quedarse con un ejemplar del acta inicial, previsión doblemente útil, ya que si en este documento se especifican claramente las características de la mediación y los requisitos a los que se comprometen las partes, como el respeto mutuo, la buena fe y la participación activa, entre otras, tener este documento a mano, facilita su lectura y por tanto puede convertirse en un documento pedagógico que oriente a las partes sobre su propia actuación y la actuación que pueden esperar de la persona mediadora.

4.3. Duración y finalización de la mediación

Respecto a la duración de la mediación, inicialmente queda condicionada a la naturaleza y complejidad del conflicto, pero a diferencia de la Ley 5/2012 (que deja este punto abierto, sin mencionar ningún límite temporal) establece un límite concreto que no puede exceder de los sesenta días hábiles, a contar desde el día de la reunión inicial. Aunque mediante una petición motivada de la persona mediadora y de las partes, el CMDPC puede prorrogar su duración hasta un máximo de treinta días hábiles adicionales, en consideración a la complejidad del conflicto o al número de personas implicadas.

Para terminar el procedimiento, el artículo 18 establece que de la sesión final debe levantarse acta, en la que constarán exclusivamente, de forma clara y concisa los acuerdos alcanzados. Si no ha sido posible llegar a un acuerdo, igualmente debe levantarse un acta en la que se hará constar este hecho. La persona mediadora y las partes firman el acta, de



la cual reciben un ejemplar que, si procede, ellas mismas trasladarán a sus respectivos abogados.

En la mediación iniciada por indicación de la autoridad judicial, la persona mediadora debe comunicar a esta autoridad, en el plazo de cinco días hábiles desde el fin de la mediación, si se ha alcanzado un acuerdo o no. La agilidad de esta comunicación es importante para que desde el juzgado se tomen las medidas oportunas ya sea la continuación del proceso judicial, en caso de no haber llegado a acuerdo, o bien la posible finalización del proceso, a la espera de que el juzgado reciba el documento jurídico redactado por el abogado o abogados en el que se plasme el acuerdo alcanzado en coherencia con la figura jurídica que corresponda.

V. ORGANIZACIÓN Y REGISTROS DEL CENTRO DE MEDIACIÓN DE DERECHO PRIVADO DE CATALUÑA

En los artículos 20 y 21 de la ley se describe la organización y enumeran las funciones del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. Entre sus funciones cabe destacar el fomento y difusión de la mediación en el territorio propio de la comunidad autónoma. A resaltar también su actuación como instrumento especializado en los ámbitos de los conflictos familiares, en materias de Derecho privado y en otras que se determinen por ley, con total respeto hacia las iniciativas de mediación ciudadana existentes, de ámbito municipal o ejercidas por otras entidades públicas o privadas. Esta referencia es importante ya que en Cataluña existen servicios de mediación ciudadana a nivel municipal con importante arraigo y experiencia consolidada durante años. En ningún caso el CMDPC ha pretendido sustituir o suplantar la importante labor a nivel municipal que están desarrollando estos servicios, sino más bien colaborar con ellos y facilitar la mediación en aquellos municipios en los que no se han desarrollado todavía servicios de este tipo. Actuar como centro de seguimiento, estudio, debate y divulgación de la mediación y de las relaciones con otros organismos estatales e internacionales con finalidades equiparables. Gestionar el Registro general de personas mediadoras en el ámbito familiar y el Registro de personas mediadoras en los ámbitos del Derecho privado. Homologar, al efecto de la inscripción en los registros y censos correspondientes, la formación específica en materia de mediación. Facilitar las sesiones informativas gratuitas, tanto a solicitud directa de las partes como a instancia judicial o por derivación de otros organismos activos titulares de servicios públicos. Dar curso a las mediaciones



provenientes de las autoridades judiciales y administrativas competentes y hacer el seguimiento de las mismas, así como designar a la persona mediadora a propuesta de las partes o cuando la mediación sea instada por la autoridad judicial.

Por su parte, en el artículo 22 se reconoce la importante labor de colaboración con el CMDPC que están realizando los distintos colegios profesionales que actúan en el ámbito de la mediación. Este artículo describe una serie de funciones entre las que deben destacarse en primer lugar la de colaborar con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña en el fomento y difusión de la mediación. Gestionar el registro de personas mediadoras que estén colegiadas y comunicar las altas y bajas al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. Los Colegios profesionales pueden proponer al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña la persona mediadora cuando las partes se dirijan directamente a un colegio profesional. Los colegios pueden también llevar a cabo la formación específica en mediación y declarar la capacitación de las personas mediadoras y cumplir la función deontológica y disciplinaria respecto a los colegiados que ejercen la mediación, en base a su propio código ético colegial, que se supone deberá tener un apartado específico de mediación o bien elaborar un código deontológico específico de mediación.

Del texto se deduce que la intención de la Ley no es en ningún caso monopolizar las funciones acerca de la mediación pública. En este sentido, aparte de valorar la importante labor de los servicios de mediación locales y establecer un Registro de servicios de mediación ciudadana en el artículo 23, se reconoce también la capacidad de autoorganización de las administraciones locales y de otras entidades públicas para establecer, en el ámbito de sus competencias, actividades y servicios de mediación, de acuerdo, en todo caso, con los principios establecidos en el capítulo segundo de la Ley. Además, estas administraciones y entidades públicas pueden firmar convenios de colaboración para promover y facilitar la mediación regulada por la ley en los ámbitos locales y territoriales respectivos.

Como novedad, en el artículo 24 se crea un comité asesor formado por representantes del CMDPC, de los colegios profesionales, de las asociaciones representativas de entes locales, de otras asociaciones y por expertos de reconocida experiencia en el campo de la mediación, con el objetivo de impulsar y difundir la mediación. La constitución de comités asesores de base pública sobre mediación, u otros organismos con objetivos similares se ha reproducido posteriormente en otras comunidades autónomas.



El artículo 25 regula los dos registros de personas mediadoras, en función de los dos ámbitos materiales de mediación regulados en el artículo 2 de la ley, estableciendo que las personas que cumplan y acrediten los requisitos establecidos por el artículo 3 y desean ejercer las funciones de mediación reguladas por la presente ley deben inscribirse previamente en el Registro del colegio profesional al que pertenecen o en una asociación profesional de mediación acreditada. Si se trata de personas mediadoras miembros de una asociación profesional del ámbito de la mediación acreditada pueden solicitar su inscripción directamente en el Registro del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, acreditando el cumplimiento de los requisitos establecidos reglamentariamente.

Por su parte, los colegios profesionales, a través de una aplicación informática, deben dar traslado de las inscripciones formuladas al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, el cual inscribirá a los profesionales mediadores en el Registro general de personas mediadoras en el ámbito familiar o en el Registro general de personas mediadoras en los ámbitos del Derecho privado o en los demás registros que correspondan, si cumplen los requisitos establecidos reglamentariamente. Con lo cual los colegios profesionales realizan así una actuación de filtro previo a la inscripción en los correspondientes Registros del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.

Se señala también que el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña y los colegios profesionales deben aplicar un criterio de reparto equitativo de las mediaciones, tanto en la designación de persona mediadora hecha por el Centro de Mediación de Derecho Privado, como en las propuestas que presenten los colegios profesionales, sin perjuicio de la asignación de una persona mediadora concreta a un órgano jurisdiccional o a un caso particular si las circunstancias lo aconsejan, prescripción excepcional que puede ser útil en algunos casos de especial complejidad o significativa dificultad o repercusión.

Para poder gestionar adecuadamente las mediaciones del CMDPC, las persona mediadoras, según el artículo 26, deben comunicar los datos relevantes de cada mediación (como su inicio o finalización) al Centro que, a su vez, garantiza la confidencialidad de estos datos.

Tal como establece el artículo 27, el beneficio de gratuidad y la retribución de las personas mediadoras se canalizan igualmente a través del CMDPC para los supuestos establecidos en la propia la Ley. Las personas usuarias pueden disfrutar del beneficio de gratuidad de la mediación, siempre que reúnan las condiciones establecidas por las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita general, es decir si cumplen los requisitos



establecidos en la Ley 1/1996 de Asistencia jurídica gratuita, con sus posteriores modificaciones. El beneficio de gratuidad se reconoce de forma personalizada en cada caso que haya presentado tal solicitud de gratuidad de la mediación, por los mismos órganos que gestionan la gratuidad para el reconocimiento de la asistencia Letrada gratuita.

Solo las mediaciones gestionadas a través del CMDPC gozan de la posibilidad del beneficio de gratuidad, según un sistema paralelo al sistema de justicia gratuita, con cargo al Departamento de justicia, que abona la labor mediadora realizada a las persona mediadoras, no directamente, sino a través de sus respectivos colegios o asociaciones profesionales, de forma similar al sistema de retribución a los abogados de oficio.

La retribución de la mediación y su actualización se establecen a través de órdenes de justicia (a noviembre de 2017 la cantidad que cobra la persona mediadora, en principio, está establecida en 40 euros por persona y sesión realizada y acreditada). Las personas mediadoras deben informar en la sesión informativa a los usuarios de la posibilidad de acogerse a la justicia gratuita y del coste de la mediación en caso de no poder acogerse a esta posibilidad. Puede darse una mediación en que una de las partes tenga el derecho a justicia gratuita debido a su reducido nivel de ingresos y que en cambio la otra u otras partes no puedan obtener este beneficio, con lo cual, la persona mediadora informará y cobrará la tarifa establecida por cada parte que no tenga el derecho a justicia gratuita y de la parte que tenga reconocido tal derecho no cobrará directamente del usuario sino del Departamento de justicia a través de su colegio o asociación profesional reconocida en el ámbito de la mediación.

VI. RÉGIMEN SANCIONADOR Y NORMAS DEONTOLÓGICAS

Los artículos 29 al 33 sancionan la responsabilidad de la persona mediadora que no cumpla con las obligaciones establecidas en la propia ley, estableciendo los hechos que se consideran constitutivos de infracción (artículo 30), el tipo de infracción (art.31) y las sanciones que pueden imponerse a tales infracciones (artículo 32).

Las denuncias y reclamaciones pueden formularse por los usuarios que se consideren afectados por la actuación de la persona mediadora, a través del CMDPC respecto a las mediaciones que gestiona, que a su vez, lo pondrá en conocimiento del colegio profesional al que pertenezca la persona mediadora, ya que el ejercicio de la potestad sancionador, según el artículo 33, corresponde a los colegios profesionales a los que pertenezcan



las personas mediadoras colegiadas, de acuerdo con los procedimientos y mediante los órganos que establezcan sus propias normas.

Respecto a las personas mediadoras que actúen como tales para una administración pública, la potestad sancionadora corresponde a la administración pública de la que dependan de acuerdo con el procedimiento y mediante los órganos que establezcan sus propias normas. Respecto a las personas mediadoras con titulación no sujeta a colegiación y que no presten servicios de mediadores para una administración pública, se actuará de acuerdo con el procedimiento aprobado reglamentariamente.

Respecto a las normas deontológicas el artículo 34 establece que las personas mediadoras deben respetar los principios de la mediación establecidos por la Ley, las normas deontológicas del colegio profesional al que pertenecen y las demás normas de conducta específicas propias de la labor mediadora. Se trata de una triple referencia que vincula a la persona mediadora, tanto a las normas deontológicas que contiene la propia Ley, como a las de su respectivo colegio profesional y a las normas generales propias de una adecuada actuación mediadora, en lo que puede entenderse como una referencia muy amplia y difusa a los principios generales de la mediación.

VII. CONCLUSIONES

La Ley 15/2009 supuso la primera ley de mediación del grupo de leyes que se consideran de segunda generación, pues amplió su ámbito de reconocimiento y regulación de la mediación a materias claramente situadas fuera del ámbito familiar. También supuso la apertura a la posibilidad de actuar como mediadores a personas procedentes de diversos colectivos profesionales, al ampliar su base de partida a todas las disciplinas universitarias, sin restringir o distinguir su procedencia de carreras de humanidades, sociales, sanitarias o técnicas. La propia Ley establece que sus artículos regulan básicamente las mediaciones gestionadas por el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, reconociendo a su vez, la mediación promovida y gestionada por otras instituciones, ya sean públicas, semipúblicas o privadas. Se establece una importante colaboración con otras administraciones y en especial con los distintos colegios profesionales que actúen dentro del ámbito de la mediación, ya que se les reconocen importantes funciones, tanto en el acceso al Registro público de las personas mediadoras, como en la propia gestión de las mediaciones y en la facilitación de las sesiones informativas. Estos colegios profesionales



también adquieren un destacado papel en la formación inicial o continua de los mediadores y en el ámbito sancionador. Por otra parte, se crea el comité asesor de la mediación, como institución que representa y a la vez refuerza esta colaboración con los distintos organismos e instituciones y personas representativas dentro del ámbito de la mediación.

Para finalizar estas conclusiones, destacar la importancia de la regulación que establece el artículo 27 de la ley de la mediación gratuita y la retribución de las personas mediadoras que realicen este tipo de mediaciones. La eficacia de esta norma y el paralelismo del sistema que se establece con el reconocimiento y el acceso a la justicia gratuita general, quedan suficientemente probadas, puesto que la base de esta disposición procede ya de la primera Ley 1/2001 de Mediación familiar y su contenido se ha implementado y consolidado a lo largo de todos estos años.







CLAVES CRÍTICAS DE LA FORMACIÓN DE LAS PERSONAS MEDIADORAS

MANUEL ROSALES ÁLAMO

Universidad de La Laguna

Conferencia Universitaria para el

Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC)

Resumen: *La formación de los mediadores que se contempla en el Reglamento Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, ha provocado importantes problemas. Este trabajo intenta aportar algunas claves críticas necesarias para el futuro desarrollo de la calidad de los programas de formación en mediación.*

La formación de los mediadores que se contempla en el Reglamento 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, es absolutamente insuficiente y ha provocado importantes problemas. Para empezar, no existe una perspectiva mínima y común de qué contenidos, competencias y aprendizajes prácticos debe tener un futuro mediador/a, dando como resultado un panorama formativo un tanto caótico y sin regulación alguna.

Este trabajo intenta aportar un análisis de algunas claves críticas necesarias para el futuro desarrollo de la calidad de los programas de formación en mediación.

El mencionado Reglamento de Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, en lo que se refiere a marcar la formación de los futuros profesionales de la mediación, tiene algunas deficiencias importantes y que pasamos a señalar:



- **Conocimiento científico:** Lejos de lo que pudiera parecer, la mediación no tiene una definición común. Las diferentes corrientes o modalidades de la mediación establecen diferencias que no son solo de procedimiento, sino también con respecto a los objetivos del proceso mediador y de la perspectiva misma del conflicto. Muchos programas formativos establecen contenidos y objetivos formativos que en muchos casos son de dudosa legitimidad científica. Es necesario desarrollar una cultura de la formación en mediación rigurosa y académica fundamentada en el conocimiento científico de las ciencias sociales, de la ciencia jurídica y de la psicología. La mediación tiene que sostenerse sobre conocimientos reconocidos por el campo científico al que pertenecen sus disciplinas de base formativa.
- **Tiempo de formación:** Desde diferentes instancias se ha reconocido que el número de horas establecido (100 horas) es insuficiente para garantizar mínimamente una formación adecuada y técnicamente necesaria para una persona mediadora.
- **Coherencia y calidad:** Los programas de formación que se ofertan son muy distintos y dispares, con diferencias por ejemplo en las horas dedicadas a las prácticas y los tipos de prácticas que se hacen. Dependiendo de los programas, las prácticas pueden ser presenciales, semipresenciales e incluso online. Tendríamos mediadores/as que, por un lado, tendrían una formación práctica muy válida en la que han llevado a cabo mediaciones en vivo y, por otro lado, tendríamos programas de formación donde no se ha hecho ni una sola mediación, ni siquiera en rol play. Creemos necesario que los programas ofrezcan un contenido curricular de mínimos. La situación es más grave, gravísima, si la formación del futuro mediador se hace con la «modalidad» de «suma» de cursos lo cual pone en duda la coherencia formativa necesaria y el adecuado desarrollo de los aprendizajes complejos que requieren un programa amplio, integrado, bien definido y estructurado. El alumnado de esta modalidad tendrá una formación desestructurada y parcial. Los agentes de formación son diversos y con propuestas formativas, como hemos dicho, muy distintas. Universidades, cámaras de comercio, asociaciones, academias varias, editoriales, colegios profesionales, etc.. Además, la calidad y los contenidos de los programas no están sujetos a control alguno.
- **Competencias:** Todo el sistema educativo y formativo reglado en España se estructura alrededor de la noción de competencias. Sin



embargo, la mayoría de los programas de formación en mediación carecen de competencias en su diseño académico, excepto los programas universitarios, muchos validados por la ANECA; el resto, en general, no se plantea qué debe saber, qué debe saber hacer un mediador, qué actitudes tener en el ejercicio de la mediación. Por tanto creemos que todo programa formativo debe estructurarse alrededor de la noción de competencias. El panorama en el ámbito de la formación en mediación, educativamente y pedagógicamente, es más propio de los años 70. Muchos organizan el programa de formación alrededor de un simple listado de contenidos que luego cada ponente imparte a «su modo» y criterio. Un programa de formación no es solo la suma de contenidos, debe de ser un proyecto con objetivos concretos para que el alumnado adquiera las competencias necesarias. Proponemos que los programas cumplan los requerimientos mínimos que se establezcan en cuanto a los contenidos, las competencias y los aprendizajes prácticos.

- **Interdisciplinariedad auténtica:** La distribución de los diferentes tipos de contenidos en los programas es realmente preocupante. Apreciando sesgos evidentes. Un ejemplo: hay programas que los contenidos psicológicos representan un 20-25% y en otros programas casi ni aparecen. Es constatable la dificultad de algunos programas formativos para dar una auténtica formación interdisciplinar. También, se observa diferencias importantes, y esto es grave, en cuanto a la formación relativa a las técnicas y a las metodologías de la mediación.
- **Especialización profesional:** Un tema muy controvertido al que hay que darle solución es que la formación tiene que tener características propias dependiendo del campo de actuación de la persona mediadora. Consideramos que en los contextos jurídicos debe operar un/a mediador/a con una formación amplia que permita actuar tanto para temas civiles, de familia y mercantiles. Para otras especializaciones de mediación en contextos no jurídicos los programas de formación deberán considerar el campo de trabajo y la propia finalidad de la mediación según el ámbito de trabajo pueden ser muy diferentes. Por ello sería necesaria una formación específica adaptada al campo en el que va a ejercer la persona mediadora. Todo ello, sin perjuicio de los contenidos troncales para cualquier ámbito de desarrollo de la mediación (por ejemplo: teoría del conflicto, teoría de la comunicación, negociación...).



Concluimos que es necesario establecer un único título de mediación judicial. Los programas de formación no deberían ser menores de 350 horas, lo que equivale a un título de postgrado de especialista universitario. Este título permite ejercer la mediación profesional en cualquier contexto jurídico (incluiría por ejemplo; la mediación civil, la mercantil y la familiar). Pueden ser cursos universitarios organizados desde centros universitarios. Creemos que son las universidades las que deben ser las garantes y responsables de esta formación, con independencia de que con los convenios debidos los impartan otras entidades públicas y privadas (tal y como se hace en los másteres de acceso a la abogacía o profesiones jurídicas).

Se considera necesario, también, que futuros reglamentos sobre el particular hagan referencia a una formación curricular que como mínimo debería de incluir:

- Contenidos mínimos.
- Competencias de referencia que deberán adquirir el alumnado de los programas de formación.
- La presencialidad mínima necesaria.
- Definir las metodologías y el tiempo de las prácticas necesarias.
- Requerimientos de capacitación del profesorado.
- Establecer un sistema de supervisión de la calidad de los programas.



CAPÍTULO VI COMUNICACIONES







ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD Y CONFIDENCIALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL

ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA

Profesor de Derecho procesal de la Universidad de Zaragoza

Resumen: *El propósito de este trabajo es analizar dos principios básicos sobre los que se asienta la mediación, como son la imparcialidad del mediador y la confidencialidad que envuelve el desarrollo de sus funciones. Se trata de desglosar el significado de estos principios, haciendo descender a un plano más concreto las genéricas referencias que les dedica la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.*

Sumario: I. Introducción. II. La imparcialidad. 2.1. Aspectos generales. 2.2. Motivos de sospecha. 2.3. Incumplimiento de los deberes de abstención y revelación. La incierta posibilidad de recusar. 2.4. Otras manifestaciones del principio de imparcialidad. III. La confidencialidad. 3.1. Aspectos generales. 3.2. Ámbito subjetivo. 3.3. Ámbito objetivo. 3.4. Consecuencias del principio de confidencialidad. 3.5. Excepciones al carácter confidencial.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretende abordar dos principios rectores de la mediación, que operan como garantías del procedimiento mediante el que aquella se desenvuelve. Se trata de los principios de imparcialidad y confidencialidad, escuetamente enunciados en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante LMACM) y a cuyo desarrollo detallado se consagran las líneas que siguen. En efecto, son numerosos los interrogantes que suscita la parca regulación legal y que merecen una respuesta en aras del mejor funcionamiento de este mecanismo de reso-



lución de conflictos. A título ejemplificativo, el tipo de relaciones con las partes que pueden justificar la abstención del mediador, así como el modo de proceder si el mediador sospechoso de parcialidad incumple su deber de abstenerse —habida cuenta de la falta de previsión legal de cualquier mecanismo de recusación— constituyen incógnitas de las que habremos de ocuparnos. Lo mismo sucede con las consecuencias que habrán de producirse cuando se descubran *ex post* los vínculos del mediador con alguna de las partes, pues en tal caso habrá de plantearse la incidencia que ello podrá tener en la validez del acuerdo eventualmente alcanzado. En lo que respecta a la confidencialidad, piedra angular en la que se cimienta la confianza de las partes, en este trabajo habrá que concretar sobre qué extremos de la mediación se proyecta —dada la indeterminación de la norma en este aspecto—. Igualmente, será preciso preguntarse si ese deber de confidencialidad debiera tener alguna otra excepción, más allá de las que marca el texto legal.

II. LA IMPARCIALIDAD

2.1. Aspectos generales

El principio de imparcialidad comporta que el mediador ha de carecer de cualquier vinculación con el objeto de la controversia o con las partes susceptible de llevarlo a mostrar preferencia por alguna de ellas. La esencia de este principio estriba en la necesidad de preservar la igualdad de las partes en la negociación y mantener el equilibrio entre sus respectivas posiciones, de modo que aquellas no tengan la percepción de que se favorece a una frente a la otra, o que sus intereses y puntos de vista son postergados en beneficio de los adversos. Se trata, en definitiva, de que el mediador mantenga la debida distancia personal respecto del conflicto planteado, a fin de evitar la alineación interesada con alguna de las partes.

El principio de imparcialidad, consagrado de modo genérico en el artículo 7 LMACM, se encuentra desarrollado en el artículo 13, apartados 4º y 5º de la citada norma. Allí se concretan las consecuencias de dicho principio, el cual se traduce en dos deberes específicos del mediador:

1º El deber de abstenerse de iniciar la mediación o de continuarla (si esta ya ha comenzado) cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.



2º Un deber de transparencia, en cuya virtud viene obligado a revelar a las partes cualquier circunstancia que pueda comprometer su imparcialidad o generar un conflicto de intereses.

2.2. Motivos de sospecha

En lo que respecta a los motivos que permiten cuestionar la imparcialidad del mediador, la LMACM hace referencia a las relaciones personales, contractuales o empresariales con alguna de las partes; ostentar un interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; y 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. Esta última salvedad es importante, pues supone que la intervención del mediador no queda proscrita por el hecho de haber mediado en conflictos anteriores con la misma o las mismas partes. En cualquier caso, las circunstancias que puedan afectar a la imparcialidad no aparecen enunciadas con carácter excluyente y, por tanto, queda abierta la posibilidad de incluir otras diversas de las enumeradas en la ley¹.

Sentado lo anterior, resulta obligado hacer una precisión: la posible parcialidad del mediador puede ser salvada siempre que las partes hayan sido advertidas del problema y, pese a todo, consientan expresamente la intervención del mediador: son ellas, por tanto, quienes tienen la última palabra. De esta manera, el principio de imparcialidad viene a quedar difuminado por los efectos del principio de voluntariedad, que es sin duda el preponderante.

¹ La vaguedad con la que se hayan enunciado estos motivos en la LMACM contrasta con la precisión de los contenidos en la reciente Ley 7/2017, de 2 de noviembre, que transpone al ordenamiento español la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, la cual resulta mucho más clara a la hora de concretar el significado de la independencia e imparcialidad y las garantías para hacerlas efectivas. El artículo 23 de la citada norma (aplicable tanto al árbitro como al mediador de consumo) especifica dichas garantías, señalando que la persona encargada de la resolución del litigio habrá de ser nombrada por un mandato no inferior a dos años y no podrá ser removida sin causa justificada; que no ha de recibir instrucciones de las partes ni sus representantes ni haber tenido con ellos en los tres años anteriores relación personal, profesional o comercial; y que su retribución no guardará relación con el resultado del procedimiento. El artículo 25 añade garantías adicionales para mediadores empleados por organizaciones profesionales o asociaciones empresariales de las que sea miembro el empresario reclamado, consistentes en la existencia de un presupuesto independiente, específico y suficiente para el cumplimiento de sus funciones.



2.3. Incumplimiento de los deberes de abstención y revelación. La incierta posibilidad de recusar

Surge la incógnita de cómo habrá de procederse cuando el mediador sospechoso de parcialidad no abandone el procedimiento *motu proprio*. La LMACM no reconoce a las partes la facultad de plantear la recusación del mediador ni regula ningún trámite para sustanciarla. Probablemente el silencio legal, en este caso, resulta acertado, pues la regulación de un posible incidente recusatorio es una cuestión que esta norma no tenía por qué prever: si la LMACM no pretende «encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan solo sentar sus bases», si solo aspira a dotar a la mediación de un marco legal mínimo, no parece lógico que se adentre a regular detalles procedimentales que, sin duda, tendrían una sede más apropiada en los reglamentos de las instituciones de mediación. Por otro lado, la utilidad de una posible recusación sería cuestionable, si tenemos en cuenta que cada una de las partes tiene libertad plena para desistir de la mediación en cualquier momento: a la parte que abrigue dudas sobre la imparcialidad del mediador le resultará mucho más sencillo dar por finalizado el procedimiento que instar la recusación y aguardar a que se resuelva. Además, aunque esa parte optase por formular la recusación y esta fuera desestimada, dicho resultado tampoco sería vinculante para ella ni le obligaría a proseguir una mediación en la que ya no confía. No obstante, el planteamiento de la recusación podría servir a otros fines, como por ejemplo el nombramiento de un mediador sustituto por parte de la institución de mediación o el reintegro de los gastos de tramitación o provisiones de fondos efectuadas.

