

# Curso de especialización en mediación civil y mercantil.

*Itre. Colegio de Abogados de A Coruña*

Sesión de 18 de enero de 2013

LA MEDIACION.- CONCEPTO Y ANTECEDENTES.- CARACTERISTICAS DE LA MEDIACION COMO PROCESO DE RESOLUCION DE CONFLICTOS.- EL PROCESO DE MEDIACION. FASES: Premediación, mediación, redacción del acuerdo.

***Raquel Alastruey Gracia***

Magistrada

Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación

## LA MEDIACIÓN CIVIL.- CONCEPTO Y ANTECEDENTES

¿En alguna ocasión se han planteado si la jurisdicción es suficiente para establecer soluciones justas? ¿Puede ser justa una decisión tardía? ¿Las leyes dan respuesta a todas las situaciones sociales? ¿Las decisiones judiciales son siempre las únicas soluciones posibles a los problemas interpersonales, a los conflictos entre empresas, a las disputas familiares o vecinales? ¿Se han planteado si para que uno obtenga el reconocimiento de su derecho otro siempre tiene que perder? ¿Creen que el coste del acceso a los Tribunales de Justicia resulta una "inversión" adecuada a la finalidad del proceso?

La respuesta a las anteriores cuestiones no siempre es afirmativa y lleva a plantearse qué métodos pueden servir a la pacificación social.

Desde luego que el punto de partida para analizar los métodos de gestión de conflictos y muy especialmente la mediación, es precisamente éste: el conflicto.

Los conflictos no son sucesos objetivos, percibidos del mismo modo por todas las personas y en cualquier lugar y momento, sino que como ha señalado Marc Galanter<sup>1</sup> "son más bien construcciones sociales, como la amistad o la enfermedad, compuestas en parte de las percepciones y definiciones de los que participan en ellas y de quienes las observan". Los conflictos son como un vasto océano de acontecimientos, colisiones, encuentros, rivalidades, decepciones, incomodidades y lesiones".

---

<sup>1</sup> GALANTER, Marc. 1983. "Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society", Ucla Law Review, vol. 31, nº 1, pags. 4-71

Siguiendo la biografía de un litigio que realizaron FELSTINER, ABEL Y SARAT<sup>2</sup> podemos distinguir cuatro estadios o escalones hacia la litigación: las relaciones sociales/económicas, la experiencia que se percibe como perjudicial o lesiva por una persona, la reclamación o demanda a quien consideramos causante o responsable y, finalmente, de no ser atendida la reclamación, el cuarto escalón corresponde a la formalización del conflicto.

De las relaciones sociales sólo una parte de ellas puede ser percibida como lesiva o perjudicial por alguna persona, normalmente a partir del incumplimiento de una conducta esperada, y aquí influyen factores subjetivos de muy diversa índole pues una misma situación no es considerada por todos como dañosa o perjudicial. De esas percepciones lesivas, sólo una parte dará lugar a una reclamación o demanda, es decir, producirán una reacción ante el perjuicio que consistirá en exponerlo y comunicarlo al actor social que se considera causante o responsable del mismo. Si esta reclamación no se atiende en el ámbito social en que se produce, es decir, cuando es rechazada y ese rechazo no es aceptado por quien se considera perjudicado, éste puede optar por resignarse, dejarlo pasar, o formalizar la disputa.

A partir de este momento el conflicto formalizado dará lugar a la intervención de un tercero para dirimir la discordia. En nuestro sistema de justicia y hasta la Ley 5/2012 sólo cabía acudir a dos mecanismos o instrumentos de solución de controversias: el litigio judicial o al arbitraje. Hoy podemos hablar también de la mediación como método de gestión, transformación y solución de conflictos.

---

<sup>2</sup> FELSTINER, ABEL y SARAT 1980/1981. The emergence and transformation of Disputes: naming, blaming, claiming. Law And Society Review, nº 15

La Jurisdicción y el Arbitraje, como formas heterocompositivas de resolución de controversias, en las que el tercero adjudica la solución o con mayor precisión otorga la decisión, parten de la confrontación, de la contienda, pero no son la única manera posible de hacer frente a una situación en la que se manifiestan intereses contrapuestos de dos o más partes.

Existen otras vías de solución no adversarial, basadas en el modelo de negociación, que se han demostrado muy adecuadas a determinados conflictos cuya complejidad exige procedimientos y soluciones flexibles e imaginativas. No siempre la disputa o la diferencia entre dos o más partes debe observarse y tratarse desde la lucha o confrontación de fuerzas, ni tampoco debe pensarse que la pacificación de los conflictos es un monopolio del Estado.

Desde la perspectiva institucional de los sistemas de Justicia, puede hablarse de los sistemas jurisdiccionales y de los sistemas de ADR.

Desde una visión de la estrategia y del método por los que se encauzan los distintos procedimientos, pueden distinguirse los sistemas heterocompositivos, de estructura triangular y los sistemas autocompositivos, de estructura horizontal. En los primeros siempre hay un tercero que adopta la decisión a las que quedan sometidas las partes, las posturas de las partes están predefinidas y la estrategia y el discurso son retóricos, pues se dirige a convencer a quien debe decidir que la propia posición es la correcta, y dicha posición se basa en "los derechos". En los segundos, puede o no haber un tercero que en ningún caso decide, y son las propias partes quienes van construyendo la solución mediante el diálogo y la negociación de forma que se tiende a la aproximación de las posiciones iniciales a fin de hallar la mejor solución posible, que no está predefinida. La estrategia y el método son dialécticos y gira sobre la visión de "los intereses" de las partes.

Desde una perspectiva temporal, en relación con el proceso judicial, algunas metodologías alternativas, que en todo caso, deberán ser promovidas desde el poder público y pactadas o convenidas por los interesados, serán utilizadas directamente por las partes en conflicto y actuarán como sistemas pre-procesales o de desplazamiento de la jurisdicción, mientras que otras se manifestarán una vez planteado judicialmente el conflicto y será la actividad del juez la que permitirá, dentro de la flexibilidad de la norma, que finalmente se encuentre esa solución al margen de su "iuris-dictio".

Entre los métodos distintos de la adjudicación de la decisión por tercero (jurisdicción y arbitraje) debemos situar la mediación.

La mediación no es conciliación, ni es negociación. Conviene hacer esta precisión terminológica porque inicialmente mediación y conciliación se consideraban sinónimas y mientras en los Estados Unidos de América se ha impuesto el término mediación, en otros países como Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Austria se utiliza el término conciliación para indicar el mismo procedimiento.

