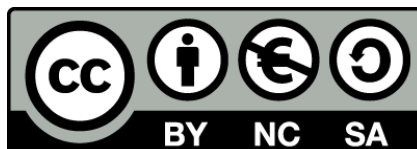




UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Un Estudio sobre la Racionalidad de la Regulación de la Mediación a propósito de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles

José Javier Ordóñez Echeverría



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – Compartir Igual 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – Compartir Igual 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0. Spain License.**



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Filosofía del Derecho

Tesis Doctoral

UN ESTUDIO SOBRE LA RACIONALIDAD DE
LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN A
PROPÓSITO DE LA LEY 5/2012, DE 6 DE
JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES
Y MERCANTILES

Directores: Dr. Antonio Madrid Pérez

Dra. Isabel Viola Demestre

JOSÉ JAVIER ORDÓÑEZ ECHEVERRÍA

BARCELONA, 2018

a Mireia y a Núria, Mikel y Xabier

Agradecimientos

Redactar una tesis doctoral puede parecer una tarea solitaria. Sin embargo, si la miramos con detención, no lo es en absoluto. Una tupida red familiar, social y profesional ha hecho posible las páginas que siguen. Gracias en primer lugar a Mireia, por su presencia tenaz, apoyo hasta la extenuación y sobre todo su fe inquebrantable en mí. *Perdóname el dolor, alguna vez*. Gracias a Núria, Mikel y Xabier, mis tres hijos, por su añoranza, su paciencia y su alegría. *Sé que soy y que he sido menos sin vosotros*. Gracias a mis padres Javier y Mari Carmen, y a los antepasados que me precedieron en esta vida, por su aliento, su sangre y mi ser. Gracias a Isabel Viola y Antonio Madrid, mis directores, por aceptar dirigir esta tesis doctoral desde el principio, por su gran ayuda, su confianza, incansables en su paciencia, atinados y sabios en sus consejos. Gracias a Natxi, Ana, Mar, Jordi, Alejandro, Maria, Ana, Maite por la comunidad en mi *ausente* presencia. Gracias a Montse Esquerda, Helena Roig, Marga Bofarull y el resto de compañeras del IBB, por la confianza y el ánimo, así como a los amigos de Migra Studium y especialmente a Xavi Casanovas, Santi Torres, Mari Carmen de la Fuente y Marga García por facilitar e inspirar mi dedicación a esta empresa. Gracias a José Antonio Cabanillas, Eva Izquierdo y Sandra Martínez, por la alegría, el respeto y el soporte profesional en el Col·lectiu Jurídic de Defensa Legal. Gracias a Marion Hohn, Lluïsa Domingo, Marta Clapés, Anna Figueras, Montse Salvador, Laura Moreno y el resto de abogadas y abogados de la Comisión de Defensa, del colegio de la abogacía de Barcelona, por enseñarme a creer en el derecho; sin este aprendizaje este trabajo no hubiera sido posible. Gracias a Rocío Sotomayor, Joserra Solchaga, Jovita Mollesacca y Naty Gibaja, a los ronderos y ronderas de las Rondas Campesinas de Marcapata y Quispicanchi y al Centro Bartolomé de Las Casas, del Cusco, que me abrieron la puerta de la mediación y con la que me forjé como mediador al abrigo de Apu Ausangate. Gracias a Glòria Brusati y el resto del equipo de mediadores por permitirme ejercer la mediación ciudadana en Mataró, durante tres años maravillosos, hecho que también provocó la razón de ser de este trabajo; gracias a Joan Sendra por contar conmigo y ayudarme a ser mejor mediador. Gracias a la comunidad de GNU/Linux, \LaTeX y LyX, entre la que cuento a mi hermano Iñaki y a Teo Mellen, por el software libre no propietario con el que he redactado, editado y maquetado este trabajo. Al final de este momento de agradecimientos, quedo con *el corazón lleno de nombres*, como el poema de Pere Casaldàliga.

Resumen

La mediación es un fenómeno que se encuentra en forma de hecho histórico y social desde hace siglos. Solamente en las últimas décadas el derecho se ha ocupado de él. El derecho, entendido como orden normativo institucionalizado estatalmente, ha acometido un proceso de regulación de la mediación que, en España, llega por el momento hasta la promulgación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. El trabajo interroga a esta norma y al proceso de regulación que le antecede con el fin de examinar si existe una racionalidad común en dicho proceso de regulación y, en su caso, estudiar cuáles son sus características. Esta racionalidad de la mediación institucionalizada jurídicamente se deja descubrir a través de sus principios y fines. Gracias a esa racionalidad, la mediación puede ser definida en términos de procedimiento de autocomposición de conflictos para el acceso alternativo a la justicia con la intervención de un mediador profesional. La racionalidad jurídica de la mediación está emparentada con la racionalidad jurídica misma del derecho del Estado moderno, descrita y analizada en los paradigmas procedimental y postmoderno del derecho en forma de colonización del mundo de la vida, intermediación del derecho entre facticidad y validez y el desequilibrio actual entre la tensión emancipatoria y la tensión regulatoria propias del derecho. El trabajo responde a la pregunta de en qué grado sirve la racionalidad de la mediación a la racionalidad jurídica característica de esos paradigmas y se plantea la relación de la mediación con mecanismos de legitimación del poder estatal, con sistemas de dominación económica, con estrategias de generación de confianza en el Estado y con consecuencias de debilitación y desarme social. Concluye planteando perspectivas de futuro para una mediación regulada jurídicamente y, al mismo tiempo, transformadora.

Resum

La mediació és un fenomen que es troba en forma de fet històric i social des de fa segles. Només en les últimes dècades el dret s'ha ocupat d'ell. El dret, entès com a ordre normatiu institucionalitzat estatalment, ha emprès un procés de regulació de la mediació que, a Espanya, arriba fins ara a la promulgació de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils. El treball interroga aquesta norma i al procés de regulació que li antecedeix per tal d'examinar si existeix una racionalitat comuna en aquest

procés de regulació i, si escau, estudiar quines són les seves característiques. Aquesta racionalitat de la mediació es deixa descobrir a través dels seus principis i fins. Gràcies a aquesta racionalitat, la mediació pot ser definida en termes de procediment d'autocomposició de conflictes per l'accés a la justícia amb la intervenció d'un mediador professional. La racionalitat jurídica de la mediació està emparentada amb la racionalitat jurídica mateixa del dret de l'Estat modern, descrita i analitzada en els paradigmes procedimental i postmodern del dret en forma de colonització del món de la vida, intermediació del dret entre facticitat i validesa i el desequilibri actual entre la tensió emancipadora i la tensió reguladora pròpies del dret. El treball respon a la pregunta d'en quin grau serveix la racionalitat de la mediació a la racionalitat jurídica característica d'aquests paradigmes i es planteja la relació de la mediació amb mecanismes de legitimació del poder estatal, amb sistemes de dominació econòmica, amb estratègies de generació de confiança en l'Estat i amb conseqüències de debilitació i desarmament social. Conclou plantejant perspectives de futur per a una mediació regulada jurídicament i, ahora, transformadora.

Abstract

Mediation is a phenomenon that has been in historical and social form for centuries. Only in the last decades the Law has dealt with it. The Law, as a stately institutionalized and normative order, has undertaken a process of regulation of mediation that, in Spain, arrives by the moment until the enactment of Civil & Commercial Mediation Act n. 5/2012, of July 6. The work interrogates this norm and the process of regulation that precedes it in order to examine the existence of a common rationality in the regulation process and, in case, it studies what are its characteristics. This mediation's rationality can be discovered through its principles and objectives. Thanks to this rationality, mediation can be defined in terms of the procedure of self-confiscation of conflicts for access to justice with the intervention of a professional mediator. The rationality of the regulation of mediation is related to the legal rationality of modern State of Law, described and analyzed in the procedural and postmodern paradigms of Law in the form of World of Life's colonization, intermediation of law between facticity and validity and the current imbalance between the emancipatory tension and the regulatory tension of the Law. The thesis responds to the question how mediation's rationality serves the legal rationality characteristic of those paradigms and raises the relationship of mediation with

mechanisms of legitimation of State's power, with systems on economic domination, with strategies of State's trust generation and with consequences of social debilitation and disarmament. It concludes by proposing future perspectives for Law regulated mediation but transforming.

Índice general

1. Introducción	21
2. El proceso de regulación de la mediación	33
2.1. La etimología de los términos <i>mediador</i> y <i>mediación</i> .	38
2.2. El uso social de los términos <i>mediador</i> y <i>mediación</i> .	46
2.3. Del uso <i>social</i> al uso <i>legal</i> de los términos	48
2.4. La noción de mediación. El <i>acuerdo</i> , el <i>cambio social</i> y la <i>justicia</i>	50
2.5. El derecho normado y el derecho practicado	57
2.6. La mediación y la resolución del conflicto	66
2.6.1. El término conflicto	68
2.6.1.1. La etimología de conflicto	69
2.6.1.2. El conflicto, la interrelación y la per- cepción	70
2.6.2. El conflicto jurídicamente relevante	80
2.6.2.1. Conflicto, litigio, disputa y controversia.	90
2.6.3. La resolución alternativa de conflictos	92
2.6.3.1. Resolución, gestión o transformación	100
2.7. Recapitulación	103
3. La Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil: la con- solidación del proceso de regulación	107
3.1. Los antecedentes de la Ley 5/2012	109
3.1.1. La regulación de otros ámbitos de la mediación anterior a la Ley 5/2012	112
3.1.1.1. La mediación escolar	113

3.1.1.2.	La mediación penal en el ámbito de la justicia juvenil	116
3.1.1.3.	La mediación en el ámbito de las empresas cooperativas	118
3.1.1.4.	La mediación agraria	119
3.1.1.5.	La mediación en el ámbito de la propiedad intelectual	120
3.1.1.6.	La mediación en consumo	121
3.1.2.	El proceso de regulación en Europa	123
3.1.3.	Del <i>soft law</i> al <i>hard law</i>	125
3.1.4.	De los ADR a la mediación	130
3.1.5.	Del Consejo de Europa a la Unión Europea . .	137
3.1.6.	La Directiva 2008/52/CE	140
3.1.6.1.	La definición de mediación	141
3.1.6.2.	Las características de la mediación .	143
3.1.7.	El proceso de regulación en comunidades autónomas: el <i>servicio social</i> de mediación	148
3.2.	El proceso de debate y elaboración de la Ley 5/2012 .	163
3.3.	Recapitulación	164
4.	La caracterización de la mediación en la Ley 5/2012: fines y principios	167
4.1.	Los fines de la mediación en la Ley 5/2012	170
4.2.	La desjudicialización y la conexión de la mediación con el proceso judicial	177
4.3.	Los principios de la mediación en la Ley 5/2012	184
4.3.1.	La voluntariedad y la libre disposición	186
4.3.1.1.	La obligatoriedad de la mediación . .	190
4.3.2.	La confidencialidad y el secreto profesional . .	195
4.3.3.	La neutralidad	201
4.3.4.	La igualdad de las partes y la imparcialidad .	205
4.4.	Recapitulación	210
5.	La mediación como autocomposición	213
5.1.	Las vías de resolución de conflictos	214

5.1.1. La autotutela	214
5.1.2. La autocomposición	217
5.1.3. La heterocomposición	222
5.2. La autocomposición frente al proceso judicial	223
5.3. Recapitulación	228
6. La mediación como instrumento de acceso alternativo a la justicia	231
6.1. El acceso a la justicia	233
6.2. Una retrospectiva del acceso a la justicia	236
6.3. El acceso a la justicia en las normas europeas sobre mediación	244
6.4. La mediación y el acceso alternativo a la justicia . . .	246
6.5. Recapitulación	254
7. El mediador y su profesionalización	257
7.1. La mediación como <i>profesión</i> y el mediador como <i>profesional</i>	261
7.2. El estatuto legal del mediador y el régimen sancionador	269
7.2.1. La formación superior, especializada y continuada	270
7.2.2. La inscripción y el registro de mediadores . . .	275
7.2.3. La responsabilidad civil profesional del mediador	279
7.2.4. La remuneración económica del mediador . . .	283
7.2.5. El régimen sancionador del mediador	284
7.3. La deontología del mediador	288
7.4. Recapitulación	293
8. La racionalidad de la mediación contenida en la Ley 5/2012	297
8.1. La mediación y los paradigmas jurídicos	299
8.2. El paradigma procedimental del derecho. La mediación entre facticidad y validez	305

8.2.1. El derecho como mediador entre facticidad y validez	307
8.2.2. El sentido normativo de la mediación en el paradigma procedimental del derecho	313
8.2.3. La mediación y la colonización del mundo de la vida a través de procesos de juridificación	319
8.3. El paradigma postmoderno del derecho. La mediación en el agotamiento de la modernidad	326
8.4. Las características de la racionalidad de la mediación regulada por el derecho	333
8.4.1. La racionalidad mediadora como modo de la razón práctica	333
8.4.2. La racionalidad mediadora como modo de la razón dialógica orientada a fines y a valores	336
8.4.3. La racionalidad de la mediación como modo de la razón jurídica moderna	340
8.5. Recapitulación	344
9. La racionalidad de la mediación: alcance, problemas y posibilidades	347
9.1. Las fases del proceso de regulación	349
9.1.1. La regulación de un hecho social, la mediación. Del uso <i>social</i> al uso <i>legal</i> de la mediación	349
9.1.2. La regulación de la mediación, del <i>soft law</i> al <i>hard law</i>	351
9.1.3. La mediación regulada: autocomposición para el acceso alternativo a la justicia con intervención de un mediador profesional	354
9.2. El balance de la regulación de la mediación	355
9.3. Los procesos de regulación y de <i>desregulación</i> selectivas: el criterio de la economía de la mediación	361
9.4. La racionalidad de la mediación, la legitimación del poder y la debilidad social	370

9.4.1. La racionalidad de la mediación, la autonomía y la sociedad civil	377
9.4.2. La racionalidad de la mediación y la estrategia de confianza	380
9.4.3. La racionalidad de la mediación que desmoviliza: los mediadores profesionales y el desarme social	387
9.5. Las perspectivas de la racionalidad de la mediación .	395
9.5.1. El <i>despensar</i> la racionalidad de la mediación .	395
9.6. Recapitulación	398
10. Conclusiones	401
Bibliografía	413

Índices complementarios

Índice de Autores, 443

Índice de Cuadros, 17

Abreviaturas, 19

Legislación estudiada sobre ADR
y mediación, 447

Índice de cuadros

3.1. Cuadro sinóptico de los principios de la mediación en las Recomendaciones del Consejo de Europa	134
3.2. Cuadro sinóptico de los principios de la mediación en la regulación de la Unión Europea	147
3.3. Cuadro sinóptico de los principios de la mediación en la regulación autonómica	162
9.1. Cronología de las principales normas en el proceso de regulación de la mediación	353
9.2. Datos de mediación intrajudicial. Año 2017	358
9.3. Datos de mediadores inscritos en el periodo 2013-2018	359

Abreviaturas

ADR Alternative Dispute Resolution (Resolución Alternativa de Conflictos)

art. artículo

arts. artículos

BOCG Boletín Oficial de las Cortes Generales

BOE Boletín Oficial del Estado

cap. capítulo

CC Código Civil

CCAA Comunidades Autónomas

CE Consejo Europeo

CEDH Convenio Europeo de los Derechos Humanos

CEE Comunidad Económica Europea

CENDOJ Centro de Documentación Judicial del CGPJ

CEPEJ Comisión Europea por la Eficiencia de la Justicia

cfr. confróntese

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

CNUDMI Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

DGRN Dirección General de los Registros y del Notariado

disc. discapacitados

DOUE Diario Oficial de la Unión Europea

Ed. Editorial

EEUU Estados Unidos de América

et al. *et alii*; y otros

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

LMCYM Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial

MARC Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos

núm. número

ODR *Online Dispute Resolution*; resolución de conflictos mediante sistemas *online*

OVM *Offender-Victim Mediation*; mediación entre víctima y ofensor

pp. página

págs. páginas

R Recomendación del Consejo de Europa

RAE Real Academia Española

RD Real Decreto

s. siglo

ss. siguientes

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

TSJ Tribunal Superior de Justicia

UE Unión Europea

vgr. *verbigratia*; por ejemplo

Vol. volumen

Capítulo 1

Introducción

La espita que da salida al sentido de este trabajo seguramente se abrió en el año 2000, cuando vivía en el Perú. Aunque el objetivo de mi presencia en aquel país era el ejercicio de la abogacía, tal y como ya lo hacía en España, en seguida pude comprobar que los pleitos en el foro no serían la espina dorsal de mis tareas jurídicas. Ubicado en un pequeño municipio de la cordillera andina, Marcapata, un centro de mediación fue mi destino, en medio de comunidades campesinas quechuas. En la Defensoría de Marcapata, aprendí a utilizar la mediación, como una herramienta alternativa de resolución de conflictos. La mediación es llamada en el Perú «conciliación extrajudicial», aunque en realidad, se trata de la «mediación» a que estamos habituados en España: el conciliador es el tercero imparcial y neutral que facilita el diálogo de las partes, pero no sugiere ni propone la solución del conflicto. Me formé en el Perú como mediador, gracias a las lecciones de muy buenos mediadores como Christian Stein, Marinés Suares y Pancho Díez, quienes me sufrieron como alumno en sus cursos de capacitación en el Cusco. Fui reconocido como mediador por el Ministerio de Justicia peruano y trabajé en mediaciones en ese país hasta 2002, en que regresé a España. Una vez de nuevo en Cataluña, fui acompañante del desarrollo de la primera ley de mediación en España, la ley catalana promulgada en 2001, y desde entonces he ejercido como mediador familiar, adscrito al Centro de Mediación de derecho privado del

gobierno catalán y como mediador comunitario, ya que de 2004 a 2007, fui coordinador del Servicio de Mediación Comunitaria y Ciudadana, del Ayuntamiento de Mataró.