Tampoco aclara la LMACM qué consecuencias habrán de producirse cuando el mediador incumpla su deber de revelación, de suerte que los vínculos personales, profesionales o de otro tipo que socaven su imparcialidad se descubran una vez finalizado el procedimiento. El problema en este caso reside en saber qué incidencia tendrá el conocimiento sobrevenido de la falta de imparcialidad sobre la validez del acuerdo que, eventualmente, se hubiera alcanzado. Surge el interrogante, que aquí nos limitamos a formular, de si tal circunstancia podría servir de fundamento a una acción de nulidad del acuerdo (artículo 23.4 LMACM) o únicamente daría lugar a la exigencia de responsabilidad frente al mediador o la institución en cuyo seno actuó (artículo 14 LMACM).



2.4. Otras manifestaciones del principio de imparcialidad

Por último, conviene señalar que el principio de imparcialidad tiene otras manifestaciones concretas tanto en la propia LMACM como en normas diversas. Desde la perspectiva de la imparcialidad deben entenderse previsiones como la del artículo 21.3 LMACM, según el cual el mediador debe comunicar a todas las partes las reuniones que celebre por separado con alguna de ellas: puede reunirse, por tanto, en sesiones privadas con una de las partes, pero no puede hacerlo «de espaldas» a la contraria o sin su conocimiento, a fin de no despertar suspicacias y mantener la imagen de imparcialidad que su actuación exige. Cabe citar asimismo el artículo 17.4 de la Ley de Arbitraje, en cuya virtud quien haya actuado como mediador queda impedido —si la mediación fracasa— para actuar como árbitro en el mismo asunto, dados los prejuicios que ha podido formarse por su contacto previo con el objeto de la controversia. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que dado el clima de confianza en que la mediación se desarrolla, las partes han podido desvelar al mediador datos, opiniones o deseos que jamás habrían compartido con un juez o un árbitro, por lo cual es lógico el temor de que tales elementos puedan operar en su perjuicio si el mediador abandona su papel de tercero componedor y asume la decisión de la controversia. El principio de imparcialidad, en fin, ha permitido inferir ciertas reglas deontológicas que se han ido consolidando en la práctica y que algunos códigos de conducta han venido a plasmar por escrito: por ejemplo, el deber de abstenerse, finalizado el procedimiento de mediación, de asistir o representar a ninguna de las partes en un pleito posterior relacionado con el mismo conflicto (se entiende que en el caso de que el mediador sea, aparte de tal, abogado en ejercicio), así como la prohibición de aceptar regalos de las partes, favores o dádivas.

III. LA CONFIDENCIALIDAD

3.1. Aspectos generales

La confidencialidad de lo tratado en el procedimiento de mediación constituye una garantía esencial para el éxito de esta. Dicho principio contribuye a asegurar la sinceridad del diálogo, que es la base para la consecución de un acuerdo. Se pretende, en efecto, crear una «zona de tranquilidad» en la cual las partes puedan plantear abiertamente y con franqueza sus razones, expectativas y puntos de vista, en la confianza de



que nada de lo que manifiesten trascenderá más allá de la mediación ni podrá ser utilizado fuera de ella. Por otra parte, cuando se utiliza la técnica —a menudo muy útil para progresar en las negociaciones— consistente en celebrar reuniones separadas con cada una de las partes, es preciso garantizar a estas que nada de lo que hayan confiado reservadamente al mediador le será comunicado al contrario sin su autorización expresa (artículo 21.3 LMACM).

La confidencialidad es un valor especialmente apreciado por las empresas, que suelen estar interesadas en que los pormenores de la controversia no salgan del ámbito estrictamente privado (por afectar a secretos industriales que no conviene difundir, por preservar su buena imagen en el mercado, etc.). Pero donde realmente se advierte la importancia de este principio es en relación con la eventual apertura de un proceso judicial posterior en el caso de que la mediación no prospere: en tal supuesto, la confidencialidad comporta que ninguna información derivada del procedimiento de mediación podrá ser utilizada como medio probatorio en juicio. Como es lógico, las partes difícilmente aceptarían someterse a la mediación, si albergaran el temor de que los hechos que reconozcan, las ofertas que hagan o cualesquiera manifestaciones que efectúen pueden jugar en su contra en un futuro pleito. Por ello, las principales proyecciones del principio de confidencialidad se desenvuelven en el ámbito procesal y se orientan a excluir del proceso aquellas fuentes de prueba que se adquieran o conozcan con ocasión de un previo procedimiento mediatorio.

3.2. Ámbito subjetivo

El principio de confidencialidad no solo vincula al mediador, sino también a las instituciones de mediación y a las propias partes intervinientes (artículo 9.1 *in fine* de la LMACM). No obstante, conviene sostener una interpretación más amplia y extender la obligación de reserva a cualesquiera «personas que participen el procedimiento de mediación». Esta expresión, contenida en el apartado 2º del mismo precepto, permite incluir a otros sujetos, distintos de las partes en conflicto, que hubieran tenido acceso al contenido de las negociaciones, como asesores legales, expertos independientes u otras personas que hubieran concurrido a las reuniones de las partes con el mediador².

² Piénsese también en los alumnos de cursos de formación de mediadores, cuyas prácticas han de incluir de modo preferente la «participación asistida en mediaciones



3.3. Ámbito objetivo

Los contenidos o cuestiones sobre los que se proyecta la confidencialidad no aparecen definidos claramente en el texto de la LMACM. El artículo 9.2 de esta norma se refiere en general a la confidencialidad de «la mediación y su contenido» y a la falta de obligación de declarar información o aportar documentación en un proceso judicial o arbitral derivadas de un previo intento de mediación. Aquí sin duda se incluirían las conversaciones y correspondencia mantenidas entre las partes y el mediador, las notas e informes redactados por éste, las actas de las distintas sesiones o las ofertas de acuerdo plasmadas por escrito o en cualquier otro soporte. El deber de confidencialidad, por el contrario, no alcanzaría a los documentos preexistentes a la mediación y relativos al fondo del asunto (v. gr., el contrato litigioso, facturas acreditativas de la recepción del bien o servicio que ha motivado el conflicto, etc.), pues aunque se hayan aportado al procedimiento de mediación no derivan propiamente de él, y vedar su utilización posterior equivaldría a dejar huérfanas de prueba las pretensiones de las partes».

De todos modos, para integrar el parco enunciado legal es preciso tomar en consideración los instrumentos que sirvieron de pauta o modelo en la elaboración de la LMACM. El primero de ellos es el Código de conducta europeo para mediadores, adoptado en una reunión de expertos —en la que también participó la Comisión de la Unión Europea— en Bruselas en julio de 2004. Según el artículo 4 de dicho Código, el principio de confidencialidad abarca toda información derivada de la mediación o relativa a la misma, «*incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado*». La otra norma a tener en cuenta es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional, de 24 de junio de 2002, que ofrece una enumeración más detallada de los aspectos cubiertos por la confidencialidad. Así, según el artículo 10 de la Ley Modelo, el deber de sigilo del conciliador y demás personas que intervengan en las negociaciones comprendería:

- La invitación de una de las partes a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en un procedimiento conciliatorio.
- Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia.

reales» (artículo 4.2 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LMACM).





- Las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio.
- Las propuestas presentadas por el conciliador.
- El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador.
- Cualquier documento preparado únicamente para los fines del procedimiento conciliatorio.

3.4. Consecuencias del principio de confidencialidad

Las consecuencias más destacables del principio de confidencialidad se manifiestan en el plano probatorio. En el caso de que la mediación no llegue a buen puerto y la contienda acabe en los tribunales, el artículo 9.2 LMACM garantiza que ni los mediadores ni las demás personas que participaron en la mediación estarán obligadas a declarar sobre lo tratado en ella ni a aportar documentación alguna derivada del procedimiento mediatorio o relacionada con éste. Si ponemos en relación este precepto con la regulación de los distintos medios de prueba contenida en nuestra legislación procesal, resulta que³:

- El tribunal no podrá requerir la exhibición de documentos relativos a la mediación que las partes o terceros tengan en su poder; de practicarse el requerimiento, la negativa a la exhibición estaría plenamente justificada y no podría dar lugar a sanción alguna (artículos 328 a 332 LEC).
- Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera actuado en una mediación anterior relacionada con el mismo asunto, y tampoco será admisible la solicitud de su intervención en el juicio o vista (artículos 335.3 y 347.1 LEC, en la redacción dada por la disp. final 3ª de la LMACM). En efecto, para las partes sería disuasorio que el mediador pudiera intervenir en un litigio posterior como perito, dado el acceso a información sensible que habrá tenido como consecuencia de su papel como mediador.
- Si el mediador es citado como testigo y se le interroga sobre hechos de los que haya tenido conocimiento en el ejercicio de su función, quedará dispensado del deber de declarar por aplicación del artículo 371.1 LEC. El problema,

³ Para un análisis más detallado, imposible de acometer en estas breves páginas, vid. BONET NAVARRO, A. (2013): «El acuerdo de sumisión a la mediación ante una controversia actual», *Proceso civil y mediación* (dir.: BONET NAVARRO), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 119 y ss.



que no halla una respuesta pacífica en la doctrina, es qué consecuencias se producirán en el caso de que sujeto obligado a guardar secreto (en este caso, el mediador) infrinja su deber legal y revele la información solicitada: en este supuesto, no está claro si su declaración integraría un supuesto de prueba ilícita, quedando por tanto invalidada y sin efecto alguno; o, por el contrario, dicha declaración sería plenamente válida y podría ser tenida en cuenta en la sentencia, sin perjuicio de la responsabilidad civil, disciplinaria o incluso penal que cupiera exigirle al testigo por la infracción cometida.

3.5. Excepciones al carácter confidencial

El deber de confidencialidad no tiene un carácter absoluto, sino que cede en los dos supuestos que prevé el artículo 9.2 LMACM, a saber:

- Cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensen de tal deber.
- Cuando, mediante resolución judicial motivada, la información o documentación de que se trate sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal⁴.

La primera excepción merece un comentario. Nótese que, a tenor de la regulación legal, la confidencialidad parece configurarse como un derecho de las partes al que estas pueden renunciar libremente, siempre que lo hagan de mutuo acuerdo y en la forma que la ley exige (expresamente y por escrito). Suprimido el velo de la confidencialidad por voluntad de las partes, el mediador no podrá ya excusarse de la obligación de aportar

⁴ Una excepción más radical y de mayor alcance que las aquí contempladas es la que sufre el principio de confidencialidad en el ámbito de la mediación concursal. Tengamos en cuenta que, si el intento de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos fracasa, el mediador se ve abocado a instar la declaración del concurso consecutivo, en el cual aquel quedará transmutado en administrador concursal. Las dudas en torno a los límites de su deber de confidencialidad surgen de inmediato: ¿puede el antaño mediador, y ahora administrador concursal, utilizar en el informe que debe evacuar en la sección 6ª del concurso datos o documentos que haya conocido en la mediación previa y de los que se derivaría la calificación del concurso como culpable (irregularidades contables, distracción de bienes, etc.)? Si lo hace, ¿está incurriendo en responsabilidad por quebrantar su deber de confidencialidad? Si no lo hace, ¿está faltando a la diligencia que le es exigible como administrador del concurso? Puede decirse que, debido a la indefinición de su estatuto jurídico, el mediador-administrador concursal se encuentra ante una auténtica encrucijada.

El problema ha sido prontamente advertido por los aplicadores de la normativa concursal. Así, en sus conclusiones sobre los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores sobre cuestiones concursales, adoptadas en reunión de 11 de octubre de 2013, los magistrados de lo mercantil de Madrid han entendido que en estos casos se da una «exoneración legal implícita» del deber de confidencialidad.



cuantos documentos le sean requeridos por el tribunal, ni podrá soslayar la declaración en juicio sobre cualesquiera pormenores de la mediación realizada. La voluntad del mediador en este sentido parece sencillamente irrelevante, por más razones de ética profesional que le asistan para no testificar a favor o en contra de cualquiera de las partes ni involucrarse de ningún otro modo en la batalla judicial abierta entre ellas. Tal solución deja al mediador en una posición ciertamente comprometida y, por ello, su acierto resulta más que dudoso. *De lege ferenda* convendría configurar la confidencialidad como un *derecho-deber* del mediador, a semejanza del secreto profesional de los abogados, que estos pueden hacer valer pese al consentimiento de su cliente (artículo 5.8 del Código deontológico de la abogacía española, de 27 de septiembre de 2002).

Por otra parte, las dos excepciones a la confidencialidad que prevé el artículo 9.2 LMACM resultan claramente insuficientes. En primer lugar, existen casos en los cuales la información resultante de un procedimiento mediatorio podría ser comunicada a terceros sin que por ello experimentarían lesión o amenaza alguna los intereses de las partes: a este respecto, pensemos en la difusión de dicha información con fines estadísticos, de formación o investigación, que se encuentra expresamente autorizada en diversas leyes autonómicas (vid., por ejemplo, el artículo 7.4.a. de la Ley catalana de mediación en el ámbito del Derecho Privado). Aunque nada diga la LMACM, estos supuestos deberían estimarse compatibles con el principio de confidencialidad, siempre y cuando se adoptasen las medidas necesarias para asegurar el anonimato de las partes. En segundo lugar, se observan situaciones en las que despojar a la mediación de su carácter reservado, aunque solo sea en parte, parece inevitable, pues de lo contrario no habría manera de ejercitar facultades de actuación que la propia LMACM reconoce. En este sentido, debe considerarse que no están amparadas por la confidencialidad (pese al silencio del artículo 9.2 LMACM):

- Aquella documentación que resulte necesaria para instar la ejecución del acuerdo mediatorio: esta excepción a la confidencialidad aparece en los textos internacionales en los que se inspiró la LMACM, como es la propia Directiva 2008/52/CE (artículo 7.1.b) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (artículo 9). Por lo demás, dicha salvedad se infiere inequívocamente de la nueva redacción del artículo 550.1.1º LEC cuando exige que a la demanda ejecutiva se acompañe, además de la escritura pública comprensiva del acuerdo, copia de las actas de la sesión constitutiva y final de la mediación.
- La información conocida o los documentos obrantes en el expediente de la mediación que sean necesarios para entablar una acción de responsabilidad



contra el mediador (artículo 14 LMACM): es claro que, si el mediador ha infringido los deberes que le incumben y con ello ha irrogado perjuicios a alguna de las partes, será preciso romper el sello de la confidencialidad para que los hechos constitutivos de la infracción puedan ser alegados y probados en juicio. Lo contrario supondría negar a la parte perjudicada su derecho fundamental a la prueba y equivaldría a crear una injustificable inviolabilidad en torno a la persona del mediador. La tesis que aquí se sostiene, además, se halla en consonancia con las soluciones adoptadas en el Derecho comparado, que en este punto sería positivo imitar. Puede verse, en este sentido, la *Uniform Mediation Act* elaborada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*: tras establecer en su sección 4ª que las comunicaciones de la mediación son privilegiadas y no están sujetas a *discovery* ni son admisibles como prueba en un proceso judicial, en su sección 6ª recoge varias excepciones a dicho privilegio entre las que alude a aquella información que sea «solicitada u ofrecida para probar o refutar una reclamación o queja por mala conducta profesional o negligencia presentada contra el mediador».

- La documentación que el actor precise acompañar a su demanda para acreditar el previo intento frustrado de mediación; lo cual, a su vez, le será útil para justificar el cumplimiento de un eventual compromiso de sometimiento a esta técnica (artículo 6.2 LMACM) o, más aún, para poner de manifiesto la mala fe del demandado en caso de allanamiento de este y justificar la procedencia de su condena en costas (artículo 395.1.II LEC): este último aspecto debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 17.1 LMACM, en cuya virtud la inasistencia injustificada de las partes a la sesión informativa (la primera del procedimiento mediatorio) se entenderá como desistimiento de éstas, señalando a continuación que la información sobre qué parte o partes dejaron de asistir no será confidencial. A la luz de este precepto, pudiera parecer que la condena en costas del demandado ulteriormente allanado solo procede cuando aquel dejó de comparecer a la sesión informativa de la mediación; si, por el contrario, asiste a la sesión informativa pero posteriormente abandona el procedimiento o se niega a llegar a un acuerdo, no habría tal imposición de costas, pues aquellas circunstancias mantendrían su carácter confidencial y su comunicación quedaría proscrita. Esta interpretación resulta absurdamente restrictiva y, por ello, debe atenderse a la *ratio* del artículo 395.1.II LEC: la finalidad que late en el precepto es que las costas se impongan al allanado siempre que haya rechazado la oportunidad de arreglar el conflicto extrajudicialmente, pues tal conducta es la que ha movido al actor a entablar el proceso. Ese rechazo puede manifestarse de múltiples formas (no solo mediante la inasistencia a la sesión informativa de la mediación), y todas ellas deberían poder alegarse y acreditarse ante el tribunal a los efectos de permitirle valorar la mala fe del allanado.





EL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR: ALCANCE Y LÍMITES¹

JAVIER MARTÍNEZ CALVO

Investigador del Departamento de Derecho privado
de la Universidad de Zaragoza²

Resumen: *Pese a las ventajas que presenta la mediación para resolver los conflictos de índole familiar, la normativa actual impide imponer a las partes la participación en mediación, pues ello resultaría contrario al principio de voluntariedad. No obstante, sería conveniente replantearse el alcance de dicho principio y redefinir sus límites, especialmente cuando se trate de procesos de familia.*

Sumario: I. Ventajas de la mediación en los procesos de familia. II. El principio de voluntariedad y sus límites. III. Conclusiones.

I. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

La mediación constituye una técnica de demostrada eficacia para resolver los conflictos de índole familiar, como por ejemplo los que se producen en los supuestos de ruptura matrimonial, en los que me voy a centrar especialmente. Así, permite a las partes tratar de alcanzar una solución consensual ante las diferentes cuestiones que se dilucidan en el

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IIPP. CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ; y del Proyecto de Investigación MINECO: DER2016-75342-R «Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores», IIPP. SOFÍA DE SALAS MURILLO/M^a VICTORIA MAYOR DEL HOYO.

² Contrato predoctoral cofinanciado por la Consejería de Industria e Innovación de la Diputación General de Aragón y por el Fondo Social Europeo.



proceso de ruptura, como lo son el régimen de guarda y custodia, la atribución del uso de la vivienda familiar, la determinación de obligaciones alimenticias, etc., trasladando el debate de la esfera pública (con jueces, abogados, etc.) a la esfera privada.

Además, esta técnica de resolución de conflictos ofrece innumerables ventajas, permitiendo una participación activa de las partes en el proceso y haciéndoles sentir partícipes de la resolución de sus propios conflictos, lo que sin duda dará lugar a acuerdos más duraderos y con un grado de cumplimiento más satisfactorio. No deben desdeñarse tampoco otros beneficios, como lo son el menor coste temporal y económico en la tramitación del procedimiento de ruptura matrimonial³ o la contribución a un descenso en la saturación de los tribunales⁴.

Debemos tener en cuenta que cualquier decisión que se adopte en Derecho de familia deberá estar presidida por el interés superior del menor y, al respecto, no cabe duda de que utilizar la mediación familiar para promover la cooperación entre los progenitores favorecerá dicho interés⁵, quitando dramatismo a la ruptura matrimonial e intentando en la medida de lo posible que sea lo menos traumática posible para el menor.

Aunque con carácter general el proceso de mediación englobará todas las medidas que regirán la relación postmatrimonial entre las partes, también cabe la posibilidad de que tenga carácter parcial⁶, circunscribiéndose solo a alguna medida concreta —bien porque en el resto ya exista acuerdo o bien porque este resulte imposible—. Así lo admite expresamente el

³ Vid. RAMÍREZ GONZÁLEZ, M. (2003): *Cuando los padres se separan. Alternativas de custodia para los hijos [Guía práctica]*, Biblioteca Nueva, Madrid, p. 37; AGUILAR CUENCA, J.M. (2006): *Con mamá y con papá*, Almuzara, p. 96; y VALERO MATAS, J.A. (2010): «La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso neozelandés», *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas (RIPS)*, Vol. 9, Nº 1, p. 91.

⁴ Vid. ARCH MARÍN, M. (2010): «Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: implicaciones para las recomendaciones de guarda y custodia», *Papeles del Psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Vol. 31, Nº 2 (Ejemplar dedicado a: Rol profesional del psicólogo educativo; psicología de la educación en I+D+i), p. 184.

⁵ Vid. ORTEGA GUERRERO, I. (2002): «El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea», *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 2, Nº 3, p. 103; y CLEMENTE DÍAZ, M. (2014): *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos*, Editorial Síntesis, Madrid, p. 121.

⁶ Vid. RAMÍREZ GONZÁLEZ, M. (2003): *Cuando los padres se separan...*, cit., p. 35.





artículo 23.1 de la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

II. EL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD Y SUS LÍMITES

Respecto a los principios en los que se sustenta la mediación familiar, la doctrina viene considerando que son los siguientes⁷: voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. Además, algunos autores han propuesto otros, como el carácter personalísimo⁸ o la buena fe⁹. Como vamos a ver, el principio que suscita mayores controversias, al menos a mi juicio, es el de voluntariedad.

Aun cuando considero que podría resultar conveniente, lo cierto es que de acuerdo a la normativa actual no cabe la posibilidad de imponer taxativamente a las partes la participación en un proceso de mediación, pues con ello quebraríamos uno de los principios en los que se basa esta figura —la voluntariedad—. No obstante, ello no impide que desde las propias instancias judiciales pueda proponerse a las partes que acudan a mediación. De hecho, es una cuestión que está expresamente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto en sus artículos 414.1 —cuando dicha propuesta se realice durante la celebración de la audiencia previa—, 440.1 —cuando se realice en la citación para la vista— y 443.3 —cuando tenga lugar en el propio acto de la vista—. También podría resultar oportuno, como viene afirmando algún autor¹⁰, que ya en el auto de admisión

⁷ Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P. (2009): «*La mediación familiar*», en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 1ª ed., p. 377; y MORERA VILLAR, B. (2014): *Guarda y custodia compartida*, Universitat de Valencia. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/giqZG2 (Fecha última consulta: 04/12/2017), p. 187.

⁸ Vid. COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2005): *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), p. 90; y LÓPEZ SAN LUIS, R. (2009): «La mediación familiar como instrumento para la adopción de la guarda y custodia compartida», en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 1ª ed., p. 392.

⁹ Vid. LÓPEZ SAN LUIS, R. (2009): «La mediación familiar como instrumento...», cit., p. 392.

¹⁰ Vid. VIVES MARTÍNEZ, G. (2007): «Custodia compartida, valoración de la prueba y victimización de los menores: una visión objetiva desde la Magistratura y la experiencia», *Economist & Jurist*, Vol. 15, Nº 113, p. 96.





de la demanda de separación o divorcio se indique esta posibilidad¹¹; o incluso en cualquier momento posterior a través de una providencia¹².

Tampoco quebraría el principio de voluntariedad exigir a las parejas que se van a divorciar que acudan al menos a una sesión informativa sobre mediación, con objeto de que puedan tener un mayor conocimiento de las ventajas tanto económicas como emocionales que ofrece esta figura antes de decidir si hacen o no uso de la misma¹³. Esta es una posibilidad que ha estado presente tradicionalmente en varios ordenamientos de nuestro entorno¹⁴ —así como en algunos Estados norteamericanos¹⁵— y que poco a poco también parece que comienza a introducirse en nuestro ordenamiento. Al respecto, han sido las normas autonómicas aragonesa, catalana, navarra y vasca las primeras que, sin obligar a las partes a participar en mediación, dejan abierta la posibilidad de que el juez acuerde su asistencia a una sesión informativa sobre dicha figura —*ex.* artículo 78.2 CDFR, artículo 233—6.3 Cc.Cat., artículo 2.1 Ley Foral navarra 3/2011 y artículo 6.2 Ley del País Vasco 7/2015—¹⁶.

¹¹ En este sentido, cabe mencionar a modo de ejemplo el Auto de 3 de diciembre de 2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que compele a los padres a que acudan a un mediador para dirimir sus diferencias. También el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón 22 de junio de 2010.

¹² *Vid.* GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2007): «La ejecución forzosa de obligaciones de hacer y entregar cosa determinada en los procesos de familia y menores», en: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* —dirs. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María y GARCÍA CRIADO, Juan José—, Estudios de Derecho Judicial, Nº 147, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 116; y PÉREZ VALLEJO, A.M. (2009): «Conflictividad matrimonial y acuerdo para divorciarse. Propuestas para la implantación de la mediación familiar intrajudicial», *Actualidad civil*, Nº 16, p. 1897.

¹³ Como ha puesto de manifiesto MEDINA SUÁREZ, «La mediación debe ser siempre un proceso voluntario, pero para que dicha voluntariedad nazca es necesario el conocimiento de que existe la alternativa de la mediación, de ahí la importancia de estas sesiones». —*vid.* MEDINA SUÁREZ, I. (2016): «Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias», *Apuntes de Psicología*, Vol. 34, Nº 2-3, p. 279—. *Vid.* también: CRUZ GALLARDO, B. (2012): *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 1ª ed., pp. 140-141.

¹⁴ *Vid.* a modo de ejemplo: artículo 373-2-10 del *Code Civil* francés.

¹⁵ *Vid.* MORENO VELASCO, V. y GAUDET, J. (2009): «La problemática del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EEUU», *La Ley*, Nº 7179, tomo 3, p. 1.764; y AGUILAR CUENCA, J.M. (2005): *Con mamá y con papá...*, cit., p. 96.

¹⁶ También el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducir esta previsión. En concreto, la iba a incluir en tres preceptos: en el tercer punto



En cualquier caso, ninguna de las normativas anteriores prevé cuales serían las consecuencias de una hipotética negativa de las partes a asistir a una sesión informativa de mediación pese a la imposición del juez. Cuando ello ocurra, cabe entender que se continuará con el procedimiento judicial, pues debe garantizarse en todo caso el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁷ —*ex.* artículo 24.1 CE—. No obstante, considero que la negativa sí podría ser tenida en cuenta por el juez a la hora de resolver sobre las peticiones de las partes —salvo que acredite que existe alguna razón que desaconseja la mediación en el caso concreto—. Y es que, aquel progenitor que se niega a participar en mediación está mostrando una actitud negativa hacia el diálogo y dificultando la búsqueda de una solución consensuada al conflicto.

Por el momento, no está prevista expresamente en nuestro Derecho común la posibilidad de que el juez imponga a las partes la obligación de asistir a una sesión informativa sobre mediación. En aquellos supuestos en los que el matrimonio cuenta con hijos menores no emancipados, quizá podría hacerlo amparándose en el artículo 158.4 del Código¹⁸, que como sabemos le faculta para adoptar las decisiones que considere oportunas con objeto de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios, aunque, a mi modo de ver, resulta una interpretación algo forzada.

Cabría pensar también en la posibilidad de establecer la obligación de participar en una sesión informativa sobre mediación como una fase más del procedimiento judicial —con independencia de que el juez lo estime o no conveniente—, como viene proponiendo ya algún autor¹⁹.