Sin ánimo de disquisiciones estériles, la diferencia podría situarse en el grado de intensidad de la participación del tercero neutral, en cuanto el papel del conciliador se estima más pasivo en la facilitación de la comunicación de las partes pero más intervencionista en la propuesta de solución, mientras que el del mediador es mucho más activo en ayudar a las partes en que ellas mismas busquen sus propuestas de solución, aunque se le reconoce la posibilidad de que en el curso de su actuación pueda hacer sugerencias a las partes, cuando reformula y concreta las manifestaciones de una y otra.

La definición de mediación propuesta por Folberg y Taylor (1984) es quizá una de las más completas, descriptiva de los factores que

intervienen y aceptada por otros autores: **la mediación es ..."un proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objetivo de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades... hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes en la toma de aquellas decisiones que influyen sobre sus vidas... confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes"** y también, por el valor que tiene en cuanto instrumento normativo de ámbito europeo y porque, como señala Gil Nievas, R. (2008) mantiene un concepto amplio que abarcaría diversas figuras en las que el tercero intenta que las partes lleguen a un acuerdo, la definición que contiene la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuando indica que es **"un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador"**. En similares términos la conceptualiza nuestra vigente ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles al indicar su artículo 1 que **"Se entiende por mediación 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"**.

La mediación frente a los sistemas judiciales y arbitrales permite que la solución se halle donde el problema surgió y que sea el propio interesado quien lo gestione, reconociéndole el máximo ejercicio de su libertad, pues no habrá hecho dejación de su asunto, de su

interés, en manos de terceros. A su vez dota a los individuos y a los grupos de recursos e instrumentos pacificadores que, no obstante ser conocidos, no son suficientemente explotados: el diálogo y la comunicación como antagónicos a la fuerza y la imposición coactiva de decisiones, y de esta forma se refuerza la implicación de los individuos en el funcionamiento justo y equitativo de la comunidad.

La mediación, están mereciendo especial atención por los legisladores europeos y americanos, no tanto por su utilidad como medios descongestivos de la Administración de Justicia –que también-, sobresaturada, lenta, costosa, formalista y en ocasiones imprevisible con lo que se perjudica notablemente la seguridad jurídica, sino y principalmente porque no siendo su objetivo determinar las responsabilidades derivadas del problema, sino construir el marco en el que puedan generarse soluciones superadoras del conflicto, puede responder mejor a preservar la relación de las partes y aporta nuevos enfoques y, por ello mismo, la posibilidad de mejores soluciones, a los problemas multidisciplinarios, en los que el componente jurídico es sólo una parte.

La situación actual de la Justicia merece una revisión que permita considerar junto a los Tribunales otros mecanismos de realización del valor de lo justo. Lo primero a asumir es que la vida ofrece una riqueza de situaciones y cada individuo percibe una misma realidad de forma distinta a otros, y que esa diversidad de percepciones y relaciones no caben todas ellas en las normas escritas.

Pretender que cualquier conflicto de intereses tiene respuesta legal y que ésta es solución a la cuestión planteada es irreal. Por ello mismo, sostener que la función de los jueces es sólo y exclusivamente aplicar la ley al caso concreto, mediante el dictado de sentencias que constituyen el punto y final de la cuestión, es tanto como funcionar

de espaldas a las personas que sufren el conflicto y al conflicto mismo<sup>3</sup>.

Pretender que el conflicto se va a terminar en aplicación de normas jurídicas escritas para una generalidad de situaciones y en base a ellas adjudicar razones y derechos, constituyendo a los sujetos en vencedores y vencidos, no debe ser la forma única de abordar las controversias. En el momento presente en que las relaciones son cada vez más complejas, casi nada es perdurable, cuando las distancias se miden por unidades de tiempo y las condiciones para el desarrollo de las personas y las empresas son inciertas, en que los conflictos se viven como agravios y pérdidas, se impone más que nunca buscar vías diversas para restablecer la paz social.

Los conflictos no son jurídicos, sino personales. Si los conflictos son consustanciales a las relaciones interpersonales, a la vida misma y precisamente por ellos se produce el avance social y si la vida se estructura socialmente sobre los valores de igualdad, de libertad personal y de equilibrio o justicia, cuyo respeto por todos ha de permitir al individuo desarrollarse con pleno respeto a su dignidad, pretender circunscribir los conflictos y los valores que deben permitir su transformación a la letra escrita de las normas jurídicas no lleva en muchas ocasiones a decisiones justas, posibles y razonables.

La Justicia es un sentimiento que se imbrica en la ética social pero también en la moral individual. Como parte de la ética social, el legislador define lo que es objetivamente justo o injusto, pero las personas, desde su moral individual, tienen también su sensación de lo que es justo en el caso en que están involucrados y en muchas ocasiones no coincide con la fórmula del legislador. Si los jueces sólo utilizamos como instrumento pacificador la aplicación de la ley,

---

<sup>3</sup> Jürgen Habermas, filósofo que ha indagado en la justificación de la ley en el Estado democrático y el papel de la Administración de Justicia, narra lo paradójico que le resultó el Juicio de Núremberg, que el escuchaba siendo muy joven desde la radio, y no entendía la discusión sobre el principio de legalidad que los juristas que sirvieron en el régimen nazi alegaban en sus defensas, frente a la realidad de su familia en los campos de exterminio.



nuestras sentencias pueden llegar a ser injustas al no ser comprendidas ni poder ser asumidas por los ciudadanos a los que se dirigen, sencillamente porque la estructura normativa (ante tal supuesto de hecho, tal consecuencia jurídica) no contempla todos los matices de su realidad.

Por otra parte, el sistema público de Justicia no puede asumir una avalancha indiscriminada de reclamaciones de los ciudadanos, sólo porque se desconocen otras formas posibles de hallar soluciones fuera de los Tribunales del Estado. La comprensión y alcance del derecho fundamental a la tutela efectiva de derechos e intereses está siendo distorsionado: ni cualquier agravio debe ser llevado ante los Tribunales, ni sólo los Tribunales tienen la posibilidad de resolver los conflictos de derechos e intereses.

La mediación aparece entonces como otra manifestación más de la juridiversidad.

Ahora bien, no procede mitificar la mediación como la panacea de las soluciones justas. Los Tribunales deben seguir siendo la garantía última de los ciudadanos, pero si no debe producirse el abandono de los mecanismos tradicionales sí puede y debe ampliarse el abanico de posibles tratamientos de una situación de conflicto.