Por lo tanto, hay un interés personal y profesional en el objeto de estudio de este trabajo. Las preguntas que se plantean surgen, sin duda, de la inquietud práctica como mediador del autor.

La pretensión del trabajo es plantear algunas cuestiones fundamentales, alrededor de algunos aspectos de la regulación de la mediación en asuntos civiles:

1. Reconstruir el itinerario que ha seguido el proceso de regulación de la mediación y sus fases. Pretender partir de la mediación como hecho prejurídico, social e histórico y de qué modo se ha configurado el proceso de regulación que da lugar a una norma como la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Se tratará de responder a la pregunta «cómo ha llegado a ser regulada la mediación». El capítulo 2 y el capítulo 3 del presente trabajo se encargan de estas preguntas.
2. Identificar en la regulación de la mediación sus principios y sus objetivos, sus fines. Describir cuáles son y cómo han influido en el resultado de la regulación. Importan los principios y objetivos declarados por la propia regulación: las recomendaciones del Consejo de Europa, como normas *soft law*, las directivas de la Unión Europea, la ley española de mediación en asuntos civiles y mercantiles y, en menor medida, la ley catalana de mediación civil privada. Se tratará de responder a la pregunta «para qué la mediación». En el capítulo 4 se desarrollan estas cuestiones.
3. Si la mediación es esencialmente una forma autocompositiva de resolver litigios y si la regulación jurídica de la mediación que se estudiará ha tenido como objetivo fundamental alentar la autocomposición y en qué grado lo ha conseguido o no.

La forma esencialmente autocompositiva de la mediación es estudiada en el capítulo 5 del trabajo.

4. Si la mediación es jurídicamente posible y legalmente regulada porque sirve al principio de acceso a la justicia. Es en el capítulo 6 donde se trata de resolver y ampliar esta cuestión.
5. Si la figura del tercero mediador ha sido especialmente tenida en cuenta en el proceso de regulación, cómo lo ha sido y cuáles son las características de un hipotético estatuto legal del mediador, si lo hay. El examen de la figura del tercero mediador se desarrolla en el capítulo 7, en el que se también se analizan algunas cuestiones derivadas como las referidas a aspectos deontológicos, sancionadores y profesionales de las personas mediadoras.
6. Si en la elección de objetivos, principios fundamentales y estrategias que hace la regulación que se ha ocupado de la mediación subyace algún tipo de racionalidad propia, algo que pueda ser identificado como una lógica intrínseca a la mediación, algo que pudiera identificarse con una posible racionalidad de la mediación. Y si de existir una racionalidad propia de la mediación, esta es asimilable a la razón jurídica o si se ha producido un proceso de convivencia, de intercambio, de imbricación entre racionalidad de la mediación y razón jurídica contemporánea. El capítulo 8 trata de responder estas preguntas
7. Si la mediación regulada jurídicamente puede dejarse examinar a la luz de los paradigmas del derecho moderno y, tras ese examen, qué consecuencias puede generar finalmente en realidad la regulación de la mediación. El penúltimo capítulo 9, inmediatamente anterior a las conclusiones finales del trabajo, examina esas consecuencias en la racionalidad de la mediación.

En el presente trabajo y con el fin de responder a las cuestiones

fundamentales, serán objeto de estudio las siguientes normas: recomendaciones del CE sobre mediación, las directivas de la Unión Europea, de forma especial la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, y también la Directiva 2013/11/UE, sobre mediación en materia de consumo y la Directiva 2012/29/UE, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal. Asimismo, como indica el título del trabajo, el centro de la investigación de la racionalidad de la mediación será la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación civil y mercantil y, secundariamente, la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, mediación de derecho privado.

Se ha decidido seguir el camino del proceso de regulación de la mediación a través de las normas anteriores, algunas de *soft law*, como las recomendaciones del Consejo de Europa, porque son las propias Ley 5/2012 y Ley 15/2009 las que se refieren a las anteriores como inspiradoras, impulsoras y generadoras de su propia regulación. Las lecturas de las exposiciones de motivos de la ley española y de la ley catalana han sido las que han provocado configurar este recorrido, se podría decir que genealógico, por el proceso de regulación jurídica de la mediación por el Estado español: ambas expresamente citan el elenco de recomendaciones y directivas que justifican su propio impulso regulatorio. Este trabajo sigue la pista explícita que las normas mencionan.

La mediación de conflictos comenzó a ser tomada en consideración por el derecho estatal y supraestatal hace poco tiempo. En los años 80 del siglo pasado el Consejo de Europa -a través de recomendaciones-, la Unión Europea -a través de directivas- y los países miembros de la Unión comenzaron a legislar sobre la mediación: qué debe entenderse por mediación, cómo debe llevarse a cabo, qué conflictos debe resolver y quién debe ser reconocido como persona mediadora. Este proceso desembocó en España en la promulgación de leyes autonómicas durante la década de 2000 y en la publicación de la ley estatal de mediación, la Ley 5/2012. De entre las leyes autonómicas, la inicial ley catalana fue la primera -en 2001- en regular la mediación familiar en todo el territorio español

y la actual ley -de 2009- ha sido también pionera en la regulación en España de la mediación civil (no solamente familiar). La ambición, amplitud y profundidad demostradas por el legislador catalán a la hora de regular la mediación civil son algunas de las razones por las que se prefiere centrar el análisis de este trabajo en esa regulación, renunciando a hacerlo de todas las otras normas de ámbito autonómico que se han desplegado después de 2001. Evidentemente, otra razón es la cercanía profesional a la legislación catalana, ya que es en este territorio donde el autor desarrolla su tarea como mediador.

Las siete cuestiones fundamentales enumeradas quieren servir a la mejor comprensión de la realidad de la regulación jurídica de la mediación y de la racionalidad subyacente.

La primera y la segunda de estas cuestiones pretenden mostrar si la mediación se configura en las normas estudiadas como una forma extraprocésal y autocompositiva¹ de resolver litigios, con el fin de promover el acceso a la justicia a través de la intervención de un tercero mediador. A través de las preguntas que interrogan el *cómo* y el *para qué* de la regulación de la mediación, el trabajo contrastará si en la autocomposición, en el principio de acceso a la justicia y en la figura del tercero mediador² se evidencian los pilares básicos e irrenunciables de la mediación y si esas evidencias son confirmadas por su regulación legal actual.

Es decir, la hipótesis de partida es si en la autocomposición, en el acceso a la justicia y en el estatuto del mediador se encontraría expresado algún grado de los conceptos que proponen los paradigmas filosóficos del derecho moderno: el paradigma procedimental del derecho y el paradigma post-moderno del derecho, expuestos a través de las obras de Jürgen Habermas³ y de Boaventura de Sousa

¹En estos puntos, el trabajo se apoya en la aportación de la doctrina procesalista de Carnelutti, 1936; Alcalá-Zamora y Castillo, 1970.

²Sobre la figura del tercero mediador, Barona Vilar, 1999, 2013; Martín Diz, 2010; García Villaluenga, 2010; García Villaluenga *et al.*, 2012

³Se estudia la reflexión de Jürgen Habermas acerca del derecho contemporáneo, comprendido como *bisagra* en medio de los conceptos de *facticidad* y *validez*. Así, en Habermas, 1998; Habermas y Rawls, 1998. Esta reflexión está encuadrada en su teoría de la acción comunicativa, que también contiene un análisis sobre los fenómenos jurídicos, en Habermas, 1992, 1997. La mediación, como institu-

Santos⁴, respectivamente. La pregunta a resolver será si los principios y fines en que se basa la mediación de conflictos participan de las tensiones y caracterizaciones del derecho moderno, y más aún desde su regulación legal.

En el estudio del presente trabajo, ayudará detener la mirada en los fenómenos sobre los que actúa la mediación, su relación con el derecho, en este caso a través de la definición de derecho y tratando de comprobar si la mediación posee o no un carácter propio antes de su regulación estatal (y supraestatal). En la base estará en la distinción metodológica entre derecho normado y derecho practicado⁵. En esta parte del trabajo se tratará de estudiar, pues, cómo la intersección entre mediación y derecho normado puede llegar a expresar las dinámicas en que se desenvuelve el derecho moderno.

En esas dinámicas puede desvelarse cómo el principio fundamental que orienta la mediación regulada es el «acceso a la justicia». El principio fundamental de acceso a la justicia es puesto de manifiesto expresamente en toda la regulación estatal y supraestatal como la clave de bóveda bajo la que se ampara la razón de ser de la autocomposición de conflictos y de la mediación. Por eso, se tratará de averiguar en qué grado la mediación autocompositiva es jurídicamente posible y legalmente regulada en relación con el principio de acceso a la justicia.

ción orientada al diálogo y al entendimiento, parece que puede tener un papel analítico en este pensamiento, sobre todo una vez es regulada por el derecho. De ahí la elección del aparato argumental habermasiano para examinar los objetivos de análisis de este trabajo.

⁴Sus trabajos dedicados al estudio del derecho muestran el interés de Santos por enmarcarlo como una herramienta de regulación social tanto como una herramienta de emancipación social. Plantea la superación del paradigma contemporáneo de un derecho estatal, que excluye y desprecia lo que él llama otras *epistemologías jurídicas*, por otro paradigma postmoderno, en que se recupera la tensión entre las fuerzas de regulación social y de transformación social que son inherentes al derecho mismo. En Santos, 2003, 2009b; Santos y Rodríguez Garavito, 2007b. La mediación, al ser objeto del proceso de regulación estatal, podría reproducir los esquemas epistemológicos del derecho estatal y también podría incorporar características epistemológicas de la propuesta post-moderna recuperadora de la fuerza emancipatoria que potencialmente lleva en sí el derecho.

⁵Distinción que han contemplado, aunque utilizando expresiones diferentes Nieto García, 2007; Hart, 2000; Carnelutti, 1940; Kelsen, 1986

Rastrearé el trabajo las primeras manifestaciones del principio de acceso a la justicia en Europa, en los años 70, el interés mostrado tempranamente en los años 80 por el Consejo de Europa de favorecer, promover y alentar la mediación y otras formas autocompositivas de resolución de conflictos. El énfasis que desde entonces parece que se ha mostrado por las formas de derecho normado en fijar como principio fundamental de la mediación el servicio al acceso a la justicia, acceso al derecho, a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva, puede llevar a suponer que la mediación haya sido regulada como coadyuvante de la administración de justicia. El objetivo de la regulación de la mediación podría haber sido atraerla como remedio -uno más- de la crisis de la justicia en España. Esta interrogante será otra hipótesis a contrastar durante el trabajo.

Los paradigmas jurídicos anteriormente mencionados contienen una fuerza interpretativa considerable y pueden servir como una herramienta de análisis al que someter la regulación de la mediación estudiada en este trabajo. Se tratará de dilucidar si el subrayado sobre el principio de acceso a la justicia y sobre la profesionalización de la figura del mediador tienen algo que ver con tendencias de exceso o defecto de intervención regulatoria del Estado en el derecho moderno. Y si ese subrayado ha conllevado un detrimento, o no, de la autocomposición, puesta esta última en relación con la autonomía de la voluntad y el principio de libertad que se suponen en la base del derecho moderno. La tensión entre regulación y transformación presente en el derecho moderno y que no ha de ser evidente *per se*, puede indagarse en el ámbito de este trabajo en los límites a la mediación que impone el derecho penal, por ejemplo en lo referido a la imparcialidad del mediador, en el principio de confidencialidad, en los conflictos que pueden ser mediables o no. Quizá también en la teoría de los derechos indisponibles, que podría barrar el paso a la mediación en muchos asuntos.

Además, en los estudios de fines del siglo pasado⁶ sobre la cues-

⁶Cappelletti *et al.*, 1975, 1981; Cappelletti y Garth, 1983; Cappelletti, 1993

tión del principio de acceso a la justicia, expresado en forma de «derecho a la justicia», parece detectarse una preocupación por alentar formas autocompositivas de gestión de conflictos por la existencia de un discurso de imposibilidad del sistema convencional de administración de justicia de proveer de ese acceso con las debidas garantías. Hasta qué punto son consecuentes con la racionalidad de la regulación de la mediación los análisis que apuntan a una administración de justicia lenta, cara, a menudo desbordada y colapsada.

El trabajo analiza finalmente cómo el Estado, que es garante del derecho moderno y de los métodos de resolución de conflictos, en la situación actual desenvuelve estrategias propias a través de ese derecho y si estas estrategias incluyen algunas legitimadoras del poder estatal a través del derecho, por ejemplo, la generación de confianza. Se examinará si la mediación es una de estas estrategias generadoras de confianza, pues ante la multiplicación de la incertidumbre, de los riesgos, y por lo tanto, de los conflictos, es importante saber si es necesaria más que antes la mediación.

Será una tarea comprender si la mediación ha de ser regulada, previsible, profesionalizada y llevada a cabo por expertos⁷. La hipótesis será contrastar si la mediación regulada encaja como parte de los sistemas complejos y profesionalizados de gestión de conflictos, que generan confianza en las funciones regulatorias del Estado. El trabajo analizará cómo estos sistemas actúan, y si en vez de promover autocomposición, provocan lo contrario, es decir modos materialmente heterocompositivos de resolución de conflictos que desmovilicen a las partes a buscar por sí mismas las soluciones.

Finalmente, el trabajo pretenderá concluir con el planteamiento de algunas perspectivas hacia el futuro, relacionadas con el alcance y las posibilidades de los datos que sobre la racionalidad de la regulación de la mediación puedan ser recogidos. Es probable que las hipótesis y preguntas planteadas no sean resueltas completamente y que otras nuevas sean generadas por el propio desarrollo del

⁷Sobre los procesos de profesionalización, obras de referencia en este trabajo son las de Beck, 1986, 2005; Folger y Baruch Bush, 2000; Grover Duffy *et al.*, 1996; Rodríguez Ávila, 2008.

trabajo. Eso no obstante, el trabajo tratará de concluir las tareas expresadas hasta aquí y, en el caso de ser necesario, dejar abiertas y pendientes, aunque al menos esbozadas en cierto grado, otras para el futuro.

Racionalidad de la mediación o razón mediadora

El presente trabajo prefiere utilizar las expresiones *racionalidad de la mediación* o *racionalidad del derecho* a las expresiones *razón mediadora* o *razón jurídica*. Es por eso que el título indica el objeto de estudio: la *racionalidad* de la mediación a propósito de su regulación por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Es innegable cierta identidad de significado entre las expresiones *razón* y *racionalidad*. La segunda puede usarse en sustitución casi sinónima de *razón*⁸. El Diccionario de Filosofía de José Ferrater Mora, referencia obligada en español, apunta a esta sinonimia de base, pero enumera en la entrada dedicada a *racionalidad* las ventajas que conlleva el uso de este término en vez del de *razón*: la confusión de significado de la razón, por su polisemia; el riesgo de hipostasiar la razón «como si fuera un especie de entidad o de realidad»⁹; hablar de criterios de la razón es, en el fondo, tanto como determinar los criterios de racionalidad. Con ello, la pregunta sobre una *razón* concreta lleva necesariamente a la pregunta sobre una *racionalidad* específica. Sin embargo, la preferencia por la segunda se justifica en que *racionalidad* orienta el «sentido o sentidos

⁸Ferrater Mora, 1994, pág. 2979.

⁹En el repaso a los últimos doscientos cincuenta años de *críticas a la razón* se puede seguir el modo en que se bordea el límite de la hipóstasis: las críticas de Immanuel Kant a la razón pura y a la razón práctica, luego la razón histórica de Wilhelm Dilthey, la razón vital de José Ortega y Gasset. La crítica de la razón histórica de Alois Demp, la crítica de la razón dialéctica de Jean-Paul Sartre, la crítica de la razón instrumental de Max Horkheimer, la crítica de la razón cínica de Peter Sloterdijk, la crítica de la razón indolente de Boaventura de Sousa Santos, estudiada aquí, la crítica de la razón lúdica de Cristóbal Halzapfel, una crítica de la razón económica de Juan Ramón García Menéndez y las respectivas críticas de la razón jurídica de André-Jean Arnaud, Luis García San Miguel y Alejandro Nieto.

en que puede entenderse el predicado “es racional”.»¹⁰ Parte del trabajo que se introduce aquí trata de investigar cómo la mediación y, sobre todo, la regulación que el derecho hace de la mediación *es racional*, lo que equivale a decir que es inteligible, que es susceptible de ser entendida racionalmente. Por tanto, fijar un cierto significado al predicado “la regulación de la mediación *es racional*”, es el objetivo que se quiere expresar cuando a lo largo de este trabajo se utilizan los términos *racionalidad de la mediación* o *racionalidad del derecho*.

Para *razón*, el Diccionario de Filosofía presenta dos significados fundamentales: la razón es una facultad y «un principio de explicación de las realidades»¹¹. Pero también añade otra acepción filosóficamente posible para el término *razón*: *razón* como un “decir”¹². Y este “decir” se funda en un modo concreto de ser racional, es decir, de nuevo al fin y al cabo, un *modo de racionalidad*.

En el Diccionario de la RAE, aparecen las siguientes cuatro primeras acepciones para *razón*: (del latín *ratio, -ōnis*), facultad de discurrir; acto de discurrir el entendimiento; palabras o frases con que se expresa el discurso; argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo. Es decir, *razón* tiene que ver con un acto y una facultad sustantivos de pensar racionalmente. Para *racionalidad*, el mismo Diccionario de la RAE presenta una única acepción y la vincula más a un cierto atributo del ser en vez de a un dato esencial: (del latín *rationalitas, -ātis*), cualidad de racional. Para *racional*, el diccionario tiene tres acepciones que interesan aquí: perteneciente o relativo a la razón; conforme a la razón; dotado de razón.