Incluso no estaría de más reflexionar sobre la posibilidad de eliminar por completo el carácter voluntario de la mediación en los procedimientos de ruptura matrimonial, obligando a las partes a que acudan a un

del artículo 91 del Código Civil, tras la redacción que pretendía darle el artículo 1.2 del Anteproyecto; en el sexto párrafo del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la redacción que le hubiera dado el artículo 2.3 del Anteproyecto; y en el artículo 16 de la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, tras la redacción que pretendía darle el artículo 5.2 del Anteproyecto.

¹⁷ Vid. en este sentido: FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio*. goo.gl/hbKD8n (Fecha última consulta: 04/12/2017), p. 22.

¹⁸ Vid. en este sentido: ORTUÑO MUÑOZ, P. (2013): «La mediación en el ámbito familiar», *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 29, p. 7.

¹⁹ Vid. PÉREZ VALLEJO, A.M. (2009): «Conflictividad matrimonial y acuerdo para divorciarse...», *cit.*, p. 1904.





número mínimo de sesiones²⁰. Ello puede ser especialmente recomendable cuando existan hijos menores que puedan verse afectados por la ruptura del matrimonio. Y es que, el mantenimiento de su carácter voluntario supone otorgar un derecho de veto al progenitor que no quiera moverse de su posición de desacuerdo²¹, aun en aquellos casos en los que quede patente que la participación de los padres en un proceso de mediación es lo más conveniente al interés superior del menor. No en vano, si partimos de que el principio *favor filii* debe presidir cualquier decisión que se adopte en Derecho de familia y que no debe claudicar en favor de cualquier otro interés —por legítimo que este sea—, no tiene mucho sentido supeditarlo a que uno u otro progenitor esté o no de acuerdo con participar en un procedimiento de mediación familiar. Lo que sí debe excluirse en todo caso es la posibilidad de forzar a las partes a continuar con el proceso si no lo desean o a alcanzar un acuerdo²² —aunque la actitud de cada una de las partes en el proceso de mediación podrá ser también tenida en cuenta por el juez—.

El único avance en este sentido lo encontramos en la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que recoge un supuesto en el que será obligatorio para las partes someterse a mediación: cuando así lo hubieran pactado antes de producirse la ruptura —*ex.* artículo 6.1 Ley 7/2015—. Cabe entender que el instrumento que utilizarán para plasmar

²⁰ Ello no supondría una situación nueva en nuestro Derecho sustantivo, ya que por ejemplo en el ámbito de los procesos laborales se establece preceptivamente la necesidad de celebrar un acto de conciliación con anterioridad a la interposición de acciones judiciales —*vid.* artículo 63 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social—.

²¹ *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.P. y OTERO CRESPO, M. (2006): «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005», *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 8, p. 98.

²² *Vid.* GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M.P. (2004): «La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares», *Portularia: Revista de Trabajo Social*, Vol. IV, N° 2, pp. 261-268; VIVAS TESÓN, I. (2005): «La guarda y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente», en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* —coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos—, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, N° 27-29, El Derecho, Madrid, p. 759; ORTUÑO MUÑOZ, P. (2013): «La mediación en el ámbito...», *cit.*, p. 8; y ARGUDO PÉREZ, J.L. (2013): «Mediación familiar y relaciones entre padres e hijos», en: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* —coords. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio—, Institución Fernando el Católico, p. 277.



dicho acuerdo será un pacto prematrimonial o posmatrimonial²³. Incluso cabría pensar en la posibilidad de incluir dicho acuerdo dentro de las capitulaciones matrimoniales, si bien en este caso sería necesario que reuniera las formalidades que nuestra normativa exige para éstas. Además, el artículo 5.3 de la Ley del País Vasco 7/2015 prevé la posibilidad de que el propio convenio regulador recoja el compromiso de las partes de someterse a mediación para resolver las distintas disputas que surjan en la aplicación e interpretación del mismo.

Es cierto que puede ocurrir que, llegado el momento, alguna de las partes se niegue a participar en el proceso u obstaculice la posible consecución de un acuerdo. Se trata de un hecho que, de nuevo, deberá ser tenido en cuenta por el juez en la decisión que adopte. Obviamente, ello será así siempre que no concurren circunstancias que hagan desaconsejable la mediación en el supuesto concreto, en cuyo caso quedará justificada la negativa de las partes (o de una de ellas) a participar en el proceso de mediación. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en los que existe violencia de género, en los que la mediación está expresamente excluida por la normativa vigente²⁴.

²³ En este sentido, el artículo 4.4 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, admite expresamente la posibilidad de que los pactos en previsión de ruptura recojan el compromiso de las partes de someterse a mediación con anterioridad al ejercicio de acciones judiciales.

²⁴ En el marco comunitario, ya en la Recomendación R (98) sobre Mediación familiar se consideró inadecuado acudir a mediación familiar cuando existiera violencia doméstica o cuando uno de los cónyuges amenazara la seguridad del otro. En concreto, recogió a esta cuestión en su Exposición de Motivos: «*Los Estados desearían quizá limitar la utilización de la mediación familiar a algunas circunstancias con el fin de evitar injusticias o proteger a uno o más miembros de la familia. Las investigaciones ponen de manifiesto que la mediación puede revelarse inadecuada cuando se producen incidentes de violencia doméstica o cuando uno de los cónyuges amenaza la seguridad del otro. Las discusiones que tienen lugar en el procedimiento de mediación deberían siempre desarrollarse en una atmósfera de seguridad, en ausencia de todo temor a represalias y de toda intimidación*». En nuestro Derecho común, esta prohibición se recoge en el quinto apartado del artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en la redacción que dio al artículo 87.ter.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. También el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia también pretendía excluir expresamente la mediación familiar en aquellos supuestos en los que existiera violencia de género —*vid.* artículo 5.1 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al artículo 2.2 de la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles—. En el ámbito



III. CONCLUSIONES

En conclusión, creo que sería conveniente replantearse el alcance del principio de voluntariedad en la mediación y redefinir sus límites, al menos en materia de Derecho de familia, y más concretamente en los procesos de ruptura matrimonial. Aunque no cabe obligar a las partes a continuar con un proceso de mediación que por cualquier motivo haya resultado fallido y desde luego tampoco a que alcancen un acuerdo a través de esta vía, creo que compelerles a asistir a una sesión informativa o incluso a un determinado número de sesiones podría suponer un importante avance en la promoción de esta figura, así como una oportunidad para que muchas rupturas matrimoniales puedan resolverse de mutuo acuerdo en vez de verse abocadas a acudir a la vía contenciosa.



autonómico también se excluye la mediación familiar en los supuestos de violencia de género. A modo de ejemplo, el Código del Derecho Foral de Aragón recoge esta cuestión en el quinto párrafo de su artículo 78 y el Código Civil de Cataluña en su artículo 233-6.1.





INTERVENCIÓN SOBRE EL MENOR MAYOR DE CATORCE AÑOS MEDIANTE DERIVACIÓN JUDICIAL A MEDIACIÓN FAMILIAR EN ARAGÓN: A PROPÓSITO DE UN CASO REAL

M^a PILAR HERNÁNDEZ BLASCO
Abogada REICAZ y mediadora

Resumen: *A propósito de un caso real, en el presente trabajo se pretende analizar las cuestiones jurídicas que plantea la intervención de los menores mayores de catorce años en Aragón, quienes absorben la mayor parte de los conflictos en los procesos sujetos a mediación intrajudicial y derivación. En especial, ¿es necesaria su previsión legislativa?*

Palabras clave: *mediación intrajudicial, mediación familiar, menor mayor de edad aragonés, derivación*

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Resolución Judicial y Derivación. IV. Supuesto de Hecho. 1. Mediación Intrajudicial. 2. Derivación CAIF. V. Conclusión. VI. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación parte de las reflexiones, desde el ejercicio de la profesión de la abogacía, suscitadas cuando la problemática familiar, que se ventila ante los juzgados y tribunales, descubre la vigencia de conflicto fundamentalmente relacionales, cuyos protagonistas son los hijos menores de edad con sus progenitores, custodios o no, con la peculiaridad, en el ámbito concreto de Aragón, y que son mayores de catorce años, quienes absorben, por razón de su edad la mayor conflictividad.



II. ANTECEDENTES¹

Partimos del siguiente escenario. Matrimonio con dos hijos menores de edad, suscribe en el año 2009 convenio regulador estableciendo un sistema de guarda y custodia compartida a favor de sus dos hijos. La hija, de 8 años y el hijo de 7 años de edad, alternan su convivencia semanal en el domicilio de cada uno de sus progenitores. Todo transcurre normalmente hasta el establecimiento por el padre de una nueva relación sentimental, constituyendo una nueva unidad familiar reagrupada, pasando a convivir los hijos con los hijos de la pareja del padre en el año 2014. En el año 2016, los niños, de 14 años y 12 años, respectivamente, ante las dificultades de relación existentes, que dificultan la convivencia los menores deciden, cesar el sistema compartido de guarda y custodia, pasando a convivir con la madre en exclusiva. Los hijos reclaman la restauración del sistema de guarda compartida que fracasa escasos días después de reanudarse. Los hijos solicitan de su madre la fijación definitiva de un sistema de guarda individual, bajo las razones que en su caso, expondrán ante el Juez. No hay relación padre e hijos.

Tras el fracaso de una solución extrajudicial previa, se plantea por la madre una demanda de modificación de medidas definitivas para la modificación de la atribución de la guarda a favor de la madre y el establecimiento de un sistema de estancias y visitas con el padre libre. Dada la urgencia de dotar la estabilidad y prevenir problemas o controversias, dado el incumplimiento de lo pactado en su día en el convenio regulador, se acordó la petición de medidas provisionales coetáneas a la demanda principal de la modificación de medidas.

Sustanciado el proceso de medidas provisionales, se acordó la práctica de la exploración de los hijos menores que comparecieron ante SS^a. Tras la celebración de la vista, se dictó auto de medidas provisionales en el que se acordó:

«1) Atribuir la guarda y custodia de forma provisional de los dos hijos comunes a la madre de forma individual con mantenimiento de la autoridad familiar compartida por ambos progenitores. 2) No establecer régimen de visitas y estancias entre padre e hijos que serán las que libre y voluntariamente pacten entre ellos. 3) Como contribución a las cargas familiares y alimentos para los hijos (...).»

En la fundamentación del mismo se aduce expresamente:

¹ Se omiten expresamente los datos concretos en aras de garantizar la confidencialidad de las partes intervinientes.





«En los procedimientos de familia, las decisiones respecto de los menores han de adoptarse siempre pensando en el interés de éstos, criterio de especial relevancia que ha de prevalecer en la resolución de las controversias entre los progenitores. Así lo proclama el artículo 7.2 del Código del Derecho Foral de Aragón.(...)».

Resultó esencial como medio probatorio la exploración de los menores (...) «El CDFa dispone en el artículo 6 el derecho del menor a ser oído antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona especialmente siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si es mayor de 12 años, debiendo especialmente atender a dicha opinión cuando como en el supuesto de autos ya se cuenta con la edad de 14 años, por parte de la hija y el hijo le faltan unos meses para ello, a quien en nuestra normativa foral se le atribuye capacidad para diversas cuestiones. Ahora bien ello no significa, que pese a contar con su opinión tenga que resolverse siempre y en todo caso de conformidad con la misma ya que el artículo 76 del texto legal citado también señala que en los supuestos de ruptura de la convivencia de los progenitores, toda decisión resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos. No se aprecia en este supuesto por los argumentos dados que derivan fundamentalmente de las amplias explicaciones dadas por los menores en las actas de exploración, contradicción o conflicto entre el deseo de los mismos y lo que sea más beneficioso en su propio interés, (lo que no siempre es coincidente en los niños) ya que no desean mantener el régimen de custodia compartida que en su día se estableció dados los numerosos problemas de relación y convivencia que han surgido en estos últimos años en el domicilio paterno. Se tuvo una apreciación personal, objetiva y directa por parte de este juzgado y del Ministerio Fiscal de la problemática existente entre padre e hijos, así como de su clara voluntad de no tener interés en regresar al régimen anterior que como mencionaron se les ha venido haciendo insoportable. Mostraron ambos menores sentido común, madurez y buen juicio argumentando sus razones y explicaciones sin que desde luego se apreciará atisbo alguno de manipulación o alienación o influencia negativa por parte de la progenitora en su decisión sino simplemente una transmisión personal de sus sentimientos y de las vivencias tenidas en el domicilio paterno por lo que debe alcanzarse la conclusión de que *no pueden ser forzados con la edad con la que cuentan a convivir con el progenitor* dadas las circunstancias, y porque ello se ha de presentar como más contraproducente que otra cosa, siendo que además se tienen serias dudas de que cualquier otra medida fuera a ser cumplida por los mismos. Aunque la voluntad del menor no



es en sí un determinante para guiar la actuación de sus progenitores, tampoco esta puede desconocerse, sobre todo cuando se superan los 14 años máxime cuando en Aragón se regula una semilibertad del menor, mayor de esta edad a todos los niveles, tanto de disposición de sus bienes, como de relaciones en el tráfico jurídico, sujeta a un simple complemento de capacidad, conforme prevén los artículos 23 a 29 del CDFa lo que en lógica coherencia también lleva a apreciar con igual valor su opinión».

Durante la sustanciación de la Pieza de Medidas Definitivas se solicitó la derivación por el padre a Mediación Intrajudicial. Sin suspensión del procedimiento, se convocó a ambas partes a la Sesión Informativa. Por parte del Mediador se excluyó del proceso de Mediación a los hijos, ambos, tanto el menor de edad como el menor mayor de catorce años, siendo esta una cuestión planteada por la madre, por entender que son los que sustentan el conflicto.

III. RESOLUCIÓN JUDICIAL Y DERIVACIÓN

La Sentencia dictada en la Pieza Principal de Modificación Medidas, ratifica el contenido del Auto de Medidas Provisionales y establece en su fundamentación: (...) manteniéndose íntegramente la situación que dio lugar al procedimiento, produciéndose si cabe un empeoramiento de la relación entre padre e hijos al no haber existido la misma con ausencia de contactos personales y sí únicamente tres intercambios de mensajes en los que los menores refieren a la petición del padre no querer quedar con el mismo, de manera que no cabe sino elevar a definitivas y por tanto de forma permanente la atribución de la custodia de los hijos a la madre. Tal y como se indicó en el acto de la vista *resulta triste la situación actual existente* pero en modo alguno la misma habrá de resolverse imponiendo a los menores un régimen de visitas siquiera mínimo de un fin de semana al mes, una tarde a la semana y mitad de las vacaciones como así se interesó, ya que ello podría contribuir a enrarecer todavía más el estadio en el que se encuentra la comunicación entre los afectados y por la edad de los hijos tampoco con el mínimo interesado se garantizaría ni mucho menos su cumplimiento pues es evidente que si su voluntad en este momento es firme no habrá de doblegarse por imposición judicial. Resulta mucho más adecuado acudir a otras vías de entendimiento y que como ya se dejó entrever en el acto de la vista pasaba por el *sometimiento de todos los miembros de la familia* una intervención con profesionales preparados para



poder reconducir una relación que hoy parece rota y que habrá de llevarse a cabo en el CAIF. Éste y no otro es el modo de poder paliar la situación.

La parte dispositiva de la citada Sentencia establece:

«A los efectos de restaurar la relación entre padre e hijos las partes y estos últimos se someterán a la intervención del CAIF (Centro de Atención Integral a las Familias), con el que se pondrán en contacto inmediato, en el plazo de TRES DIAS a contar desde el dictado de la presente resolución».

IV. SUPUESTO DE HECHO

4.1. Mediación intrajudicial

¿Por qué no pueden formar parte del proceso de Mediación los menores y en especial el menor mayor de catorce años? No existe una respuesta con plena seguridad jurídica para los sujetos del proceso de mediación, en especial el mediador. La Convención de los Derechos del Niño (ONU 1989) en su artículo 12.2 ampara el derecho del niño a ser oído. En España se hace referencia a «dar voz» a los niños sin entrar en materia, así lo recoge la Ley Orgánica del menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (artículo 9.1.), contemplándose igualmente dentro del proceso judicial de ruptura matrimonial, (artículo 92.2)²; en Aragón, igualmente se prevé en el artículo 6 CDFa el reconocimiento del derecho del menor a ser oído «antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y en todo caso si es mayor de 12 años» y su trasposición dentro del proceso judicial 76.4 del CDFa, como contempla la resolución judicial de nuestro supuesto.

Sin embargo, dentro del propio proceso, tras la derivación intrajudicial al proceso de Mediación, la salvaguarda del artículo 9.1. LO 1/96 de Protección del Menor carece de eficacia, y ello al amparo de lo dispuesto en la propia Ley 9/2011 de 24 de marzo de Mediación familiar de Aragón. La Mediación familiar en Aragón tiene por objeto «conflictos derivados tanto de rupturas como de cualquier otra problemática de carácter familiar» (artículo 1), siendo susceptible de ser mediado, cualquier conflicto familiar surgido en el ámbito del Derecho Privado (artículo 5) en la que

² Sentencia de 11 de octubre de 2016 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



también incluye, como en nuestro caso, las «*controversias relacionadas con el ejercicio de la autoridad familiar, o en su caso, patria potestad, y del régimen de guarda y custodia de los hijos*» (artículo 5.2 d). El alcance de la mediación podrá versar de *cualquiera materia de Derecho privado susceptible de ser planteada judicialmente*. Conceptualmente los problemas más frecuentes de los menores mayores de catorce años, son mediables, sin embargo, en el desarrollo del proceso de mediación, la Ley 9/2011 de 24 marzo, en todo momento habla de *partes* (artículo 13.1.a), b), artículo 14 o artículo 16.1) circunscritas dentro del proceso judicial y como tal, en posición activa —demandante (en nuestro caso la madre)— o pasiva —demandado (el padre) —art 10 LEC.

Como se observa, aún cuando el objeto de la resolución del conflicto tiene como factor nuclear una relación paternofilial se priva de participación a una de las partes sujetas del conflicto, incluso aun cuando tenga *sentido común, madurez y buen juicio*³ e incluso capacidad de obrar.

En el concreto supuesto examinado, dejando al margen al menor de edad, la hija menor mayor de catorce años, como aragonesa (artículo 14 y 15 del CDFDA), precisa y goza de una capacidad anticipada o ampliada⁴, por el que se le presume entender y querer para un acto concreto, mientras no se demuestre lo contrario —artículo 31 del Código Foral de Aragón. A dicha edad, el menor carece de representante legal, y por lo tanto, es él quien realiza por sí todo clase de actos y contratos, con la asistencia, en su caso de cualquiera de sus padres en el ejercicio de su Autoridad Familiar, (artículo 72 CFDA) o en su caso la Tutela (artículo 116 CFDA).

La sujeción a la autoridad familiar hace que les deba obediencia como cualquier menor, el mantenimiento del deber de crianza y educación de los hijos combinado con la semilibertad, y «*un menor en aprendizaje*⁵» en el ejercicio de sus derechos de disposición⁶ donde se le atribuye la iniciativa y la capacidad para llevar cualquier clase de contratos, siendo su voluntad la determinante y decisiva para consentir intromisiones en sus derechos

³ Resulta esclarecedor la experiencia recogida por el Profesor Jesus A. Valero Matas. pag. 93-96.

⁴ La regulación de la capacidad del menor mayor de catorce años es una cuestión secular del Derecho Aragonés que se remonta De contractibus minorum, 1.247 y Fuero Un minor vigente annorum, 1.348.

⁵ Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho Civil Aragonés. Profesora M^a del Carmen Bayod López. Pág. 13.

⁶ Sentencia 12/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de junio de 2011, Sala de lo Civil.



de la personalidad con la única excepción de la apreciación de un grave riesgo (artículo 2.6. y 7 CDFA).

En consecuencia, entendemos que jurídicamente el menor mayor de catorce años en Aragón tiene capacidad procesal y capacidad de obrar suficiente, para su intervención dentro del proceso de Mediación si así lo desea, siendo válida la asunción de sus compromisos (artículo 16 y 19 LMA), con respeto de la voluntariedad por la afección de los derechos sobre su personalidad, siempre salvaguardadas las excepciones de apreciación de grave riesgo o perjuicio. No vemos obstáculo para su inclusión en el proceso⁷.

Cuestión distinta es el cómo se incorpora a estos «menores mayores» en el proceso y qué técnicas se estructuran para llevarlo a efecto, minorando los perjuicios que pudieran irrogarse⁸. Si el núcleo del conflicto es la relación paternofilial, sustraer de dicha relación a uno de los elementos nos abocaría a idéntica solución a la que se llegaría si fuera el Juez quien adoptara cómo, dónde y cuándo se relacionen padres hijos *es evidente que si su voluntad en este momento es firme no habrá de doblegarse por imposición judicial* o paterna.

4.2. Derivación al Centro de Atención Integral a las Familias (CAIF)

Ante un mandato judicial, ¿qué capacidad tiene el progenitor para compeler al hijo menor mayor de catorce años a «someterse a la intervención»? ¿Puede oponerse el menor mayor de catorce años? En el supuesto planteado, se dispone en el fallo de la Sentencia, el sometimiento de **todos** miembros de la familia a una intervención con profesionales preparados para poder reconducir una relación que hoy parece rota y que habrá de llevarse a cabo en el Centro de Atención Integral de las Familias⁹.

⁷ Técnicas: Trabajo simultáneo con padres e hijos o inclusión parcial del niño. Jesús Valero Matas pág. 94

⁸ El proyecto piloto neozalandés, referido ut supra, ha arrojado luz sobre la idoneidad de la participación de los menores apreciando que reduce el conflicto familiar y proporciona la triangulación de las relaciones entre los menores y sus progenitores o tutores, siendo el mediador un agente facilitador y dinamizador de acuerdos (...) atenuaron las consecuencias hasta en un 40%. La intersección de las demandas y necesidades de las partes en conflicto, coadyuvó a alcanzar una resolución satisfactoria. Jesús Valero Matas pág. 95

⁹ Toda la información de este recurso en www.apefa.es. Asociación Punto de Encuentro Familiar de Aragón.



La intervención del CAIF según refiere «*introduce una lógica positiva en la resolución de los conflictos familiares, centrada en alcanzar acuerdos y compromisos ante situaciones de separación o divorcio, crisis de comunicación, discrepancias intergeneracionales y otros problemas de convivencia*» es decir, aún cuando no se nomine como un proceso de mediación, *de facto* se desarrolla como tal. Otro matiz más coercitivo sin embargo tiene otros supuestos de derivación desde órganos judiciales como el «coordinador de parentalidad»¹⁰.

Sentado lo anterior, nos encontramos ante un mandato judicial, por ende, de obligado cumplimiento (artículo 117.2 Constitución Española y artículo 2.2. Ley Orgánica del Poder Judicial), bajo apercibimientos civiles (artículo 149 LEC) o penales (artículo 556 Código Penal) en caso de incumplimiento que se dirigen a las partes del proceso (madre y padre) y la obligación que extiende a ambos hijos con diferente capacidad.

Los progenitores deben acudir a dicho recurso. El hijo menor de catorce años, deberá acudir por deber de obediencia y sujeción a la Autoridad Familiar, sin que quepa objeción alguna. No hay duda al respecto. Sin embargo, ¿qué ocurre si el menor mayor de edad no quiere aceptar la intervención sobre cuestiones que afectan al ámbito de los derechos de su personalidad e intimidad como es si ha de relacionarse o no con su padre?

Como hemos señalado debe guardar deber de obediencia a sus padres y se le podría compeler a acudir, sin embargo, más allá de una obligación de carácter «moral o formal» el progenitor, en este caso que ostenta la guarda, se ve en una coyuntura complicada si no existe colaboración del menor mayor de catorce.

Si no acude, siquiera no colabora, en la participación de este proceso, la situación jurídica en la que queda el progenitor que tiene la guarda, queda pendiente de lo que estimen oportuno informar al Juzgado desde el CAIF o por el otro progenitor.

¹⁰ *La coordinación de parentalidad es un proceso alternativo de la resolución de disputas centrado en los niños/as en virtud del cual un profesional de la salud mental o del ámbito jurídico con formación y experiencia en mediación, asiste a progenitores en situación de alta conflictividad e implementar su plan de parentalidad, ayudándoles a resolver oportunamente sus disputas educándolos con respecto a las necesidades de sus hijos/as y —previo consentimiento de las partes y/o juzgado— tomando decisiones en base a los términos y condiciones establecidos por la resolución judicial, o por el acuerdo de designación del/la coordinador/a de parentalidad.* Fuente: Association of Family and Conciliation Courts de EEUU, 2005 Traducción del Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña 2013.



Hemos de partir de que el *juez a quo* parte del criterio de que el mantenimiento de relaciones paternofiliales entre padre e hijos es informada por el *favor filii*, sin embargo el contenido propio del mandato, *restaurar la relación entre padre e hijos las partes*, fricciona, al menos desde el punto de vista formal, con conceptos esenciales de la libertad individual y la capacidad de obrar del menor mayor de edad ya que no podemos incluir esa relación paternofilial, al menos a nuestro entender dentro de una situación de riesgo, desamparo o peligro para el menor (artículo 2.6 y artículo 7 CFDA).

Al menor mayor de catorce para sustraerse de la derivación, le cabe emanciparse (artículo 30 CFDA) que le permitiría plena libertad y a su progenitor custodio le liberaría de las responsabilidades civiles o penales que pudiera incurrir al gozar ya de la condición a todos los efectos de la plena capacidad.

V. CONCLUSIÓN

Existe un vacío legal que afecta a los aragoneses menores mayores de catorce años, cuando se dirige una intervención frente a ellos, bien sea desde la mediación intrajudicial u otras figuras de derivación que suponen una intervención en las relaciones familiares. La protección de la familia pasa por la resolución del conflicto, y por hacer partícipes a los protagonistas en la construcción de su solución y si no quieren, creemos es el ejercicio de su libertad y su voluntad desde su capacidad, eje de nuestro Derecho Histórico, que en coherencia, debe informar su participación en la vida familiar. Es pues necesario prevér su inclusión en estos procesos y dotar de seguridad a los partícipes del proceso.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAYOD CARMEN, M^a DEL CARMEN. «Algunas Cuestiones Prácticas en Materia de Derecho Civil Aragonés». <http://estatuto.aragon.es/sites/default/files/CUA-DERNO-FORAL-Bayod.pdf>
- DÍAZ CAPPÀ, JOSÉ. «Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación» http://weib.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_jdiazcappa.pdf
- PARRA LUCÁN, M^a ÁNGELES. Manual de Derecho Civil Aragonés 2^a Ed 2006. Páginas 115-197. Edita El Justicia de Aragón.