La mediación tienen un ámbito de aplicación mucho más extenso de lo que inicialmente podría pensarse. No son sólo útiles en las disputas de naturaleza familiar, civil o comercial, sino también en los conflictos comunitarios y en los hechos delictivos, donde la mediación y la conciliación pueden servir para superar los conflictos planteados. Incluso en materias que nos parecen innegociables es posible un

acuerdo amistoso como recoge el artículo 38 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>4</sup>.

La mediación está principalmente indicada para todos aquellos casos en que los ciudadanos implicados han de seguir manteniendo en el futuro una relación personal. Como señala Ortuño (2007) si tenemos un conflicto con un compañero de trabajo o de profesión, con un socio de la empresa, con el vecino, con el mecánico del taller, con nuestro médico, con un miembro de la familia, con el cliente o proveedor habitual del negocio, el problema no lo va a solucionar el peso de la ley, ni el castigo, ni la multa impuesta por el Tribunal. La sentencia será la decisión pero la espiral del rencor no habrá hecho más que comenzar. Se puede decir que la mediación está indicada en todos aquellos conflictos en los que el encaje legal que determina la decisión judicial no otorga una satisfacción al interés de las partes.

La verdadera incorporación de las medidas alternativas a la litigación judicial en cada país y en cada ámbito dependerá no tanto de que haya leyes y se pongan en marcha servicios sino de que su filosofía se incorpore a la cultura de los pueblos. La ley no cambia la cultura social. La tradición cultural de un concreto pueblo marcará una mayor receptividad hacia la búsqueda de soluciones generadas desde el mismo individuo o por el contrario hacia la búsqueda de soluciones ofertadas desde el poder público pero, en cualquier caso, la situación de crecimiento de la conflictividad derivada de la complejidad social debe llevarnos a reflexionar sobre las posibilidades de que el Estado, y en su seno los Tribunales, a través del proceso jurisdiccional, sean la única solución para los problemas de los ciudadanos.

---

<sup>4</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículo 38. Examen contradictorio del asunto y procedimiento de arreglo amistoso.- 1 Si el Tribunal declara admisible una demanda: a) procederá al examen contradictorio del caso con los representantes de las partes y, si procede, a una indagación, para cuya eficaz realización los Estados interesados proporcionarán todas las facilidades necesarias; b) se pondrán a disposición de los interesados a fin de llegar a un arreglo amistoso del caso, inspirándose para ello en el respeto de los derechos humanos tal como los reconocen el Convenio y sus Protocolos.- 2 El procedimiento a que se refiere el párrafo 1. b. será confidencial. ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int))

## ANTECEDENTES

Señala ORTUÑO<sup>5</sup> que para entender las razones históricas de la hiperjudicialización de la vida social es útil reflexionar sobre el origen del sistema actual de Administración de Justicia, consolidado con el proceso de la codificación. El impulso de la Revolución Francesa supuso la consolidación de las bases del moderno Estado de Derecho, en el que el poder judicial juega un papel equilibrador del sistema. El peso de la tradición y el orden social del absolutismo era una amenaza enorme contra las reformas revolucionarias, por lo que se precisaban jueces entrenados en la aplicación rígida de la ley, igual para todos. No se podía permitir ningún tipo de flexibilidad en la aplicación individual del derecho. El individuo debía ser tutelado por la ley y por los jueces, sin preguntarle al efecto su opinión, para convertirlo en un ciudadano libre e igual. Lamentablemente, con el paso del tiempo la burocratización del sistema ha puesto todo en su sitio, sólo basta recordar la actualidad del "El Proceso" de Kafka.

Por el contrario en el mundo anglosajón la pérdida de los privilegios de la aristocracia con la Revolución de Cromwell, cien años antes de la francesa, la gestación de la Commonwealth y el desarrollo del impulso democrático en las colonias inglesas, fortalecieron un sistema popular de justicia muy distinto. La extracción popular y democrática de los jueces y su prestigio profesional y social, determinó que no existiera una dependencia tan rigurosa de la Ley escrita como en el modelo de "civil law". La norma es consuetudinaria en muchos casos y el sistema ha generado medios más variados de realización del

---

<sup>5</sup> Ortuño, P y Hernández, J. *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*. Laboratorio de Alternativas. Documento de trabajo 110/2007. Texto íntegro en <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos>

derecho, reservando para el proceso judicial únicamente lo imprescindible.

Esa herencia histórica ha determinado en buena parte la idiosincrasia y los valores de cada cultura y lo cierto es que en los países de herencia napoleónica, el orden público ha impedido que los ciudadanos pudieran desarrollar un sistema de justicia más cercano y más próximo a sus intereses.

Ello nos lleva a pensar que además de cambiar el sistema legal y que éste contemple los sistemas alternativos, como beneficiosos para mejor alcanzar el valor justicia, es preciso la difusión y el conocimiento entre la población, pues precisamente el déficit de comprensión de lo que son estas metodologías está en el origen del rechazo inicial que suscitan. Se suele temer a lo desconocido, especialmente cuando se ostenta una situación de privilegio en el sistema que se pretende modificar.

Por ello, cualquier intento de implementar con carácter general una nueva metodología de hallar soluciones a los conflictos requiere de la complicidad de los actores sociales y especialmente de los jurídicos en todos sus niveles, desde los Abogados que deben ver en el cambio una oportunidad de desarrollo de su profesión mucho más enriquecedor, desde las Universidades que tienen el papel fundamental de formar a los futuros operadores jurídicos bajo estos nuevos parámetros de pacificación social y de ejercicio de la libertad por el individuo y, desde luego desde la propia Judicatura que debe reivindicar su función solucionadora y no decisionista.

Además la mediación, en cuanto método, debe empezarse a utilizar desde las instituciones sociales básicas. Iniciar a introducirla en las Escuelas como forma de gestionar los conflictos entre los alumnos y entre éstos y los profesores, es tanto como formar a los jóvenes en el

mayor valor de la palabra sobre el de la fuerza. Igualmente introducir sistemas de participación a nivel comunitario donde se gestionan intereses diversos de un grupo de personas, en los que necesariamente surgen conflictos que deben solucionarse también por vía negociada, las hace a éstas más participes de las decisiones, más autónomas para gestionar sus propios intereses y más capaces de tratar los conflictos en que se vean implicados sin dejarlos en manos de terceros, por más poder público que sea.