En conclusión, la *racionalidad* de la mediación regulada significa que la regulación *es*, o más claramente está ahí, aunque no debe darse por descontada su racionalidad (el atributo del predicado) y cuál de todos los modos de ser racional ha elegido el derecho para la

¹⁰Ferrater Mora, 1994, pág. 2980. En un sentido muy próximo se expresa la Enciclopedia de Filosofía editada repetidamente en Italia por la editorial Garzanti y en español publicada por Ediciones B: Boni *et al.*, 1992.

¹¹Ferrater Mora, 1994, pág. 2999.

¹²En griego, λέγειν y, de aquí, λόγος, en tanto que “discurso”.

inteligibilidad de la mediación. Este trabajo trata de poner el foco e iluminar sobre todo aquello no dado por supuesto en el predicado de la mediación.

La racionalidad de la regulación de la mediación que es objeto de descripción y análisis en el presente trabajo invita al planteamiento de la existencia, en fin, de ciertos criterios racionales en la mediación regulada por el derecho, que pueda ser puesta bajo el análisis de la crítica. Crítica de la racionalidad de la mediación como un análisis de sus posibilidades, funcionalidad y sobre todo de sus límites.¹³

La invitación de este trabajo consiste en ir en busca de una racionalidad mediadora que pueda servir en la línea de considerar la mediación como un *sistema*, más allá de su contemplación *jurídico-procesal* como proceso entre dos partes, o desde el punto de vista *organizativo* como un método de resolución de conflictos alternativo o complementario a los tribunales de justicia¹⁴. Es decir, la invitación consiste en plantear la racionalidad mediadora como el modo de ser racional de un *sistema de mediación* regulado en España por la Ley 5/2012.

¹³Nieto García, 2007, pág. 22.

¹⁴Casanovas, 2011, pág. 434.

Capítulo 2

El proceso de regulación de la mediación

El presente trabajo estudia la mediación en tanto que realidad regulada por el derecho a través de una norma concreta, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta ley es la primera específica de ámbito estatal español que se encarga de regular la mediación de forma sistemática¹. Si bien es cierto que la práctica de la mediación estaba presente en España antes de la promulgación de la Ley 5/2012 y que las legislaciones de algunas comunidades autónomas² se habían ocupado de regularla, se puede considerar que esta ley es el final de un proceso de *institucionalización* jurídica en España de la mediación civil y mercantil y el comienzo de otro proceso de desarrollo de la mediación en el marco legal del Estado.

Siguiendo a John Searle , se define *institución* empezando por

¹Antes que la Ley 5/2012, la Ley 15/2005 introdujo la mediación en los procesos de familia a través de la reforma de diversos artículos de la LEC. La propia Ley 15/2005 encargaba al Legislador iniciar la regulación de la mediación civil y mercantil, más allá de su incipiente aspecto matrimonial y procesal. Este proceso de regulación, específica y sistemática, concluyó siete años después con la promulgación de la Ley 5/2012.

²En el capítulo 3 de este trabajo se expone la regulación autonómica en materia de mediación, que se ha centrado sobre todo en la mediación familiar. Esta regulación autonómica fue anterior en el tiempo a la Ley 5/2012 y, como es estudiada en el siguiente capítulo, se considera un antecedente de la regulación estatal.

mirar primero los hechos institucionales, *institutional facts*, para que través de ellos, se alcance el concepto de institución. Los hechos institucionales son aquellos que solo pueden existir dadas ciertas instituciones humanas³. Los hechos institucionales se forman con intencionalidad colectiva, que «abarca no solo las intenciones colectivas, sino otras formas de intencionalidad como creencias colectivas y deseos colectivos.»⁴ Además, añade Searle a la construcción de hechos institucionales la asignación colectiva de función, que es la atribución, imposición o compartición de función a herramientas sin función previa. Ejemplos de hechos institucionales según Searle son el dinero, el gobierno, la propiedad privada, el matrimonio, los clubes sociales o las elecciones presidenciales.

En tercer lugar, para explicar el paso de los hechos sociales a los hechos institucionales es necesario un tipo especial de asignación de función donde el objeto o persona a que la función está asignada no puede realizar la función solo en virtud de su estructura física, sino que puede realizar la función solo en virtud del hecho que existe una asignación colectiva de cierta condición y que el objeto o persona desempeña su función solo en virtud de la aceptación colectiva por parte de la comunidad, que el objeto o persona tiene el estatus requerido⁵. Las funciones de estatus son el pegamento que mantiene las sociedades humanas unidas. El mecanismo que produce las funciones es la asignación de funciones de estado con sus deontologías de acompañamiento según reglas constitutivas. La creación de un hecho institucional es, por lo tanto, la asignación colectiva de una función de estado.

Una institución es, pues, cualquier sistema de reglas, en tanto que procedimientos y prácticas, que nos permiten crear hechos institucionales. La institución social fundamental es el lenguaje⁶, porque permite percibir la estructura lógica de las otras instituciones sociales y por eso, permite reconocer a las otras instituciones

³Searle, 2005, pág. 3.

⁴Searle, 2005, pág. 5.

⁵Searle, 2005, pág. 7.

⁶Searle, 2005, págs. 21 y 22.

como tales. Afirma que sin lenguaje, no hay instituciones.

Precisamente la mediación es una institución social porque reúne en un lenguaje reconocible de reglas sistemáticas e intencionalidad colectiva hechos institucionales como la resolución de conflictos, el diálogo y la comunicación, la convivencia pacífica o la intervención de un tercero. Esta institución social es la que es objeto de regulación.

Se puede afirmar también que la publicación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, es el final de un proceso de institucionalización pues la regulación estatal trata de la transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, es decir, en más de una manera, la Ley 5/2012 recoge el acervo comunitario en materia de mediación y lo tiene en cuenta al incorporarlo al ordenamiento jurídico español. Igualmente, instaura un marco jurídico común a los aspectos procesales de la mediación que escapaban a la competencia de las leyes de mediación autonómicas. En palabras de la propia Ley 5/2012:

«A pesar del impulso que en los último años ha experimentado en España, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, hasta la aprobación del real Decreto-ley 5/2012 se carecía de una ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, al tiempo que asegurara su conexión con la jurisdicción ordinaria, haciendo así efectivo el primero de los ejes de la mediación, que es la desjudicialización de determinados asuntos».

En este camino de regulación paulatina, el último hito hasta la fecha es la aprobación de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre⁷, 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

⁷Publicada en el BOE núm. 268, de 4 de noviembre de 2017.

de consumo. Esta norma, sin embargo, no realiza algún desarrollo de los principios o procedimientos para resolver de forma alternativa los conflictos, sino que define los conflictos de consumo y regula los requisitos que las entidades que quieran concurrir al mercado de la resolución de dichos conflictos de consumo deben presentar:

«Es importante destacar que esta ley no regula ni desarrolla procedimientos de resolución alternativa de litigios, sino que se limita a establecer los requisitos que buscan la armonización de la calidad de las entidades de resolución alternativa a las que pueden recurrir los consumidores y los empresarios para la solución de sus litigios.»⁸

Así pues, en cuanto a la mediación, sigue siendo la Ley 5/2012 la norma sistemática de ámbito general estatal que define los principios de la mediación, los conflictos que pueden ser abordados mediante ella, los derechos y deberes de las partes en el conflicto así como el estatuto legal de los profesionales mediadores, sean estas personas físicas o jurídicas⁹. Además, como se ha dicho anterior-

⁸De la Exposición de Motivos de la Ley 7/2017.

⁹Para la Ley 7/2017, solamente las entidades, personas jurídicas, acreditadas por las autoridades que correspondan están en condiciones de llevar a cabo los procedimientos de resolución alternativa de conflictos entre consumidores y empresarios. Como muestra de la diversidad de entidades susceptibles de intervenir en los litigios de consumo, este fragmento de la Exposición de Motivos: «La ley determina el procedimiento a seguir para la acreditación de las entidades de resolución alternativa que lo soliciten. Con carácter general para todos los sectores económicos la ley designa como autoridades competentes para la acreditación a la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, que actuará además como punto de contacto único con la Comisión Europea. No obstante, las Comunidades Autónomas que en su legislación hayan asumido y desarrollado competencias en materia de mediación de consumo, podrán designar autoridades competentes para la acreditación de entidades de resolución alternativa de litigios de consumo que finalicen con una decisión no vinculante para las partes. Igualmente se atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia para la acreditación de entidades que lleven a cabo procedimientos administrativos establecidos y desarrollados en su legislación. Para el sector financiero se establecen algunas especialidades, designándose como autoridades competentes para dicho ámbito al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, cada uno de ellos para las entidades que actúen en

mente, hay dos aspectos que otorgan relevancia a la regulación llevada a cabo por la Ley 5/2012 y que, en concurrencia con lo anterior, justifican que este trabajo estudie esta norma y no otra cualquiera de las que se hayan promulgado en España sobre la mediación.

En primer lugar, las previsiones sobre derecho procesal y, por lo tanto, la influencia del procedimiento de mediación en la administración de justicia, en el ejercicio de la tutela judicial efectiva y, por ende, en el derecho de acceso a la justicia. Y en segundo lugar, la pormenorización del diseño del profesional mediador que va a llevar a cabo el proceso de mediación entre las partes en conflicto.

Con carácter previo a todo ello, en el presente capítulo se reflexionará sobre los conceptos de mediación y de derecho con que el trabajo tratará de avanzar. La etimología y las concepciones sobre mediación que autores mediadores han elaborado servirán para fijar las bases de un discurso sobre la mediación. Posteriormente, este discurso se contrastará con el resultado de la regulación efectuada por la Ley 5/2012. En este sentido, en la segunda parte del capítulo es obligado aclarar cuál es el concepto de derecho utilizado en el trabajo. Tal y como escribe Gustavo Zagrebelsky, «no se pretende decir nada nuevo», pero una panorámica general de la *idea de derecho* a partir de la cual se propone este trabajo puede ayudar a «poner en cuestión lo que hay detrás del derecho de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos»¹⁰.

su respectivo sector de supervisión. Además, en la disposición adicional primera se mandata al Gobierno para remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley en la que se regule una entidad única para la resolución de litigios de consumo en dicho sector. No obstante, en la misma disposición adicional se posibilita que las Juntas Arbitrales de Consumo, que dan cobertura a reclamaciones de todos los sectores económicos, puedan seguir conociendo de los litigios de consumo correspondientes al sector financiero, siempre que ambas partes, de forma voluntaria, lo acepten. Y lo mismo ocurre en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo, a la que hace referencia la disposición adicional segunda de esta ley, designándose para este ámbito como autoridad competente a la persona titular del Ministerio de Fomento.»

¹⁰Ambos entrecomillados, de Zagrebelsky, 2011, págs. 9 y 10.

2.1. La etimología de los términos *mediador* y *mediación*

El término *mediador* procede etimológicamente, tal y como cabría esperar, del latín *mediator-mediatoris*, así como *mediación* deriva del vocablo *mediatio*. Ni que decir tiene que su raíz léxica designa una ubicación intermedia entre dos puntos y por extensión entre dos posturas o intereses opuestos¹¹.

Mediación es una palabra que llega a todas las lenguas romances occidentales a través del latín. El *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine* expone sus orígenes conocidos en la entrada *medius, -a, -um*. El adjetivo de tres terminaciones *medius, -a, -um*, califica a «quien se encuentra en medio, al intermediario, a lo que está en medio en sentido local y temporal, y por consiguiente también en sentido moral, a lo que no se inclina ni a un lado ni a otro, a lo indiferente, a lo indeterminado»¹².

Más allá del origen exclusivamente latino, hay indicios etimológicos suficientes para constatar que la raíz lingüística de *mediación* y *mediador* se puede rastrear hasta un origen indo-europeo.

Así, el latino *medius, -a, -um* recibe los «mismos empleos que el adjetivo griego *mésos, méson*. Se usó en todos los tiempos. Es panromano»¹³. Es un adjetivo indoeuropeo documentado en sánscrito como *mádhyah*, y en avesta como *maidya*. También está identificado en armenio, osco, gótico y célticos galo e irlandés, con diferencias fonéticas, pero conservando siempre su significado. Y lo mismo ocurre con sus prolongaciones hacia adelante. *Mediator* y *mediatrix* es una de ellas. Los sustantivos *mediator* y *mediatrix*, son propios del latín religioso, y significan el mediador y la mediadora, pero en

¹¹En una lengua no indoeuropea que el autor conoce por ser vernácula en su patria, el vascuence, *mediador* se expresa con el término *bitarteko*, literalmente «entre dos».

¹²Ernout *et al.*, 2001, pág. 393. En el original francés: «*qui se trouve au milieu, intermédiaire, moyen (sens local et temporel) et par suite, au sens moral, qui ne penche ni d'un côté ni de l'autre, indifférent, indéterminé.*»

¹³Ernout *et al.*, 2001, pág. 393. Dice así: «*[M]êmes emplois en grec de μέσος, μέσον. Usité de tout temps. Panroman.*»

sentido activo, señalando a «los que están desempeñando el rol de mediar»¹⁴. «El *mediator* latino simbólico fue Mercurio, el *mesístes* griego fue Hermes, mediador entre la vida y la muerte, el día y la noche, los vivos y los muertos, el cielo y la tierra, la casa y lo exterior a ella, cuyo símbolo es el caduceo, la vara con dos culebras, lo que indica que también era el mediador entre el comprador y el vendedor [...] En la religión cristiana el mediador por excelencia es el Señor Jesús. Su símbolo es la cruz con el lábaro.»¹⁵

Una revisión sobre las distintas definiciones de *mediador* y *mediación*¹⁶ en lengua española sirve para establecer la siguiente cronología y constatar el uso de estos términos:

En el Fuero de Avilés, una de las primeras fuentes en lengua castellana, datado en el año 1076¹⁷, aparece la expresión *medianedo* para designar un «tribunal sobre litigios de los pertenecientes a diferentes jurisdicciones». Francisco Puy Muñoz subraya el marcado carácter jurídico de esta definición, porque «supone la comprensión de la mediación como una jurisdicción extraordinaria (de Derecho Natural) capaz de llegar a donde no llegan las ordinarias (las de Derecho Positivo)»¹⁸. Se acentúa el sentido de tribunal *alternativo* o *extraordinario* al que las partes podían acudir.

El Fuero General de Navarra, publicado por orden del rey Teobaldo I en el año 1238 y escrito en romance navarro-aragonés, ya menciona la figura del *meanedo* o *meyanedo*, en el sentido de árbitro, mediador.¹⁹ El Fuero General dedica un capítulo entero a regular el procedimiento por el cual las partes en conflicto se citan a acudir a un mediador árbitro, con capacidad este de imponer una

¹⁴Moliner, 2007, Vol. II, pág. 29.

¹⁵Soletto Muñoz y Otero Parga, 2007, pág. 29.

¹⁶La revisión histórica y etimológica de ambos términos se propone también en Otero Parga, 2007; Puy Muñoz, 2007.

¹⁷Fernández-Guerra y Orbe, 1865. La obra incluye la transcripción del texto original del Fuero.

¹⁸Puy Muñoz, 2007, pág. 26.

¹⁹Illarregui y Lapuerta, 1869, pág. 181. El texto del Fuero General, en la edición de 1869 de Pablo Illarregui y Segundo Lapuerta, es accesible aquí: <http://www.navarra.es/appsext/bnd/>

solución acatada por las partes²⁰. En el título dedicado a la relación entre el monarca navarro y los nobles, se prevé que el noble que se ponga bajo el vasallaje de otro reino y monarca no será despojado de sus bienes en Navarra a menos que aquel otro reino guerree contra Navarra. En caso de conflicto, el noble afectado puede recurrir a la *cort* -la justicia real- o acudir a un *método alternativo*: al arbitraje de un *meanedo*²¹. En la parte dedicada a los pleitos (*juizios*), prevé que el concejo de los vecinos pueda llegar a acuerdos y arreglos sobre las disputas de sus propios vecinos, de forma autocompositiva y también alternativamente a la justicia del alcalde o del rey²². Además, cuando se produzcan conflictos entre villas, el Fuero General prevé la intervención de «buenos hombres» a instancias del monarca navarro, que procurarán mediar y avenir a las partes a una solución de la «contienda».²³ Ante la realidad de la justicia administrada por el rey y su *cort*, bien tempranamente se recoge en el Fuero General de Navarra la alternatividad de otros medios de acceder a justicia, por medio de individuos con capacidad de dirimir disputas sin ser jueces²⁴ y que llevan a las partes a *ir en meanedo*,

²⁰Es el capítulo IX del título III del libro II: «*Qué deven fazer los que han pleyto et se claman á meyanedo. Todo hombre que haya pleyto, et uno con otro que á meyanedo se clamen, dé fiador de quoanto meyanedo mande de su puerta. Otrossi, aqueyll que fiador oviere dado reciba fiador de su puerta, que eyll teniendo los plazos del meyanedo que nol faga perder los peynos de su fiador*». Ilarregui y Lapuerta, 1869, pág. 16.

²¹«*Pues que con su seynor á otro regno sayllire, si pleyto le acayesciere, si quisiere tome yuizio quoanto el rey et su cort viere por bien; si quisiere quoanto el meanedo mandare*». Ilarregui y Lapuerta, 1869, pág. 10.

²²Así, el capítulo IX, del Título I: «*Cómo pueden fazer paramientos et iusticias los vezinos entre sii. Fuero es que todos los cotos que farán conceyllo de la villa por iusticia de pan, ó de pescado, ó de carne, ó sobre las yerbas en el término, ó de qualque cosa que eyllos fizieren, que prenga la calonia et que fagan iusticia asi como conzeio verá por bien; et todos los cotos que fizieren pueden tener tanto quoanto eyllos quisieren et toyller quoanto eyllos quisieren*». Ilarregui y Lapuerta, 1869, pág. 14. Para una mejor comprensión del texto reproducido, en el Fuero General *cotos* significa *ordenanza municipal* y *calonia* significa *pena, multa*; *toyller* significa *quitar*. Ilarregui y Lapuerta, 1869, págs. 168, 165 y 191.