M^a Pilar Hernández Blasco

RODRÍGUEZ DÁVILA, M^a DOLORES y SOTO ESTEBAN, RAÚL. «El Coordinador de Parentalidad. Una Propuesta desde dentro. Psicopatología Clínica Legal y Forense». Vol. 15, 2015, pp 171-187 ISSN 1576-9941. <http://masterforense.com/pdf/2015/2015art11.pdf>

VALERO MATAS, JESÚS A. «*La inclusión de los menores en el proceso de mediación familiar: Reflexiones desde el Caso neozelandés*» RIPS, ISSN 1577-23X. Vol. 9, núm. 1, 2010 pag. 93-96 https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/8390/pg_091-102_rips9-1.pdf?sequence=1





EL ACCESO A LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

VANESA MARTÍ PAYÁ

Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza

Resumen: *El presente trabajo centra su atención en determinar cómo, cuándo y con qué requisitos puede adquirirse el acuerdo de mediación eficacia ejecutiva. Ello implica que ante el incumplimiento del acuerdo por una de las partes quede expedita para la otra la vía judicial. Este proceso se podrá evitar o ponerle fin anticipadamente dependiendo de si el acuerdo es fruto de una mediación intraprocésal o extraprocésal. En el primer caso, será suficiente homologar el acuerdo convirtiéndose el auto que lo contiene en título ejecutivo judicial. De no existir proceso judicial, el acuerdo deberá elevarse a escritura pública convirtiéndose en título ejecutivo extrajudicial.*

Sumario: I. La eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación. 1.1. La elevación a escritura pública del acuerdo de mediación. 1.2. La homologación judicial del acuerdo de mediación. II. Bibliografía.

El origen de la mediación nace de la libertad de los ciudadanos para pactar y se sustenta en la autonomía de la voluntad de las partes. Se concibe como un método alternativo de resolución de conflictos donde un tercero imparcial aproxima y conduce a las partes para que a través del diálogo¹ consigan elaborar sus propios acuerdos y obtener una solución de la controversia pacífica, satisfactoria y vinculante para todas ellas. En España, la cultura de la solución extrajudicial de conflictos en lo que a

¹ Se trata de acercar a las partes para que se comuniquen y sean capaces de identificar y gestionar el conflicto (imaginar posibles soluciones), transformando las posiciones (lo que dicen que quieren) en intereses (lo que realmente quieren) y necesidades (lo que de verdad necesitan).



las relaciones entre particulares se refiere², no ha adquirido especial protagonismo hasta estos últimos años (salvando el ámbito de los conflictos familiares donde se practica asiduamente tanto dentro como fuera del proceso jurisdiccional). En mi opinión, la mediación ni es la panacea para resolver todo tipo de conflictos en materia de derechos dispositivos ni tampoco tiene como fin sustituir la importante labor que llevan a cabo los tribunales.

¿Qué debería mover el uso de la mediación?³ Para empezar, se trata de un procedimiento de sencilla tramitación y corta duración en el que no solo se pretende conseguir una mayor celeridad a la hora de solucionar cierto tipo de controversias; sino que además, al mismo tiempo que se soluciona el conflicto, se «educa» a las partes para que en el futuro tengan autonomía suficiente para enfrentarse a situaciones similares (desapareciendo así de la órbita del juez los conflictos de menor entidad) para terminar conduciéndonos a una cultura de paz social que es por lo que aboga nuestra norma suprema.

El pensamiento de que la finalidad última de la mediación es —si resulta exitosa— reducir la carga de trabajo de los tribunales (con la consecuente minoración del gasto para la administración de justicia) no es acertado; aunque sí es cierto que pueda ser esa una de sus posibles consecuencias. Digo posibles porque, aunque la mediación es concebida como un método alternativo a la jurisdicción, mediación y proceso civil no son en caso alguno excluyentes⁴. Y es aquí donde cobra sentido la posibilidad de hablar de mediación intrajudicial entendida como la derivación que plantea el juez para que las partes consigan solucionar su conflicto en otro entorno y por ellas mismas pero con consecuencias y efectos dentro del propio proceso.

² Aunque el arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos consolidado, en muchos de los casos los litigios que en él se resuelven tienen como parte a personas jurídicas en relaciones comerciales.

³ Como dato diré que la ONU cuenta con más de una decena de mecanismos cuyo objeto es la resolución de conflictos a través de estos medios, siendo los más utilizados: la negociación, el arbitraje y la mediación algunos de los cuales aparecen expresamente mencionados en el artículo 33.1 de la Carta de Naciones Unidas.

⁴ A diferencia del arbitraje, donde optar por él implica perder la oportunidad de acudir a un proceso declarativo en el que un órgano jurisdiccional resuelva el litigio.



I. LA EFICACIA EJECUTIVA DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

El proceso de mediación que logra su cometido termina con la firma del acuerdo por el que las partes se obligan a cumplir lo contenido en él⁵. Su redacción debe comprender de forma clara los términos de lo acordado por las partes en un lenguaje comprensible para estas pero sin olvidar la inclusión de los términos legales básicos⁶ para que pueda después ser homologado por el juez o elevado a escritura pública por el notario según se trate de una mediación intrajudicial o extrajudicial, respectivamente. Dado que el acuerdo es propuesto por las propias partes, debería cumplirse sin problema. Sin embargo, la realidad es otra: que algunos acuerdos de mediación terminen por no cumplirse es una posibilidad real y, como tal, es necesario prever qué ocurre y qué podemos hacer si esto sucede.

El acuerdo resulta vinculante una vez firmado y consignado en el acta final (artículo 22.3 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en lo sucesivo LMED)⁷. Sin embargo, todavía no está dotado de la eficacia jurídica necesaria para poder exigir su cumplimiento coactivo, como sí sucede con las resoluciones judiciales o los laudos arbitrales. Partimos de que se trata, *a priori*, de un documento privado y, por lo tanto, prima la voluntariedad de las partes de querer cumplir. En consecuencia, si una de las partes decide no seguir adelante e incumple (en todo o en parte) el acuerdo, la contraparte deberá instar ante los tribunales un proceso declarativo en el que se le reconozca la tutela pretendida. Esto significa que el acuerdo de mediación vincula a las partes contractualmente⁸; pero para poder efectuar forzosamente el cumplimiento

⁵ En algunos casos, se realiza una etapa posterior al acuerdo destinada al seguimiento posterior o monitoreo en la que se comprueba que los acuerdos se llevan a cabo.

⁶ La negativa generalizada de que los acuerdos de mediación no revistan un formato jurídico *stricto sensu* es debido al hecho de que su redacción debe ser lo más fidedigna posible y, puesto que estos son decididos por las partes, son ellas quienes marcan el contenido que ha de darse. Ello no obsta para que el mediador lo supervise a los efectos de comprobar que nada de lo recogido sea ilícito. Pues, en última instancia, la responsabilidad pesaría sobre él si el acuerdo no fuera conforme a derecho (art.14 LMED).

⁷ Dictada con el fin de introducir en nuestro Derecho interno la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, del Parlamento europeo y del Consejo, que regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Con ella se abrió la puerta al ejercicio de la mediación circunscribiendo su aplicación al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil y dotándole de una formalidad en estos ámbitos que hasta entonces no tenía.

⁸ Esta característica obliga a las partes a pasar por los tribunales en el caso de que lo que alguna de ellas pretenda sea la nulidad de propio acuerdo (artículo 23.4 LMED).



coactivo de lo pactado en él en caso de que alguna de las partes no lo realizase de forma voluntaria o, lo que es lo mismo, para poder instar la ejecución, sería necesario pasar previamente por un proceso declarativo por el que se condene al cumplimiento del acuerdo a quien no lo hizo; y en caso de que el condenado tampoco cumpla con la resolución resultante de aquel, esta se convierta en título ejecutivo judicial necesario y suficiente para instar la acción ejecutiva. Porque el acuerdo de mediación sin más no sirve de título ejecutivo.

Sin embargo, no será necesario tener que pasar por ello si este mismo acuerdo de mediación fuera elevado a escritura pública (ex. artículos 23.3 *in fine* LMED y 517.2.2º LEC) u homologado por el juez (artículo 25.4 LMED) ya que, de ser así, constituiría por sí mismo título ejecutivo. Por lo tanto, la eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación dependerá del documento que lo contenga. Que esto sea posible se debe a la voluntad del legislador europeo que ha querido situar los acuerdos de mediación al mismo nivel de eficiencia que las resoluciones judiciales y arbitrales o de los títulos ejecutivos extrajudiciales⁹. Y, por eso, el artículo 6.2 de la Directiva 2008/52/CE, recoge que, para adquirir el carácter ejecutivo, el contenido del acuerdo debe hacerse mediante una sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otras autoridades competentes, de conformidad con la legislación del Estado miembro que, en nuestro caso, recae en el aludido artículo 23.3 LMED, que recoge expresamente la necesidad de elevar el acuerdo a escritura pública.

1.1. La elevación a escritura pública del acuerdo de mediación

La facultad de elevar el acuerdo a escritura pública y convertirlo en título ejecutivo extrajudicial no es una formalidad ni una obligación por la que se haya de pasar tras la mediación; se trata de una opción en caso de querer protegerse ante un posible incumplimiento del mismo, pues la ley solo reconoce eficacia ejecutiva a los acuerdos de mediación que cuenten con dicho requisito (artículo 517.2.2º LEC).

Esta decisión puede ser tomada por ambas partes o bien por una de ellas aceptando la otra. Lo que me conduce a pensar qué sucede si una parte quiere elevar el acuerdo a escritura pública y la otra no. Esta hipótesis, considerando que venimos de una mediación donde el acuerdo satisface y es creado por las partes, no tendría por qué darse. Sin embargo,

⁹ BONET NAVARRO (2013): *Proceso Civil y Mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Ed. Aranzadi, págs. 151 y 153.



podría suceder, por ejemplo, que transcurrido un tiempo sin hacerse efectivo el acuerdo una parte quisiera elevarlo a público y la otra, en ese tiempo, hubiera fallecido y su sucesor no quisiera hacerlo. Por eso la doctrina aconseja elevar el acuerdo a escritura pública en cuanto se redacta y firma¹⁰ y no dejar nada al azar para evitar luego situaciones no queridas. En este supuesto comprobaremos, en primer lugar, si el acuerdo contiene una cláusula por la que las partes se hubieran comprometido a elevarlo a público. En cuyo caso, la parte que desea transformar el acuerdo de mediación en un documento público podrá demandar judicialmente a la otra (artículo 1279 CC) con el fin de obligarla a ello. Claro que aquí surge una contradicción: pues estaría instando un proceso declarativo para evitar otro. Porque la finalidad de demandar con base en la cláusula contractual que obliga a escriturar no tiene más razón de ser que conseguir la condena a elevar el acuerdo de mediación a escritura pública con el fin de estar protegido ante un posible futuro incumplimiento del acuerdo por la otra parte (porque, de ser así, tendría un título directamente ejecutable) y así evitar un proceso declarativo por incumplimiento de contrato. Empero estamos en una situación carente de sentido en tanto que no hemos conseguido evitar el proceso judicial porque, aunque no se ha instado un proceso declarativo cuya tutela fuera la condena al cumplimiento del acuerdo de mediación, sí hemos debido instar otro para exigir el cumplimiento de una cláusula del mismo acuerdo (que, aun llevándose a cabo, tampoco asegura que lo contenido en el acuerdo se cumpla).

Por lo tanto, en este caso ¿no sería mejor acudir directamente a un proceso declarativo cuando el sujeto haya incumplido realmente su parte del acuerdo¹¹ y donde obtendremos una sentencia de condena que constituirá también y por sí misma título ejecutivo (en este caso, judicial)? Si en ambos supuestos he de pedir auxilio a los tribunales, será más conveniente hacerlo cuando el peligro se haya materializado que pedirlo solo por el temor a que suceda habida cuenta que, en el primer caso, es mi única opción; mientras que, en el segundo, sigo teniendo otros medios de conseguirlo incluido el primero de ellos. Sin olvidar que, pese a estar obligada a escriturar, la parte compelida no aparezca el día del otorgamiento y no

¹⁰ CALATAYUD SIERRA (2012): *Proceso Civil...*, cit., págs. 198 y 199 y HERRERO PEREZAGUA, "Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo", en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2012, pág.12 Ed. Aranzadi.

¹¹ En este caso va sobre seguro porque el incumplimiento ha tenido lugar a diferencia del otro supuesto donde todavía puede ser que cumpla voluntariamente y no sea necesario nunca instar la ejecución.



pueda llevarse a cabo este o inclusive que termine cumpliendo de forma voluntaria el propio acuerdo. Es más, el hecho de instar un tipo u otro de proceso tiene como consecuencia que el título ejecutivo resultante sea judicial (sentencia condenatoria obligando al cumplimiento del acuerdo) o extrajudicial (sentencia que condena a elevar el acuerdo a escritura pública y es esta última la que se aporta como título ejecutivo).

En segundo lugar, si la negativa de una de las partes a elevar el acuerdo a escritura pública sucede sin existir cláusula alguna de sometimiento a pasar por ello, la doctrina especializada afirma que el artículo 25 LMED debe interpretarse a la luz de la Directiva 2008/52/CE (Considerando 19) que pretende que las partes puedan disponer de un título ejecutivo siendo este un derecho de cada parte y, por lo tanto, la otra u otras partes no pueden negarse a proporcionárselo¹². Ello implica que, en tanto en cuanto se trata de una facultad de cada parte solicitar la elevación del acuerdo a escritura pública, los demás no podrán negarle ese derecho y estarán obligados a ello. Por lo tanto, a esta situación debemos aplicar las mismas consecuencias e inconvenientes que los aludidos en el punto anterior: pese a existir el derecho, si una parte se niega a elevar el acuerdo de mediación a escritura pública, la vía que resta es la jurisdiccional, bien instando un proceso declarativo para obligarla o bien para exigir el cumplimiento del propio acuerdo.

Para elevar el acuerdo a escritura pública es necesario presentar al notario el documento en que conste el acuerdo, la copia del acta de la sesión constitutiva y la del acta final (artículo 25.1 *in fine* LMED). Con esta documentación, el notario, como fedatario público, no solo legitima el acuerdo sino también que este tuvo lugar a resultas de un proceso de mediación; con lo que debe comprobar también que el acuerdo es conforme a derecho y que concurren los requisitos legales¹³ que la LMED exige (artículo 25.2 LMED), dándole con ello un valor añadido¹⁴. De esta manera, el notario transforma el acuerdo de mediación en un documento público dotándole de eficacia jurídica y de fuerza ejecutiva. Esta posibilidad es la más rápida y habitual cuando la mediación se inicia por voluntad de las partes sin que exista previamente un proceso judicial. Pues si se

¹² CALATAYUD SIERRA (2012): *Proceso Civil...*, cit., págs. 198.

¹³ Cuando el acuerdo tenga lugar en otro Estado, también será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea, según prevé el artículo 25.3 LMED.

¹⁴ HERRERO PEREZAGUA, "Escritura y acuerdo", cit., pág.10.



trata de una mediación derivada de un proceso declarativo suspendido por la decisión de las partes de someterse a ella, lo que procede, en caso de llegar a un acuerdo de mediación, es la homologación de este por el tribunal, como a continuación expondré.

1.2. La homologación judicial del acuerdo de mediación

Cuando la mediación tiene lugar *pendentem litem*, la solución es otra. En lugar de elevar el acuerdo a escritura pública, el tribunal que conoce del asunto podrá homologarlo si así lo piden las partes (artículo 25.4 LMED y artículos 19.2 y 415.1.1º LEC) pasando a ser directamente ejecutable (ex. artículo 517.2.3º LEC).

La resolución que homologa el acuerdo —y pone fin al litigio— reviste la forma de auto (artículo 206.1.2º LEC) y adquiere el valor de un acuerdo o transacción conseguido en el seno del proceso (art.19.1 y 2 LEC). A este respecto, parte de la doctrina apunta que es la resolución jurisdiccional que aprueba el acuerdo de mediación y no el acuerdo privado homologado, lo que realmente tiene fuerza ejecutiva¹⁵. Diferente será la respuesta si la mediación no logró su fin, en cuyo caso, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión del proceso¹⁶ y se señale fecha para la continuación de la audiencia (ex. artículos 415.3.II LEC). La reanudación del proceso judicial tras el intento de mediación no repercutirá en las costas en tanto que la previsión del artículo 395.1.II LEC se debe entender, según López Sánchez¹⁷, circunscrita a los supuestos de mediación intentados antes de presentar la demanda.

¹⁵ BONET NAVARRO (2013): *Proceso Civil...*, cit., págs. 98, 158 y 159, porque: *El acuerdo de la mediación queda vinculado a un acto procesal de naturaleza constitutiva*.

¹⁶ Durante la pendencia de la mediación los plazos de prescripción o la caducidad de acciones se suspenden desde la fecha en la que conste la recepción de la solicitud de inicio de la mediación por el mediador (art.16LMED) o el depósito ante la institución de mediación (reanudándose el cómputo de los plazos si en quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva) y hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación, la firma del acta final o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en la LMED (art.4 LMED en relación con el artículo 8 *Directiva 2008/52/CE*). Así se ofrece una seguridad jurídica a las partes necesaria si tenemos en cuenta que en el ámbito jurisdiccional los hitos temporales marcan muy mucho lo que podemos hacer y hasta cuándo. Podría ser entendida como una garantía que motive a las partes a someterse a aquella en tanto que si fracasa, saben que siguen contando con el derecho a la tutela judicial de nuestros tribunales.

¹⁷ LÓPEZ SÁNCHEZ (2013): *Proceso Civil...*, cit., pág. 147.



Si no hay acuerdo en los sesenta días que como máximo permite la suspensión del proceso y ninguna de las partes solicita tampoco su alzamiento, el Letrado de la Administración de Justicia ordenará el archivo provisional de los autos, tal y como recoge el art.179.2 LEC. Gracias a este precepto podemos responder a una cuestión que el legislador parece obviar ¿qué sucede si la mediación dura más del tiempo previsto para la suspensión? La mediación seguiría su curso (artículo 4.III LMED) en tanto que los autos permanecerán archivados hasta la caducidad de la instancia o la solicitud de continuación del proceso, que podrá ir acompañada del acuerdo de mediación.

En último lugar, trayendo a colación el límite temporal, cabría preguntarse qué sucede con las actuaciones procesales que hubieran tenido lugar antes de solicitar la derivación a mediación o que tengan su propio *iter* temporal y exigencias procesales, como es el caso de las medidas cautelares (artículo 730.2 LEC). Es obvio que la prolongación en el tiempo de algunas medidas puede provocar una desigualdad a la parte que las sufre, tal que incluso podría verse forzada a llegar a un acuerdo solo por este hecho. Herrero Perezagua¹⁸, concluye que si la medida se acuerda y el proceso jurisdiccional aún no ha comenzado, el plazo para interponer la demanda se suspende; mientras que si se acuerda la medida estando pendiente el proceso (suspendido por haber solicitado las partes someterse a mediación) la situación de litispendencia se mantiene con el límite temporal de seis meses (art.731.1.II LEC).

II. BIBLIOGRAFÍA

- BONET NAVARRO, ÁNGEL (Director), CALATAYUD SIERRA, ADOLFO; HERRERO PEREZAGUA, JUAN F.; Y LÓPEZ SÁNCHEZ, JAVIER (2013): *Proceso Civil y Mediación. Su análisis en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Ed. Aranzadi.
- COSTAS RODAL, LUCÍA (2012): «La nueva Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil num. 7/2012*, Ed. Aranzadi.
- HERRERO PEREZAGUA, JUAN F. (2012): «Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo», *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2012*. Ed. Aranzadi.
- LAFUNTE TORRALBA, ALBERTO J., (2014): «La formación del mediador y el coste de la mediación: dos aspectos cruciales aunque menospreciados por la Ley

¹⁸ HERRERO PEREZAGUA, *Proceso civil...*, cit., págs. 70 y ss.



5/2012, de 6 de julio», *Il Diritto Patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, cap. IX. Ed. Cedam, Italia.

PARDO IRANZO, VIRGINIA (2014): «Tasas judiciales y ejecución del acuerdo de mediación», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 878/2014, Ed. Aranzadi.

PARDO IRANZO, VIRGINIA, (2013): «Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación ¿qué normas aplicamos?», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 856/2013, Ed. Aranzadi.







LA JUSTICIA RESTAURATIVA A LA LUZ DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA

MARÍA CRISTINA MARTÍNEZ SÁNCHEZ

Abogada y Mediadora. Profesora asociada de la Universidad de Zaragoza

Resumen: *La comunicación pretende exponer el nuevo escenario que con la introducción del Estatuto Jurídico de la Víctima puede tener la justicia restaurativa en nuestro país, la delimitación de un concepto compatible con nuestro sistema de justicia y las posibilidades de implementación a partir de la propia configuración de nuestro proceso judicial; una reflexión acerca de la necesidad de una implicación transversal de la sociedad en el avance hacia un concepto de justicia más humano que redunde en la pacificación de las relaciones en el seno de la comunidad.*

Sumario: I. El Estatuto Jurídico de la Víctima: nuevos horizontes de la justicia restaurativa. 1.1. La justicia restaurativa, ¿un derecho de las víctimas? 1.2. La justicia restaurativa desde el lado de las víctimas. El artículo 15 LEVD. Requisitos para su aplicación. 1.3. La Oficina de Asistencia a la Víctima y su incidencia en el desarrollo de la justicia restaurativa. II. Una propuesta de justicia restaurativa en el Derecho penal de adultos. 2.1. Desde el ámbito comunitario. 2.2. Desde el ámbito intrajudicial penal. 2.3. Integración de los acuerdos restaurativos en el proceso penal. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

I. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA: NUEVOS HORIZONTES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

El Estatuto de la víctima responde a una necesidad histórica en favor de las víctimas, como es la regulación en un mismo cuerpo legal de la asistencia integral necesaria para las víctimas con ocasión de la comisión de los delitos. El legislador con el fin de superar la dispersión normativa y su heterogeneidad, en un único cuerpo normativo pretende solventar la



necesaria protección integral de todas las víctimas en nuestro sistema de justicia penal¹.

La víctima ha estado tradicionalmente ignorada y ninguneada, nuestra maquinaria judicial se ponía en marcha cuando se cometían ilícitos penales, que se dirigían contra los presuntos responsables con la finalidad de proponer un castigo como respuesta a la vulneración del bien jurídico protegido, para cumplir con los fines de prevención general y especial de la pena, de este modo desalentar o amedrentar la delincuencia, y así preservar la paz y la seguridad. El proceso se dirigía contra el imputado, devenido más tarde en acusado, y una vez demostrada su culpabilidad condenado a pagar por el injusto cometido. En este proceso, la víctima era prácticamente invisible, lo fundamental era preservar el principio de presunción de inocencia y las garantías del reo, por cuanto que del resultado del pleito podía derivarse una condena privativa de libertad, y la pena impuesta por tanto, debía de contar con las máximas garantías. El papel de la víctima era instrumental en todo momento; antes del juicio, era utilizada para averiguar la autoría de los hechos; durante el proceso judicial, sus manifestaciones en fase probatoria podían ser consideradas prueba suficiente para una eventual condena del acusado; y después del juicio, su única vinculación con el caso se reducía a la colaboración judicial en su resarcimiento económico. ¿Dónde quedaban los deseos, las necesidades y las respuestas a las víctimas? ¿Dónde la necesidad de acogimiento, de reconocimiento y de atenciones mínimamente dignas ante el sufrimiento por el daño recibido?

La víctima fue desplazada por el estado liberal de derecho al asumir el *ius puniendi*, poniendo fin a la justicia privada, y legitimando el nacimiento de la justicia pública dimanante de la soberanía del pueblo. Pero en este proceso, se olvidó de conservar para las víctimas su papel de protagonista junto al reo, produciéndose así un proceso de neutralización de la víctima², que supuso la invisibilización y la relegación a un papel secundario en el que ha permanecido hasta hace bien poco.

¹ HERRERA MORENO, M. *La hora de la Víctima, Compendio de Victimología*. Ed. Edersa, Madrid, 1996, p. 270. BLÁZEZ PEINADO, M. D., "La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?" *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, septiembre/diciembre 2013, págs. 897-934

² Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 2009, págs. 108 y ss; LANDROVE DÍAZ, G., *La moderna Victimología*, Valencia, 1998, págs. 20-25. Gordillo Santana, L., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, 2007, págs. 39 y ss.



Los movimientos de defensa de los derechos de las víctimas surgieron ante la necesidad de dar respuesta a la voz de las víctimas, demandado un mayor protagonismo y una mejor respuesta a las satisfacción de sus necesidades. Por otra parte, los delitos no pueden concebirse si no es por la interacción víctima-infractor, para un mejor comprensión del fenómeno criminal, matizar la responsabilidad del autor o en la prevención del delito³.

¿Pero ha habido un cambio sustancial en cuanto al real protagonismo de las víctimas? ¿Se ha atendido a las verdaderas necesidades que demandan? La respuesta no es pacífica. Los cambios legislativos no siempre suponen un cambio real que permita una transformación de la realidad, sino que los cambios son lentos, y la adecuación de los medios necesarios para garantizar la protección integral a las víctimas es un proceso emprendido, pero de largo recorrido, donde además de medios económicos se necesita una implicación global de toda la sociedad.

Sin duda, uno de los cambios fundamentales que ha supuesto el Estatuto ha sido la ordenación en atención a la protección integral de las víctimas, entendiéndose por víctima a toda persona que haya sufrido las consecuencias de un delito, lo que equivale a un concepto amplio, que incluye no solo a las víctimas directas sino a las indirectas, como a los familiares y asimilados. El estatuto pretende ser *una respuesta no solo jurídica, sino también social a las víctimas, no solo reparadora en el marco del proceso penal sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral, que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal*, reza el Preámbulo de la ley. Por tanto, estamos ante una ley integral de protección a las víctimas, donde los fines son la restauración del daño y la protección integral a través de un catálogo general de derechos, procesales y extraprocesales.

En relación a la justicia restaurativa, el estatuto jurídico de la víctima abre las puertas a un nuevo concepto de justicia, un concepto de justicia que parte de una visión amable⁴ del ser humano como presupuesto antropológico, puesto que entre sus finalidades preside el concepto de humanización de la justicia. La justicia restaurativa parte de la premisa de que el

³ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima en el Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, 1998, pág.18

⁴ Vid. AGUILERA MORALES, M. «La mediación penal ¿Quimera o realidad?» En GARCILANDIA GONZÁLEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ H. *Sobre la mediación penal, posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español*, Ed. Aranzadi, 2012.



delito no constituye solo una infracción de la ley sino también una ruptura de las relaciones humanas y sociales, que debe enmendarse y restaurarse, más allá de la imposición del castigo que prescribe la norma penal.