Cualquier referencia a la mediación pasa por situar sus inicios en los albores de las organizaciones sociales, en cuyo seno se producen diferencias entre dos o más miembros que recurren a un tercero para dirimirlos. Ahora bien las culturas orientales, que ponen especial énfasis en el equilibrio personal<sup>6</sup> han sido más proclives a la gestión de los propios intereses mediante la persuasión y el acuerdo, partiendo de la idea de que la guerra que se gana es la que nunca se empieza. Para comprender como el conocimiento de la naturaleza humana es elemento estatégico para superar los momentos de confrontación resulta de lectura obligada "El arte de la guerra" de Sun Tzu, un tratado de más de 2.000 años de historia que permite comprender las raíces de un conflicto y buscar una solución, porque como dice Sun Tzu "es mejor ganar sin lucha" y ésta es la distinción entre el hombre prudente y el ignorante"<sup>7</sup>

Por el contrario, las sociedades estructuradas en el imperio de la Ley y su racionalidad han resultado limitadoras de la capacidad del individuo para la superación del conflicto, al haber encorsetado las ricas y complejas relaciones sociales en un catálogo de derechos y obligaciones. De esta forma los Estados modernos establecen dentro de su estructura los órganos que deberán, en ejercicio de la potestad

---

<sup>6</sup> Según menciona Barona, Confucio ya enseñaba que nada debía perturbar la armonía natural en las relaciones humanas, armonía que se interrumpe por la aparición de los conflictos. Barona Vilar, S.- "Solución extrajudicial de conflictos" Ed. Tirant lo Blanc. Valencia 1999

<sup>7</sup> Sun Tzu. El arte de la guerra. Versión de Tohomás Cleary. Ed. EDAF. Madrid 1993

estatal, determinar quien tiene el derecho y quien tiene la obligación según lo determina la Ley y, en consecuencia, los Tribunales ejercen su función de resolver conflictos desde la única perspectiva de que uno gana el derecho si otro pierde y debe asumir la obligación.

Se sitúa en la década de los 60 las iniciativas norteamericanas para desarrollar formas alternativas de solución a los conflictos, especialmente la mediación. Es precisamente en la Universidad norteamericana donde se desarrolla el germen del actual movimiento de ADR, que a pesar de recuperar antiguos sistemas autocompositivos de solución de conflictos, no se alcanza por la evolución de ideas jurídicas tradicionales sino que aparece en la segunda mitad del siglo XX, como alternativa necesaria para que todos puedan acceder a la justicia y dada la incapacidad de respuesta del sistema judicial norteamericano que, en palabras de Derek Bok, Rector de la Universidad de Harvard y antiguo Decano de la Facultad de Derecho, -citado por Barona Vilar-<sup>8</sup>, era "demasiado difícil de comprender, demasiado quijotesco para imponer respeto y demasiado caro para resultar práctico". Sea como fuere, lo cierto es que debido a la universalización de las ideas y modos de vida los métodos conciliadores, mediadores, o de solución negociada, basados en la primordial importancia de la voluntad individual y en el valor trascendente del acuerdo de voluntades sobre la voluntad legal, fueron tomando fuerza en muchos países; ya en los años 70 se advierten iniciativas de mediación en Inglaterra y los Países Nórdicos y a partir de los años 80 en otros países del continente europeo. En España, las primeras experiencias en mediación tienen lugar a finales de 1980 y principios de la década de los 90, en el ámbito familiar,

---

<sup>8</sup> Id. Nota anterior.

aunque la conciliación intrajudicial era ordenada ya desde hace más de 200 años<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Instrucción de Corregidores de 15 de mayo de 1788, recogida en la Novísima Recopilación que, al tratar sobre la actividad de los jueces ordenándoles cuidar "del breve despacho de las causas y negocios de su conocimiento, y de que no se atrasen, ni moleste á las partes con dilaciones inútiles, y con artículos impertinentes y maliciosos", señalaba que "evitarán en quanto puedan los pleytos, procurando que las partes se compongan amistosa y voluntariamente, excusando procesos en todo lo que no sea grave, siempre que pueda verificarse sin perjudicar los legítimos derechos de las partes" (Novísima Recopilación. Ley X. Título I. De los Jueces Ordinarios.)

Los motivos que determinaron el impulso de la mediación son varios, pero quizá el factor inicialmente valorado fue el incremento de la litigiosidad y el riesgo de saturación de la Administración de Justicia por lo que era preciso acudir a una vía ágil para resolver los conflictos. Además se esperaba, especialmente en el ámbito familiar, que la implicación activa de las partes en el proceso disminuyera los incumplimientos de las decisiones adoptadas y el constante resurgir de litigios que consumían recursos materiales y humanos, al tiempo que dañaban seriamente la calidad de vida de los afectados, con frecuencia de los menores. Otro de los factores de su desarrollo es que la mediación podía resultar un método de transformación social y cultural ya que fomenta la cultura de la participación, permite afrontar el conflicto relegando el sistema de adversarios, por otro centrado en la comunicación, facilita el manejo de relaciones complejas y se adapta fácilmente a la constante evolución social y económica.

Esa adaptabilidad a la complejidad de la sociedad actual se ha tomado en cuenta por el legislador europeo, preocupado por que el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia de Europa no choque constantemente con sistemas judiciales individuales y antagónicos de cada Estado, que entre otras consideraciones indica 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**”.



## CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN COMO PROCESO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Las múltiples definiciones que se han elaborado de la mediación dependen en gran medida de la importancia que se dé al objetivo último que se pretende alcanzar. Así, se habla de la mediación como modo de resolución o gestión de disputas, como motor de la justicia social o como instrumento de transformación del propio individuo y de la sociedad.

La mediación como método para resolver conflictos, es la concepción más pragmática, tiende a obtener resultados de calidad para ambas partes, es decir que ambas ganen y obtengan la satisfacción de sus necesidades. Sirve para reducir los costes económicos, psicológicos y sociales asociados a las formas adversariales de resolver conflictos, pero no pretende como objetivos directos ni cambios individuales ni sociales. Su éxito depende de la preparación de los mediadores y de la flexibilidad del proceso. Su esencia radica en que el conflicto es un problema resoluble o llevado a su extremo, que los conflictos derivan de una mala definición de la situación existente, pues en un alto porcentaje los conflictos son debidos a defectos de comunicación o entendimiento de una misma realidad, de ahí que la comunicación guiada por el mediador experto es un elemento esencial que llevara a las partes a que descubran las razones para el no enfrentamiento y con ello a que la situación problemática inicial se torne una situación superable, en la que todos pueden ganar.

Cuando se habla de la mediación como motor de la justicia social se pone énfasis en la implicación de los individuos en sus propios asuntos y en los de los colectivos a los que pertenecen evitando la delegación de la responsabilidad en terceros, se incrementan los recursos propios de cada uno para resolver los problemas y se tiende a evidenciar los puntos y objetivos comunes fomentando la cohesión social. Este aspecto se destaca especialmente cuando la mediación

tiene lugar en el ámbito penal, pues el autor del delito que finalmente conviene un acuerdo restaurativo o de reparación está asumiendo su responsabilidad y las consecuencias de sus actos.