²³El capítulo I del Título II: «*Si contienda oviere entre dos villas, cómo los deve el rey avenir. [...] mas si se levantare contienda entre eyllas, dévelas avenir [el rey] a cognoscencia de bonos hombres, et sinó por pruebas de fide dignas ó por fuero de bataylla*». Ilarregui y Lapuerta, 1869, pág. 15.

²⁴Para acabar con este repaso rápido al Fuero General de Navarra, resulta interesante subrayar que la expresión *meanedo* se refiere también a aquel que

expresión en conclusión que se puede traducir a la lengua contemporánea como *acudir a mediación, arbitraje*.

El Libro de las Siete Partidas de Alfonso X, entre los años 1250 y 1263, no se recoge ni el concepto de mediador ni el de mediación, pero, en su defecto, regula el arbitraje entendiendo por tal al procedimiento que deben seguir quienes «son llamados en latín árbitros» y en romance «juzgadores de albedrío», porque son escogidos libremente por las partes para dirimir algún pleito.²⁵ En este punto de la libertad de elección, se puede aventurar la posibilidad de que estos juzgadores/árbitros podrían ser, en última instancia, mediadores *obligados* por las Partidas a pasar por *árbitros*.

El Vocabulario de Antonio de Nebrija, de 1495, más de dos siglos después de las Partidas, confirma la existencia de una figura análoga a la del mediador al que se le nombra por *mediator-oris* y que se traduce por «medianero entre dos». Término que Nebrija mantiene del usado por el Fuero de Avilés y que hace derivar del latín.

El Tesoro de la lengua castellana o española de Sebastián de Covarrubias Orozco, de 1611, menciona de nuevo el término «me-

interviene para resolver pleitos relativos a la compraventa de animales robados: una sorprendente atribución de competencia para que el mediador intervenga en una *protomediación* penal en delitos leves, en este caso, de receptación, cuando el acusado es foráneo del reino de Navarra. Dice así: «*Qué otores deve aver et dó qui compra bestia furtada. [...] et si el octor fuere fuera del regno, dévelo sacar á meyanedo, et deve prender iuuzio de meyanedo.*» *Otores* significa *autores* de la venta, vendedores. Ilarregui y Lapuerta, 1869, págs. 60, 161 y 182.

La mediación familiar también podría reivindicar una genealogía en el Fuero General de Navarra, pues se describe cómo resolver *en meanedo* el supuesto de la acusación por rapto de mujer. El procedimiento consistía en nombrar testigos y parientes de su propia familia y de la familia del acusado de rapto (de 3 a 5 de cada parte, los *meanedos*). Los árbitros familiares dictaminaban en la fecha señalada y si la mujer volvía con sus parientes, quedaba probado el rapto por la fuerza (y el rey confiscaba los bienes al raptor); si se dirigía con los parientes del acusado del rapto, no fue tal (aunque quedaba la mujer desheredada por el pariente que había denunciado el rapto): «*Quoando alguna dueyna saylle con fidalgo et los parientes deylla dizen que por fuerza la sacó et eyll diz que nó, que deve ser feyto*». Ilarregui y Lapuerta, 1869, pág. 89, del Campo Jesús, 1985, pág. 27.

²⁵La Partida 3, Título IV, Ley I, al hablar de los jueces y de sus tipos dice que los árbitros son uno de esos tipos: «*E sin todos aquestos, y ha aun otros, que son llamados en latin Arbitros; que muestra tanto como Judgadores de alvedrio, que son escogidos, para librar algund pleyto señalado, con otorgamiento de ambas partes*». El texto de las Partidas se puede consultar en <http://fama2.us.es/>.

dianero», como en 1495, entendiéndose por aquel «que se pone de por medio para componer diferencias»²⁶, y las voces *medio*, *mediar*.

El Diccionario de autoridades, en su tomo IV publicado en 1734, incluye por primera vez las voces *mediación* y *mediador* sin obviar las de *medianero* y *mediar*. Algo que se mantiene asimismo en la primera edición del Diccionario de la lengua castellana, de la Real Academia Española en 1780.²⁷ La primera de las dos entradas de *mediación*, que se constatan en el Diccionario de Autoridades dice que «es la distancia próxima de una cosa a otra, mediando otra entre las dos», mas la segunda ya incorpora otras connotaciones que nos remiten a la esfera de la conciliación o búsqueda de un acuerdo. La transcripción de este segundo contenido: «Significa también la interposición o intervención de alguno, que pretende componer y reconciliar a otros que están entre sí discordes, o conseguir alguna cosa para otro»²⁸.

En síntesis, se puede afirmar que durante el último milenio la figura del mediador, llamado ampliamente en castellano *medianero*, ha pervivido en nuestro espacio geográfico y social²⁹. Lo cierto es

²⁶de Covarrubias, 1611, pág. 544. La obra se puede consultar en <http://fondosdigitales.us.es/>

²⁷Soletto Muñoz y Otero Parga, 2007, págs. 26 y 27. El Diccionario de 1780, así como los siguientes oficiales de la RAE de los años 1817, 1884, 1925, 1992 y 2001, se pueden consultar de forma comparativa en <http://web.frl.es/>

²⁸En el Tomo IV. El Diccionario se puede consultar en <http://web.frl.es/DA.html>

²⁹En la literatura castellana hay algunos ejemplos de figuras mediadoras. Los más conocidos se refieren a las mujeres *medianeras en amores*, alcahuetas, que ponen en contacto a los enamorados y facilitan la relación amorosa ilícita o escondida: la vieja Urraca Trotaconventos, en el *Libro de Buen Amor* o Celestina, en la *Tragicomedia de Calisto y Melibea*, son las más populares.

En el cap. XLVI de la primera parte del *Quijote*, describe Cervantes un episodio en que se desarrolla una mediación, según el papel social que se ha mostrado aquí hasta ahora. Frente a una *pendencia* provocada por la locura de don Quijote en la venta, acuden algunos cuadrilleros de la Santa Hermandad a prender al caballero. Don Quijote resiste con violencia ser detenido y es entonces cuando el cura, paisano de Quijote intercede en la pelea. Y tras esta intervención, los mismos cuadrilleros median entre el ventero, sus criados y don Quijote, de tal manera que se procura la paz entre las partes, los cuadrilleros actúan como medianeros o árbitros, empujados como representantes de la administración de justicia y comprometidos con ella y Cervantes acaba mostrando los términos del acuerdo al que todos llegan y cómo es ejecutado: «En efeto, tanto les supo el cura decir y tantas locuras supo don Quijote hacer, que más locos fueran que no él los cuadrilleros si no conocieran la falta de don Quijote, y así, tuvieron por bien

que para ejercer una función que está sujeta a la voluntariedad de los que demandan su intervención y establecerse, según las fuentes, en un ámbito informal y alternativo, parece ser una praxis bastante ventajosa, de lo contrario se vería abocada a su desaparición. Esta ventaja social es la que ha configurado la mediación no solamente como un hecho social sino también como una institución social con reconocimiento jurídico por el derecho vigente y el poder político de cada época.³⁰

En este sentido, resulta esclarecedora la interpretación que hace Ignasi Terradas acerca de que las fuentes históricas antiguas y medievales se refieran a un tercero mediador dentro del contexto del derecho de la época, es decir, que la mediación esté recogida de algún modo en los *corpus* jurídicos del derecho vigente. Para este autor, la extrajudicialidad de la resolución alternativa de conflictos, en la fuentes históricas, se debe interpretar de un modo diferente a

de apaciguarse, y aun de ser medianeros de hacer las paces entre el barbero y Sancho Panza, que todavía asistían con gran rancor a su pendencia. Finalmente, ellos, como miembros de justicia, mediaron la causa y fueron árbitros della, de tal modo que ambas partes quedaron, si no del todo contentas, a lo menos en algo satisfechas, porque se trocaron las albardas, y no las cinchas y jáquimas.» En de Cervantes Saavedra, 2004, pág. 474.

³⁰Con anterioridad, se ha citado cómo explica John R. Searle el paso de los hechos sociales a los hechos institucionales. En el caso de la mediación, ha sido necesario un tipo especial de asignación de función donde la persona, en este caso el medianero o mediador, que consistía en componer a los opuestos en hacer las paces. Esta función ha sido asignada no solo en virtud de su estructura física, sino solo en virtud del hecho que existe una asignación colectiva de esta condición para mediar. Es decir, que el mediador desempeña su función de mediación solo en virtud de la aceptación colectiva por parte de la comunidad. Si hay una atribución social al mediador es de que tiene el estatus requerido para mediar. Searle, 2005, pág. 7.

La idea de que la mediación es una *institución* mucho antes de ser sometida a un proceso de regulación está presente en los estudios sobre la materia: «La mediación es una institución (en el sentido que le da René Lourau a este término) vigente desde siempre, en tanto se refiere a la forma de encarar conflictos entre personas o grupos; por lo tanto, los aportes realizados en el campo del sistema de mediación, que más adelante desarrollaremos, pueden ser aplicables a cualquier ámbito, y por todas aquellas personas que en su quehacer cotidiano trabajen en situaciones en las que se presentan o puedan presentarse conflictos interpersonales, o sea para todas aquellas personas que trabajan dentro de organizaciones, así como también para terapeutas, abogados, escribanos, contadores, asistentes sociales, sociólogos, educadores, psicólogos sociales, etcétera.», en Suares, 2004, págs. 56 y 57.

cómo en la actualidad se puede entender que un método de resolución de conflictos es extrajudicial.

Para las fuentes que se han estudiado anteriormente, como la del Fuero General de Navarra, extrajudicial no debe entenderse como *al margen* del sistema judicial de resolución de conflictos. Según Terradas, solamente en el derecho moderno y contemporáneo, la idea de extrajudicialidad se separa de la idea de *lo judicial*, no así en el derecho antiguo y medieval.

Con lo cual, siguiendo a Terradas, es compatible en la lógica de las fuentes históricas que instituciones informales y alternativas de resolución de conflictos estén recogidas o descritas en los textos jurídicos y junto a los asuntos judiciales. Extrajudicialidad, en las fuentes históricas, no significa *fuera de la justicia*, ni siquiera *fuera de la administración de justicia*, sino *dentro de la justicia*.³¹

Además, al acudir a las fuentes lexicográficas e historiográficas, mientras el término que correspondería a la voz de mediador (*medianero*) sí se recoge desde el siglo XIII, en la época de formación de las lenguas romances, como la castellana, con el término mediación no acontece lo mismo: es solamente en el siglo XVIII, en que se detecta recogida la expresión *mediación*.

³¹ Escribe Terradas: «Sobre el juez como tercero dotado de una autoridad superior, hemos de aclarar una confusión. En tiempos recientes, la institución de la administración de justicia en el Estado de derecho (*grosso modo*) ha provocado una división entre “resoluciones extrajudiciales, privadas o alternativas” y autos y sentencias judiciales. Y ante la falta de reconocimiento de estados de derecho para pueblos sin Estado, se ha creído que el ámbito judicial de éstos debería equivaler al ámbito de las “resoluciones alternativas de conflictos” o en todo caso exentas del poder y autoridad del Estado. Pero no es así, en la justicia antigua, primitiva y medieval, hay leyes o normas de carácter dogmático, procedimientos, ordenamiento conjunto de ambos, y sobre todo, insistimos: *autoridad judicial*; [...] Lo que ocurre es que la existencia de composiciones o reparaciones vindicatorias hace pensar en “negociaciones” al margen de la autoridad judicial. Pero esto no se desprende de ninguna de las fuentes etnográficas e históricas que conocemos. Todo lo contrario, la justicia primitiva, antigua y medieval nos dicen más bien que sin autoridad judicial el ejercicio de la justicia es una ingenuidad. [...] En cambio, vemos cómo otros casos en el seno del “Estado de derecho”, incluyendo a aquellos que el mismo juez dirige hacia una “resolución alternativa o extrajudicial”, se precipitan mucho más fácilmente fuera de la justicia, sustituyéndose el juicio, y la aplicación de derecho, por una negociación sometida a predisposiciones y abusos de hecho. Así ocurre cotidianamente cuando se renuncia a un derecho y se “alcanza un acuerdo”». En Terrades Saborit, 2008, págs. 58 y 59.

Se ha de entender, en consecuencia, que la función del mediador era ejercida por individuos a los que no se les reconocía, por decirlo de algún modo, ninguna pertenencia a un gremio o instituto profesional y que desempeñaban su papel social de forma absolutamente independiente³². En su transcultural estudio sobre la mediación en sociedades tradicionales, Augsburger añade todavía más: los mediadores no solo no son profesionales, sino que son verdaderos ignorantes de los entresijos de la teoría del conflicto y de las interrelaciones humanas³³: unos completos *aficionados*.

Reflejo de la realidad descrita a partir de las fuentes históricas anteriores, en la actualidad en los diccionarios de uso más destacados de nuestra lengua, se menciona con cierta tibieza o directamente no se cita a la *mediación* en el sentido de significarla como un método alternativo en la gestión de conflictos y mucho menos

³²En otros contextos históricos, geográficos y culturales, ha sido constatada la presencia de la mediación, aunque con los mismos caracteres que han sido expuestos hasta ahora para la lengua castellana. Un recorrido histórico sobre la presencia de mediación y mediadores desde la Antigüedad y en diversos continentes se encuentra en el capítulo primero de Rodríguez Llamas, 2010, pág. 23 y ss. Ahí se mencionan ejemplos de mediación ancestral en China, Japón, pueblos nativos de Congo, Tanzania, la Columbia Británica en Canadá, Hawai y pueblos islámicos.

La fuente principal de la que bebe Rodríguez Llamas es la obra de Augsburger, 1992, pág. 187 y ss., y la profundidad etnográfica de esta es mayor que la de aquella: incorpora fuentes de tradición oral, leyendas, refranes, proverbios y análisis de casos concretos en pueblos indígenas, sociedades rurales y preindustriales para caracterizar lo que el autor llama *traditional mediation* en contraste con la *nueva* mediación jurídica desarrollada en Occidente en el s. XX: «*In many cultures, what counsel there is on how to manage differences is found in proverbs quoted, stories told, and cases recalled*». Augsburger, 1992, pág. 19. También hay referencias históricas internacionales e interculturales en Wall *et al.*, 2001, págs. 370 y 371 y en Wall y Dunne, 2012, págs. 222 y 223. Se citan ahí prácticas mediadoras entre los vikingos en una fuente del año 922, así como en China, Corea, Malasia, Polonia, Azerbaiyán, Israel, Noruega, Tailandia, Turquía, Afganistán, Filipinas, Japón y hasta una decena de países más.

³³«*One of the first learnings that confronts the student of conflict across cultures is that better solutions than our own have frequently been achieved by peoples with much less information than we have at our disposal. So-called primitive societies often have conflict solutions that are more effective in bonding adversaries and blending goals than those groups who designate themselves as advanced, developed, or possession far more data about human relations. The obvious conclusion is that, in most conflict situations, we are painfully ignorant. The most experienced mediators, theorists, or counselors are still, in a larger sense, conflict-ignorant.*» Augsburger, 1992, pág. 6.

como disciplina. El Diccionario de Usos de la lengua Española de María Moliner, ya durante la segunda mitad del siglo XX, define *mediación* como: «Acción de mediar entre partes en conflicto; por ejemplo, entre dos naciones, entre trabajadores y empresarios, etc.» Y *mediador* como:

«(...) el que media a favor de alguien o para arreglar un trato o poner en paz a los que están enemistados; por ejemplo entre dos naciones».

Pero además incluye otra acepción: «Se aplica específicamente a la Virgen y a los Santos como mediadores entre los hombres y Dios»³⁴.

Por no redundar en los mismos conceptos, no se transcriben aquí los significados que da la última actualización del Diccionario de la Real Academia Española, tan solo se quiere decir que en ella también se recoge, para el verbo *mediar*, el significado de «interceder o rogar por alguien». Esta acepción es rescatada aquí porque, dentro del campo semántico de *mediación* y *mediador*, el proceso de regulación de la mediación por el derecho fijará en la norma legal solamente algunos de los significados que el lenguaje natural atribuye a los significantes *mediación* y *mediador*. Y el significado de «interceder o rogar por alguien» no será atendido por el derecho, puesto que lo impedirá el uso de los principios de imparcialidad y neutralidad que caracterizan el procedimiento de la mediación regulada.

2.2. El uso social de los términos *mediador* y *mediación*

Sin embargo, en el uso social del término *mediador*, parece que este se sitúa entre dos posturas que no necesariamente se encuentran en posición de igualdad, sino más bien en una posición inicial de desigualdad. En la tradición religiosa, que tanta relevancia ha concedido a los mediadores, se presenta a los santos como *mediadores* entre Dios y las personas. La mediación se entiende entonces

³⁴Moliner, 2007, voces *mediación* y *mediador*.

como intercesión entre una parte débil y otra fuerte. Los mediadores religiosos son presentadores, como *María Mediadora*, quien intercede ante Dios por los creyentes.

Para el uso social que se hace de la *mediación* no es irrelevante la estratificación social de las personas o intereses entre los que se media. Más bien, parece que la mediación tiene algo de equilibrante y reconstructivo. En el ejemplo de la mediación religiosa, se muestra que hay una parte más *necesitada* de encontrar una solución al conflicto, el pecador o el creyente, que ruega al mediador que le ayude a componer con la parte que aparentemente puede continuar soportando el conflicto sin necesidad de llegar a una solución. Si se traslada este sentido del uso social a la regulación y cómo se traslada puede ser un pequeño interrogante pendiente en el análisis, pues la neutralidad y la imparcialidad son principios y deberes esenciales que se predicán del mediador en la mediación regulada por el derecho contemporáneo.