Este cambio de concepción supone una ruptura con la concepción tradicional de la justicia, y en particular de la justicia penal, sin embargo no pretende sustituirla sino ofrecerle herramientas de transformación hacia una justicia más humana, que permita a las partes enfrentadas por un delito alcanzar un consenso, facilitando fines tan esenciales para la restauración como el reconocimiento del daño producido, la reparación o el perdón, que allanarán el camino hacia la convivencia y la paz social. La implicación de la comunidad en los procesos restaurativos, tanto en la respuesta al delito como en las medidas preventivas para su evitación, como puedan ser el abordaje de los conflictos con una perspectiva restaurativa desde el ámbito comunitario, provocarán una respuesta holística a las implicaciones del hecho delictivo más allá de las consecuencias directas que tienen tanto para la víctima como para el victimario.

El proceso restaurativo debe de distinguirse de los fines perseguidos o de los logros o acuerdos alcanzados. El proceso en sí mismo constituye un camino hacia la paz, la verdad y la restauración. De ahí que la justicia restaurativa no puede ser utilizada como medio para minimizar los efectos de las penas o de otro lado, para legitimar posiciones de venganza. La posición del mediador como garante del proceso debe velar por el adecuado uso y ejercicio del potencial restaurativo de cada proceso.

1.1. La justicia restaurativa, ¿un derecho de las víctimas?

Cuando el Estatuto de la víctima determina en su artículo 15 que *las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa en los términos que reglamentariamente se determinen*, se abren nuevas posibilidades de participación en el proceso a través de los mecanismos desarrollados por la justicia restaurativa. Hay que partir de la voluntariedad de los procesos restaurativos, y de que este signo constituye su arma más poderosa; la voluntariedad, a diferencia del carácter obligatorio de la aplicación del Derecho penal, permite a las partes enfrentadas por un delito, participar en un proceso flexible, que les permitirá abordar las implicaciones del hecho delictivo, reparar el daño producido y las medidas tendentes hacia la restauración. Del carácter voluntario del proceso depende en buena medida la efectividad y el cumplimiento de los acuerdos que se adopten, ya que no se trata de una imposición *ex lege*, sino de un consenso alcanzado fruto de un proceso de diálogo, donde cada parte pone al descubierto



sus necesidades y sentimientos, que hilvanados, han estado presentes en el desenvolvimiento del suceso, y que trascienden hasta el momento del encuentro restaurativo, con el objeto de sanarse, repararse, y poner fin al desencuentro o contienda acontecidos.

Los acuerdos alcanzados en el seno de la justicia restaurativa podrán modificar las consecuencias jurídicas derivadas del delito, modulando las penas, con la posibilidad de aplicar la atenuante de reparación del daño como cualificada o muy cualificada o la suspensión de la pena si se cumplen las condiciones exigidas en el artículo 84 CP una vez contraída la sentencia judicial. En otros casos, podrán constituir una verdadera alternativa al proceso penal cuando su respuesta haya satisfecho por completo la gravedad por el injusto cometido⁵. Sin embargo, en nuestro derecho, hay que partir de la escasa disponibilidad que tienen las partes en relación a la acción penal, ello derivado de la propia configuración del Derecho penal, existiendo un número muy escaso de delitos de carácter privado o semiprivado, por lo que los acuerdos de reparación estarán muy delimitados por las consecuencias jurídicas que se atribuyen en cada uno de los tipos penales. Aun a pesar de esa limitación, el margen de maniobra es lo suficientemente importante para que la víctima pueda encontrar una mejor respuesta a su problema y el victimario la oportunidad de enmendar y afrontar de la mejor manera las consecuencias de sus actos.

El artículo 15 LEVD reconoce, al igual que la *Directiva 2012/297* del Parlamento Europeo el acceso a los servicios de justicia restaurativa, en concordancia con las recomendaciones dadas por la Unión europea y la tendencia general de Naciones Unidas, a integrar en los sistemas jurídicos procesos restaurativos como la mediación, las conferencias o los círculos. Dicha regulación evidencia una diferencia significativa con las escasas incursiones que ha realizado nuestro legislador en los sistemas alternativos de justicia, refiriéndose a la mediación exclusivamente, lo que no obsta que otros procesos restaurativos puedan ser aplicados.

En consecuencia, con la regulación del Estatuto Jurídico de la víctima, deviene una obligación legal por parte del legislador español de crear servicios de justicia restaurativa, así como de prescribir una mínima regulación de la justicia restaurativa, en consonancia con las previsiones legales realizadas por sus homónimos europeos, que en muchos casos ya han adaptado sus legislaciones.

⁵ Vid. ESQUINAS VALVERDE, P. en «La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial de adultos», *Revista penal*, 2006, pág. 61.



En los últimos años la justicia restaurativa se ha venido desarrollando de una forma desigual pero progresiva en distintos lugares de nuestra geografía. Se han implantado servicios a través de convenios⁶ entre el Consejo General del Poder Judicial y los Colegios profesionales, o Asociaciones sin ánimo de lucro, donde los juzgados y tribunales pueden adscribirse de forma voluntaria. Se hace muy necesario la reforma y adaptación de nuestra legislación penal, especialmente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde debiera de regularse el encaje y la implementación de los sistemas restaurativos en nuestro sistema de justicia, para de esta forma otorgar certeza y seguridad jurídica, amén especialmente de los acuerdos alcanzados en virtud de los distintos procesos de mediación y de justicia restaurativa que se vienen realizando en la práctica.

1.2. La justicia restaurativa desde el lado de las víctimas. El artículo 15 LEVD. Requisitos para su aplicación

En primer lugar, hay que realizar una necesaria aproximación a la regulación que de la justicia restaurativa se recoge en el artículo 15 LEVD. Resulta curioso que las primeras alusiones a esta justicia se hagan en un Estatuto Jurídico de la víctima, sin haberse regulado en ninguna ley procesal específica. Si hablamos de procesos restaurativos como alternativos al proceso judicial, parece obligada una regulación específica sobre la materia, así como una necesaria adecuación de nuestra ley procesal penal, sin embargo nada se contempla al respecto, tan solo la mediación aparece nombrada en el artículo 84 CP al otorgarse virtualidad al acuerdo de reparación como presupuesto más favorable para obtener la suspensión de la condena. Lo que parece evidente es que nuestro legislador ha introducido la justicia restaurativa dentro del imperativo legal de transposición de la Directiva comunitaria del 2012 sin ningún ulterior desarrollo y con aparentes escasas intenciones de hacerlo. Las estadísticas en cambio, suman y revelan que los procesos restaurativos funcionan especialmente y de

⁶ El procedimiento se recoge en protocolos de actuación establecidos bajo el amparo del Consejo General del Poder Judicial; entre otros protocolos, el desarrollado entre el Gobierno de Aragón, el CGPJ y la Asociación ¿Hablamos? de Zaragoza de 19 de diciembre de 2012. El desarrollo de la experiencia práctica realizada por la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos y el Juzgado de lo Penal 209 de Madrid, los Juzgados de Instrucción 32 y 47 de Madrid, en RÍOS MARTÍN, J.C, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J.L., "Justicia Restaurativa y Mediación penal. Análisis de una experiencia" (2005-2008), *Revista Estudios Jurídicos*, 2008.



una forma más positiva en el ámbito penal, alcanzando cada vez más defensores dentro de los operadores jurídicos.

El artículo 15 LEV establece los siguientes requisitos para la aplicación de la justicia restaurativa:

a) *Que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad.* El reconocimiento de los hechos esenciales se configura como requisito previo⁷ para llevar a cabo un proceso restaurativo. Pero ¿cuándo debe producirse este reconocimiento? En mi opinión este reconocimiento de hechos no tiene que producirse en todo caso en sede judicial, sino que resulta suficiente que se produzca en el seno del proceso restaurativo. De esta forma el principio de presunción de inocencia quedará preservado para un hipotético caso de retorno al procedimiento judicial por no haberse alcanzado un acuerdo. El consentimiento formulado ante la víctima, en último caso, no presupondrá ningún juicio de culpabilidad, sin embargo será susceptible de provocar victimización secundaria en aquellos casos en que no se haya conseguido el acuerdo y deba retornarse al proceso penal. Ello no constituye una novedad, la institución de la Conformidad brinda la posibilidad de un acuerdo inter partes, que no siempre se alcanza y cuando deviene frustrado se da paso al juicio oral, abandonando la premisa anterior de presunta culpabilidad. Pero ¿acaso el proceso de mediación es semejante a una Conformidad? A mi juicio existe una diferencia fundamental, y es que normalmente, los procesos restaurativos conllevan un cara a cara entre víctima y victimario, mientras que el intento de acuerdo mediante una conformidad pactada puede realizarse sin la presencia de la víctima, por tanto las consecuencias del proceso restaurativo inciden muy directamente en las expectativas de la víctima, habiendo sido protagonista en primera persona del proceso; es por ello, que el papel del mediador resulte esencial como conductor del proceso, para anticipar en su caso la programación del encuentro restaurativo entre víctima y victimario solo cuando las expectativas de acuerdo se presupongan como muy favorables.

⁷ El criterio de TAMARIT SUMALLA, J., quien apuesta por un modelo intraprocesal de justicia restaurativa con un presupuesto de reconocimiento de hechos para derivar el asunto a mediación, entendiéndolo que la participación en estos hechos implica una asunción de autoría, frente al modelo de GONZÁLEZ CANO, en el que la participación del imputado en el proceso de mediación no implica asunción de autoría, por lo que no debería serle exigido el reconocimiento de hechos, ni como presupuesto para derivar el caso a mediación ni como contenido del acuerdo, en TAMARIT SUMALLA, J. «La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal» en *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Ed. Comares, 2012 pág. 72.



b) En último caso el mediador deberá de poner fin al proceso, velando por la protección de la víctima, en aquellos casos que se prevea una nueva revictimización precisamente por someter a la víctima a un proceso que presumiblemente vaya a resultar fallido.

c) *Que la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial.* El requisito del consentimiento tiene que ver con la propia esencia de esta justicia, como acto voluntario entre las partes. La regulación del consentimiento en el Estatuto adquiere el doble carácter de garantía y protección a la víctima dentro de su finalidad última, que es la protección integral de las víctimas de delitos.

Cuando el Estatuto habla de víctimas, no se refiere únicamente a la víctima directa, sino también a las víctimas indirectas, como familiares y asimilados. Esta definición amplia permitirá un mejor encaje de la mediación en aquellos supuestos de familiares afectados y del entorno social, como son los casos de Conferencias familiares y Círculos, donde la comunidad afectada por el hecho delictivo podría tener una mayor implicación.

El consentimiento puede ser revocado en cualquier momento, ello va íntimamente ligado al principio de voluntariedad que abarca desde el inicio al fin del proceso; por tanto en cualquier momento del proceso se le puede poner fin, lo que deberá hacerse con las máximas garantías de protección tanto para la víctima como para el victimario, a quien no cabrá atribuir una presunción de culpabilidad ligada al consentimiento en la participación.

El derecho de información a la víctima, incluye también la posibilidad de acceso a aquellos servicios de justicia restaurativa existentes, y viene contenido a su vez en el artículo 5.1 del LEVD dentro del derecho general a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes. Este derecho de información resulta llamativo en relación a la falta de previsión legal de un derecho a la información, en el mismo sentido del lado del investigado, especialmente con la falta de previsión tras la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la LO 5/2015, de 27 de abril y la LO 13/2015 de 5 de octubre.

d) *Que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima.* Esta previsión nos conecta nuevamente con el fin protector del Estatuto, que ya hemos apuntado, y que se corresponde con el de la propia directiva comunitaria, en su artículo 12, donde refiere a la *necesidad de protección a las víctimas en los contextos de aplicación de la mediación*, lo cual parece concebir a la justicia restaurativa un riesgo de generar victimización secundaria. Hay que matizar que el riesgo de producirse victimización secundaria está latente en igual o mayor medida



en el procedimiento judicial, donde la víctima vuelve a recordar una y otra vez lo acontecido, con las declaraciones para la averiguación de los hechos en la fase de instrucción o los interrogatorios que se vuelven a realizar en el juicio oral, con la duda de que finalmente el pleito finalice con una sentencia condenatoria.

Una de las garantías de un buen proceso restaurativo residen en la figura del mediador, que deberá tomar cuenta si el proceso puede estar siendo manipulado para conseguir otros fines; desde la posición de victimario, con el objeto de obtener una condena más favorable, o desde el lado de la víctima, para incrementar la reprochabilidad de la conducta más allá de lo legalmente admitido y lo socialmente razonable; el riesgo de victimización secundaria estará muy presente en cada una de las fases del proceso, evitándose toda medida que pueda conducir a la víctima a un nuevo sufrimiento consustancial al proceso.

La introducción de dicha cautela nos hace pensar en que la justicia restaurativa debe de estar sometida continuamente a evaluación, puesto que no se predica lo mismo del procedimiento judicial en ningún punto del articulado que lo regula. Por el contrario, debemos constatar que ya se han demostrado sus efectos positivos, materializándose en el alto porcentaje de acuerdos alcanzados en aquellos lugares donde se han establecido servicios de justicia restaurativa.

Debemos concluir que el riesgo de victimización secundaria no puede ser eliminado de forma absoluta, ni en la justicia restaurativa ni en la convencional, y que reveladoras son las respuestas de las propias víctimas que han participado en procesos restaurativos, que enfatizan sus beneficios positivos en contraposición a las críticas negativas vertidas respecto de la justicia convencional.

e) *Que no esté prohibida por la ley para el delito cometido.*

La justicia restaurativa es concebida mayoritariamente como una justicia de carácter *universal*⁸, es decir, no se excluye a priori ningún delito o tipología de delitos, sin embargo en la práctica, los distintos ordenamientos jurídicos determinan criterios de derivación⁹, que discriminan unos asuntos sobre otros, a tenor principalmente de la gravedad del delito, a la existencia de delitos anteriores, o incluso en algunos casos circunscri-

⁸ RÍOS MARTÍN, J.C. ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E. y otros, en *La mediación penal y penitenciaria, experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Ed. Colex, 2012.

⁹ BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011



biéndose únicamente a delitos de bagatela. La realidad contradice dichas previsiones pues curiosamente a mayor gravedad del delito de mejores resultados se nutre; ello tiene que ver frecuentemente con la mayor necesidad de resarcimiento que tienen las víctimas y a la mayor necesidad de encontrar respuestas a su sufrimiento, que el proceso judicial no consigue por sí solo desentrañar.

En nuestro país existe una única exclusión, que prohíbe el tratamiento de estos casos a través de la justicia restaurativa, son los supuestos de violencia de género; ello se deriva de la protección especial que revisten los supuestos de violencia machista, a la que se pretende excluir de toda permisividad o beneficio, según algunos detractores, pero fundamentalmente dicha exclusión viene determinada por la situación de *desequilibrio* existente entre la víctima y su agresor, especialmente en aquellos casos en los que existe una historia de maltrato y violencia. El Estatuto no menciona expresamente dicha exclusión referida a los supuestos de violencias de género, lo cual parece denotar que la intención del legislador era acotar una cláusula de salvaguarda para una regulación futura sobre la justicia restaurativa, y en particular sobre la mediación, ante la posibilidad de que el legislador pudiera optar por excluir determinados asuntos de su ámbito de aplicación.

1.3. La Oficina de Asistencia a la Víctima y su posible incidencia en el desarrollo de la justicia restaurativa

Tal y como hemos apuntado con anterioridad en esta comunicación, el artículo 15 LEVD preconiza la integración de la justicia restaurativa en nuestro sistema judicial, y ello obedece por un lado, a la adaptación que de la directiva 2012/29/UE realiza, donde se prevé este nuevo concepto de justicia, y por otro, a la objetivación de una realidad, y es que la justicia restaurativa en nuestro país tiene ya un cierto recorrido, si bien de una forma muy desigual e intermitente.

Al igual que la víctima demandó más presencia en el proceso judicial y una mayor protección desde todos los ámbitos, esta nueva justicia que le puede ayudar a encontrar la verdad, el reconocimiento y la reparación del daño sufrido, puede ser demandada por las víctimas, y precisamente el Estatuto de la víctima constituye un buen instrumento para dicho reconocimiento. El propio artículo 15 LEVD puede servir de trampolín para el fortalecimiento o implementación de nuevos servicios de justicia restaurativa y la Oficina de la Víctima puede ser un reclamo para la concesión e instauración de nuevos servicios, en aquellos lugares donde todavía



no existan. Sin embargo no caben a mi juicio visiones reduccionistas, la justicia restaurativa debe abordarse desde una triple vertiente: víctima, victimario, y comunidad; de ahí que se hace necesario una ley que aborde los elementos fundamentales de esta nueva justicia.

Por otro lado, teniéndose en cuenta que los acuerdos obtenidos a través de los procesos restaurativos van a incidir en las consecuencias jurídicas del delito, la Ley de Enjuiciamiento Criminal deberá adaptarse y regular de forma específica la implementación de dichos acuerdos, abandonando el cauce de la Conformidad, ya que Justicia Restaurativa y Conformidad son instituciones muy diferentes, pese a que la segunda ha servido como cauce para su reconocimiento de la primera.

II. UNA PROPUESTA DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO PENAL DE ADULTOS

2.1. Desde el ámbito comunitario

La justicia restaurativa predica un mayor control de la comunidad sobre el delito, y desde esta perspectiva comunitarista, más allá de la calificación del delito como hecho delictivo, se puede configurar una respuesta comunitaria a las partes enfrentadas por un conflicto, con la implicación de la misma para resolverlo, a través de los agentes sociales, los propios vecinos, y aquellas personas de las que pueda derivarse alguna implicación en el mismo, con el objeto de contribuir en su resolución y también favorecer su seguimiento¹⁰. Si bien las consecuencias jurídicas del delito deben apreciarse dentro del proceso penal, la asunción por parte de la comunidad de métodos para la resolución de conflictos generados en su seno puede conducir al fortalecimiento del Derecho penal como última ratio; desde esta perspectiva puede entenderse la justicia restaurativa como un sistema alternativo al proceso penal. Por tanto, la existencia de un tejido asociativo integrado en la comunidad y el impulso desde los sistemas públicos de acción social son los pilares fundamentales para el fortalecimiento de la justicia restaurativa en el ámbito comunitario, fomentando los mecanismos de resolución alternativa de conflictos a través de la mediación, las conferencias, los paneles o los círculos restaurativos.

¹⁰ KARLP, D y CLEAR, "Justicia comunitaria: marco conceptual", en *Justicia penal siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*, Ed. Comares, 2006.



2.2. Desde el ámbito intrajudicial penal

La justicia restaurativa puede actuar una vez abierto el procedimiento judicial cuando se den los siguientes requisitos:

1) *Que no exista una prohibición para el ilícito cometido.* Este caso resulta claro el ejemplo del Derecho español donde existe una prohibición para los supuestos de violencia de género que quedarían automáticamente excluidos.

2) *Que haya pasado por un filtro de idoneidad,* en el sentido del caso de ser susceptible de derivarse a mediación. Pese a que la doctrina mayoritaria apuesta por el *principio de universalidad*, en el sentido de que no se excluye a ninguna tipología delictiva del ámbito de aplicación de la justicia restaurativa, parece razonable tener en cuenta ciertas *condiciones de mediabilidad*, para restringir su aplicación a aquellos casos sobre los que existe a priori una predisposición a ser mediables, ello no implica excluir determinadas categorías delictivas sino atender a las circunstancias del caso concreto. El principio de oportunidad es el instrumento que posibilita al juez o al fiscal para derivar un asunto a mediación; la configuración de un principio de oportunidad reglado permitirá perfilar unos criterios de derivación genéricos para dotar de una mayor seguridad jurídica a las posibilidades de acceso a la justicia restaurativa, pero sin olvidar que las determinadas circunstancias en torno al caso podrán recomendar o desaconsejar su aplicación. En este sentido, la elaboración de protocolos será de gran ayuda para el desarrollo y aplicación de los servicios de justicia restaurativa.

3) *El consentimiento de las partes.* Las partes tienen que haber prestado su consentimiento libre y consciente previo al sometimiento a mediación o a cualquier otro proceso restaurativo, y ello entronca con el principio de voluntariedad intrínseco de la justicia restaurativa.

2.3. Integración de los acuerdos restaurativos en el proceso penal

2.3.1. El acuerdo restaurativo en la fase de instrucción

En tanto que no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la posibilidad de converger la justicia restaurativa en el proceso judicial es a través de la Conformidad, lo cual supondrá el reconocimiento de los hechos y la reparación del daño ocasionado, lo que incidirá en una rebaja en la determinación de la pena, por la aplicación de la atenuante



de reparación del daño, prevista en el artículo 25 CP, como simple o muy cualificada, a tenor de las circunstancias del caso concreto. El acuerdo restaurativo será recogido en la sentencia judicial con la calificación del Ministerio Fiscal, la Acusación particular en su caso, y la Defensa, poniéndose fin al procedimiento a través del cauce de la Conformidad con el consentimiento de todas las partes en sede judicial.

En la instrucción por delitos leves en los que pueda corresponder enjuiciamiento inmediato (artículo 962.1 LECrim) o rápido (artículo 964 LECrim), podrá acordarse en sede judicial su transformación a procedimiento ordinario cuando las partes hayan decidido iniciar un proceso abreviado. En aquellos casos de muy escasas gravedad y que no revista de interés público su persecución, que podrán ser archivados por el Ministerio Fiscal, podrían ser objeto de aplicación de la justicia restaurativa si se considera conveniente en determinadas circunstancias, como mejorar las relaciones, evitar conflictos futuros, o restaurar la paz social.

En sede policial resultará conveniente prestarse la información acerca de la posibilidad de acceder a los servicios de justicia restaurativa, tanto para la víctima, junto con el ofrecimiento de las acciones y derechos, como para el victimario, con la lectura de derechos y la toma de manifestación. Sin embargo la derivación formal deberá realizarse bien por el fiscal o por el juez, aun cuando las partes puedan haberlo solicitado.

El proceso por aceptación de decreto a propuesta del Ministerio Fiscal, una vez iniciadas las diligencias de investigación, que se regula en los artículo 803 bis a) y ss., que tiene por objeto la aplicación de las penas alternativas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, así como la acción dirigida a la restitución de la cosa y la indemnización por el perjuicio ocasionado, abre la posibilidad al fiscal de derivar el asunto a mediación en aquellos supuestos de infracciones menores señaladas con penas de prisión inferiores a un año, que pueden suspenderse de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 80 CP.

2.3.2. El acuerdo restaurativo en la fase de enjuiciamiento

La justicia restaurativa se iniciaría en la fase de Enjuiciamiento de conformidad con el artículo 785 LECrim., proponiéndose su derivación por parte del juez, el fiscal o por solicitud de la víctima o el inculpado, siempre que cuente con la aceptación de los anteriores. Las consecuencias jurídicas y el procedimiento para hacerse efectivas son las determinadas en el caso anterior en cuanto a la determinación de la pena, con la conformidad de todas las partes manifestada en sede judicial.



2.3.3. El acuerdo restaurativo en la fase de ejecución

- *Antes del inicio del cumplimiento en el centro penitenciario.* Se abre la ejecutividad de la sentencia mediante el auto de firmeza, y en este momento puede derivarse dicho asunto a mediación, y de conseguirse un acuerdo, podrá suspenderse la pena, sustituirse o valorarse para la solicitud de indulto a tenor de lo establecido en el artículo 84.1.
- *Fase de cumplimiento de la pena en el centro penitenciario.* El acuerdo alcanzado con la víctima, una vez iniciado el cumplimiento de la misma en un centro penitenciario, podrá ser tenido en cuenta como variable positiva para la clasificación o progresión a tercer grado penitenciario, la obtención de permisos, la exclusión del período de seguridad del artículo 36.2 CP en condenas superiores a cinco años, la obtención de la condicional o el indulto.

La instauración de programas restaurativos en las cárceles, deberán ser realizados por mediadores externos, garantizándose la absoluta confidencialidad, en cooperación y coordinación con el personal de instituciones penitenciarias y el juez de vigilancia, junto con el fiscal, para que los logros y beneficios obtenidos por la realización de programas restaurativos traigan consecuencias en el régimen penitenciario de cara al cumplimiento con los fines de la resocialización.

III. CONCLUSIONES

La problemática planteada en este trabajo se centra en desgranar las consecuencias que la promulgación del Estatuto jurídico de la Víctima puede tener en el desarrollo y aplicación de la justicia restaurativa en nuestro país. Qué duda cabe que el Estatuto realiza una apuesta por esta nueva justicia desde el momento que atribuye a las víctimas la posibilidad de demandarla y presupone la existencia de servicios constituidos. Sin embargo la letra de la ley choca con una realidad dispersa y difusa que no ha logrado su consolidación, con un desigual reparto sobre la geografía española. El futuro parece augurar buenos presagios para su implantación definitiva, sin embargo resulta acuciante un abordaje por parte del legislador que configure una legislación específica de su propia idiosincrasia. A partir de aquí un equilibrio en la balanza para el sostén de una nueva justicia basada en la restauración, la paz y la humanización de las penas, en convergencia con una justicia necesitada de ese perfil renovador e innovador que proyecte nuevos caminos hacia la paz y la justicia sociales.



IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M. (2012): «La mediación penal ¿Quimera o realidad?», en GARCILANDIA GONZÁLEZ, P. M. y SOLETO MUÑOZ, H., *Sobre la mediación penal, posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español*, Ed. Aranzadi.
- BARONA VILAR, S. (2011): *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch.
- BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. (2013): «La Directiva 2012/29/UE, ¿un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?» *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, septiembre/diciembre 2013, págs. 897-934
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2009): *Tratado de Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch.
- ESER A. (1992): «Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal» en EER, HIRCH, ROXIN y otros, *De los delitos y de la víctimas*, Ed. Ad Hoc.
- ESQUINAS VALVERDE, P. (2006): «La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial de adultos». *Revista penal*.
- HERRERA MORENO, M. (1996): *La hora de la Víctima, Compendio de Victimología*. Ed. Edersa.
- KARLP, D Y CLEAR, T. (2006): «Justicia comunitaria: marco conceptual», en *Justicia penal siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*. Ed. Comares.
- LANDROVE DÍAZ, G. (1998): *La moderna victimología*, Ed. Tirant lo Blanch.
- RÍOS MARTÍN, J.C, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J.L. (2008): «Justicia Restaurativa y Mediación penal. Análisis de una experiencia, (2005-2008)» *Revista estudios jurídicos*.
- RÍOS MARTÍN, J.C. ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E. y otros (2012): *La mediación penal y penitenciaria, experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Ed. Colex.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. (1998): *La víctima en el Derecho Penal*, Ed. Aranzadi.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. (2012): «La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal» en *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Ed. Comares.





MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL: SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTA DE MEJORA

AGUSTÍN ALBESA

Mediador familiar intrajudicial. Juzgados de Familia de Zaragoza, 2011-2012.
Abogado y psicólogo. Doctor por la Universidad de Zaragoza. Profesor Titular en
la Escuela Universitaria de Turismo de Zaragoza

JAVIER MIRAVALLES

Psicólogo y mediador familiar

BÁRBARA MASLUK

Psicóloga. Profesora Asociada en la Universidad de Zaragoza

Palabras clave: *mediación intrajudicial, mediación familiar, arbitraje*

Sumario: I. Situación actual. 1.1 Problemas y propuestas de solución en la implantación de la mediación en España II. Conclusión. III. Bibliografía

I. SITUACIÓN ACTUAL

La situación de la mediación familiar intrajudicial no ha llegado a cristalizar en lo que se esperaba, cuando en los años 2010 se dieron los primeros impulsos a la figura. En los datos en Aragón del 2015, último año con estadísticas publicadas en la web del Consejo General del Poder Judicial, solo 29 de los 220 asuntos derivados habían terminado con avenencia. Las cifras son ligeramente mejores en España: 732 de los 7485 asuntos derivados a la mediación acabaron de modo exitoso. En comparación con los asuntos en que se ha intervenido, Aragón ofrece uno de los mejores datos de entre las comunidades autónomas, dado que un 82,27% de los asuntos derivados a mediación finalizaron, con o sin avenencia. Solo Extremadura y Murcia superan esas cifras, pero con porcentajes muy

pobres en cuanto a resolución con avenencia. En suma, solo 732 de todos los divorcios contenciosos (49.963), según datos de la misma fuente, un pobrísimo 1,49% (Tabla 1).

Tabla 1: Mediación familiar en 2015

	TOTAL MEDIACIÓN FAMILIAR		
	Derivados	Finalizados. Con avenencia	Finalizados. Sin avenencia
Andalucía	956	66	602
Aragón	220	29	152
Asturias	120	8	37
Illes Balears	123	12	33
Canarias	253	30	94
Cantabria	0	0	0
Castilla y León	210	7	125
Castilla-La Mancha	40	6	22
Cataluña	2.185	129	442
Comunitat Valenciana	1.563	217	684
Extremadura	107	5	97
Galicia	327	62	140
Madrid	576	23	426
Murcia	303	23	240
Navarra	9	2	4
País Vasco	489	113	216
La Rioja	4	0	2
Total	7.485	732	3.316

Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Datos de 2015 Por comunidades autónomas

Difícilmente puede considerarse que se hayan conseguido los objetivos establecidos en la leyes de mediación de que se haga un uso más frecuente de este mecanismo, hasta el punto de que se conciban a los tribunales de justicia como una última opción.



1.1. Problemas y propuestas de solución en la implantación de la mediación en España

Son varias circunstancias que impiden la implantación de la mediación en España. Es necesario crear una masa crítica de personas que hayan acudido a mediación y que les haya resultado útil, bien porque hayan conseguido la resolución de sus problemas o bien porque le hayan permitido establecer puentes o mejorar la comunicación con su ex cónyuge. Con ese porcentaje tan nimio que hemos reflejado en el punto anterior difícilmente se podrá extender la mediación.

Los principales fallos que atenazan el crecimiento e instauración de la mediación en España, a falta de ulteriores estudios, son:

- Falta de masa crítica que conozca y pueda recomendar la mediación.
- Falta de formación en materias económicas, jurídicas y psicológicas.
- Toma de decisión de divorcio cuando la escalada de incomprensión e inco-municación ha alcanzado puntos difícilmente reversibles.

Con el sistema actual es muy difícil que prosperen las mediaciones, por el hecho de iniciarse los procesos de mediación cuando ya se han presentado demanda y contestación, y las dificultades antedichas. Para optimizar las opciones de resolución extrajudicial se propone un sistema más parecido al arbitraje, dado que desaparecerán las nociones de voluntariedad en el justiciable y de neutralidad en el mediador, basándonos en las reformas legislativas que siguen a continuación.

1.1.1. Mediación previa al procedimiento judicial

De *lege ferenda*, sería necesario una reforma legislativa para que en caso de intentar modificar las medidas establecidas en un procedimiento judicial de separación o divorcio, el demandante de este nuevo procedimiento judicial deba iniciar previamente un proceso de mediación.

Quizás es el principal defecto de la mediación intrajudicial en estos momentos. Se quiere compatibilizar un proceso como la mediación con el judicial, procedimientos que son muy diferentes en su concepción del conflicto. En el momento en que se interpone la demanda se produce un incremento de la escalada del conflicto, dado que procesalmente las partes están obligadas, debido al proceso dispositivo que rigen los procedimientos civiles, a realizar en el súplico sus peticiones completas «con claridad y precisión» (artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Dicha dispo-



sición implica que las peticiones se extremen, dado que el juez no podrá en ningún caso extralimitarse con respecto a las peticiones de cada una de las partes. Por tanto, la mera interposición previa de una demanda supone una dificultad añadida a la hora de iniciar un procedimiento de mediación.

Sería, en cambio, muy difícil iniciar un procedimiento de mediación previo al divorcio. En esos casos, la ruptura de la convivencia conyugal es consecuencia de una ruptura en el diálogo de la pareja y hace necesaria una inmediata resolución para regular los puntos controvertidos más importantes (especialmente la guarda y custodia de los hijos, con su correspondiente pensión económica cuando recae en uno de los cónyuges, así como el uso del domicilio conyugal). No es imposible, desde luego, iniciar un proceso de mediación, pero sí es impracticable retrasar el inicio del procedimiento judicial. En cambio, en el procedimiento de modificación de medidas ya existe esa regulación y el conflicto es menor, por lo que es un momento idóneo para intentar impulsar la mediación.

1.1.2. Asesoramiento de profesionales

Para paliar los problemas de carencia de formación, una reforma legislativa debería producirse en aras a que las partes pudieran ser ayudados por profesionales, tanto abogados (en los temas económicos y jurídicos) como psicólogos (en las cuestiones atinentes a la guarda y custodia de los hijos).

De golpe el cambio de paradigma que se pretende con la introducción de la mediación implica pasar de requerir forzosamente la contratación de profesionales, abogado en un primer momento y procurador en cuanto se judicializa el conflicto, a prescindir de ellos, dada una de las notas más características de la mediación.

Sin embargo, los justiciables pueden verse perdidos o indefensos en un procedimiento de este tipo, al menos mientras la mediación no haya arraigado como sistema de resolución.

El asesoramiento de las partes debería procurarse, siempre con total respecto a la igualdad de las partes en el proceso, por lo que el veto de cualquiera de ellos al apoyo de un profesional debería conllevar la prohibición para la otra parte de su propia contratación.

1.1.3. Obligatoriedad de la resolución del mediador

En este caso nuevamente debemos resaltar que debería procurarse un sistema mixto, básicamente de mediación, pero con notas de arbitraje. Una de las diferencias más características entre ambos medios de resolución



de conflictos es que el árbitro termina resolviendo el conflicto a través de una resolución y que el mediador no es más que un intermediario que ayuda a construir puentes entre las partes, pero en ningún caso resuelve el conflicto sino que se limita a ayudar y documentar el acuerdo que, en ciertas ocasiones, excesivamente pocas como hemos visto en España, se pueda producir.

La reforma legislativa respetaría básicamente esta característica de la mediación, buscando que sean las partes protagonistas del proceso y de la solución a su propio conflicto, pero debería permitir que el mediador pudiera elaborar un informe o propuesta de acuerdo que sirva para en un momento dado condenar en costas en el procedimiento subsiguiente a la parte que haya impedido la continuación de la mediación, solo en casos de temeridad.

Por tanto, esa reforma debería producirse en la regulación de las costas judiciales en procesos de familia es un apartado especial. En principio, la regulación de las costas judiciales en los procesos de familia es la misma genérica del resto del procedimientos, la establecida en el artículo 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, la del principio general de imposición por vencimiento, con las excepciones de los casos en que ha existido dudas de hecho y de derecho, y con la especial mención a la imposición en caso de temeridad. En la práctica, son excepcionales los casos de condena en costas, incluso en casos de vencimiento sin dudas de hecho ni de derecho, dado el especial carácter del objeto litigioso, tan personal, y su indudable conflicto con el derecho constitucional de tutela judicial efectiva.

En todo caso, lo que se propugna es que los mediadores pudieran emitir una propuesta de resolución, sobre la cual cupiese la opción de una condena en costas o incluso una multa por temeridad análoga a la que en la jurisdicción social está establecida para los empresarios que no acuden a la conciliación previa).

II. CONCLUSIÓN

La mediación no prosperará espontáneamente, por muy eficaz que en último extremo sea como mecanismo de resolución de conflictos. Es necesario regular y ahormar los procedimientos a través de los cuales puede producirse. Las propuestas que lanzamos implicarían dotar a la mediación de ciertas notas ajenas a su naturaleza, pero podrían plantearse,



Agustín Albesa, Javier Miravalles y Bárbara Masluk

siempre con respeto al resto del ordenamiento jurídico, para fortalecer la institución.

III. BIBLIOGRAFÍA

ROMÁN, S. (2015): "Breve análisis sobre la implantación de la mediación familiar en el sistema judicial español" *Revista de Derecho vLex* núm. 135.

CAURÍN, P., RAMO C. y VIVAS, I. (2011): *Guía-marco de la Mediación en Aragón*. Gobierno de Aragón.

Guía para la práctica de la Mediación Intrajudicial. Consejo General del Poder Judicial.





PROPUESTA DE MODELO DE SIP (SESIÓN INFORMATIVA PRESENCIAL) EN PIMED DE ANDALUCÍA

INMACULADA JIMÉNEZ MARTÍN
ANTONIO FERNÁNDEZ ROJO
Asociación Solucion@

Palabras clave: *mediación PIMed, persuasión, servicios, confianza.*

Sumario: I. El concepto de lo que podemos considerar eficaz. II. Modelo MENÚ 5 C para las SIP en PIMed. III. Bibliografía.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en su disposición adicional 2ª.1 establece la obligación de las Administraciones públicas competentes de *proveer la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación...* Para ello en Andalucía se han creado Puntos de Información de Mediación, (PIMed) en sedes judiciales, a los que se derivan asuntos que se consideran mediables citando a las partes previamente, así como *en vivo*.

Esta comunicación pretende aportar criterios para realizar una SIP efectiva.

¿Qué inercias actúan en las partes y asesores que les condicionan para acudir a mediación?; ¿Cómo podemos persuadirles de las ventajas de acudir a mediar?; ¿De qué estamos persuadiendo?; ¿Usamos herramientas de mediación esenciales?

Esta comunicación explorará si en las SIP de los PIMed y otros sistemas que pretendan informar de la conveniencia de acudir a mediación, contando con poco tiempo, es asimilable a una Sesión Constitutiva (art.19



LMACM), y nos basta con exponer los principios informadores y el procedimiento de mediación, conforme a los títulos II y IV de la citada Ley. O bien, ¿conviene acudir a estrategias de márketing y concretamente a técnicas de venta de servicios en la entrevista?

La experiencia de quince años de nuestra asociación **SOLUCIÓN@** en Mediación, y realizando SIP en la sede judicial en Málaga desde 2009, en asuntos penales, familiares y recientemente en ocho PIMed en cinco provincias, con más sesenta profesionales de la mediación, realizadas atendiendo a criterios de co-mediación, interprofesionalidad (inclusión de un profesional de la abogacía y de otra disciplina) e igualdad de género (riguroso en asuntos de familia), nos lleva a proponer un modelo teniendo en cuenta nuestra experiencia y los citados principios de *marketing*, modelo al que llamamos **MENÚ 5 C**.

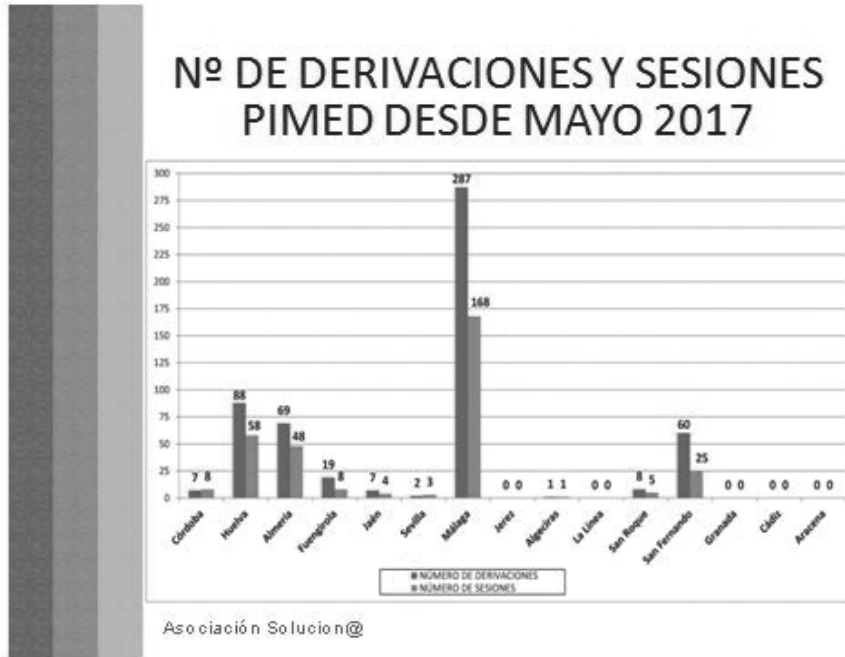
I. EL CONCEPTO DE LO QUE PODEMOS CONSIDERAR EFICAZ

1.1. Efectiva. Que produce el resultado esperado

Preguntarnos: ¿qué resultados esperamos de la SIP? Depende su respuesta de según:

- 1) ¿El sistema judicial, en términos de reducción de carga de trabajo?
- 2) ¿Jueces y operadores implicados y derivaciones realizadas?
- 3) ¿SIP efectuadas en relación a las derivaciones?
- 4) ¿Mediaciones efectivamente realizadas por las instituciones?
- 5) ¿Resultados cuantitativos?
- 6) ¿Resultados cualitativos en función de la satisfacción de quienes acuden?

La eficacia debe ser medible, por sus resultados, **con indicadores, numéricos o cualitativos**. ¿Disponemos de datos y sistemas de información compartidos?



Nº de sedes Judiciales en los que hay PIMed	15
Asociaciones provinciales que los atienden	44
Colegios Profesionales Provinciales que los atienden	26
Nº de Juzgados derivantes	26
Total de derivaciones	548
SIP realizadas	328
% de SIP / Derivaciones	60%

De los datos que conocemos desde mayo a la fecha, obtenemos las siguientes conclusiones:

- a) Está disponible la infraestructura necesaria en las sedes judiciales, en especial en las ocho capitales de provincia.
- b) Existe un inequívoco compromiso tanto de asociaciones como de colegios profesionales, calculando que existen en torno a 250 profesionales que atienden los PIMed.
- c) Hay ya un importante número de derivaciones, aunque con gran concentración en Málaga, en la que se realizó la experiencia piloto y con respuesta en otras sedes que empiezan a incrementarse.



- d) Es destacable la respuesta de la ciudadanía, pues se han realizado el 60% de SIP respecto a derivaciones.
- e) Respecto a la judicatura, se desprende que en donde hay jueces comprometidos con derivaciones sistemáticas el resultado es notable.

Diríamos que tenemos mucho que avanzar todavía y en cada estamento se puede analizar cómo mejorar. En definitiva todos estamos en un solo resultado: una justicia de mayor calidad. La eficacia depende siempre de la **aptitud y motivación**.

Como instituciones de mediación, como mediadores, los que estamos interesados en hacer bien nuestro trabajo **como mediadores/as**.

Que los participantes se vayan: Motivados para acudir a mediación y en todo caso, en iniciar una dinámica que aunque no sea con mediación nuestra, pueda llevar a las partes a un acuerdo posterior.

En definitiva: **venderles la mediación**.

¿Qué es vender? Es el proceso de persuadir a una persona de que un determinado producto o servicio, al precio que tiene fijado, es de valor superior para ella, convencida de que es su mejor opción.

¿Qué significa? Pues ser persuadido o influenciado.

PERSUASIÓN = INFORMACIÓN + CONVENCIMIENTO + ACTUACIÓN

Nuestro mensaje es que podemos ver los PIMED no solo como meros puntos informativos, sino como Puntos de Influencia o persuasión a mediación.

Lo que tenemos que hacer en las SIP es: escuchar + informar + motivar

Vernos como consultores, como solucionadores de problemas a través de nuestros servicios; así efectuaremos cuidadosamente preguntas clave y escucharemos con detenimiento centrando la atención en la situación de los intervinientes. Debemos atenderlos de la misma forma que hubiésemos querido que nos hubieran vendido a nosotros.

Cuando llegan a los PIMed a través de una derivación judicial, se les está indicando que cambien 180° el rumbo, cuando ya han invertido mucho en el sistema confrontativo y vamos a pedirles que cambien a uno auto-compositivo en treinta minutos. Es como hacer girar al *Titanic*.



¿Por qué se quedan en el mismo rumbo?

1. No se ven a sí mismos inmersos en un conflicto.
2. No siempre quieren resolver. Quieren ganar/perder.
3. Sospechan de la neutralidad, no la buscan; quieren consejos, poder, recursos, conexiones, sabiduría...
4. Ven un acercamiento superficial a sus problemas.
5. No tienen claro qué podemos ofrecerles.

No recurren de buena gana o de forma natural a la mediación. Además de superar las suspicacias de los abogados.

Para ir a mediación:

- a) O se les debe ordenar.
- b) O tienen que ser persuadidos.

¿Qué es lo que quieren quienes están en un conflicto?

1. Tener voz. Ser escuchadas, no solo por la otra parte sino sobre todo por la autoridad social (juez, el sistema)
2. Justicia procesal: Tener su día en los tribunales. Su oportunidad de resolver con igualdad. Equidad.
3. Reivindicación. Distinguir lo correcto (lo mío) de lo incorrecto, a través de una figura de arriba, frente al error del otro.
4. Validación. Sus sentimientos de víctimas. No quieren renunciar a su rabia.
5. Impacto. Piensa que tienen un poder inmediato y efectivo de cambiar las cosas a su favor.
6. Seguridad. Sentirse a salvo, tienden a verla en las normas.

Tener en cuenta estas necesidades y responder a ellas

La persuasión es la base del *marketing*: No es una acción, es un proceso.

Marketing es el conjunto de técnicas y actividades que permiten comunicar el valor de tu producto o servicio, a tus clientes con objetivo de que realicen una acción en su beneficio y en el de tu empresa.

Se trata de adoptar una posición cercana a la del consumidor para ir desplazándola hacia tu objetivo en vez de partir de nuestro objetivo e ir cediendo.

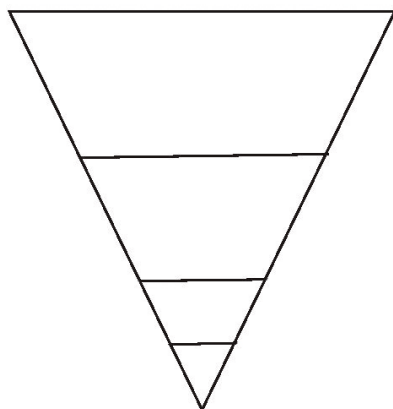
Conviene tener en cuenta los principios de compra de los consumidores (Cialdini), que no debemos usar de manera autónoma sino combinados unos con otros.



1. **Reciprocidad.**
2. **Coherencia.**
3. **Prueba social.**
4. **Simpatía o agrado:** Las personas compran a un determinado vendedor porque este les gusta y porque se sienten cómodas cuando está con ellas, por su apariencia física, o su capacidad de emocionar y sonreír o su lenguaje no verbal.
5. **Autoridad.** Figuras de autoridad: juez, CGPJ, Junta de Andalucía.
6. **Escasez:** ver como oportunidad.

Regla de oro: tratar al cliente como desearíamos que nos trataran

NUEVO MODELO DE VENTAS



40% Creación de confianza

30% Identificación de necesidades

20% Presentación de soluciones

10% Confirmación de cierre

Mejor forma de vender es establecer una relación de alta calidad. Es un proceso fundamentado en la formulación de preguntas, escuchar cuidadosamente y buscar la forma de ayudar de verdad al comprador a resolver su problema.

Cuando el comprador empieza a pensar que el vendedor le quiere ayudar realmente, se abre honesta y completamente y expone sus genuinos problemas y preocupaciones. Cuando se atiende con cuidado a lo que se dice se genera la confianza.

Redirigir la conversación hacia sus necesidades y su situación. Preguntar y escuchar, para poder adaptar nuestro servicio a sus necesidades

A la gente no les gusta que les vendan, desean que se le ayude a tomar decisiones de compra inteligentes, no sentirse manipulados o forzados a hacer algo en contra de sus intereses. Consiste en ayudar, no en presionar.



II. MODELO MENÚ 5 C PARA LAS SIP EN PIMED

Se trata de dividir la presentación en unidades de acción, produciendo realimentación con el interlocutor. Mostrar, explicar y preguntar.

Mostrar una característica, lo que significa para él como beneficio y preguntar para comprobar si es importante para él.

MENU 5 C

ENTRANTES

COMODIDAD

PRIMER PLATO

CONFIANZA EN EL SISTEMA

SEGUNDO PLATO

CONFIANZA EN LA MEDIACIÓN

POSTRES

CONFIANZA EN ELLOS MISMOS

MARIDAJE

CONFIANZA EN EL MEDIADOR

2.1. Entrantes: Aperitivos de comodidad

Sirviendo:

- Seguridad.
- Reciprocidad. Que nos importan.
- Agrado... Sonrisa, lenguaje no verbal.
- Coherencia.

A todos nos gusta al llegar a un restaurante, que las instalaciones inviten a gozar del menú y sobre todo de la compañía. Dar bienvenida, recepción, acogimiento, que se sientan seguros y cómodos.

Vienen a una sede judicial, con su discurso en la mente desde el aparcamiento. Sin saber muy bien y si acaso saben algo, piensan que es hacer todo lo que no han hecho hasta ahora.

Cuidar el *setting*. Desde ir a recibirlos al pasillo, hacerles grata la espera si falta alguien por llegar, la atención personal. ¿Tiempo, aparcamiento, dificultad, abogados?

Realizar unas presentaciones adecuadas: presentarnos, aprendernos sus nombres, escribirlos y que confirmen (coherencia), preguntar (si es familiar) si tienen hijos y aprendernos sus nombres. Presentarnos nosotros, asociación, etc.

Las ventas se suele definir en los primeros treinta segundos.

Se forman un juicio en los primeros cuatro segundos y tratan de confirmarlo en cuanto abrimos la boca. Se trata de tener la habilidad de crear



una impresión positiva que ponga en marcha un sentimiento de confianza. Hacer todo lo posible para la creación de una imagen de competencia y profesionalismo en los primeros minutos de la entrevista

Desde momento del encuentro se transmite una impresión indeleble, después buscan información y pruebas para la validación.

Nuestra primera preocupación es influir en esta primera impresión. Deben sentirse cómodos antes de implicarse en la conversación.

Sonreír, mirar a la persona a los ojos, darle un firme apretón de manos y decirle: *¿Cómo está? Es un placer conocerla.*

Gambitos para abrir la conversación: Gratitud: Sres. gracias por venir. ¿Qué sabe usted de mediación? Preguntarles cuál es la situación judicial, el asunto que les importa y le ha traído hasta aquí para confirmar, no para entrar en el tema.

Tomarse el tiempo necesario para construir un puente con ellos, que nos acepten, que confíen y consideren que actuamos buscando los mejores intereses de ellos. Se necesita cierto nivel de calidez y de confianza que haga que el interlocutor sea receptivo.

2.2. Primer plato: ración de confianza en el sistema por el que estamos aquí

Explicar para qué estamos aquí: Ley 5/2012 LMACM.

Referencia al interés del Sistema Judicial, desde el CGPJ, la Junta y sobre todo su Juez, en cuanto que disponen la oportunidad de informarse gratuitamente de un recurso, de apostar por las ventajas de la Mediación.

Estamos sirviendo:

- Autoridad.
- Consenso social.
- Justicia procesal.

Credibilidad de a quien representamos incluyendo factores como el tiempo que está en el servicio, el tamaño, sector que ocupa. Autoridad y experiencia externas. Espaldarazo de los expertos y conocedores de lo que ocurre en un determinado campo de actuación, mencionándolos.

Ellos tienen otras cosas en mente y están deseando volver a su trabajo y a sus problemas. Se nos abre una ventana para tener una sola oportunidad, hay que estar perfectamente preparados para sacar partido de ella, antes de que la ventana se cierre. No tenemos mucho tiempo.



2.3. Segundo plato: ración de confianza en la mediación como método

Servimos:

- Voz.
- Validar sentimientos.

Entablar un diálogo equilibrado basado en un flujo constante de preguntas-respuestas.

Se trata de visualizar los beneficios exactos que él busca, identificando sus necesidades y a continuación mostrar la forma en que estas quedaran perfectamente satisfechas a partir de las características intrínsecas del servicio de mediación. Encontrar diferentes formas en que la mediación puede ahorrar o generar recursos para ellos.

Hablar de lo que «hace» la mediación, no de lo que «es».

Compran las consecuencias de lo que esperan por uso, no por el servicio propiamente dicho. Es un medio para obtener un fin. No posee ningún valor emocional en sí. La gente no compra productos sino soluciones a sus problemas.

No compran servicios, sino formas de obtener sus metas.

No se deciden por las características, sino por aquellas soluciones que permiten mejorar su función, los beneficios anticipados.

Deciden emocionalmente y se justifican de forma lógica. Deciden rápida e instantáneamente y después usan el tiempo en racionalizar.

Beneficios o ventajas:

- Ahorro de tiempo.
- Económico.
- Mejora en la comunicación y en las relaciones.
- La flexibilidad del proceso.
- Control propio del resultado a su situación.
- Mejor expectativa de cumplimiento de sus acuerdos.
- Seguridad de tutela judicial, la permanente seguridad de sus abogados.

Las características del servicio generan interés, mientras que las ventajas generan deseo. Combinar de forma paralela característica con ventaja para el interlocutor, Podemos malograr nuestro objetivo por describir las características sin ligarlas a ventajas.



2.4. Postres: dulces de confianza en ellos mismos

Servimos:

- Impacto
- Voz

Connotando positivamente su disposición al haber mostrado interés al venir aquí. Reconociendo su mejor capacidad entender de sus asuntos y solucionarlos.

2.5. Maridajes: los caldos de confianza en los mediadores

Servimos:

- Agrado-simpatía-gustabilidad.
- Reciprocidad.

Representación cuidada, apariencia, actitud. Las primeras impresiones son las que quedan. Nunca existe una segunda oportunidad para construir una primera impresión. La mente del cliente es como el cemento de fraguado rápido. Impresión indeleble que una vez formada es muy complicado cambiarla. Tienen tendencia a buscar un número mayor de evidencias para corroborar la conclusión inicialmente establecida. No incluir ningún elemento que dañe la impresión de credibilidad y profesionalismo.

Para que el mensaje les motive tiene que haber **credibilidad de la fuente**, su honradez y sinceridad y sobre todo **se les conmueva**, apelar a las emociones,

Primer mandamiento del *marketing*, sobre todo del *marketing* de servicios donde este es el propio vendedor, donde se convierte en parte de lo que vende.

Esta cerveza refrescante se llama **empatía**.