Finalmente, la mediación es un instrumento que permite traspasar los filtros personales bajo los que cada uno ve lo que ocurre, enseña a no juzgar o concluir sin escuchar, invita a colocarse en el lugar del otro (empatía) y a evaluar las emociones como motores de las acciones, por lo que posibilita el crecimiento personal y acentúa la sensibilidad hacia las necesidades de los demás. El conflicto ya no se define como un problema sino como una oportunidad para el crecimiento del individuo al sentirse capaz de gestionarlo por sí mismo y a su término sabrá afrontar otras situaciones adversas que le depare la vida. Dicha transformación individual ha de producir una transformación social.

Dentro de la pirámide de litigiosidad a la que inicialmente se hacía referencia, la mediación permite descender un escalón, es decir, bajar del conflicto formalizado, que ya ha quedado encorsetado en derechos y obligaciones definidos por la norma jurídica, a la fase de percepción del agravio y de reclamación conforme al verdadero interés de quien lo padece y de quien lo ha provocado.

Un mediador laboral realizará actividades muy diferentes de las que realiza un mediador familiar que ayuda a las partes en un proceso de divorcio, en el que se presta el uso de técnicas de gestión de emociones, manteniéndose alejado de todo tipo de recomendaciones que, sin embargo, podrán ser usadas en una negociación comercial. Una mediación entre la víctima y el ofensor en relación con un grave delito seguirá un procedimiento distinto que la mediación relativa a la determinación de daños en un accidente de tráfico, en la que probablemente el mediador animará a las partes o a los abogados a que reduzcan sus pretensiones iniciales para llegar a un acuerdo. Como se medie en un conflicto intercultural, por ejemplo el

establecimiento de una mezquita, en una ciudad de tradición católica será diferente a como se puede gestionar ese conflicto en una pequeña población o en un país con tradición pluri-religiosa.

Con ello se quiere decir que los procesos de mediación no responden a un método único. En las mediaciones comerciales o empresariales es habitual mantener reuniones privadas del mediador con cada una de las partes (caucus) y únicamente mantener una reunión inicial para fijar los términos de desarrollo de la mediación y una final conjunta para cerrar los acuerdos; pero en materia familiar es más común utilizar sesiones conjuntas de las partes, fijando las específicas directrices de cómo hablar, si pueden intervenir terceros afectados o no, se pueden explorar emociones, restringir el tiempo o fijar duración ilimitada. La mediación puede ser breve o larga, con presencia física de las partes o realizada on-line, basada en los intereses o distribuyendo una suma o valor fijo, mantenida dentro de dependencias judiciales o fuera de ellas, previa al proceso judicial o insertada en el proceso. En todo caso, las características que siempre deben mantenerse en la mediación son las relativas al tercero neutral e independiente que no tiene autoridad ni poder de tomar la decisión y que la última palabra descansa exclusivamente en la voluntad de las partes.

Existe mediación en el ámbito penal, institucional, comunitario, escolar, intercultural y también en el ámbito político e internacional, pero aquí acotaremos el estudio a la mediación como medio de solución de problemas o disputas que pueden ser objeto de un proceso judicial.

**La mediación es, ante todo, una metodología cuyos elementos principales** son: 1) la participación voluntaria; 2) la comunicación directa entre las partes; 3) que la misma es facilitada, ordenada y dirigida por un tercero neutral; 4) que se estructura como un

proceso; 5) con la finalidad de que los propios interesados superen el conflicto, es decir, encuentren una solución que satisfaga los intereses de ambos.

### **1) Voluntariedad<sup>10</sup>.**

La autonomía de la voluntad de las partes es el eje esencial de la mediación. Ésta no se puede concebir si las partes no son libres de acogerse al procedimiento de mediación y de abandonarlo en cualquier momento. No puede imponerse forzosamente la colaboración de un individuo en el proceso de análisis racional del conflicto ni puede imponérsele la búsqueda de soluciones a los diversos problemas en que ese conflicto puede ser compartimentado o aislado, con la finalidad de superar positivamente la situación que lo originó. La actitud personal y voluntaria del individuo es imprescindible.

Ello no obsta para que pueda obligarse por ley o por decisión del Tribunal que las partes deban acudir a una primera sesión informativa tras la cual decidirán si inician o no la mediación, e incluso que se regulen determinadas medidas que induzcan a las partes a acudir a la misma, pero sin impedir en ningún caso el acceso al proceso judicial<sup>11</sup>. Señala Martín Diz<sup>12</sup> que es de suma importancia la remisión desde el Tribunal a la sesión informativa, indicando que debe regularse legalmente para que no se asimile a una imposición judicial, o a un mero trámite burocrático. Sus apreciaciones han sido acogidas por el legislador español pues la reforma de la Ley de Enjuiciamiento

---

<sup>10</sup> Ley 5/12 - Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición.- 1. La mediación es voluntaria.- extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución. -3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

<sup>11</sup> La Ley 5/12 introdujo un tercer párrafo en el artículo 414.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el siguiente texto: “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”

<sup>12</sup> Martín Diz, F. *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia. (Premio “Rafael Martínez Emperador” 2009)*. Consejo General del Poder Judicial 2010

Civil para conectar la mediación con el proceso judicial únicamente permite al Juez instar a las partes pero no remitirlas de forma imperativa a la sesión informativa previa, cuando a la vista de la experiencia judicial acumulada hubiera sido lo más adecuado. Este autor también apunta que esta sesión informativa debería realizarse en una "Oficina de Resolución de Conflictos" que se ubicara en la misma sede del Tribunal.

Esta primera característica de la mediación sitúa a la persona como gestor de sus propios asuntos, y constituye una manifestación importantísima del derecho a la libertad. Por el contrario en los métodos clásicos de confrontación (jurisdicción, arbitraje) son los abogados los que actúan en sustitución del cliente y el juez o el árbitro quien decide, manteniendo el interesado una actitud pasiva.

## **2) Intervención personal.**

La comunicación directa entre las partes que derivará, sobre todo en los conflictos patrimoniales, hacia una negociación, sin que otros hablen por ellos, aunque dirigida y facilitada por el mediador, es otra característica de esta metodología.