En el análisis del uso social del concepto de mediación, se puede mencionar el hecho referente al coste de la mediación. En ningún caso, se ha podido constatar la necesidad del pago de un precio o dádiva al mediador. Más bien, de lo que se trata es que la mediación es una institución necesaria en la comunidad precisamente porque quien la ejerce lo hace de forma altruista. Utilizando una expresión contemporánea, la mediación se configura en tanto que institución social como una forma de *amateurismo*; el mediador no se gana la vida con la mediación, es un *aficionado*. En la mediación regulada por el derecho, habrá que revisar si se mantiene esta realidad proveniente del uso social o más bien el mediador es preferido como un *profesional* que ejerce una *profesión* -la mediación- y que recibe una contraprestación o remuneración económica por ello.³⁵

En un esfuerzo por reconstruir con la etimología y la historia una definición de mediación, Puy Muñoz propone la siguiente que, como se ve, descarta esta faceta de intercesión, ruego, intermedia-

³⁵El capítulo 7 del presente trabajo tratará de resolver esta cuestión. Ahora queda planteada como hipótesis inspirada por el análisis lexicográfico realizado hasta este punto.

ción entre desiguales, presente en el uso social de la institución y que da por sobreentendido algún sentido crematístico o, por el contrario, altruista presente en ella:

«Una mediación es primero una acción física violenta dirigida a separar a dos personas trabadas en una pelea por algo que ambos piensan que es suyo, y por eso después un discurso verbal dulce que trata de persuadir las para que se reúnan en paz, recorriendo cada una la mitad de la distancia física y moral que las separa.»³⁶

En definitiva, las figuras de *mediación* y de *mediador* son antiguas, comunes a las lenguas indoeuropeas y con profundas raíces en las creencias religiosas y culturales europeas. Ambas figuras responden a la existencia de un hecho social³⁷, institucionalizado por la colectividad para una función doble, tanto de pacificación como de intercesión, ejercida de manera informal y donde priman la voluntariedad y la gratuidad en el quehacer mediador.

2.3. Del uso *social* al uso *legal* de los términos

De lo expuesto anteriormente no hay duda de que la mediación está presente socialmente desde hace siglos, por lo que es lícito preguntarse por qué la mediación es objeto contemporáneamente de la regulación jurídica. Se ha recabado el origen etimológico y la definición de mediación y mediador en fuentes históricas desde hace 800 años. La diferencia actual con el momento pasado que se ha descrito con anterioridad puede estar, precisamente, en hacer pasar a la mediación y a los mediadores de los diccionarios también a las leyes.

³⁶Soletto Muñoz y Otero Parga, 2007, pág. 30.

³⁷James A. Wall habla de un *proceso social*, totalmente desjuridificado: «*Mediation is a complex social process which facilitates interpersonal, intergroup, and international negotiations.*» En Wall, 1981, pág. 157.

Cuando la Ley 5/2012 afirma en su preámbulo, que «desde los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación», puede parecer una afirmación paradójica y legítimamente surge la pregunta sobre de qué *mediación* habla la ley española de 2012, si es tan *nueva* y por qué el recurso a ella se produce *solamente* desde los años de la década de 1970. Parece evidente que aquello a que hace mención la legislación de 2012 es precisamente la mediación y los mediadores de los que trata la etimología expuesta, pero sin embargo, es forzoso pensar que menciona algo más que solamente aparece en los últimos cuarenta años.

Ese algo más es un proceso de regulación e incorporación de la mediación al derecho contemporáneo. Esa incorporación al ordenamiento jurídico del Estado moderno de la ancestral mediación y de la secular figura del mediador, se inicia precisamente en los años 70 en Europa³⁸ y alcanza también a España, ya entrado el siglo XXI.

Ese proceso de regulación por el derecho moderno no es indiferente al uso social previo. Tampoco a la noción de mediación que los propios mediadores hacen de ella y cómo definen su disciplina. Los mediadores proponen nociones de mediación y lo hacen de manera que trasladan los significantes y los significados de la tradición lingüística y etimológica, los del uso social, que es previo a la regulación del derecho normado.

En el proceso de definición de la mediación se encuentran parámetros que no son jurídicos y otros añadidos, que sí son jurídicos. En ese juego, las modernas nociones de mediación se muestran ambivalentes porque combinan un sentido fuertemente jurídico, que identifica mediación con un objetivo de *acuerdo de solución* y otro sentido, no tan jurídico o débilmente jurídico, que identifica mediación con un objetivo de *cambio social*.

³⁸A partir de la labor del Consejo de Europa, que es objeto de análisis en el siguiente capítulo.

2.4. La noción de mediación. El *acuerdo*, el *cambio social* y la *justicia*

La ambivalencia entre el contenido jurídico de la mediación y el contenido no jurídico de la misma se expresa claramente cuando se distingue dos modos de abordar por los mediadores y autores sobre mediación el concepto de mediación³⁹.

Una fórmula habitual busca una definición descriptiva, al uso legislativo:

«En la mediación, un tercero, distinto de los particulares inmersos en el litigio, les proporciona un espacio para que puedan, ellos mismos, alcanzar una solución que le ponga fin. [...] La mediación es llevada a cabo por un tercero que trata de alcanzar el acuerdo o la avenencia de las partes en conflicto, limitándose a aproximarlas, sin llegar, por consiguiente, a decidir sobre el asunto.»⁴⁰

Otra fórmula habitual indaga en la raíz esencial de la mediación:

«La mediación es un proceso transformativo de comunicación circular que coloca las personas descentradas de su centro y ordena el fluir de los conflictos que las enfrenta al hallazgo de la misma cosa justa, evitando la recaída en la espiral de la venganza».⁴¹

³⁹Así lo hace Puy Muñoz, en Puy Muñoz, 2007, págs. 21 a 33..

⁴⁰Viola Demestre, 2003, págs. 43 y 44.

Otras definiciones semejantes: «La mediación es un procedimiento que resuelve un conflicto entre dos con un acuerdo justo y legal, obtenido de un diálogo mantenido de forma voluntaria, y moderado por un mediador imparcial y neutral, provisto de autoridad moral y privado de potestad coercitiva», en Soletto Muñoz y Otero Parga, 2007, pág. 25.

La mediación «puede definirse como un método autocompositivo de gestión y resolución de conflictos [...], voluntariamente elegido por las partes, flexible, y en el que interviene un mediador, neutral e imparcial, que tiende a propiciar la comunicación y el acuerdo entre las partes, en un entorno de confidencialidad y de igualdad», en Duplá Marín *et al.*, 2013, pág. 13.

⁴¹Soletto Muñoz y Otero Parga, 2007, pág. 26.

Se recoge una definición de mediación que abarca cinco categorías: diálogo, organización-ordenamiento del diálogo y del conflicto, resolución-acercamiento

El último de los abordajes, que Puy Muñoz califica de aproximación iusnaturalista, es la más cercana a la cultura de la paz y del mantenimiento de la convivencia de la visión centenaria de la mediación. Por ello, define a la mediación más como un «proceso»⁴², en un sentido de pasos dados en una dirección hacia la resolución del conflicto pero que puede llevarse a cabo de manera *informal*, pero que no tiene relación con el *proceso* judicial o jurisdiccional.

El primero de estos abordajes, calificado de formalista-positivista por Puy Muñoz, es la aproximación jurídica contemporánea, elegida por el proceso de regulación de la mediación por los entes supraestatales, Consejo de Europa y Unión Europea, y, en fin, por el Estado español en la Ley 5/2012, de 6 de julio. Es el modo de definir la mediación más como un *procedimiento*, en el que prima el aspecto *formal*, separado del proceso judicial.

Que la aproximación de la regulación en su noción de mediación sea más bien esta segunda y no la primera no parece una casualidad y el modo en que se entiende el derecho a sí mismo en la modernidad no es ajeno a la forma en que este se apropia de la mediación en los últimos cuarenta años.

Porque los mediadores, que no deben ser necesariamente y no son muchos de ellos en efecto juristas, han establecido la noción de mediación y de mediador de forma que han enriquecido la aproximación puramente positivista-formalista.

Por ejemplo, para John Paul Lederach, la mediación es una estrategia de cambio social⁴³, ya que incide en la conflictividad social,

del conflicto y de las relaciones, tratamiento curativo, eficaz, económico y alternativo y función del tercero, en Aréchaga *et al.*, 2018, págs. 236 a 238.

⁴²Boqué Torremorell, 2003, pág. 39 y ss.

⁴³Lederach, 2000, pág. 55 y ss..

El *cambio* está presente en las potencialidades de la mediación de manera reiterada: «[L]a propia naturaleza de la función que al mediador le reconoce este modelo [de mediación estratégica] lo coloca en el lugar de un verdadero agente del cambio», en Calcaterra, 2002, pág. 124.

«*La mediació obre els ulls a una realitat complexa; a entendre que les coses no són nítides ni iguals per a tothom; a pensar que es poden canviar les pròpies percepcions sense deixar de ser un mateix, i canviar les expectatives inicials i individuals per expectatives conjuntes*», en Munné y Mac-Cragh, 2006, pág. 83.

Afirmando no solamente el carácter de *proceso*, sino el de *cambio social*, se ha

más allá de la mera resolución de disputas particulares. La mediación no puede pivotar en el perfil del mediador, sus capacidades o sus competencias. Si lo hace, dificulta el cambio social. Para ello, Lederach aboga por mediadores más parecidos a poetas y artistas que a técnicos o expertos. Para él, la mediación es el arte de superar la conflictividad y los contextos de alta violencia.

Cuando un mediador actúa sobre un conflicto, según Lederach, le impulsa alguna teoría del cambio social: qué cambia y cómo cambia cuando estamos en un proceso de mediación. Para responder a esta pregunta, Lederach dirá que «hay que incidir en el contexto explícito del conflicto, pero también sobre el contexto relacional subyacente»⁴⁴. La mirada de Lederach al conflicto incluye una «perspectiva creativa» del conflicto⁴⁵. Hay, según Lederach, una postura en el mediador que parte de la curiosidad, de la inquietud sobre el posible cambio social. Esta perspectiva poética del conflicto está indisolublemente unida a una toma de postura sobre el cambio social. Lederach solamente identifica cambio social como reducción de la conflictividad en la sociedad. Y en esta estrategia de cambio social, él otorga el papel preponderante para este fin a la educación para la paz⁴⁶. No al derecho. Lederach entiende el derecho como

dicho que la mediación *educa* a las partes: «El objetivo primordial de la mediación no es llegar a un acuerdo, es brindar un proceso en el que las partes puedan educarse a sí mismas con respecto al conflicto», en Bernal Samper, 1998, pág. 53.

«El objetivo [de la mediación] es desencadenar cambios sociales a través de la mediación. La gestión dialogada del conflicto individual irá llevando a una transformación social», en Farinha *et al.*, 2014, pág. 2.

La disyunción entre acuerdo y cambio social está presente en forma de crítica al acuerdo en cuanto este no asegura la resolución del conflicto, sino tal vez, tan solo su aplazamiento temporal «*The former seeks to mollify the opposition without discovering or rectifying the underlying causes of the dispute and seeks settlement for settlement's sake. The latter seeks to bring about a deeper level of understanding and empowerment through honest communication about the causes of the dispute and allows the parties to decide how and whether to end it. The first creates a settlement; the second creates a resolution. The first leads to sullen acceptance, the second to forgiveness and reconciliation.*» Cloke, 1994, pág. 27.

⁴⁴Lederach, 2000, pág. 58.

⁴⁵Perspectiva que reproducen y recrean otros como Alzate Sáez de Heredia, 2013; Soares, 2002; Boqué Torremorell, 2003; Carrasco *et al.*, 2004; Farinha *et al.*, 2014; Cloke, 1994; Farré i Salvà, 2004; Gergen, 2000; Fernández-Pacheco Alises, 2013; Ferrandino, 2004; Martínez Guzmán, 2001, .

⁴⁶En los estudios sobre mediación internacional, es decir sobre la resolución

instrumento del Estado para la «universalización de la paz de ley y orden interior»⁴⁷ y no como un medio de cambio social dentro de su *perspectiva creativa* del conflicto.

Otra manera de mirar, complementaria a la aproximación positivista y formalista de que habla Puy Muñoz, sería plantear la pregunta acerca de si la mediación puede ser emancipatoria o transformadora.⁴⁸ Es decir, si la mediación provoca comunidades más justas, en la línea de promover el mayor acceso a la justicia⁴⁹, pero también si la mediación provoca comunidades más libres, en la línea de promover una mayor autocomposición⁵⁰. Para Santos⁵¹ o Habermas⁵², a diferencia de Lederach o Galtung, sí que el derecho

de conflictos armados y bélicos, la mediación se define como uno de los modos de finalizar un conflicto violento (*ending violent conflict*), pero también como uno de los modos de alcanzar la paz (*peacemaking*). Ramsbothan *et al.*, 2011, pág. 180 y ss.

⁴⁷Lederach, 2000, pág. 20. Cuando Lederach habla del derecho lo hace en referencia a su análisis sobre la influencia del concepto occidental de Estado en el discurso sobre la paz: «Debido a que la estructura Occidental (social, cultural y política) es la dominante en el mundo de hoy, también prevalece su concepción de la paz. Esta concepción nació en gran parte del imperialismo romano, estando muy influenciada por el desarrollo de los Estados naciones. Así, la paz se concibe en función de dos fenómenos. Por una parte, es asimilada al mantenimiento de la unidad y el orden interior (que beneficia normalmente a los intereses dominantes), con una preparación defensiva exterior. Por otra, solo el Estado nación tiene derecho a usar la fuerza, es decir, la paz es materia y competencia exclusiva de los Estados.» Lederach, 2000, págs. 22 y 23.

⁴⁸Un modo de expresar el cambio social que opera en la mediación es precisamente la afirmación de que la mediación genera comunidad: «*Strategies for the creation of a sense of community include agreement on a shared vision, goal or strategy, establishment of a common history or set of stories, use of common terms and meanings, maintenance of a common dialogue or set of concerns, identification of common needs, barriers or problems, self-reliance, identification with a set of values or approach to solving problems, collective action, triumph, tragedy or loss, and numerous other shared experiences.*» Cloke, 1994, pág. 380. En el capítulo titulado *Mediation and Social Change. Creating Community*.

Se habla también de la capacidad de la mediación de generar «transformación cultural», en Aréchaga *et al.*, 2018, pág. 20.

⁴⁹*Justicia* entendida como derecho a la defensa judicial de los intereses.

⁵⁰*Justicia* entendida como valor social. Sobre este tema y el de la nota anterior, Kelsen, 1993. Mediadores que siguen esta distinción: «Cuando [...] se utilizó la palabra justicia se vislumbraba la apertura de dos significados para este término: uno referido a la justicia como valor a conseguir y otro vinculado al sistema de administración de justicia o Poder Judicial.» En Aréchaga *et al.*, 2018, pág. 238.

⁵¹Santos, 2003.

⁵²Habermas, 1998.

tiene un protagonismo explícito y determinante, sí que tiene algo que decir, en clave regulatoria o de sistema, sí, pero sobre todo en clave transformadora, emancipatoria.⁵³

El sentido del término *justicia* en la expresión «acceso a la justicia» es ambiguo, puede ser entendido como valor o como vía judicial de garantizar derechos. El primero es el sentido de *justicia* que atribuye el art. 1.1 de la Constitución Española:

«España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.»

En su análisis sobre este artículo, Gregorio Peces-Barba ya afirmó que la justicia «no es un valor fácilmente identificable» y lo vincula con los principios de igualdad y de libertad.⁵⁴

Hans Kelsen identificó la justicia como valor con la libertad y la tolerancia, cuando escribió que: «[m]i justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz, la justicia de la democracia, la de la tolerancia».⁵⁵ En definitiva, el sentido de justicia como valor tiene una relación mucho más clara con la finalidad de la mediación como hecho social. Acceder a justicia mediante la mediación es algo más que obtener la protección de los derechos e intereses de parte de un tribunal: es pretender con la gestión del conflicto una transformación social tal que resulte en unas relaciones sociales más iguales, más tolerantes y pacíficas.

Los juristas que han investigado y reflexionado sobre la mediación⁵⁶ y que sí poseen una formación jurídica han definido la mediación aportando significantes del mundo jurídico que aproximan esa

⁵³En el análisis de la racionalidad de la mediación regulada, es obligado indagar en la racionalidad del derecho moderno y sus expresiones de regulación y de emancipación. Esta tarea se lleva a cabo en el capítulo 8 del presente trabajo.

⁵⁴Peces-Barba, 1986, págs. 144 y ss.

⁵⁵Kelsen, 1993, pág. 13.

⁵⁶Obras de estos juristas son las de Barona Vilar, 1999, 2005, 2011b; García García, 2003; García Villaluenga, 2006; García Villaluenga *et al.*, 2012; Garrido Soler, 2013; Lorca Navarrete, 2012; Ortuño Muñoz, 2011; Rodríguez-Arana Muñoz *et al.*, 2010.

definición a algo mucho más cercano a la definición de Lederach.

Una de las mediadoras y juristas que más se ha ocupado de la fijación de un concepto holístico de mediación es Silvia Barona. Para ella, la mediación constituye un

«procedimiento informal y privado de solución de diferencias, basado en todo caso en el principio de la autonomía de la voluntad, salvo que una norma imperativa impulsara la adscripción de un procedimiento de mediación como trámite previo a la existencia de un proceso. Debe ser voluntaria.»⁵⁷

La figura del mediador es inherente a la noción de mediación y en el proceso regulatorio de definición de los conceptos fundamentales también forma parte de su contenido esencial. Así, la mediación es un proceso en el que interviene necesariamente un tercero mediador que asiste a las partes en una «situación conflictiva», para ayudarles a su resolución y que tiene como expresión final un «acuerdo consistente en una solución mutuamente aceptable y estructurada de manera que permita, de ser necesario, la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en el conflicto»⁵⁸. La figura del tercero mediador como fundamental ha aparecido desde el principio en las definiciones con más arraigo. Así, mediación es definida como intervención de una tercera parte aceptada por las partes en conflicto con un poder de decisión sobre la solución limitado o ausente, para asistir a esas partes a que alcancen voluntariamente acuerdos sobre los aspectos disputados⁵⁹.