La empatía como la habilidad de identificar y comprender los sentimientos, ideas y situación de la otra persona. Es escuchar con el corazón al mismo tiempo que con la cabeza. Ponerse en una longitud de onda similar.

La suma de **empatía + sinceridad = motivación e influencia**.

La confianza se produce entre personas, no dentro de las personas. Lo importante es transmitir confianza a la otra persona.

Se logra si se muestra sinceridad genuina en que realmente te importan los problemas y preocupaciones de alguien, de forma que se cambie el tono, se sea más receptiva a nuestras preguntas.

Tenemos que ser **dignos de confianza** y esto se logra a través de la actitud no de métodos y técnicas, que por sí solas no son suficientes. A



la sala no solo llegan con sus posiciones sino también con sus pasiones, como víctimas inocentes y justa indignación, llegan con sus cargas emocionales, así que cuanto antes nos enteremos de lo que sienten antes nos ganaremos su confianza.

Hay que pasar por las emociones para construir confianza, desde el primer momento sobre todo con la comunicación no verbal. Hablamos por todos nuestros poros.

Hay que cuidar sus miedos. Quienes vienen a nosotros **no están pasando su mejor momento. No son solo casos, son personas que sufren.**

Necesitamos que se sientan **arropados en su crisis**, que se sientan reconocidas emocionalmente para que se sientan seguras y confiadas.

Somos constructores permanentes de confianza y seguridad.

Algunas ideas centrales en este proceso.

- **El miedo les lleva interpretar los hechos de forma negativa.** El mayor obstáculo para decidir es el temor al error.
- Es el interlocutor el que **se deja influenciar.**
- Hay que tener en cuenta que **vienen con las cabezas judicializadas**, cuando han llegado hasta aquí, y **es necesario hablar de los que de verdad les interesa y necesitan.**
- **Las réplicas** del interlocutor tienen una importancia capital para el proceso de persuasión. Nos aportan información del mismo.
- Hay que **evitar que alguien quede mal.**
- La «**representación**» debe ser siempre cuidada.
- **Hacerles tener sed, no obligar a nadie a beber.** «Sembrador de ideas». Venta a baja presión, lluvia fina. Que sientan la necesidad de escucharse y el deseo de solucionar por ellos mismos.
- Ir a su ritmo.
- Hacerlos participar. **Una conversación y no un discurso o un monólogo.**
- Ganar amigos antes que clientes.

Presentación de ventas centrada en ellos y en el problema, nos da mayor credibilidad que si hablamos sobre nosotros o la mediación. Debemos adaptar los beneficios a las necesidades específicas que se identifican con las preguntas, mediante la permanente concentración sobre la relación sobre la persona.

Esencia de venta profesional se halla en la construcción de relaciones de alta calidad, basadas en la confianza y credibilidad.



Encontrar problemas para los que el servicio sea una solución o respuesta a la necesidad del cliente. Ser detective de problemas.

No consiste en recitar todas las buenas razones por las que debería mediar, a menudo repitiendo la información legal y considerar que presentando todas estas magnificas características y ventajas el interlocutor quedará impresionado.

El mejor maridaje es escuchar.

Produce efectos embriagadores.

Escuchar, es también la clave del éxito de ventas. Es lo más decisivo, no se trata de ser un buen hablador. Los malos vendedores dominan el habla, mientras los buenos dominan la escucha. Emplear la boca y oídos en una proporción correcta.

Escuchar genera confianza. Escuchar intensa y atentamente. Se defrauda hablando demasiado y escuchando poco, reduce la resistencia, reduce la tensión y la tendencia a defenderse, disminuye el nerviosismo natural. Escuchar genera autoestima. Escuchar cálidamente, genuinamente y con atención.

Centrar atención en cara, ojos y boca, y manos. Como si no existiese nadie más en el mundo al que le gustaría escuchar en ese momento.

Tomarse una pausa antes de responder. Tres segundos de pausa. La pausa es la clave de una buena comunicación.

Informa al interlocutor de que se le está concediendo una atención especial. Se valida su aportación. Da tiempo a procesar lo que dice a pensar antes de hablar. Efectuar preguntas para clarificar las dudas. ¿Qué quiere usted decir? ¿Qué quiere usted decir exactamente? Hasta que no se ha efectuado al menos un 70% de la conversación de ventas, no nos hemos ganado el derecho a presentar el servicio.

Escuchar, y por tanto preguntar y que nos cuenten. Son ellos los que nos enseñan por dónde tenemos que ir.

La principal habilidad del mediador es **saber escuchar** y la de un vendedor también.

Parece que es improductivo, y podemos tender hablar-hablar-hablar compulsivamente para influir, sin embargo **cuanto más escuchas más influyes.**

Hablar no es vender.

Tenemos que tener en cuenta que hacemos las SIP «con ellos» y no «a ellos».

Escuchar empáticamente. Desde la posición del no saber.

Necesitamos captar su atención. Nadie escucha si antes no es escuchado.



Si vemos que decae o se pierde por alguien, mejor parar y recuperar.
Si no hay atención entonces no hay comunicación y no hay resultados

Es difícil cuando no la hay desde el principio. Al primer intento.

Solo tenemos una sola oportunidad en los tres primeros minutos.

- Llamarlos siempre por sus nombres.
- Empezar por el más conciliador aparente.
- Circularizar la mirada.
- No mostrar nuestra opinión verbal ni no verbal.
- Preguntas reflexivas no investigadoras.
- Agradecerles su colaboración y sinceridad.
- Recoger apreciar valorar momentos positivos.
- Lenguaje corporal, no perder de vista lo que trae entre las manos.
- Sonreír con los ojos.
- Positivizar el ambiente.
- Estar sentados. Juntos en 90° y a su izquierda, o frente a ambos.

Detectar señales de desacuerdos con nosotros por algo que hayamos dicho, se irán por las ramas y **todo lo que digamos sobrará**. Tenemos que **ver las objeciones como amigas**, no reaccionar, sugerir.

Integrar las objeciones en nuestra argumentación a nuestra manera, no luchar contra las objeciones. Ellos nos enseñan por donde tenemos que ir, nosotros tenemos que demostrarles que estamos interesados en ellos. No dar todos los argumentos de golpe, dosificarlos.

En resumen la fórmula mágica se llama: PODER DE PERSUASIÓN.

III. BIBLIOGRAFÍA

- CALCATERRA, RUBÉN A. 2002: *Mediación estratégica*. Barcelona. Gedisa.
- CIALDINI, ROBERT B. (2014): *Influencia*. Ed. Ilustrae.
- DIEZ Y TAPIA, F. Y GACHI (1999): *Herramientas para trabajar en mediación*. Ed Paidós.
- GRANDE ESTEBAN, I. (2005): *Marketing de los servicios*. Ed. Esic.
- MAYER, BERNARD S. (2008): *Más allá de la Neutralidad*. Ed. Gedisa.
- MCDONALD, M. (1987): *Como vender servicios*. Ed. Deusto.
- PARKINSON, LISA. 2005: *Mediación familiar. Teoría y práctica: Principios y estrategias operativas*. Barcelona. Gedisa.
- TRACY, BRIAN. 1999: *Estrategias eficaces de ventas*. Barcelona. Paidós.





MEDIACIÓN Y PSICOTERAPIA EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES: COORDINACIÓN Y DELIMITACIÓN

PAULA MARTÍNEZ GALLARDO

Psicóloga sanitaria. Mediadora y psicoterapeuta familiar. Perito judicial.
Coordinadora de parentalidad

Resumen: *La presente comunicación explora los límites y la coordinación entre la psicoterapia y la mediación en el abordaje de los conflictos familiares cuando estos han desembocado en un proceso judicial, con la aspiración de lograr una práctica profesional más eficaz y duradera que redunde en el beneficio de la comunidad.*

Sumario: I. Mediación y psicoterapia. 1.1. Conceptos y áreas. 1.2. Lo común y lo diferente en la mediación y psicoterapia. II. Los conflictos familiares: una visión sistémica. 2.1. El individuo como parte, no como unidad. 2.2. De los juzgados a la consulta. Abordaje de casos. III. El papel del profesional en la resolución de conflictos. IV. Conclusión/reflexión. V. Bibliografía.

I. MEDIACIÓN Y PSICOTERAPIA

1.1. Conceptos y áreas

De la misma manera que en el campo legal se tiende a equiparar erróneamente la mediación con la negociación propia de los abogados, cuando nos situamos en el campo psicológico la mediación puede confundirse con el proceso terapéutico y con la labor del psicólogo en el ámbito judicial. Si bien desde un punto de vista psicológico, se puede afirmar que toda intervención realizada con el fin de mejorar la calidad de vida de una persona, sea en el área que sea, puede tener un obvio efecto terapéutico,



es importante no caer en la tentación de definir o señalar como psicoterapia aquello que logra de alguna manera que una persona se sienta mejor.

La psicoterapia es un proceso voluntario e íntimo mediante el cual una persona indaga y profundiza, con ayuda de un/a profesional, en su vida y en su forma de vivir. Explora, analiza y reflexiona respecto a sus emociones y sentimientos, a sus pensamientos y estructura mental y a sus propias acciones y sus consecuencias. Busca respuestas, objetivos y metas, pero también preguntas, y con ellas, nuevos descubrimientos de sí. La terapia por tanto es un medio de conocimiento que también se yergue como un fin, puesto que cada individuo es un ser en construcción, en cambio constante que solo se detiene con la última respiración. No importa, desde este punto de vista, la demanda inicial por la que se inicia el proceso psicoterapéutico. Se trabaje en psicoterapia lo que se trabaje, el individuo está implicado de manera plena. Su pasado, su presente, y su futuro pueden estar comprometidos, y de este modo, el devenir de la terapia puede suponer una transformación profunda y duradera.

La mediación, como proceso de resolución de conflictos, sin embargo, tiene otro objetivo distinto definido: lograr el acuerdo consensuado en una serie de asuntos y el establecimiento de un acuerdo, en forma de documento escrito. Dicho acuerdo tiene además validez jurídica y su incumplimiento, consecuencias legales. No es por tanto un proceso íntimo e individual. La mediación aparece como una herramienta de relación y, de alguna manera, implica una socialización más madura y efectiva, puesto que requiere un compromiso personal de cumplimiento con el acuerdo logrado.

1.2. Lo común y lo diferente en la mediación y psicoterapia

Psicoterapia y mediación son herramientas. Definen procesos. Tienen estructuras definidas y son dirigidas por profesionales especialistas formados específicamente para ello. Ambas buscan la mejoría, la socialización, el bienestar.

La mediación es un proceso más estructurado, centrado en la tarea; la terapia en cambio, posee una estructura más abierta y fluida donde se tratan sentimientos, emociones, patrones de comportamiento, la historia familiar, la interacción con los otros, habilidades comunicativas, proyección vital...

La naturaleza del proceso de mediación es legal o cuasi legal, mezclando asuntos jurídicos y emocionales. Para que se pueda tratar el conflicto, el proceso requiere que las emociones se controlen. Se dirigen para que no interfieran y se pueda conseguir el acuerdo. En la terapia, que es

un acontecimiento psicológico y personal, las emociones se exploran, se utilizan como medio de autoconocimiento, de mirada hacia adentro y cuando se manifiestan, se permiten.

La cuantía de información es otra característica distintiva entre la mediación y la terapia; en la primera se necesitan datos antecedentes y actuales de los sujetos y/o de la relación; en la mediación no, incluso un exceso de información puede perjudicar la imparcialidad y por eso el/la mediador/a tiende a centrarse exclusivamente en el asunto que están tratando, dirigiendo el proceso hacia el fin concreto que supone el acuerdo.

La mediación por tanto, no es una intervención psicológica. No busca comprender el entramado mental de sus autores, ni desarrollar nuevas formas de comportamiento o entendimiento vital. Busca la resolución voluntaria, por parte de sus protagonistas, de un conflicto concreto que les genera malestar. De aquí que la mediación no sea un papel exclusivamente ejercido por psicólogos/as. Otras personas, con la formación y habilidades comunicativas adecuadas, pueden desarrollar ese rol con igual eficacia.

Respecto a la duración también hay diferencias. La intervención mediadora no abarca más de tres o cuatro sesiones. La psicoterapia, en cuanto a proceso de descubrimiento y autoconocimiento, se extiende más allá en el tiempo pudiendo abarcar toda la existencia si así se desea.

Samuel Forlenza¹, al hablar de la mediación y psicoterapia, resume lo expuesto mediante la siguiente tabla:

	Mediación	Psicoterapia
Enfoque principal	El conflicto	La persona-la relación
Marco temporal	Corto plazo	Corto o largo plazo
Estructura	Dirigida por el mediador	Dirigida por el cliente
Papel del profesional	Neutral, equidistante, animador	Activo o pasivo
Papel de las emociones	Contenidas-dirigidas	Exploradas-alentadas
Relación cliente-profesional	Secundaria	Prioritaria
Orientación temporal	Hacia el presente y futuro	Hacia el pasado y el presente
Enfoque terapéutico	Secundario al proceso	Principal en el proceso
Datos de los antecedentes	Poca disponibilidad	Mucha disponibilidad
Restricciones del proceso	Mayores	Menores
Técnicas terapéuticas	Usadas en segundo plano	Usadas principalmente
Naturaleza del proceso	Legal o cuasi-legal	Personal-psicológico
Confidencialidad	Sí	Sí

¹ Forlenza, S.G.: *Procesos paralelos en la mediación y la psicoterapia*



II. LOS CONFLICTOS FAMILIARES. UNA VISIÓN SISTÉMICA

2.1. La persona como parte, no como unidad

Se puede decir que no es un individuo el protagonista de un conflicto familiar, sino que este surge por la interacción de sus miembros y su modo de relacionarse.

El modelo sistémico se distingue claramente de los demás modelos de la intervención psicológica (psicoanalítico, fenomenológico, conductual, y cognitivo aunque comparta conocimientos con todos ellos) porque su unidad de análisis es el sistema y no el individuo, tan ensalzado por la psicología tradicional y la civilización occidental.

En efecto, sus bases conceptuales no son ni la personalidad y sus rasgos, ni la conducta individual, sino el sistema familiar como un todo, como un organismo estructurado e interdependiente que se comunica con unas pautas de interacción, y en las que cada persona solo es uno de sus componentes, su valor tiene que ver con la función y posición en el sistema. Los síntomas, desde esta perspectiva son vistos como parte de este patrón comunicacional, y por tanto una característica del sistema y no únicamente de quien lo sufre.

En la actualidad, la gran mayoría de terapeutas sistémicos realizan intervenciones individuales, ya sea alternándolas con las familiares, o bien como modalidad única en función de los casos y de la disponibilidad de la familia para el tratamiento, y es desde esta perspectiva desde donde se ha enfocado este trabajo.

La terapia sistémica plantea la siguiente cuestión: **¿quién hace qué a quién y cuándo?** El objetivo último de tal pregunta es llegar a la formulación de una hipótesis sistémica que encuadre el problema de la familia; hipótesis que debe conectar la conducta de cada miembro con la de todos los demás.

El foco de la intervención sistémica será, consecuentemente, un intento de introducir un cambio significativo en la interacción familiar que haga innecesaria la manifestación sintomática del/de la paciente identificado/a y aquí puede aparecer la mediación como técnica terapéutica en el tratamiento de los conflictos apoyándose en el enfoque desde la persona misma, pasando de ser víctima a ser protagonista, cambiando la narración de su historia, y abriendo por tanto desde sí, la posibilidad de la transformación del sistema familiar y entendiendo que la terapia y la mediación entonces se encuentran en un mismo plano de importancia, en



donde no es excluyente que en un mismo proceso se aplique una u otra forma o la una después de la otra.

Ripol-Millet (1993)² plantea que *la función del/de la mediador/a en las familias consiste en ayudar a la pareja a resolver los conflictos y facilitar la comunicación de manera que sea ella misma la que alcance decisiones satisfactorias y viables para ambas partes. El/La mediador/a debe velar por las necesidades de la pareja pero especialmente las de los/las hijos/as, favoreciendo la relación familiar posterior al divorcio entre todas las partes.*

Además, en el caso de que haya menores implicados/as, estos/as sufrirán menos si sus padres/madres son capaces de manejar y resolver sus conflictos de forma pacífica y tendrán un buen ejemplo a seguir en sus propias vidas, cuando ellos/as mismos/as se encuentren con sus propias encrucijadas.

2.2. De los juzgados a la consulta. Abordaje de casos

Cada día son múltiples y de muy diversa índole los conflictos interpersonales que se exponen en los juzgados. Conflictos que atraviesan a sus participantes y los hieren. Los procesos judiciales, cuando los conflictos tocan en un nivel personal profundo, además de extenderse en el tiempo, con la incertidumbre y frustración añadidas, no contribuyen en absoluto ni a la comprensión ni a la restauración de la relación y de las emociones implicadas. La ley se manifiesta, pero la herida abierta con el conflicto se mantiene en el proceso judicial y en muchas ocasiones, se agrava considerablemente tras finalizar y dictaminarse una sentencia. Y con esa herida, a veces por iniciativa propia, a veces por imposición judicial, los participantes en conflicto acuden a terapia. A veces al inicio, a veces al final. A veces en mitad del proceso. Sea donde sea, es en este momento donde la mediación y la psicoterapia, como herramientas de un/una profesional, pueden darse la mano para ayudar a curar la herida.

Los siguientes casos son reales. Tan solo se han cambiado los nombres.

2.2.1. Teresa y Eduardo: un nuevo modelo de familia

Teresa y Eduardo, divorciados, comparten un chalet donde viven con sus hijos de 21 y 17 años. El conflicto aparece a raíz de una relación de pareja que Teresa lleva teniendo desde hace un año con Juan y que ha

² RIPOL MILLET, A. (1993). *Familias, trabajo social y mediación*. Ed. Paidós.



supuesto un revulsivo para su ex marido e hijos. En la actualidad la convivencia y la comunicación entre ellos se ha vuelto muy complicada y difícil y acuden a la consulta tras una fuerte discusión familiar que termina en los juzgados con una denuncia interpuesta por Juan por los insultos y amenazas recibidos por parte de Eduardo. El proceso se paraliza cuando el abogado de Juan le sugiere acudir a mediación para intentar afrontar la situación desde otro ángulo.

Mediación entre Juan y Eduardo. Acuerdos firmados: 1. Juan no entra en la casa si están los hijos y Eduardo. 2. Los hijos y Eduardo se van fines de semana fuera juntos y así Teresa puede disfrutar de la casa con su nueva pareja.

Además de lograr estos acuerdos en tres sesiones, se sugiere a Eduardo una psicoterapia con un doble objetivo: aprender a gestionar sus emociones por un lado, y por otro trabajar la aceptación del cambio familiar acontecido.

2.2.2. Conchi y Juan Ramón: el último adiós

Conchi. 37 años. Enferma terminal de cáncer de mama. Madre de dos mellizos de 4 años. Juan Ramón, su marido, no acepta su muerte inminente y hace como si no pasara nada, por lo que Conchi no está recibiendo el apoyo afectivo que necesita. Los padres de ambos han fallecido y los hermanos viven fuera, así que la familia extensa tampoco puede ayudar. Ella tiene que ir a buscar a los niños al colegio por la tarde, justo después de la quimioterapia, cuando peor se encuentra, y pese a haberlo solicitado en diferentes ocasiones, en el hospital, el personal encargado se niega a cambiarle el horario.

En un principio, acude a psicoterapia para afrontar la muerte. En el proceso terapéutico, comunica su decisión de denunciar al hospital, y se le plantea la posibilidad de resolver el conflicto mediante una mediación. A través de dicha mediación, realizada con una enfermera del servicio de Atención al Cliente, se establece un cambio de horario a las 9:00. Se pacta también no prolongar la vida con medios mecánicos y solicita ayuda para no sufrir mucho al final. El hecho de hacer esta mediación proporcionó a Conchi un alivio, físico y emocional y le dio fuerzas para vivir sus últimos días con más calma, compartiendo momentos más tranquilos con su marido y sus dos niños, pudiendo incluso realizar un testamento vital. Juan Ramón solicitó una excedencia en el trabajo a raíz de esta mediación y aunque nunca aceptó que fueran los últimos días de su mujer, permaneció a su lado. Conchi murió a los dos meses.



2.2.3. Erika y Alberto: gestión del divorcio

Erika y Alberto son una pareja joven, de 25 y 27 años respectivamente. Tienen dos mellizos, Lola y Alberto, de 5 años. Acuden a la consulta solicitando asesoramiento para comprender cómo puede afectar a unos niños tan pequeños que sus padres se divorcien, ya que han decidido dar la relación por terminada y han acudido a un abogado para iniciar los trámites. Sin embargo, aún habiendo iniciado dichos trámites, se plantean una última oportunidad y acuden a psicoterapia.

En la primera entrevista, pese a la tormenta emocional que estalla y con ella, los reproches y recriminaciones, se evidencia complicidad y un gran afecto entre ellos. Se les plantea realizar una técnica *para resolver aquellos conflictos que están impidiendo que la relación familiar avance*.

Los puntos conflictivos que se trabajaron fueron los siguientes: 1. El orden en casa y en las tareas. 2. Petición de ayuda a la familia extensa y a los amigos en momentos puntuales: cómo y cuándo realizar dichas peticiones. 3. Recuperación de la intimidad y de vida «solo de pareja».

A los seis meses comunican al abogado la suspensión del trámite de divorcio. Ni siquiera llegaron a firmar los acuerdos alcanzados en el proceso mediador. Afirmaron que no era necesario, que se fiaban el uno del otro.

III. EL PAPEL DEL PROFESIONAL EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

¿Cómo debe entonces el/la profesional afrontar los diferentes conflictos que se le plantean en la consulta y saber cuál es la mejor opción? Interesante y difícil pregunta, sobre todo si se ignora de antemano que los conflictos no existirían si no existieran las personas. Como dice Ortega y Gasset: *Yo soy yo y mi circunstancia y si no la salvo a ella no me salvo yo*³.

Íntimamente unidos, conflicto y persona van de la mano. Pero no son lo mismo, y se debe aprender a distinguirlos, a separarlos.

La posibilidad de prevenir, resolver o reparar un conflicto y/o sus consecuencias abre un nuevo camino, un camino de esperanza donde las riendas de la vida vuelven a las manos del protagonista y se percibe de nuevo la posibilidad de control sobre los acontecimientos.

³ ORTEGA Y GASSET, J. *Meditaciones del Quijote*, 1914



El/La profesional, entonces, y a mi modo de ver, tanto si se habla de psicoterapia como de mediación, ante todo debe ser un/a *vividor/a*, y esto en el sentido último de la palabra. Debe conocer la vida, saber la vida, vivir la vida, y no desde las gradas, sino desde la arena.

Este conocimiento no lo adquirirá si simplemente se dedica a acumular títulos o formación académica, aunque esto sea más que necesario para ejercer su profesión. Ese conocimiento viene de su fluir cotidiano y del modo de afrontar sus propias circunstancias. De su capacidad de conocer el dolor y sus múltiples tentáculos y por lo tanto de verlo en el otro y conmovirse. De su capacidad de resistir a la adversidad, y por lo tanto, de despertar la resiliencia en los otros.

De su capacidad de penetrar en el silencio, y así poder desarrollar una escucha activa y presente, donde no solo se escucha lo que se habla, sino lo que se calla, que en la mayoría de las ocasiones, suele ser más importante y trascendente.

IV. CONCLUSIÓN / REFLEXIÓN

El conflicto, interno o externo, individual o familiar, muestra una aspereza, una arruga, una carencia o debilidad. Sin esto, el conflicto no se produce, simplemente, el choque es un encuentro, y no permanece. Pero si algo se emponzoña, si algo duele... está mostrando por dónde se falla, por dónde la persona deja de estar contenida y pierde la fluidez.

Desde este punto de vista, el otro, que también vive el conflicto a la par, tendrá otra lectura, otra visión, y otra vivencia. No siempre se coincide en dicha vivencia. En lo que se coincide es en la necesidad, primero, y en muchas ocasiones, de no verlo, y posteriormente de eliminarlo.

No siempre se acepta el regalo que trae el conflicto, que es la propia transformación.

Gracias a lo que confronta y se opone, se encuentra valor y fortaleza. Gracias a la pérdida, valoración por lo que se tiene. Gracias al disgusto, aprecio por la armonía.

En un mundo dual, no puede haber paz sin conflicto. Uno y otro caminan de la mano, y van alternando el tiempo, valorando la una como positiva, al otro como negativo. Pero ambos coinciden en una única moneda y configuran sus dos caras.

Cuanto más se niega el conflicto, más lejos se posiciona la paz. Cuanto más se culpabiliza al otro, más se pierde la posibilidad de ser protagonista de la propia vida, de aceptarla tal cual es, y vivirla en plenitud.



Porque la paz está dentro del conflicto, en su interior, no detrás o a los lados, sino dentro, y el proceso de desenmarañarlo es el que la descubre en ese interior.

La cuestión sobre si los resultados son más o menos favorables al utilizar la psicoterapia y la mediación en conjunto o separadamente, queda como base para posibles investigaciones futuras.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL SAMPER, T.: «Psicólogo y mediación». Infocop online. Consejo general de la Psicología de España. http://www.infocop.es/view_article.asp?id=545
- BOLAÑOS, J.I. (1996): «Mediación familiar: Una Forma Diferente de Entender la Justicia». *Informació Psicològica* núm. 60, 23-25.
- (2001). «Estudio descriptivo del Síndrome de Alienación Parental en procesos de separación y divorcio. Diseño de un programa piloto de Mediación familiar». Tesis Doctoral UAB.
- CASTILLO, C. (2001): *El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar*. Ponencia de las Jornadas sobre Mediación: en la familia, en la empresa familiar. <http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml>
- CURUCHELAR, G. (SF): *Resiliencia y mediación. Nuestra historia no es un destino*. Fundación Retoño. Buenos Aires.
- DOMÍNGUEZ BILBAO, R. y GARCÍA DAUDER, S. (2003): *Introducción a la teoría del conflicto en las organizaciones*. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid.
- FERNÁNDEZ-RÍOS, M. y RICO, R. (1996): «Formación de mediadores». *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*.
- FOLGER, J. P. y BARUCH BUSH, R.A.(1996): *La Promesa de la Mediación*. Ed. Granica.
- FORLENZA, S. G. (1996): *Procesos paralelos en la mediación y la psicoterapia*, en DUFFI GROVER, K., ET AL., *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*. Ed. Paidós.
- FRANKL, V. (1946): *El hombre en busca del Sentido*. Ed. Herder.
- FROMM, E. (1947): *El miedo a la libertad*. Ed. Círculo de Lectores.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. (2006): *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el Derecho de familia*. Ed. Reus.
- (SF). *La mediación familiar en España*. Universidad Complutense. Madrid.
- GORJÓN, F. (2008): *Métodos alternativos de solución de conflictos*. Ed. Oxford.
- HAYNES, J. M. (1995): *Fundamentos de la Mediación familiar*. Ed. Gaia.
- KAUFMAN, E. (SF): *Talleres innovadores para la resolución de conflictos*. Centro de Estudios Latinoamericanos. Universidad de Maryland.
- MULDOON, B. (2001): *El corazón del conflicto*. Ed. Paidós.