Esto sitúa al Abogado en un rol diferente que en el proceso judicial: deja de ser protagonista del proceso, para ocupar el papel de asesor que le corresponde. Su importancia se pone de manifiesto no sólo en el momento final cuando debe asistir y asesorar a su cliente a la hora de documentar y validar los acuerdos alcanzados por éste, sino también en el momento inicial para asesorar sobre la mediación como mejor metodología para el conflicto de que se trate, sobre la elección del mediador o institución de mediación y sobre la información a trasladar a la parte contraria.

La comunicación directa de los propios interesados no está encorsetada por estrategias jurídicas (encajar los sucesos en el presupuesto de hecho de las normas, que es lo que hace el Abogado al redactar su demanda), sino que en ella tiene cabida la expresión

de los sentimientos, los deseos, las frustraciones, las expectativas y las necesidades; en definitiva, aspectos psicológicos subyacentes al conflicto, cuyo reconocimiento por el otro puede constituir el punto de partida hacia salidas dignas del problema. Es precisamente el poder persuasivo de la palabra el instrumento de la mediación, como el poder coercitivo lo es de la jurisdicción (Redorta, 2009).

Nuestra Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles no se refiere exactamente a esta característica, sino al comportamiento que las partes deben tener en el proceso de mediación, lo que permite deducir que se está refiriendo a los propios interesados porque los principios de comportamiento que establece ya forman parte del código de conducta profesional de los abogados.

El artículo 10 garantiza que sean las partes quienes organicen la mediación del modo que tengan por conveniente; les impone que actúen entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, lo que implica de principio que no se ejerciten paralelamente acciones judiciales ni extrajudiciales y, finalmente respecto del mediador les obliga a prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

Ahora bien, precisamente porque ha surgido el conflicto, las posturas están enfrentadas, y las partes no están en condiciones de reiniciar el diálogo sin ayuda de tercero, lo que nos lleva a la tercera característica definitoria de este modelo de gestión de conflictos: el mediador y su función en el proceso de mediación.

### **3) El mediador.**

La intervención de un tercero neutral, imparcial, objetivo y profesional es la característica de mayor importancia de esta

metodología, hasta el punto de que no hay buenos modelos de mediación, sino buenos o malos mediadores.

La calidad de la mediación pasa por las cualidades del mediador y el rol que este debe desempeñar.

Casi todas las definiciones de mediador coinciden en destacar, su intervención como tercero, sin poder de decisión, facilitador de la comunicación de las partes, cuya actividad se dirige a que las propias partes puedan hallar puntos de consenso en sus discrepancias y puedan construir respuestas colaborativas y sólidas.

Según el ámbito social (conflicto privado, comercial, familiar, penal, comunitario, etc.) en que la mediación tenga lugar se pone acento en unas u otras cualidades pero siempre hay **dos características** en la que tanto tratadistas como legisladores se muestran de acuerdo: el mediador es tercero ajeno al conflicto (**neutral**) y a los sujetos en conflicto (**imparcial**) y el mediador carece de la posibilidad de imponer una solución.

Nuestro legislador no ha estado demasiado acertado a la hora de poner de manifiesto la importancia de los principios de imparcialidad y de neutralidad, pues parece predicarlos del procedimiento de mediación en los artículos 7 y 8, aunque después los refiere al mediador en el artículo 10. Así el artículo 7 señala que "en el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas" y el artículo 8 sobre la neutralidad se refiere a que "las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación" lo que debe garantizar el mediador que queda sujeto a responsabilidad (art. 14). En el artículo 10 se dispone "4. El

mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.

5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.

b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación."

Para perfilar más su rol, debemos referirnos a lo que el mediador no es. No es árbitro, porque no debe decidir, ni es asesor legal ni terapeuta, pues su función no es aconsejar a las partes, ni es experto del Juez o perito, ni su participación le permitirá actuar como testigo de lo ocurrido, pues si se permitiera al mediador informar al Juez sobre las conversaciones dirigidas por él se impediría una manifestación sincera de los interesados durante el proceso, de ahí que el proceso de mediación esté bajo el principio de confidencialidad.

La intervención del mediador debe ir dirigida a restaurar el diálogo entre los propios interesados, manteniéndose neutral, esto es, ajeno



al conflicto sobre el que no debe tener intereses, ni debe ejercer función decisoria alguna; e imparcial, es decir, sin relaciones con las partes que le inclinen a beneficiar durante el proceso a una parte sobre la otra, pues está obligado a garantizar el equilibrio entre ellas, a fin de que el proceso libre que han iniciado pueda desarrollarse en igualdad de condiciones, imprescindible para alcanzar cualquier acuerdo.

Aquellas previsiones legales, junto a la prevista en el artículo 9, se dirigen a fomentar **la confianza de las partes**, que es uno de los principios en que se sustenta todo el proceso, para lo que resulta imprescindible garantizar **la confidencialidad**.

La actuación del mediador debe estar regida por la confidencialidad, pero ésta afecta también a las propias partes y sus asesores, precisamente porque se constituye como un proceso de diálogo sincero tendente a la desestructuración del conflicto, a la racionalización de las situaciones críticas y a la reconstrucción de la relación, todo lo que se haya dicho en el seno de la mediación, las informaciones reveladas, las ofertas de negociación, los acuerdos no alcanzados en firme, no pueden tener efectos en un eventual litigio que pudiera producirse sobre la cuestión ni en cualquier otro ámbito.

El artículo 9 de la ley 5/12 referido a la confidencialidad lo expresa así: "1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y

documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.- b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

Los límites a la confidencialidad se hallan en la propia autonomía de las partes, eso sí, de todas las partes que se hubieran sometido a la mediación, y en intereses sociales superiores a los privados de los interesados, como es la persecución de hechos delictivos, que en todo caso exige una previa ponderación por parte del Juez del orden penal.

A un buen mediador se le reconocerá además por sus habilidades comunicativas, de procesamiento de la información, de captación de las metas y expectativas, de reformulación, de integración de la diversidad, de estimulación de la creatividad y el ingenio de los participantes en el proceso, por sus conocimientos multidisciplinarios y por su capacidad para crear un ambiente amable en el que se desarrollen las conversaciones.

En la ley, las obligaciones del mediador quedan descritas en el artículo 13 y se refiere a facilitar la comunicación, a desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento de las partes, a garantizar su imparcialidad y a mantener permanentemente informadas a las partes.

#### **4) El proceso estructurado.**

La mediación como método alternativo de solución de conflictos, que interacciona con un eventual proceso judicial al que trata de evitar o con uno ya en trámite que se suspende para dar la oportunidad de autorregularse por los propios interesados, debe contemplarse como

un proceso estructurado al que señalarle una fecha de comienzo y determinarle una duración, a fin de no perjudicar las acciones judiciales que en último término, si la mediación fracasa, deberán proponerse o reanudarse.