Se insiste mucho en que la actualidad de la vida social, su conflictividad creciente, invita a la entrada en acción de forma más sistemática de la mediación⁶⁰. La actual atención sobre la mediación

⁵⁷Barona Vilar, 2011a, pág. 206.

⁵⁸Haynes, 1995, pág. 11.

⁵⁹«[M]ediation is generally defined as the intervention in a negotiation or a conflict of an acceptable third party who has limited or no authoritative decision-making power, who assists the involved parties to voluntarily reach a mutually acceptable settlement of the issues in dispute». Moore, 2003, pág. 15.

⁶⁰Barona Vilar, 2011a, págs. 185 y ss.

se ha afirmado que se justifica en la multiplicación de los conflictos, aun de manera «exponencial» y que vivimos en medio de una tensión y un caos «en todos los campos: familiar, grupal, vecinal, laboral, legal, empresarial, internacional, etc», que obliga a plantear la mediación como alternativa.⁶¹

De las definiciones de mediación precedentes se puede deducir la naturaleza metodológica de la mediación: se trata de uno entre otros métodos de gestión de conflictos, en la línea de la aproximación positivista-formalista. Sin embargo, también puede ser concebido «también como un instrumento de intervención social, como técnica de intermediación entre las partes o como institución complementaria a la actuación de las administraciones de justicia»⁶². Y que requiere necesariamente de la participación de una persona mediadora.

Así se cierra la ambivalencia de la noción de mediación; se encuentra un sentido de la mediación que enfatiza los aspectos jurídicos que tienen que ver con el procedimiento y con el acuerdo entre las partes y otro sentido de la mediación que enfatiza los aspectos jurídicos que tienen que ver con la convivencia pacífica y la transformación hacia una sociedad más en paz. Tanto en uno como en el otro sentido, la regulación colocará en medio, y en una posición central, al tercero mediador. La presentación binaria de las alternativas a las cuestiones planteadas aparece de forma recurrente en lo que atañe a la mediación: más énfasis en el acuerdo o más énfasis en el cambio social. El primer énfasis lo expresa gráficamente Lederach cuando escribe que la *pax* puede quedar en su derivado lingüístico, el *pacto*.⁶³ Y esta sería la mitad jurídico-positivista de la noción de mediación. O puede llegar a un proceso del cambio social hacia la justicia⁶⁴. El análisis de la noción de mediación es lo que ha mostrado hasta ahora.

⁶¹Corsón Pereira y Gutiérrez Hernanz, 2014, pág. 13

⁶²Casanovas, 2011, pág. 433.

⁶³Lederach, 2000, pág. 23.

⁶⁴«La paz es un orden de *reducida violencia y elevada justicia*, en cuanto a las relaciones e interacciones humanas». Lederach, 2000, pág. 37. Las cursivas son del mismo Lederach.

En el siguiente apartado, también se puede mostrar una tesis binaria en relación con las perspectivas de aproximación al derecho: derecho normado y derecho practicado.

2.5. El derecho normado y el derecho practicado

Con el fin de facilitar la comprensión del análisis de la regulación de la mediación que se propone ahora y ya que el propósito del presente trabajo es el estudio de un proceso de regulación por el derecho, debe ser un punto de partida identificar cuál es la perspectiva de análisis jurídico que se utiliza en él.

El derecho, para lo que importa en este trabajo, es mirado desde dos perspectivas: como derecho normado y como derecho practicado⁶⁵. El derecho no está constituido únicamente por normas, aunque es cierto que la estatalidad del derecho y la legalidad estatal del derecho han forzado una identificación entre derecho y norma como mandato autoritario investido del poder estatal. Se producen llamadas de juristas a «recuperar la juridicidad más allá del Estado»⁶⁶ y rescatar, por tanto, al derecho practicado como forma en que se expresa el derecho⁶⁷.

Derecho normado y derecho practicado operan combinadamente, confluyen y se expresan públicamente, con matices. El derecho contenido en los tratados, leyes, decretos y reglamentos es el derecho publicado en los diarios oficiales, el derecho de las normas positivas. El derecho en su forma discursiva, que se ocupa de la mediación y al regularla, la incorpora al ordenamiento positivo. Conforman pues,

⁶⁵Es la tesis fundamental que se muestra en el libro de Alejandro Nieto, Nieto García, 2007.

⁶⁶Muñoz Ruiz, 2009, pág. 15

⁶⁷En esta diferenciación también reside un cierto parecido con el pensamiento de Hans Kelsen, cuando plantea la distinción entre una teoría estática del derecho y una teoría dinámica del derecho. Dice Kelsen que la primera teoría «tiene como objeto el derecho como un sistema de normas con validez, el derecho en su estado de equilibrio; la segunda, el proceso jurídico en el que el derecho se produce y aplica, el derecho en su movimiento.» En Kelsen, 1986, pág. 83.

un discurso vertebrador y explícito al que referir la traducción de la política a derecho. Es el derecho del poder en tanto que legislador y el marco de referencia de la aplicación de la mediación. Por eso, tradicionalmente y desde la modernidad, se considera a Thomas Hobbes uno de los pensadores más influyentes en la concepción del Estado⁶⁸, un Estado fuerte, a cuya fuerza ninguna otra fuerza se pueda oponer, único sujeto o ente que puede garantizar la convivencia en paz de los seres humanos en sociedad⁶⁹. El instrumento para que el Estado hobbesiano moderno se imponga sobre las pasiones humanas⁷⁰ es el derecho normado⁷¹. Así, el productor en grado de monopolio del derecho normado ha sido el Estado. El presente trabajo interroga al derecho normado estatal español y supraestatal europeo sobre la regulación de la mediación.

Dicho esto, el derecho normado no es toda la perspectiva desde la que se mira el fenómeno jurídico. Y observada desde el derecho normado la mediación positivizada no es tampoco toda la perspectiva de la mediación, aquello en que de una vez y para siempre consiste la mediación, sino que es solamente la fijación formal de un discurso real, normado, positivo y directamente aplicable sobre la mediación.

El derecho aplicado es aquel de los operadores jurídicos profesional y formalmente reconocidos, el ejercido por expertos: jueces, abogados, profesores, funcionarios y las administraciones concernidas en la mediación. Paradójicamente, el derecho normado no es suficiente, pues el derecho también se aplica en la práctica de forma que entran en juego la interpretación, el pragmatismo y la coyuntura. Influyen los sujetos que la aplican, los grupos profesionales, los intereses preexistentes, las necesidades funcionales, las disponibi-

⁶⁸Otros influyentes pensadores de la modernidad política son también Jean-Jacques Rousseau y John Locke.

⁶⁹Una lectura del Estado hobbesiano como ente que actúa a través del derecho, en Martínez Marzoa, 2008

⁷⁰De las pasiones que generan la violencia social, dice Hobbes: «[E]n la naturaleza humana encontramos tres causas principales de disensión. La primera es la competencia. En segundo lugar, la desconfianza; y en tercer lugar, la gloria», en Hobbes, 2002, cap. XIII.

⁷¹Santos, 2003, págs. 52 y ss.

lidades presupuestarias, las actitudes de los usuarios, sus aspiraciones⁷². En el caso de la mediación regulada, es aplicada también por operadores profesional y formalmente reconocidos, por expertos: los mediadores y los centros de mediación. El derecho aplicado también es derecho según la percepción de los operadores no profesionales, de los ciudadanos. Para el derecho normado, estos son los sujetos pasivos del derecho, a quienes va dirigido. Para la perspectiva del derecho practicado, estos son actores que intervienen en la configuración de lo que el derecho en tanto que práctica acaba siendo.

Según esta conceptualización, una sentencia judicial es parte de la forma del derecho como derecho practicado⁷³, así como un convenio colectivo, cuando este se aplica en las relaciones laborales. El acuerdo de mediación es derecho practicado que se mueve, en parte, en un marco jurídicamente regulado con procedimientos y efectos previstos normativamente.

Para Francesco Carnelutti, tampoco el derecho normado es el único derecho. Afirmar lo contrario es poco menos que una

«concepción mezquina y hasta ridícula, que confunde el Código con el Derecho. El Código no es más que una cara de la medalla. La otra está constituida por los actos de aquellos que obedecen o desobedecen. No se trata de mirar solamente al oficial que ordena la maniobra sino la maniobra que viene ordenada; y esa, son los soldados quienes la ejecutan»⁷⁴.

Asimismo, cuando mediadores dicen que «no hay que perder de vista que la dimensión extrajurídica de la mediación es mucho más

⁷²Utilizando el símil de la lógica formal: sintaxis y semántica son las áreas del derecho discursivo, en que no interesa el sujeto lógico. En la pragmática, en cambio, sí importa el uso, la mención que hace cada sujeto participante en el discurso. El derecho aplicado y el vivido serían la versión pragmática del derecho. La inspiración, en Deaño, 1999, págs. 27 y ss.

⁷³Se ha acuñado también la expresión *derecho judicial*, que usan en el sentido de *derecho practicado* Nieto García, 2007 y Zagrebelsky, 2011.

⁷⁴Carnelutti, 1940, pág. 56.

importante que la dimensión legal»⁷⁵, confunden «legal», el derecho normado, con todo el derecho posible y, por consiguiente, dan por supuesto que el derecho asuma que la mediación normada sea toda la mediación posible. Y el derecho normado ya es consciente de que la mediación regulada no es toda la mediación posible. Un ejemplo es la misma definición de mediación contenida en el artículo 1 de la Ley 5/2012:

«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»⁷⁶.

En este artículo de la ley, queda evidenciado en el derecho normado que este conoce que la mediación no es el único medio de solución de controversias y que los medios de solución de controversias en que interviene un tercero *mediando* no siempre en la práctica son denominados *mediación*. Es decir, que en la realidad social y previa a la que se dirige la regulación del derecho normado efectivamente aparecían *soluciones de controversias* y aparecían medios de solución en que intervenía un tercero; algunas veces se denominaban esos medios como *mediación* y otras veces, no.

Algunos mediadores afirman que el derecho debe estar lo más alejado posible de la mediación y que así, esta será más pura. Quienes sostienen la autonomía disciplinar de la mediación defienden además que los intentos del derecho por «subsumirla, controlarla o hacerla suya» fracasan sistemáticamente⁷⁷. Esta visión de Francisco Corsón Pereira y Eva Gutiérrez Hernanz no es extraña a otros mediadores, aunque sean ellos quienes más explícitamente expresan su escepticismo frente al papel del derecho en lo tocante a la mediación.

⁷⁵Pillado González y Fariña Rivera, 2015, pág. 18

⁷⁶La cursiva es del autor, no aparece en la norma legal.

⁷⁷Corsón Pereira y Gutiérrez Hernanz, 2014, pág. 37

Otros autores han estudiado la expresión *mediación jurídica*, distinguiéndola del término *mediación*, como Puy Muñoz, para quien la expresión *mediación jurídica* «manifiesta en sus usos significados implícitos bastante distintos»⁷⁸.

Aunque la mediación sea un procedimiento extrajudicial, «resolución de conflictos sin litigio»⁷⁹ eso no significa que no se transforme en mediación jurídica, pues el derecho no se identifica únicamente con el litigio judicial, «siendo este solo una de las manifestaciones»⁸⁰ del derecho. Además, la mediación se convierte en jurídica «cuando la ley la regula en términos generales, porque entonces la atrae a la órbita jurídica»⁸¹. Es decir, cuando:

«1. La ley define la mediación. 2. El mediador es miembro de un colegio profesional legal. 3. La mediación es un requisito previo al inicio del pleito. 4. Los abogados de las partes intervienen en las sesiones de mediación. 5. La mediación viene obligada por un contrato o promesa de mediación, una cláusula de sometimiento a mediación, por ejemplo. 6. La mediación establece la titularidad de uno o varios derechos.»⁸²

Puy Muñoz llegará a decir que «toda mediación es mediación jurídica», porque en toda mediación se da la condición sexta, aunque las partes no sean conscientes de entrada. Porque los conflictos son siempre conflictos de posesión de derechos. Aunque se esté de acuerdo con el autor en que no haya mediación de la que no se pueda predicar ser jurídica, no parece tan claro que ese predicado de juridicidad provenga exclusivamente de la concurrencia de las seis condiciones antedichas y ni siquiera de la sexta en exclusiva. En vez de formular la raíz de los conflictos jurídicos en la característica de «la posesión de derechos», también el origen de los conflictos jurídi-

⁷⁸Puy Muñoz, 2007, pág. 22.

⁷⁹Folberg y Taylor, 1996.

⁸⁰Puy Muñoz, 2007, pág. 30.

⁸¹Puy Muñoz, 2007, pág. 30.

⁸²Puy Muñoz, 2007, pág. 30.

cos se puede relacionar con aspiraciones divergentes de las partes basadas en sus propias percepciones de *lo justo*.

Más bien, la mediación es una institución jurídica porque en ella se pretende resolver un conflicto con relevancia jurídica, que puede llegar o no a convertirse en un litigio y porque con ella se pretende realizar en la práctica un modo de acceso a la justicia.

La opinión que se acaba de formular está más cerca de la postura de Fernando Martín Diz, para quien la mediación es jurídica porque resuelve pacíficamente disputas jurídicas y debe «ser entendida como mecanismo para impartir Justicia». Esta juridicidad de la mediación hace que no pueda ser equiparada a una «terapia o mecanismo terapéutico»⁸³. Esta sería una aproximación a la mediación desde un punto de vista de derecho practicado. Asimismo, en el envés de la medalla del derecho que describió Carnelutti, Martín Diz afirma que si la mediación puede ser considerada un sistema extrajudicial y complementario al jurisdiccional de resolución de conflictos, es porque está incorporada al ordenamiento jurídico a través de la regulación. La admisión de la mediación al «ámbito jurídico debe asentarse sobre el principio de legalidad»⁸⁴. Es la aproximación a la mediación desde el derecho normado.

Es posible también la doble identificación entre derecho normado y derecho practicado en el análisis de los fenómenos jurídicos. Alejandro Nieto habla de «fenómenos» relativos al derecho: normas jurídicas, actos jurídicos y hechos jurídicos⁸⁵. Estos tres fenómenos que son estudiados por los juristas y que son la materia de su trabajo configuran la definición de derecho: el conjunto de los fenómenos anteriores. O sea, el ordenamiento jurídico: leyes, principios generales del derecho y doctrinas jurisprudencial o académica⁸⁶. Y los actos jurídicos singulares y concretos: judiciales, administrativos o provenientes de particulares. Y los hechos jurídicos: comporta-

⁸³Ambos entrecomillados, de Martín Diz, 2010, pág. 61.

⁸⁴Martín Diz, 2010, pág. 56.

⁸⁵Nieto García, 2007, págs. 14 y ss.

⁸⁶Alejandro Nieto usa la expresión *profesoral* para referirse a la doctrina formulada por los académicos y universitarios.

miento humanos, acontecimientos naturales, organizaciones sociales, instituciones de creación legal...⁸⁷

De la lectura de estas caracterizaciones es posible pensar que, para Nieto, es difícil comprender los actos jurídicos de los particulares como derecho. Es un hecho que los actos jurídicos entre particulares tienen efectos jurídicos similares a los de la ley, ya que regulan comportamientos y prevén las consecuencias de los mismos. Los acuerdos de mediación son este tipo de actos jurídicos, que las leyes de mediación se han apresurado a reconocer. Por ejemplo, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su art. 23.3 reconoce el «carácter vinculante del acuerdo alcanzado». Estos acuerdos de mediación, *ley* entre las partes, *sentencia* entre partes, son verdadero derecho. Incluso antes de que se sancionen judicialmente o con independencia de que no sean homologados judicial o notarialmente en absoluto, tal y como prevén el art. 23 y el 25 de la Ley 5/2012. Estos preceptos legales, no solamente reconocen la natural fuerza vinculante del acuerdo de mediación, como cualquier otro contrato privado, sino que otorgan al mismo la configuración como un título ejecutivo judicialmente, siempre y cuando dichos acuerdos de mediación reúnan, además, las determinadas condiciones establecidas en la misma Ley 5/2012.

Esta nota de la ejecutividad judicial de los acuerdos de mediación es un ejemplo de cómo ante el hecho de la realidad social de la mediación, la ley estatal de mediación en asuntos civiles y mercantiles, derecho normado, atrae lo más posible al ordenamiento jurídico los acuerdos de mediación mediante su regulación legal y mediante su elevación a escritura pública⁸⁸ o su conversión a sentencias judiciales.⁸⁹

Por consiguiente, la mediación antes de la regulación, en tanto que hacedora de acuerdos entre las partes, es normativa⁹⁰. Es decir,

⁸⁷Nieto García, 2007, pág. 17.

⁸⁸Art. 25.1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE núm. 162, de 7 de julio.

⁸⁹Nieto García, 2007, pág. 18.

⁹⁰E incluye una cierta nota de juridicidad, por ejemplo, por aplicación a los acuerdos de los principios recogidos en los arts. 1.255 y 1.258 del Código civil: la

los acuerdos de mediación obtenidos en procesos de mediación previos a cualquier regulación positiva producen efectos normativos que pueden ser considerados parte de un orden normativo social. Un procedimiento de mediación mientras no es objeto de regulación no alcanza a manifestarse como derecho *normado* y, por eso, tampoco como derecho *practicado*. Solamente se entenderá como derecho *practicado* después de su regulación jurídica.