Paula Martínez Gallardo

- MUCCHIELLI, A. (1995): *Psicología de la comunicación*. Ed. Paidós.
- ORTUÑO MUÑOZ, P.(2000): «La mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del Derecho de familia)». *Revista de Derecho de Familia*, núm. 7, pág. 45. Ed. Lex Nova
- PICO DELLA MIRANDOLA, G. (1496): *Discurso sobre la dignidad del hombre*. Ed. Promociones y publicaciones universitarias.
- RAMÍREZ DURINI, A. (2004): «Herramientas y espacios para prevenir y solucionar conflictos». *Revista Futuros* núm. 5. Vol. II.
- REDORTA, J.(2011): *Gestión de conflictos. Lo que necesita saber*. Ed. UOC.
- RIPOL MILLET, A. (1993): *Familias, trabajo social y mediación*. Ed. Paidós.
- SERRANO, G. Y MÉNDEZ, M. (1999): «Las intervenciones de los mediadores». *Revista de Psicología General y Aplicada* núm. 52.
- SUARES, M. (2008): *Factores de contraste entre mediación y terapia familiar*. Buenos Aires.
- WEINER-DAVIS, M. Y O'HANLON, W. (1997): *En busca de soluciones: Un nuevo enfoque en psicoterapia*. Plaza edición.





IMPACTO DE LOS CONFLICTOS EN LA PRODUCTIVIDAD DE LAS EMPRESAS ARAGONESAS: DISEÑO Y PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN INTERVENCIÓN PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

SARA MAUREL IBÁÑEZ¹

Profesora Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de Teruel.
Coordinadora en el campus universitario de Teruel del Experto
Universitario de Mediación. Universidad de Zaragoza

FRANCISCO JAVIER PERÉZ SANZ

Profesor titular Departamento de Dirección y Organización de Empresas.
Universidad de Zaragoza, Campus Teruel

Resumen: *El objetivo consiste en estudiar sistemáticamente y diseñar un programa de evaluación para la detección de conflictos en organizaciones empresariales que sirva de base para la realización de un protocolo de sensibilización e intervención en caso de conflicto laboral y analizar su impacto en la productividad de las empresas aragonesas.*

Sumario: I. Introducción. Marco teórico. 1.1. Antecedentes y estado actual de la investigación en ámbito empresarial. II. Estado económico actual de Aragón. III. Diseño del estudio. 3.1. Ámbito del estudio. 3.2. Muestra. 3.3. Análisis estadístico. IV. Aspectos éticos. V. Utilidad práctica y aplicabilidad de los resultados. VI. Bibliografía.

¹ Con la colaboración del equipo del Experto Universitario en Mediación de la Universidad de Zaragoza



I. INTRODUCCIÓN. MARCO TEÓRICO

Los mercados han impuesto a las organizaciones la incorporación de criterios de gestión empresarial en todos los ámbitos, destacando su aportación a la eficacia y eficiencia de las mismas, con diferentes dimensiones, entre ellas, destacar la promoción del trabajo en equipo (Kozlowski y Ilgen, 2006; Mathieu, Maynard, Rapp y Gilson, 2008), como estrategia para la mejora de la productividad (Aritzeta y Balluerka, 2006) y calidad de servicio, ya que la suma de sus competencias permite obtener mejores resultados (Lepine, Piccolo, Jackson, Mathieu y Saul, 2008).

Nuestra sociedad presenta unas relaciones empresariales complejas y dinámicas y ello ha derivado en una judicialización de los conflictos que supone una sobrecarga para los tribunales de justicia. No obstante, el acceso a la justicia es para todos un derecho fundamental reflejado en el artículo 6 del *Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*.

En el Libro Verde, la modalidad alternativa de solución de conflictos, define aquellos procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos que son aplicados por un tercero imparcial, designados como ADR, acrónimo de *Alternative Dispute Resolution* y traducido como *Gestión Alternativa de Conflictos* o GAC.

La Resolución como Transformación de Conflictos (RC) se estableció como disciplina en USA en los años sesenta, debido a la influencia del proceso revolucionario norteamericano en favor de los derechos civiles (*Civil Rights Movement*) que llevó a cuestionar, entre otros aspectos, los métodos tradicionales, autoritarios y punitivos de tratamiento del conflicto en todos los ámbitos.

Los procesos de gestión alternativa de conflictos se consideran más eficaces y presentan un carácter más informal, pragmático y consensual que los habituales. De la dicotomía *ganar-perder* propia de los mecanismos tradicionales, como el judicial, los instrumentos de RC propios de la GAC, como la mediación, permiten obtener acuerdos *ganar-ganar*.

Las experiencias de GAC se aplican desde hace años en diversos países occidentales, con el resultado de una gestión más democrática y duradera del conflicto entre personas y entre grupos, promoviendo mecanismos participativos de toma de decisiones y de tratamiento del conflicto, como la mediación, introduciéndose como alternativas a los métodos basados en la autoridad y rigidez jerárquica.

El objetivo de las disciplinas, tales como, las Ciencias de Investigación por la Paz, Socioconstruccionismo o el Diálogo Democrático consiste



en mejorar la convivencia, establecer relaciones armónicas basadas en la aceptación del pluralismo y la diversidad social, cultivando el diálogo como forma de resolver conflictos y desde una construcción activa, intencionada y sistemática en la que todos/as participen.

Diálogo Democrático se define como "una corriente de significado que fluye entre, dentro y a través de los actores implicados; este es el aglutinante o el cemento que sostiene los vínculos entre las personas y las sociedades».

El diálogo y el acuerdo en el ámbito de la empresa han sido desplazados por el recurso de la vida judicial, lo que conlleva mayor lentitud y coste para las empresas en conflicto (Conforti, 2014).

Según Gergen y Warthus (2008) cuando los mundos de significado confluyen pueden ocurrir resultados creativos y por tanto, organizaciones con nuevas formas de relación, nuevas realidades y nuevas posibilidades.

1.1. Antecedentes y estado actual de la investigación en ámbito empresarial

El equipo de trabajo es un grupo de profesionales que se complementan y está determinado por dinámicas interpersonales (Borrell, 2007; Mundate y Martínez, 2004) que condicionarán la aparición de conflictos disfuncionales (De Dreu y Gelfand, 2008; Boz, Martínez y Mundate, 2009) con graves consecuencias negativas sobre las competencias del equipo de trabajo, la disminución de la satisfacción laboral y productividad de sus miembros (Borrell, 2007) y por tanto, perjudicará la eficacia y eficiencia de la organización (Novel, 2009; Jubete, Calle, Riesgo, Cortés y Mateo, 2005).

El conflicto empresarial comprende una gran variedad de aspectos mercantiles y civiles, como por ejemplo, la aplicación de convenios colectivos, demandas personales del trabajador, necesidades coyunturales del empresario, antagonismos internos en trabajador, empresas familiares, problemas con proveedores y clientes, la ejecución de proyectos empresariales comunes, etc. En los entornos empresariales y laborales, los conflictos son inevitables, no obstante, sus consecuencias desadaptativas y perjudiciales se pueden evitar (Saner, 2003).

Resulta imprescindible en la actualidad, la implementación de métodos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación, ya que se ha demostrado que la realización de un buen uso del procedimiento, no solo incrementa la productividad en las empresas y organizaciones,



sino que mejora el clima laboral y contribuye a constituir sociedades más prósperas, pacíficas, capaces y responsables.

Los conflictos debidamente tratados y resueltos a través de un método sistemático, suponen una oportunidad de crecimiento y un nuevo compendio de conocimientos en el contexto de la empresa y también ofrecen un valor añadido imprescindible para evolucionar y ser más competitivos (Fischer, Ury y Patton, 2011).

En el ámbito de las relaciones interpersonales, el conflicto es un proceso dinámico que ocurre entre personas que presentan reacciones emocionales negativas al percibir discrepancias e interferencias en el logro de sus objetivos (Womack, 1988).

Esta percepción negativa de la experiencia vivencial, la falta de habilidades para identificar y reconocer las emociones, así como la falta de capacidad para afrontar la comunicación y el estilo de afrontamiento para gestionar las discrepancias (Barki y Hartwick 2004) son determinantes en el curso del conflicto y su desenlace (Jubete y col. 2005).

Existen estudios como los de Tjosvold (2008) que han mostrado que las habilidades, aptitudes y estilos de afrontamiento de las dificultades que presentan los miembros de un equipo, tienen un gran impacto en la aparición de fenómenos tales como, el conflicto, la pérdida de confianza en la organización, el debilitamiento de la red social y el fracaso en la consecución de los objetivos de trabajo.

Esta percepción del entorno laboral supone un factor muy estresante que repercute negativamente en la satisfacción laboral del profesional y puede afectar a las partes y al sistema global de la organización (Arciniega, Woehr y Poling, 2008; Roberts, 2005).

La satisfacción laboral ha sido definida como un estado emocional positivo o placentero resultante de la percepción subjetiva de las experiencias laborales (Floyer, 1993) que predispone a una actitud positiva ante el trabajo (Locke, 1976; Beer, 1964; Harparz, 1983; Salancik y Pfeffer, 1977).

En esta misma línea de investigación, se ha demostrado que la insatisfacción del personal de una organización correlaciona negativamente con la productividad (Harparz, 1983; Tjosvold, 2008) medida por variables tales como, absentismo, rotación de personal, incremento de quejas de clientes y falta de cumplimiento en el logro de objetivos (Salancik y Pfeffer, 1977; Peiró, 1984; Salvador, 2005; Pérez y Hidalgo 2006) repercutiendo en los costes indirectos que deberá satisfacer la organización (Karsh, Booske y Sainfort, 2005).

Es destacable que las relaciones sociales positivas que se establecen en un equipo de trabajo son determinantes para una buena salud inter-



grupal y generan un alto grado de satisfacción y compromiso profesional (Cantera, 2006).

Desde la perspectiva de la Teoría de los Dobles Intereses creada por Thomas Kilmann (1974) se identifican cinco estilos para afrontar situaciones susceptibles de desencadenar un conflicto y con dos características fundamentales, asertividad y cooperación.

Por tanto, los comportamientos dirigidos a la búsqueda de soluciones que beneficien a los intereses de todos los miembros del equipo, tienden a fomentar un ambiente positivo de trabajo favoreciendo la ayuda mutua, la empatía y la aceptación de puntos de vista opuestos y reduce la insatisfacción personal y emocional (Femina, 2006). El estilo colaborativo parte de la búsqueda de coincidencias y acuerdos donde las partes pueden satisfacer sus intereses y se considera un estilo efectivo para la resolución de conflictos intergrupales, ya que fomenta la cohesión grupal, incrementa los procesos de interacción y comunicación y también, reduce la tensión y la frustración de las partes (Martínez-Moreno, González, Zornoza y Ripoll, 2009).

Es preciso resaltar que cuando la persona no dispone de habilidades emocionales orientadas hacia un estilo de afrontamiento de tipo colaborativo, la calidad de las relaciones interpersonales del equipo de trabajo disminuye predisponiendo al desarrollo y consolidación de conflictos de carácter relacional. Si sus relaciones son conflictivas la satisfacción laboral del profesional se deteriora pudiendo generar conductas negativas que acaban afectando a la productividad, calidad del servicio y finalmente, repercutiendo en los costes de toda la organización (Karsh, Beasley y Brown, 2010).

Existe un interés creciente por conocer la repercusión del entorno laboral en los profesionales, ello ha promovido la realización de diversos estudios sobre aspectos relacionados con estrés laboral y su impacto en la salud (Robles, Dierssen, Martínez, Herrera, Díaz y Llorca, 2005) o sobre la satisfacción laboral relacionada con variables como las condiciones físicas del trabajo, compatibilidad con la vida familiar (horarios, turnos, etc.), remuneración salarial y espacio físico (Chen, Liu y Tjosvld, 2005).

Por otro lado, se han realizado estudios sobre las estrategias de afrontamiento como factor que precipita el síndrome de *burnout* (Agulló, Boada, Mañas y Diego, 2005) o sobre el clima laboral (Grau, Suñer y García, 2005) y su repercusión en la calidad de servicio prestado a los clientes y /o pacientes.



II. ESTADO ECONÓMICO ACTUAL DE ARAGÓN

En la línea de los autores mencionados y coincidiendo con los objetivos de este estudio, dicha investigación pretende evaluar algunos de los ingredientes básicos de la cultura democrática en el entorno empresarial de las empresas aragonesas.

Desde el punto de vista empresarial y organizacional, según el Consejo Económico y Social de Aragón (CESA Informe 2016), la economía aragonesa ha seguido creciendo a un ritmo significativo en 2016, cuya recuperación de la actividad económica se inició a finales del año 2013. En sincronía con la media de España y con tres ejercicios consecutivos de balance positivo, esta evolución se ha apoyado en su demanda interna y en la contribución positiva de la demanda exterior.

Según CESA (2016) en la Comunidad de Aragón en 2016 se han creado cerca de 13.000 nuevos puestos de trabajo, impulsado la tasa de empleo y reduciendo la tasa de paro, situando a Aragón en una posición ventajosa en relación con otras comunidades autónomas. Sin embargo, según expertos económicos, para alcanzar los niveles de empleo pre-crisis, todavía queda bastante camino que recorrer. Cabe destacar que la economía aragonesa en los últimos 3 años ha sido muy positiva y según se desprende de la Contabilidad Regional de España (CRE) y de la Encuesta de Población Activa (EPA), nuestra comunidad autónoma ha recuperado el 72% del PIB (el 97% la media española) y cerca de la mitad de los puestos perdidos durante la recesión económica (el 40% a nivel estatal). Esto significa que a nivel de empleo, todavía queda por recuperar la otra mitad. Este proyecto pretende potenciar y optimizar los buenos resultados productivos y laborales de los últimos años, facilitando el estudio y la mejora de las relaciones laborales, a través del diagnóstico de la conflictividad y su impacto en la productividad económica de las empresas aragonesas.

III. DISEÑO DEL ESTUDIO

En el diseño del estudio se utilizará una metodología descriptiva y correlacional, transversal, con abordaje cuantitativo. La disciplina Transformación de Conflictos aporta múltiples herramientas de análisis y abordaje de los conflictos en ámbitos comunitarios y organizacionales. Los objetivos consisten: 1. Analizar diferencias significativas entre variables sociodemográficas, competencias, variables cognitivas y resolución de conflictos. 2. Explorar las relaciones entre satisfacción laboral, producti-



vidad, competencias y conflictos. 3. Identificar variables predictoras de competencias y pensamiento constructivo y otras variables en la resolución de problemas y productividad. Tras la planificación del proyecto y una vez finalizadas las labores de estudio, análisis y diagnóstico de la situación empresarial, se han realizado tareas de coordinación para la fijación de objetivos, estrategias, plazos de ejecución, procedimientos para el contacto con las empresas y recogida de información. En la planificación se han realizado acciones conjuntas con el Departamento de Dirección y Organización de Empresas de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de Teruel y la Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo de la Universidad de Zaragoza. Por tanto, comenzará la fase de ejecución del Proyecto, el 3 de diciembre de 2018 con la aplicación de protocolos de evaluación en la provincia de Teruel y posteriormente, en las organizaciones de Zaragoza y Huesca.

Se realizará un análisis estadístico de los datos con SPSS versión 23.0.

3.1. Ámbito de estudio

En Aragón el tejido empresarial engloba Teruel, Zaragoza y Huesca (capital y provincia), estando estructurada la Comunidad en áreas integrales empresariales:

En total, la provincia de Teruel dispone de 68 polígonos industriales. La superficie industrial en dicha provincia asciende a los 15.000.000 m². En torno a 4 millones de m² se encuentran ubicados en el municipio de la capital de Teruel.

Actualmente, la provincia de Teruel comprende 236 municipios. Los más importantes de la provincia, junto a la capital son Alcañiz, Andorra, Calamocha, Calanda y Utrillas.

Cabe destacar las principales plataformas y polígonos industriales de la provincia de Teruel, tales como: 1. Plataforma logístico-industrial de Teruel (PLATEA) 2. Plataforma aeroportuaria de Teruel (PLATA). 3. Polígono industrial La Paz . 4.Parque Tecnológico Techno-Park MotorLand (MotorLand Aragón) en Alcañiz.

3.2. Muestra

La muestra se compone de 60 empresas aragonesas (Zaragoza, Huesca y Teruel), cuyos participantes conforman una horquilla entre 250-300 trabajadores. En los criterios de inclusión, las empresas tendrán más de 20 empleados y otorgarán su consentimiento informado de participación.



Se realizará un estudio de variables sociodemográficas de los profesionales: edad, sexo, tipo de contrato, centro de trabajo, antigüedad en la empresa y antigüedad en el cargo profesional; estudio de clima laboral, gestión del conflicto; satisfacción laboral de los profesional; diferentes variables cognitivas y emocionales y estudio de productividad.

3.3. Análisis estadístico

Se realizará un análisis descriptivo inicial de las variables sociodemográficas utilizando medidas de tendencia central y dispersión para variables cuantitativas y análisis de proporciones para las variables cualitativas. Se calcularán intervalos de confianza al 95% tanto para medias como para porcentajes.

Se aplicará el test de normalidad a las variables con objeto de comprobar el tipo de distribución a la que se ajustan. Para conocer la relación existente entre las diferentes variables y se utilizará el coeficiente de correlación r de Pearson y diferentes análisis de regresión. Para el análisis estadístico de los datos se utilizará el paquete estadístico SPSS.23.0.

IV. ASPECTOS ÉTICOS

Se realizarán las recomendaciones de la *Ley Orgánica 15/1999 del 13 de diciembre de la Protección de Datos de carácter personal*.

Se solicitará el consentimiento informado en un documento escrito según los principios de la Declaración de Helsinki y se garantizará en todo momento el manejo confidencial de los datos.

V. UTILIDAD PRÁCTICA Y APLICABILIDAD DE LOS RESULTADOS

Los resultados de dicho estudio permitirá conocer los diferentes estilos de afrontamiento de conflictos interpersonales de los profesionales y desde un enfoque preventivo, se generará líneas de intervención destinadas a potenciar la cohesión grupal y el trabajo en equipo en las empresas e instituciones, con el objetivo de mejorar la productividad y reducir los efectos negativos del conflicto en los costes económicos de la organización.



Tras un análisis de los datos, será factible una intervención posterior de forma planificada y sistemática en la propia organización. Ello conlleva algunos beneficios, según Redorta (2000):

- a) El cumplimiento voluntario de normas de convivencia que tiene una calidad primordial para construir la vida en común, se fomenta el respeto, la integración y mejora la calidad de las relaciones.
- b) Los incumplimientos contradicen el orden y los valores que representan la norma.
- c) El acuerdo y el cumplimiento voluntario es un valor
- d) La mediación es una técnica adecuada y una actitud para devolver a cada miembro de la comunidad las responsabilidades y el control de los conflictos.

En resumen, este proyecto pretende optimizar los resultados productivos y laborales de Aragón, facilitando el estudio y la mejora de las relaciones laborales, a través del diagnóstico de la conflictividad y su impacto en la productividad económica y con posterioridad realizar un protocolo de actuación, elaboración de informes y coordinación de actuaciones dentro y fuera del ámbito organizacional. Tras el análisis de los resultados, el factor innovador de este proyecto consiste en diseñar un programa de evaluación para la detección de los conflictos en las organizaciones que sirva de base para la realización de un protocolo de sensibilización e intervención en las organizaciones empresariales aragonesas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGULLÓ, E., BOADA, J., MAÑAS, M. A., DE DIEGO, R. (2005): "El absentismo laboral como consecuencia de variables organizacionales". *Psicothema*, núm. 17 (2): 212-218.
- ARCINIEGA, L.M. WOEHR, D. y POLING, T. (2008): "El impacto de la diversidad de valores en los equipos sobre las variables de proceso y el desempeño de tareas". *Revista latinoamericana de psicología*, núm. 40 Latinoamericana de Psicología, núm. 40: 523-538.
- ARITZETA, A. y BALLUERKA, N. (2006): "Cooperation, competition and goal interdependence in work teams. A multilevel approach". *Psicothema*, núm. 18: 757-765.
- BARKI, H. y HARTWICK, J. (2004): "Conceptualizing the construct of interpersonal conflict". *Internacional Journal of Conflict Management*, núm. 15: 216-244.
- BEER, M. (1964): "Organizational size and job satisfaction". *Academy of Management Journal*, núm. 7: 34-44.



- BORRELL, F. (2007): *Cómo trabajar en equipo y crear relaciones de calidad con jefes y compañeros*. 4ª edición. Ediciones Gestión 2000.
- BOZ, M. MARTÍNEZ, I. y MUNDUATE, L. (2009): "Breaking Negative Consequences of Relationship Conflicts at Work: the moderating role of work family enrichment and supervisor support". *Journal of Work and Organizational Psychology*, núm. 25 (2): 113-122.
- CANTERA, F. J. (2006): "Evaluación de la satisfacción laboral: métodos directos e indirectos". *Notas técnicas de prevención*. Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- CONFORTI, F. (2014): "Mediación en las Organizaciones". *Revista de Mediación*. Vol. 7, Nº 2, pp12-25.
- CHEN, G. Q. LIU, C. H. y TIOSVLD, D. (2005): "Conflict management for effective top management teams and innovation in China". *Journal of Management Studies*, núm. 42 (2): 277- 300.
- DE DREU, C. Y GELFAND, M. (2008): "The psychology of conflict and conflict management in organizations". New York: Lawrence Erlbaum.
- FEMINA, N. (2006): Ganaropciones.com. Florida.
- FISCHER, R, URY, W Y PATTON, B. (2011): *Getting to yes. Negotiating agreement without giving in*. Penguing Books.
- FLOYER, A. (1993): *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. Ed. Paidós.
- GARAIGORDOBIL, M. (2008): *Evaluación del programa "Una sociedad que construye la paz – Bakeaeraikitzen duengizartea"*. Servicio de Publicaciones del Gobierno vasco
- GIL, F. RICO, R. y SÁNCHEZ-MANZANARES, M. (2008): "Eficacia de equipos de trabajo". *Papeles del Psicólogo*, núm. 29: 25-31.
- HARPARZ, I. (1983): *Job satisfaction. Theoretical perspectives and a longitudinal analysis*. Nueva York: Publishers.
- HOFFMAN, M. L. (1975): Developmental synthesis of affect and cognition and its implications for altruistic motivation. *Developmental Psychology*, 11, 607-622.
- HOFFMAN, M. L. (1983): *Empathy, guilt and social cognition*. En OVERTON, F. W. (Ed.). *The relationship between social and cognitive development* (págs. 120-141). LEA.
- JUBETE, M. T. CALLE, M., RIESGO, R., CORTÉS, J. A., MATEO, C. (2005): "Estudio de la calidad de vida profesional en los trabajadores de Atención Primaria del Área 1 de Madrid". *Atención primaria*, núm. 3: 112-4.
- KARSH, B., BOOSKE, B. C. y SAINFORT, F. (2005): "Job and organizational determinants of nursing home employee commitment, job satisfaction and intent to turnover". *Ergonomics*, núm. 468: 1260-81.
- KOZLOWOSKI, S. WYILGEN, D. R. (2006): "Enhancing the effectiveness of work groups and Teams". *Psychological Science in the Public Interest*, núm. 7: 77-124.





- LEPINE, J. A., PICCOLO, R. F., JACKSON, C. L., MATHIEU, J. E. y SAUL, J. R. (2008): "A meta-analysis of team work processes: tests of a multidimensional model and relationships with team effectiveness criteria". *Personnel Psychology*, núm. 61: 273-307.
- LOCKE, E. A. (1976): *The nature and causes of job satisfaction*. John Wiley & Sons.
- MARTÍNEZ-MORENO, E., GONZÁLEZ-NAVARRO, P., ZORZONA, A. y RIPOLL, P. (2009): "Relationships, task and process conflicts on team performance: the moderating role of communication media". *International Journal of Conflict Management*, núm. 20 (3): 251-268.
- MARTÍNEZ-PECINO, R., MUNDUATE, L., y MEDINA, F. L. (2008): "La gestión de conflictos organizacionales por medios extrajudiciales". *Papeles del Psicólogo*, núm. 29: 41-48.
- MATHIEU, J., MAYNARD, M. T., RAPP, T., y GILSON, L. (2008): "Team effectiveness 1997-2007: A review of recent advancements and a glimpse into the future". *Journal of Management*, núm. 34: 410-476.
- MUNDATE, L. y MARTÍNEZ, J. M. (2004): *Conflicto y Negociación*. 2ª edición. Ed. Pirámide.
- NAVÍO, A. (2005): "Propuestas conceptuales en torno a la competencia profesional". *Revista de educación*, núm. 337: 213-234.
- NOVEL, G. (2010): *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*. Ed. Reus.
- PEIRÓ, J. M. (1984): *Psicología de las Organizaciones*. UNED.
- PÉREZ, J. y HIDALGO, M. (2006): *Satisfacción laboral: escala general de satisfacción*. Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- ROBLES, M., DIERSSEN, T., MARTÍNEZ, E., HERRERA, P., DÍAZ, A. R., LLORCA, J. (2005): "Variables relacionadas con la satisfacción laboral: un estudio transversal a partir del modelo EFQM". *Gaceta Sanitaria*, núm. 19: 127-34.
- ROBERTS, J. (2005): "Coaching managers through their conflicts". *Management Services*, núm. 49: 16-18.
- ROJAS, L. (1998): *Las semillas de la violencia*. Ed. Espasa.
- SALANCIK, G. Y PFEFFER, J. (1977): "An examination of need-satisfaction models of job attitudes". *Administrative Science Quarterly*, núm. 22: 427-456.
- SALINAS, C. LAGUNA, J. MENDOZA, M. (1994): "La satisfacción laboral y su papel en la evaluación de la calidad de la atención médica". *Salud Pública*, núm. 136 (1): 22-9.
- SALVADOR, C. (2005): "Componentes del compromiso y su influencia en la satisfacción del cliente". *Anales de Psicología*, núm. 20 (3): 316-322.
- SANER, R. (2003): *El experto Negociador*. Gestión 2000, S.A.
- THOMAS, K. W. (1976): *Conflict and conflict management*. Palo Alto: En Dunnette.
- TJOSVOLD, D. (2008): "The conflict positive organization: it depends upon us". *Journal of Organizational Behavior*, núm. 29: 19-28.



Sara Maurel Ibáñez y Francisco Javier Pérez Sanz

WEISINGER, A. (1998): *La inteligencia emocional en el trabajo*. Buenos Aires: Javier Vergara, 1998.

WOMACK, D. F. (1998): "Assessing the Thomas-Kilmann Conflict Model Survey". *Management Communication Quarterly*, núm. 1 (3): 321-349.