Este principio de autorregulación del proceso de mediación lo reconoce el artículo 10 de la Ley 5/12, al indicar que la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.

El procedimiento de mediación debe tener una duración determinada, principalmente porque las partes deben implicarse en el proceso y en la consecución de su objetivo. La ley garantiza que la solicitud del inicio de la mediación suspende la prescripción o la caducidad de las acciones “desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso” pero si en el plazo de 15 días no se suscribiera el acta de constitución de la mediación, se reanuda el cómputo de los plazos. Iniciada la mediación, la suspensión se prolongará hasta la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en la ley.

La ley 5/12, a diferencia de lo que establece la ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado, no indica una duración máxima y sólo señala que “la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones” (art. 20)

Precisamente, en la primera sesión informativa o en el tiempo de solicitar la mediación, el mediador debe informar de las pautas a seguir: coste, duración, convocatorias conjuntas o separadas (caucus), identificar las personas físicas que actuarán por las personas jurídicas, intervención de los abogados, etc. y todo ello conformará el

convenio o contrato de mediación que permitirá el inicio del procedimiento<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> A ello se refiere el art. 10 al establecer que el mediador “velara porque (las partes) dispongan de la información y el asesoramiento suficientes”

## EL PROCESO DE MEDIACION. FASES: PREMEDIACION, MEDIACION, REDACCION DEL ACUERDO.

Coinciden los manuales sobre mediación en determinar que un proceso de mediación comprende las siguientes fases:

Fase previa: comprende las acciones que tienen lugar antes del inicio de la mediación propiamente dicha: la solicitud y la sesión informativa. Viene referida en el artículo 17 que indica "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.

En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

2. Las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apartado".

Desde trasladar a los interesados la información sobre el proceso a seguir, en qué consiste la mediación, los principios básicos sobre los que deberán actuar cada uno de ellos, y evaluación de la comprensión por los interesados, generando el clima de confianza que permitirá iniciar el proceso, hasta recabar la información disponible sobre el caso para determinar si el caso es susceptible de mediación y en tal caso establecer el plan detallado que seguirá el

proceso, para terminar estableciendo el acuerdo de mediación, que sirve de marco procedimental.

A ello se refiere el artículo 19 de la Ley 5/12: "Artículo 19. Sesión constitutiva.

1. El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:

- a) La identificación de las partes.
- b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes.
- c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.
- d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.
- e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.
- f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.
- g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto."

Antes del inicio de la mediación, existe una labor importantísima del abogado asesor de la parte, pues es él quien debe efectuar la primera evaluación del caso para indicar la mediación como método adecuado. Para ello debe tener en cuenta el tipo de conflicto, la personalidad de su cliente, las alternativas legales posibles, la fortaleza de su postura jurídica y si responde verdaderamente al interés de su cliente, los costes emocionales, temporales y

económicos. En definitiva todos aquellos aspectos que conformarán un adecuado asesoramiento.

No debe confundirse la tarea del abogado, de asesoramiento del cliente antes de tomar cualquier decisión del camino a seguir con la tarea informativa del mediador que se referirá a las características y condiciones del camino elegido (la mediación).

Planteamiento del problema: El objetivo de esta fase es establecer un consenso sobre cuáles son los asuntos a abordar, cuáles son los intereses de ambas partes y qué orden de prioridad tienen. En esta fase el mediador debe realizar un esfuerzo notable para que las partes superen sus miedos o rencores, expresen con franqueza sus motivos y expectativas, para que cambien su planteamiento inicial de defensa de posturas concretas por la de intereses. Que tenga lugar este primer momento del proceso de mediación puede ser provocado por el Juez o impuesto por la Ley, sin que ello merme en absoluto el principio de voluntariedad que preside la mediación. Si las partes en ejercicio de su libertad no acuden a la primera entrevista informativa, el proceso no llega a iniciarse, pero aunque sean pocos los que se comiencen y de estos no todos acaben por acuerdo, siempre serán conflictos que se habrán resuelto fuera de los Tribunales, y que habrán abierto la vía a la recuperación de la comunicación, preservando la relación futura.

Formación de alternativas y negociación: Como las partes ya habrán desarrollado sus habilidades y competencias para escuchar y empatizar con el otro, ahora deben esforzarse en exponer sus propuestas de solución y considerar las de la otra parte, siendo además capaces de generar nuevas alternativas. A mayor cantidad de alternativas, mayor posibilidad de encontrar la que cubra de forma eficaz y satisfactoria los intereses de una y otra parte. Normalmente en esta fase y a fin de alcanzar esa solución común a intereses divergentes, se produce la negociación y es posible que resurjan

miedos y posturas inflexibles tendentes a bloquear el objetivo principal del proceso de mediación. El mediador debe empelarse a fondo para evitar el bloqueo del proceso y para que las partes puedan evaluar las distintas posibilidades y sus consecuencias a corto, medio y largo plazo.

El contenido del procedimiento de mediación, por definición flexible y no sometido a rigorismos formales, sólo está enunciado en la Ley en términos muy generales. Se refiere el artículo 21 a la convocatoria del mediador, a la dirección de las sesiones, a la exposición de las posiciones de las partes y a la comunicación equilibrada; posibilita que las sesiones sean conjuntas o separadas, de lo que debe informar a todas ellas y está sujeto a no trasladar a la parte contraria las informaciones que queden sujetas a la confidencialidad.

En todo caso, la mediación puede terminar sin haber alcanzado un acuerdo, ya sea por voluntad de cualquiera de las partes de abandonar el proceso, por voluntad de ambas, por transcurso del tiempo fijado inicialmente para el proceso, o por renuncia del mediador que debe estar basada en apreciar el desequilibrio entre las partes o en causa de parcialidad del mediador (art. 22). La finalización del proceso comporta la devolución de los documentos a las partes y determina la suscripción del acta final por las partes y el mediador.

Formalización: Si la mediación alcanza el objetivo exitoso, las partes dejan constancia por escrito de los términos de su acuerdo y establecen las vías para su posible modificación en el futuro. Aquí cobra una especial importancia la actuación del Abogado, que deberá asesorar a su cliente sobre la validez y eficacia de los acuerdos y deberá documentarlo para darle la forma que en cada caso sea precisa, para su trascendencia pública.