El acuerdo de resolución del conflicto no es el único efecto con trascendencia jurídica que puede conllevar una mediación. Se puede ver más claro con otro ejemplo. En el caso hipotético de haberse iniciado en el seno de un litigio judicial una mediación privada entre las partes antes de la regulación de esta institución por el derecho normado, el juez podría haber suspendido los plazos de caducidad de la acción, o los términos procesales -contestación a la demanda, convocatoria a la audiencia- siempre que las partes invocaran las normas generales de la LEC en relación con el contrato de transacción⁹¹. Podría no llegarse a un acuerdo final, pero el efecto jurídico -la afectación al proceso *sub iudice*- se hubiera dado del mismo modo.

En síntesis y desde la conceptualización analítica del derecho como una realidad con doble fenomenología, derecho normado y derecho practicado, la mediación en su estadio actual entendida en tanto que institución regulada jurídicamente es *jurídica* porque en ella los acuerdos a que se llega a través del procedimiento producen efectos que son jurídicos. El contenido de los acuerdos tiene que ver con la resolución del conflicto concreto pero no solamente con él, también puede tener que ver con el cambio social, con la transformación venidera de las relaciones interpersonales. Estos efectos son jurídicos en tanto que contenidos en los acuerdos, según el procedimiento que a su vez, está regulado jurídicamente.

También es jurídica porque los efectos, cuando tengan trascen-

autonomía de la voluntad y la fuerza vinculante para las partes.

⁹¹Por ejemplo, lo previsto en el art. 19.4 de la LEC. Sobre los efectos de la transacción extrajudicial abierto un procedimiento judicial: San Cristóbal Reales, 2011, pág. 291 y ss.

dencia jurídica, son objeto de regulación por el derecho normado. Regulación que ordena y fija un procedimiento para conseguir los efectos de la mediación. Es decir, cómo se alcanzan los acuerdos con efectos jurídicos.

En esta consideración bifaz del derecho, afirmar de la mediación que se muestra en forma de derecho normado es tanto como afirmar que se muestra en forma de derecho practicado. Son dos perspectivas de análisis diferentes aunque complementarias.

Herbert L.A. Hart, en su respuesta a las críticas previas de Ronald Dworkin a su concepto de derecho, afirma que una cosa es el derecho revelado como tal por las reglas de reconocimiento, es decir la manera en la cual las normas son adoptadas o creadas por las instituciones jurídicas -el derecho normado- y otra cosa diferente es su contenido y, más en concreto, el contenido del «último criterio de validez jurídico» que puede incorporar principios de justicia, valores morales sustantivos y límites constitucionales,⁹² y que puede ser entendido como el contenido que los particulares, juristas, jueces y abogados otorgan al derecho efectivamente practicado. El positivismo jurídico de Hart no es un mero positivismo de «hechos», sino que admite valores, lo que él mismo llama «positivismo suave»⁹³. Es decir, desde un punto de vista reconocidamente positivista, se pueden admitir realidades en que los particulares en un conflicto o los mediadores relacionados en un procedimiento de mediación incorporen un contenido⁹⁴ no expresamente -formalmente- previsto en el derecho normado a ese procedimiento de mediación o a su acuerdo final.

La doble caracterización del derecho como normado y practicado es la que se produce dentro del derecho estatal, y lo que da lugar a un *pluralismo jurídico interno*, tal y como lo denomina Boaventura de Sousa Santos, en contraposición al *pluralismo jurídico externo*. Él argumenta que «el propio derecho oficial estatal en acción pre-

⁹²Hart, 2000, pág. 22

⁹³Hart, 2000, pág. 26 y ss.

⁹⁴Por ejemplo, que las partes acuerden de forma vinculante un lugar y un horario en que se desarrollará cada una de las diferentes sesiones de mediación.

senta, sobre todo en procesos de transformación social intensa, una gran diversidad y heterogeneidad internas en el modo en que se aplica o se interpreta. [...] A dicha diversidad y heterogeneidad la llamo *pluralismo jurídico interno*.»⁹⁵

Este pluralismo jurídico interno es otra de las formas en que se expresa la razón jurídica de la que habla Alejandro Nieto en las expresiones «derecho practicado por las profesiones jurídicas» o en la otra «derecho judicial». Sin embargo, al caracterizar analógicamente la mediación con el derecho como mediación normada y mediación practicada, también se asume la centralidad de la mediación institucionalizada por el Estado. Es decir, determinados aspectos de la mediación quedan fuera del pluralismo jurídico externo, como lo define Santos. En el fondo, este es el punto de vista del que parte el presente trabajo, ya que el objeto de investigación es la mediación efectivamente regulada.

2.6. La mediación y la resolución del conflicto

Algunas obras⁹⁶ que tratan sobre la mediación comienzan con un análisis o al menos con una mención al concepto de *conflicto*. En ellas, el conflicto es el «presupuesto de la mediación»⁹⁷, el «eje central»⁹⁸, la «materia prima»⁹⁹, un elemento transversal que atra-

⁹⁵Santos, 2018, págs. 14 y 15.

⁹⁶Álvarez, 2003; Alzate Sáez de Heredia, 2013; Barona Vilar, 1999; Boqué Torremorell, 2003; Calcaterra, 2002; Calvo Soler, 2013, 2014; Carrasco *et al.*, 2004; Lauroba *et al.*, 2011c; Corsón Pereira y Gutiérrez Hernanz, 2014; de Diego Vallejo y Guillén Gestoso, 2010; Entelman, 2002a; Farré i Salvà, 2004; García García, 2003; García Villaluenga, 2006; Haynes, 1995; Lorca Navarrete, 2012; Mayer, 2008; Munné y Mac-Cragh, 2006; Ortuño Muñoz y Sáez Valcárcel, 2007; Pillado González y Fariña Rivera, 2015; Redorta Lorente, 2004; Rodríguez-Arana Muñoz *et al.*, 2010; Suares, 2002; Stein Cárdenas, 2000; Vinyamata, 2005; Conforti, 2016; Pérez Martell, 2008.

⁹⁷Corsón Pereira y Gutiérrez Hernanz, 2014, pág. 35

⁹⁸Fisas Armengol, 1998, pág. 17.

⁹⁹«El conflicto como tal es el objeto, la materia prima con la que va a trabajar el operador. El conflicto es al operador lo que la arcilla para el alfarero. Todo aquel que se dedique a trabajar con conflictos tiene la necesidad de estudiar y

viesa las diferentes aproximaciones a la mediación ¹⁰⁰. En ausencia de conflicto, no hay mediación. Por tanto, parece que es pertinente estudiar en el presente trabajo la relación entre el conflicto y la mediación, con el fin de averiguar si esta relación puede dar idea de alguno o de algunos elementos para la teoría de la racionalidad de la mediación.

El grado de profundidad en la cuestión del conflicto es desigual. Los autores más identificados con la conflictología, la política y la sociología, hacen hincapié en los aspectos del conflicto que lo relacionan con la violencia y la convivencia social. Algunos de ellos, como Galtung¹⁰¹, Vinyamata¹⁰². Otros, más identificados con la psicología, inciden en los aspectos individuales y colectivos de cambio y de crisis que conlleva el conflicto. Así, Redorta¹⁰³, Farré¹⁰⁴, Suares¹⁰⁵. Todos ellos rescatan las notas de inevitabilidad y/o de positividad del conflicto como modos de comprenderlo. Es decir, los conflictos son inherentes a la convivencia social humana -y por tanto, inevitables- y, además, posibilitan novedades y transformaciones que pueden ser positivas. Hay un consenso general en entender el conflicto como un fenómeno social constructivo y positivo: la oportunidad para el cambio. Es una visión del conflicto que puede llamarse del conflicto *desconflictivizado*: inevitable, sin negatividad, sin destructividad, sin violencia. Las aproximaciones a la mediación elaboradas por juristas-mediadores, como García Villaluenga¹⁰⁶ o Barona¹⁰⁷, repiten este *leit-motiv* acerca del conflicto.

Después de estudiar la etimología de la palabra «conflicto» y de exponer algunas de las teorías sobre el conflicto más extendidas en

comprender el conflicto como materia prima de su trabajo.» Conforti, 2016, pág. 57.

¹⁰⁰Calcaterra, 2002, pág. 64.

¹⁰¹Galtung, 1969, 2003b, 2010, 2004.

¹⁰²Vinyamata, 2005, 2007.

¹⁰³Redorta Lorente, 2004, 2011.

¹⁰⁴Farré i Salvà, 2004.

¹⁰⁵Suares, 2002, 2016.

¹⁰⁶García Villaluenga, 2006, 2010; García Villaluenga *et al.*, 2012; García Villaluenga y Vázquez de Castro, 2013.

¹⁰⁷Barona Vilar, 1999, 2005, 2011a,b, 2012, 2013.

los estudios de mediación, se propondrá la aproximación a la noción de conflicto, como presupuesto de la mediación, pero más aún como presupuesto del derecho mismo. Ya que el derecho es un método de resolución pacífica de conflictos, parece normal que se ocupe de la mediación y que se produzca la regulación de este otro modo de resolución pacífica de conflictos. Es evidente que la regulación ha mostrado una preocupación del derecho por la mediación. Esta preocupación no existía antes de los años 70 del siglo pasado y el hecho social de la mediación pudo existir y ser utilizado sin necesidad de estar expresamente juridificado por el derecho estatal.

Por consiguiente, en las próximas páginas, se estudiará el conflicto como presupuesto del derecho y de las formas de resolución de conflictos, incluida la mediación.

Finalmente, en el tema de este trabajo sobre la racionalidad de la regulación de la mediación, parece importante tratar el concepto de conflicto, ya que el proceso de regulación que cristaliza en la Ley 5/2012, de 6 de julio, incluye una concepción concreta de conflicto, el *litigio*, que debe ser explicada.

2.6.1. El término conflicto

A pesar de lo inevitable que tiene el conflicto¹⁰⁸, es decir, de la imposibilidad de erradicarlo completamente de la vida, de forma sorprendente, sigue teniendo connotaciones lingüísticamente negativas. Conflicto aparece como un sinónimo habitual de guerra, enfrentamiento o lucha. El diccionario lo define en su primera acepción como «combate, lucha, pelea»¹⁰⁹. En la segunda acepción «enfrentamiento armado» y en las siguientes, aparecen expresiones como «apuro, situación desgraciada, problema, discusión, momento de la batalla más duro y violento». Para el uso social actual de la

¹⁰⁸ «*Conflict or disputes seem to be present in all human relationships and in all societies. From the beginning of recorded history, we have evidence of disputes between spouses, children, parents and children, neighbors, ethnic and racial groups, fellow workers, superiors and subordinates, organizations, communities, citizens and their governments, and nations.*» Moore, 2003, pág. 3.

¹⁰⁹ Diccionario de la Real Academia Española, Ed. 22ª, 2001.

lengua, el término conflicto no posee significados *a priori* positivos.

2.6.1.1. La etimología de conflicto

Así como con la etimología de la palabra *mediación*, ahora brevemente se propone un recorrido por la historia de la palabra *conflicto*. Si entonces se trata de contrastar el sentido etimológico e histórico de la *mediación* con el sentido doctrinal y legislativo contemporáneos, también ahora se pretende introducir ese contraste.

Conflicto proviene del latín *conflictus*, expresión formada del prefijo *con-* que significa «convergencia, unión» y el participio pasivo del verbo *fligĕre*, que significa «pegar, golpear» y que da lugar al infinitivo latino del verbo *confligĕre*, que significa «chocar».¹¹⁰ El verbo *fligĕre* o su forma *flagĕre* han dado en español varias palabras relacionadas con el daño y el dolor, como aflicción, afligir, infligir, flagelar o flagelo. A su vez, *fligĕre* (*flagĕre*) está emparentado con el griego $\phi\lambda\beta\omega$, *flíbō*, «aplastar, machacar»¹¹¹. También, *fligĕre* podría estar emparentado con la raíz indoeuropea **bleigh*, presente en lenguas indoeuropeas como en el letón *blīēzt*, el eslavo *blizna* o el germánico *bliggwan*, todas ellas con el significado de «golpear». Así pues, etimológicamente, el conflicto tiene que ver con «choque, golpe, encontronazo con otro».

No solamente nos encontramos ante la evidencia de la existencia cotidiana de conflictos, sino que se hace evidente, a su vez, que los conflictos conllevan un significado presente en el lenguaje de interrelación, en el que se unen los ingredientes de alteridad y de agresión.

De esta manera, analizan autores y mediadores acerca del componente de interrelación, para negar la posibilidad del conflicto con uno mismo¹¹². Solamente como una forma metafórica de hablar se puede entender un conflicto sin interrelación, sin alteridad. Precisamente, es la interrelación ese presupuesto que interesa al dere-

¹¹⁰Corominas, 1987; Valpy, 1828, pág. 97.

¹¹¹Valpy, 1860, pág. 112.

¹¹²Suares 2002; Vinyamata 2005; Entelman 2002b; Alzate Sáez de Heredia 2013; Redorta Lorente 2004; Palou Loverdos 2012; Calvo Soler 2013.

cho. El derecho no actúa sino sobre los conflictos en tanto que interrelaciones conflictivas. En el intento de desarrollar una noción universal del conflicto que hace Remo Entelman¹¹³ se encuentra un análisis de conflicto que ayuda a explicar la vinculación de este con el derecho. En ese análisis, también se encuentra presente la interrelación.

2.6.1.2. El conflicto, la interrelación y la percepción

En el trabajo de Eduardo Infante reseña 78 definiciones distintas de conflicto y concluye a partir del tratamiento de aquéllas en una tentativa nueva:

«Un proceso cognitivo-emocional en el que dos individuos perciben metas incompatibles dentro de su relación de interdependencia y el deseo de resolver sus diferencias de poder¹¹⁴.»

En esta definición sintética, para que se pueda hablar de conflicto deben estar presentes tres elementos: percepción, interdependencia e incompatibilidad. Así, también Entelman¹¹⁵, quien propone una definición de conflicto basada en la idea de relación social. Y discute los que han sido, al entender del autor, los errores fundamentales en la definición de conflicto: tomar al conflicto como una especie y no como un género, partir de una visión exclusivamente internacional del conflicto, vincularlo necesariamente con la violencia y vincularlo necesariamente con los aspectos normativos. Para Entelman¹¹⁶, el conflicto es un tipo de relación entre dos o más actores. Cada

¹¹³En Entelman, 2002b.

¹¹⁴Infante Rejano, 1998, pág. 491.

¹¹⁵No es el único. «Notamos que el conflicto está relacionado con la *percepción* de incompatibilidad, de escasez de recursos o recompensas, y con la interferencia del otro. Es muy importante recordar que en cualquier conflicto la percepción de los involucrados es lo principal», en Lederach, 2000, pág. 57.

«El conflicto no está en los hechos, está contenido en las historias que cuenta la gente, las cuales, dependen de cómo cada uno percibe el conflicto», en Calcaterra, 2002, pág. 37.

¹¹⁶Seguidores de la definición de Entelman son también Calvo Soler, 2013; Conforti, 2016.

uno de estos actores tiene una relación de interdependencia con los demás en lo que respecta a la consecución de sus objetivos. La interdependencia supone que la satisfacción de los objetivos de uno de los actores está relacionada con el comportamiento del otro actor y viceversa. La interdependencia significa que las partes en conflicto «están en una posición de *oposición* y, a la vez, de *cooperación*.»¹¹⁷ Además de Entelman, otros autores¹¹⁸ han reconstruido la noción de interdependencia a partir de otra noción más compleja, la de interrelación social.

Finalmente, los actores de esta relación de interdependencia perciben que sus objetivos son total o parcialmente incompatibles. Esta última característica tiene dos elementos; el tema de la incompatibilidad¹¹⁹ y el de la percepción. La incompatibilidad pone de manifiesto que la existencia de un conflicto está vinculada con la imposibilidad de satisfacer de manera conjunta y total los objetivos de cada actor. En un mundo en donde cada uno pudiese conseguir aquello que desea, pretende o necesita de forma compatible para la satisfacción de los objetivos de los demás, no habría situaciones de conflicto, según Entelman. Johan Galtung define a la mediación precisamente como el mecanismo de resolución de conflictos que lleva de la incompatibilidad hacia terrenos en que sea posible la compatibilidad, la tarea del mediador es «dirigir a dos antagonistas hacia la aceptación mutua de algún punto en el espacio de compatibilidad»¹²⁰.

Así planteadas, las relaciones de interdependencia son conflictivas cuando la satisfacción total de los objetivos por parte de los

¹¹⁷Lederach, 2000, pág. 58.

¹¹⁸Lederach, 2000; Santos, 2003; Benjamin, 2010; Galtung, 1969. Otros hablan de «interacción», como Fisas Armengol, 1998, pág. 29.

¹¹⁹La incompatibilidad presenta como sinónimo el concepto de «antagonismo», como en Fisas Armengol, 1998, pág. 30, o Galtung, 1965, pág. 360.

¹²⁰Galtung, 1965, pág. 360. El texto en el original dice: «*The mediation can be viewed as a debate where the role of the mediator is to direct two antagonists towards the mutual acceptance of some point in the compatibility region. His task is not to decide on that point; only, perhaps, to indicate it, and serve as debate regulator so as to make the contestants better aware of the structure of the goal-space.*»

actores no es compatible entre sí. En este orden de cosas, Johan Galtung define la violencia y su origen y propone que la causa de la violencia es la diferencia entre las realizaciones potenciales de los individuos y las realizaciones efectivas¹²¹. Es decir, la violencia está presente cuando por motivos ajenos a nuestra voluntad no somos lo que podríamos ser o no tenemos lo que deberíamos tener. En verdad, es una definición amplia sobre la violencia, puesto que se puede afirmar que cualquier interrelación desigual ya es violenta. En cambio, Entelman identifica esa interrelación desigual, la interdependencia, como origen del conflicto, no como origen de la violencia.