En nuestra ley no se establece un plazo de reflexión antes de suscribir el acuerdo definitivo. En otras legislaciones e incluso en alguna de las enmiendas planteadas durante la tramitación parlamentaria se contempla la posibilidad de que tras haber alcanzado las partes un acuerdo se someta el mismo a un plazo de reflexión de no más de diez días, tras lo cual se formaliza y en ese periodo es cuando los abogados de cada parte deben redactar los términos jurídicos del acuerdo transaccional. Ello no quiere decir que no deba procurarse ese espacio de reflexión, pero quizá deba hacerse antes de la firma del acta final pues ésta debe “reflejar los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible” (art. 22.3). Esta es un cuestión que deberá convenirse con el mediador al inicio del procedimiento, máxime cuando el acuerdo alcanzado tal como quede redactado, tiene valor de transacción y contra el mismo sólo puede ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23) y puede ser elevado sin más a escritura pública, teniendo así efectos ejecutivos (art. 25), siendo su tratamiento ya en sede de ejecución procesal el mismo que el de un laudo arbitral (art. 545.2 LEC)

## **5) La superación del conflicto.**

Este es el objetivo del proceso de mediación, que las partes lleguen a racionalizar su problema de forma que les permita superarlo. Esta superación no guarda relación con el pretendido derecho que se invocaba o se podría invocar en un proceso judicial, sino con la satisfacción del interés de cada una de ellas.

El resultado final de la mediación, cuando sea positivo y se produzca en el ámbito jurídico-privado será una transacción pero no deben confundirse los términos. La mediación es el camino que, con una

metodología concreta basada en la comunicación, puede dar lugar a un acuerdo transaccional

A veces se yerra en el planteamiento al decir que la mediación tiende a satisfacer el interés común. Ello no es así, los intereses de las partes no son comunes sino divergentes, lo que es común es la solución, porque ha sido buscada y acordada por las partes y tiende a satisfacer por igual a una y otra.

En el ámbito penal, la mediación incide en la transformación del infractor a través de la asunción de compromisos, a la vez que satisface el agravio de la víctima y entre ellos se contemplan los siguientes: económico (restitución con dinero), material (restitución con el objeto), de actividad (hacer un trabajo o actividad manual, tangible y concreta), relacional (acuerdos sobre un comportamiento relacional) y moral (pedir perdón, disculparse).

En el ámbito civil y mercantil los acuerdos pueden ser diversos pero, ante todo, debe resaltarse la posibilidad de acuerdos imaginativos que escapan a la posibilidad de pronunciamiento judicial. Así frente a la reclamación del pago de un suministro, el Juez podrá decidir si se debe o no se debe, pero no tendrá opciones para establecer plazos, ni reducciones, ni sustituir lo debido por otra cosa, ni establecer compromisos sujetos a nuevos negocios, ni ceder el crédito o la deuda a otro. Todas éstas y muchas otras son posibilidades sólo al abasto de los propios interesados.

## BREVE REFERENCIA A LA IMPLANTACION DE LA MEDIACION EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

La interacción del proceso judicial con el proceso de mediación, depende del papel intervencionista de cada Estado ante las situaciones de conflicto. El culto al principio de legalidad propio de los países europeos continentales frente a la práctica consensual y negociadora de los países anglosajones marca sensiblemente las diferencias en el desarrollo de la metodología de la mediación.

En España, Francia, Alemania e Italia el sistema de mediación se desenvuelve a la sombra del sistema institucionalizado de justicia. Recuerdan Ortuño y Hernández (2007) disertando sobre la mediación en el ámbito penal, que en las sociedades en que el valor comunitario es muy elevado, se considera que un problema de la comunidad debe ser regulado en su interior y esa concepción choca en los sistemas europeos continentales, pues la ausencia de un tejido social independizado de la acción pública para la gestión de conflictos graves y la falta de conciencia comunitaria imposibilita trasladar al seno de la sociedad la grave responsabilidad de hacer efectiva, por un lado, la reparación y, por otro, la reinserción del infractor.

El éxito de las iniciativas puestas en marcha en los distintos países de corte continental, no depende de elegir unos modelos exitosos de otros países, ni de copiar los métodos y los formatos de desarrollo que en otros lugares hayan dado buen resultado; antes es preciso conocer las dinámicas sociales, la capacidad para asumir el cambio de paradigma a la hora de solucionar los conflictos, buscar aliados entre los distintos actores sociales, dotarse de mediadores profesionales y de calidad y garantizar que el sistema institucional de Justicia siempre queda, en último término, a disposición de los ciudadanos. Por ello la mediación es un sistema alternativo de realizar la Justicia, pero es un sistema complementario al sistema institucionalizado de justicia.

En estos países un desarrollo realista de la mediación debe pasar por fijar su inicio en el propio proceso judicial, estableciendo, en el ámbito del proceso judicial, buenos mecanismos de control y eficacia de los acuerdos que se alcancen dentro del espacio de autonomía funcional reservado a la mediación. Lógicamente los controles serán mucho menos intensos cuando el conflicto surge en relaciones que queden bajo el poder dispositivo de los interesados, en los que no hay intereses públicos que tutelar.

También es preciso establecer centros de mediación, a los que puedan acceder los ciudadanos que tengan reconocido el derecho a justicia gratuita, pero estos centros de mediación no tienen que formar parte necesariamente de los servicios de la Administración, siendo una posibilidad que se impulsen desde las instituciones privadas sectoriales, por ejemplo, los colegios profesionales, las cámaras de comercio o las asociaciones de propietarios o vecinales.

Las diferencias en el modelo de proceso judicial y mediación se plasman en el siguiente cuadro.

<b>PUNTO DE VISTA</b>	<b>PROCESO JUDICIAL</b>	<b>MEDIACIÓN PURA</b>
<b><i>PROCEDIMIENTO</i></b>	Formal y rígido Regulado por la ley	Informal el mediador pacta las reglas con las partes
<b>PODER DEL TERCERO</b>	Autoridad e imperium	Carece de autoridad previa Ejerce poder de dirección
<b>PROYECCIÓN PUBLICA</b>	Publicidad (luz, taquígrafos)	Confidencialidad Secreto, intimidad

LIBERTAD DE EXPRESIÓN PUBLICIDAD Versus CONFIDENCIALIDAD	“Todo lo que se diga puede ser utilizado en su contra”	Lo que se diga no tendrá reflejo en el proceso futuro.  Secreto profesional del mediador.
ACTITUD DE LA PARTICIPACIÓN	Juego de póker  (no colaboración)	Rompecabezas  (colaboración alta)
CARÁCTER DE LA INTERVENCIÓN	Obligatoria	Voluntaria
<b>EXPECTATIVAS</b>	Ganar o perder  Estrategia bélica  (el proceso es el campo de batalla)	Ganar y Ganar  Re-solvere: desatar  (estrategia de gestión)