En ese caso, es cierto que no todo conflicto es violento, como dirán Marinés Suares¹²² y Josep Redorta¹²³, aunque estos lo afirman en el sentido en que no se ha expresado violentamente, a través de una agresión directa y expresa. Y así parece que se alejan de la mirada expansiva que Galtung tiene de la violencia en el conflicto. Pero sí que para Galtung todo conflicto es violento, no porque haya la explicitación de una agresión directa, sino porque hay la desigualdad en la relación de las partes en el conflicto.

Boaventura de Sousa Santos¹²⁴ y Jürgen Habermas¹²⁵ afirman, en un lenguaje cercano al de Galtung, que la diferencia entre las expectativas futuras y las realizaciones presentes de los individuos y sociedades¹²⁶ es origen de injusticia y, por ello, de impulsos hacia la emancipación social¹²⁷.

Emancipación entendida como «una liberación progresiva del hombre. Pero no en el sentido metafísico-mítico de liberación de la caída original de un hombre paradisíaco perfecto, sino en el sentido materialista de una liberación progresiva de las condiciones

¹²¹Galtung, 1969, 2003b, 2010, 2004.

¹²²Suares, 2002.

¹²³Redorta Lorente, 2004.

¹²⁴Santos, 2003.

¹²⁵Habermas, 1998.

¹²⁶Diferencia que en Galtung origina la violencia.

¹²⁷Según Habermas, el conflicto es el fenómeno originado por la diferencia de expectativas de las partes en la consecución de sus fines. Habermas, 1998, págs. 200 y ss.

reales opresoras a las que el hombre nace sometido, tanto de parte de la Naturaleza externa como de parte de su propia Naturaleza deficientemente socializada»¹²⁸.

Añadirá Santos que la reducción aparente -no real- de la diferencia entre expectativas y realizaciones produce «desarme social y político»¹²⁹, desmovilización social y que el ensanchamiento de ambas, lo que Santos expresa con la metáfora de la «privación abismal»¹³⁰ puede llevar a un impulso de emancipación materializado en violencia y agresión.

La tesis de Galtung del déficit de realización individual o la idea de Santos de la diferencia de expectativas encaja con un pensamiento de que en el origen de la interrelación conflictiva ya hay algún tipo de violencia estructural, cultural, latente, psicológica, no solamente la violencia de la fuerza física¹³¹. Esto quiere decir que el conflicto está intrínsecamente relacionado con la violencia, tal y como mostraba la etimología y el uso del lenguaje común. Y también de la definición de Galtung se puede deducir que sí, hasta el punto de que ambos, en la forma casi maximalista de Galtung, conflicto y violencia se confunden. Con otra delimitación menos amplia del concepto de conflicto vinculado no a la violencia, sino a la interdependencia, como la de Entelman, se puede afirmar que violencia y conflicto no deben ser confundidos necesariamente.

Es decir, tomando en cuenta y siguiendo las aportaciones precedentes, la violencia no aparece necesariamente en todo conflicto. Incluso, ni siquiera suficientemente. O sea, no es suficiente con que haya violencia, para que surja una situación de conflicto. En este caso, es necesario recordar las teorías del conflicto, como las de Louis Kriesberg¹³² o de nuevo Entelman¹³³, que hablan más propiamente de la percepción de conflicto por las partes como modo epistemoló-

¹²⁸Ureña, 2008, págs. 123 y 124.

¹²⁹Santos, 2003, pág. 197.

¹³⁰Santos, 2003, pág. 402.

¹³¹Galtung asegura que la «amenaza de violencia», ya es violencia. En Galtung, 2003b, pág. 9.

¹³²En Kriesberg, 1975.

¹³³Entelman, 2002b,a.

gico de aproximación a la definición de conflicto: por más violencia, actual o potencial, si las partes no perciben la incompatibilidad de sus posiciones y la interrelación violenta entre ellos, no se manifestará el conflicto.

Entelman plantea un debate acerca de si el vínculo conflictivo está supeditado a la realidad y a los hechos o, por el contrario, el punto fundamental es la percepción que tienen los actores de dicha realidad. El argumento principal de Entelman al defender la preeminencia de las percepciones es que son estas las que operan en los procesos decisorios de los agentes, los actores no actúan por lo que ocurre sino por lo que perciben que ocurre. Otros autores han seguido a Entelman, en el análisis del conflicto desde la triple mirada a la percepción, la incompatibilidad y la interdependencia.¹³⁴

Un autor que ha propuesto una línea de análisis relacionada con esta cuestión ha sido Kriesberg¹³⁵. Este autor plantea un cuadro de situación de casos posibles a partir de la combinación de dos criterios, la existencia en la realidad de una situación conflictiva y la percepción que tienen las partes de dicha situación.

El interés de Kriesberg radica en determinar bajo qué condiciones alguien que está interviniendo en un conflicto debería poner de manifiesto el desajuste entre realidad y percepción.

Otra aproximación compleja a la definición de conflicto es la de Johan Galtung, quien distingue varios modos de interrelación: la «disputa», relativa a dos personas o actores que persiguen el mismo objetivo escaso. El «dilema», referido a una persona que persigue objetivos incompatibles. La «contradicción», que es la referencia a la dialéctica entre un objetivo deseado y la manera de alcanzarlo. Y el «conflicto», propiamente dicho, referido a las actitudes y asunciones personales, más las conductas y las contradicciones. Para Galtung el conflicto presenta dos niveles, el latente y el manifiesto¹³⁶. Este punto de vista es congruente con su análisis de la violencia que se

¹³⁴Entre esos otros autores destacan Calvo Soler, 2013; Corsón Pereira y Gutiérrez Hernanz, 2014; Conforti, 2016.

¹³⁵En Kriesberg, 1975.

¹³⁶Galtung, 1969, págs. 167 a 191.

ha expuesto anteriormente.

Por otra parte, John Paul Lederach¹³⁷ plantea un enfoque global de la transformación de los conflictos basándose en un conjunto de perspectivas y actividades identificadas tales como la *estructura*, que hace referencia a los elementos sistémicos y a cómo abordar situaciones de violencia prolongada en las comunidades; los *procesos*, ya que es necesario plantear un marco temporal adecuado hacia la resolución del conflicto, teniendo en cuenta los distintos papeles y funciones relevantes para la transformación; la *reconciliación*, referida a la necesidad de abrir espacios para el encuentro entre las partes en conflicto, fomentando la expresión del dolor y daños ocasionados, para visualizar un futuro pacífico; los *recursos* que significa contar con el apoyo material y financiero necesario y asignar nuevas formas de pensar sobre las categorías y responsabilidades y la comprensión de los componentes socioculturales; y la *coordinación*, como elemento imprescindible que hace que los elementos anteriores se integren en un todo y funcionen correcta y positivamente hacia la resolución del conflicto.

Además, como se ha dicho en el apartado 2.4 cuando se planteaba la mediación como forma de «cambio social», Lederach habla de la «perspectiva creativa del conflicto»¹³⁸. Propone mirar el conflicto no como un fenómeno inevitable, sino indispensable. Porque considera al conflicto como la «lucha expresada entre, al menos, dos personas o grupos interdependientes, que perciben objetivos incompatibles, recompensas escasa e interferencias del otro en realizar sus metas»¹³⁹. La mirada de Lederach ve que un mundo sin conflictos sería un mundo sin vida, habitado por una «sociedad de robots»¹⁴⁰ o

¹³⁷En Lederach, 2000.

¹³⁸Lederach, 2000, págs. 58 y 59.

¹³⁹Lederach asume como suya la definición anterior de Hocker y Wilmot, 1978, pág. 9.

¹⁴⁰Lederach, 2000, pág. 58. «¿Qué seríamos sin conflictos en nuestra vida diaria? La vida sin conflictos supondría una sociedad de robots, cuyos miembros habrían eliminado toda diversidad, unicidad y distinción humana. Sería una sociedad exenta de la voluntad de buscar por el significado de la vida; exenta del deseo de relacionarse los unos con los otros».

más bien, de autómatas¹⁴¹. Johan Galtung también tiene su propia perspectiva sobre la positividad del conflicto. La de Galtung es también una perspectiva positiva: el conflicto como «un reto, un desafío tremendo [...] un elemento tan necesario para la vida social, como el aire para la vida humana»¹⁴².

Volviendo a Lederach y a su punto de vista sobre el conflicto, que rescata el potencial creativo de la paradoja de la oposición en la interdependencia, necesita una precisión terminológica. Porque Lederach es consciente de que el conflicto puede conllevar el uso de la violencia. Entonces, más bien, para Lederach el conflicto es indispensable, no lo es la violencia. Extrayendo todas las consecuencias a su razonamiento, habría en realidad que hablar de prevención de la violencia, no de prevención de los conflictos. Lederach defiende los conflictos, no su violencia y añade que aquellos deben expresarse sin esta¹⁴³.

Por lo tanto, en ausencia de conflicto, la tarea del mediador aparece inútil. El concepto de conflicto en la literatura sobre mediación es presentado de manera neutral, sin resaltar las derivas negativas que tiene el conflicto, en tanto que provocador del ejercicio de la violencia. No solamente eso, es también habitual encontrar definiciones de conflicto con connotaciones claramente positivas¹⁴⁴. Es

¹⁴¹La imagen de Lederach ha sido superada por los hechos en los avances tecnológicos: las posibles formas de programación y los procesos de aprendizaje de las máquinas que incorporan inteligencia artificial provocan el surgimiento de conflictos. Hay robots que ya no son estrictamente autómatas. Para un estudio del uso de la inteligencia artificial en la resolución de conflictos, con el fin de desarrollar motores de búsqueda por patrones de conflicto, en Redorta Lorente, 2014.

¹⁴²Galtung, 1978, pág. 486.

¹⁴³Para Lederach, la paz es «un orden de *reducida violencia y elevada justicia*» Lederach, 2000, pág. 179.

¹⁴⁴Se habla del «lado bueno» del conflicto, en Grover Duffy *et al.*, 1996, pág. 47. «El conflicto es parte del proceso de probarse y enjuiciarse a sí mismo. hace que examinemos los asuntos con más cuidado. Nos desafía a desarrollar respuestas y soluciones creativas. El conflicto está en la raíz del cambio personal y social [...] Nos ayuda a reconocer las importantes diferencias existentes entre las personas. En algunos casos el conflicto es una experiencia agradable y emocionante. El conflicto nos ayuda a establecer una identidad personal. [...] El conflicto ayuda a los grupos a establecer su identidad al definir los límites del grupo interno y el externo.»

paradigmático el análisis de la utilidad del conflicto que aborda Josep Redorta¹⁴⁵. Redorta habla del conflicto como «motor de cambio personal y social»¹⁴⁶. Añade que el conflicto es útil para verificar el poder de cada parte, buscar un enemigo común y cohesionar al grupo, favorece la aparición de innovaciones e información y satisface necesidades psicológicas.

Por ejemplo, en Cataluña, allí donde se ha desarrollado una red de servicios de mediación por iniciativa municipal desde la década de los 2000, la Diputación de Barcelona publicó manuales para la formación de mediadores en que se afirmaba:

«Ahora bien, el conflicto es inevitable. Y, frente a un conflicto, la respuesta más común es reducir el malestar dicotomizando las situaciones y, de alguna forma, pensar que si una visión es correcta, la otra no lo es. Pocas veces, y todavía menos cuando las personas están inmersas en un conflicto, pueden pensar, y menos a admitir, que las dos visiones, aunque contradictorias, sean igual de legítimas y válidas y que se debe poder afrontar la contradicción de una manera negociada para encontrar una solución tan satisfactoria como se pueda para todos. El conflicto no es un peligro, sino que tiene una función social positiva que permite el desarrollo de intercambios»¹⁴⁷.

Igualmente, se ha escrito sobre *optimización y estimulación* del conflicto, porque el conflicto «puede mejorar [...] la calidad de las decisiones del grupo, o la productividad de las organizaciones.» Munduate Jaca y Medina Díaz, 2005, pág. 31.

¹⁴⁵Redorta Lorente, 2004, 2011, 2014.

¹⁴⁶Redorta Lorente, 2004, pág. 29.

¹⁴⁷Cita de Puntos y Munné, 2005, pág. 14. El texto, después de un marco conceptual sobre la mediación, recoge las experiencias de mediación de conflictos impulsadas por los ayuntamientos de Alella, Arenys de Munt, Callús, Cerdanyola del Vallès, Cornellà, Esparreguera, Lleida, Mollet del Vallès, Montmeló, Palau-solità i Plegamans, Palma de Cervelló, Parets del Vallès, la Pobla de Claramunt, Rubí, Sabadell, Sant Just Desvern, Sant Pere de Ribes, Sant Vicenç de Montalt, Sant Vicenç de Castellet, Sentmenat, Terrassa, Viladecans y Vilafranca del Penedès. La redacción y edición del trabajo está a cargo de Salvador Puntos y Anna Munné, del Màster en Gestió i Resolució de Conflictes de Les Heures, Fundació Bosch i Gimpera-Universitat de Barcelona, además del Centre per a la Innovació Local de la Diputación de Barcelona.

Más adelante,

«El conflicto es un proceso interactivo, el resultado de un juego comunitario, de una construcción social producto de la creación humana y un depositario de oportunidades que permite que la civilización avance y evolucione. [...] La mediación está estrechamente relacionada con esta visión positiva del conflicto. Lo entiende como una posibilidad de expresión de la diversidad ante una determinada situación de demanda social. Una expresión que enriquece tanto a las personas como a la colectividad donde se produce. Lo entiende también como motor de cambio y mejora de situaciones que no son suficientemente adecuadas o no están suficientemente bien resueltas.»

Las definiciones de conflicto expuestas son útiles en la medida en que expresan la dependencia intersubjetiva necesaria para la existencia del conflicto. No es otra cosa el significado que el prefijo *con-* tiene en el concepto latino de *conflictus*. Este énfasis en las características subjetivas del conflicto tiene un corolario que, *a sensu contrario*, se expresa en la imposibilidad de establecer conflictos objetivamente, es decir, de que un tercero observador, por ejemplo un juez, establezca independientemente de los sujetos implicados el contenido del conflicto. Nadie más que las partes en el conflicto puede definir el conflicto, o por lo menos, decidir si están o no en conflicto. Es un modo de que las teorías de Kriesberg y de Entelman de la percepción del conflicto sean llevadas a sus últimas consecuencias.

Estas definiciones expuestas hasta ahora y las clasificaciones consecuentes que se han mencionado están más cerca del concepto griego de *krísis*¹⁴⁸, en tanto que momento propicio para detenerse a

¹⁴⁸El diccionario traduce *κρίσις* (*krísis*) con las siguientes acepciones: «separación, distinción; elección; disentimiento, disputa; decisión, juicio, resolución; sentencia, condenación; desenlace, resultado; crisis; interpretación de un sueño; acusación, proceso; derecho, justicia, castigo, tribunal de justicia.»

juzgar, distinguir, sopesar la posibilidad de cambio, de oportunidad de crecimiento, de evolución¹⁴⁹, que del *conflictus* latino que se ha estudiado más arriba. En coherencia con la afinidad al concepto de la *krísis* griega, estas definiciones dejan de lado la mención expresa de la violencia¹⁵⁰. Por ejemplo, en esta línea:

«circunstancia en la cual dos o más partes perciben tener intereses mutuamente incompatibles, ya sea total o parcialmente, sobre la base de lo que consideran pretensiones contrapuestas o contrarias, pero en todo caso excluyentes, generando un contexto confrontativo en el cual actúan en permanente oposición»¹⁵¹.

Esta definición se basa fundamentalmente en el juego de los verbos «perciben» y «consideran», y hace descansar la existencia del conflicto en las percepciones de los sujetos. Como se ve, la definición del conflicto en términos de la percepción de las partes es la aceptación mayoritaria. Sin embargo, no hay directamente referencia a la violencia, a pesar de las menciones a las «pretensiones excluyentes, la permanente oposición y el contexto confrontativo».

La Enciclopedia de Paz y Conflictos sigue ese paradigma pues afirma que el conflicto es la

«situación en la que al menos dos partes mantienen una disputa o divergencia en que existe una contrapo-

Κρίσις proviene del verbo κρίνω (*kríno*) que significa «separar; distinguir; escoger; preferir; decidir, juzgar; acusar; condenar; explicar, interpretar; resolver [...]; adjudicar; interrogar, preguntar en juicio [...]».

De ahí deriva κριτικός (*kritikós*), el «capaz de juzgar», también κριτήριο (*kritérion*), palabra para «criterio» y «tribunal de justicia» y κριτής (*krités*), el «juez; árbitro».

En cambio, el significado más semejante en griego al *conflictus* latino lo da la palabra συγκρούω (*synkroúo*) que se traduce como infinitivo de *colisión*, *choque*: «chocar, entrechocar; enemistar [...]; enemistarse, venir a las manos, chocar».

Definiciones extraídas del Diccionario Manual Vox Griego-Español, Ed. Bibliograf, Barcelona, 1993.

¹⁴⁹En la línea de la *perspectiva creativa* del conflicto, en Lederach, 2000, págs. 59 y 60.

¹⁵⁰Remisión expresa a la violencia o a lo violento que el concepto de *conflictus* sí que hace.

¹⁵¹Stein Cárdenas, 2000, pág. 19.

sición de intereses, necesidades, sentimientos, objetivos, conductas, percepciones, valores y afectos entre individuos o grupos que definen sus metas como mutuamente incompatibles.»¹⁵²

En esta definición, se incluyen las percepciones, y tampoco se encuentra una mención directa a la violencia.

Después de incidir en el origen etimológico del concepto sobre el conflicto, verdaderamente negativo en su connotación, se ha defendido un cambio de paradigma que lleva a considerar «que todo conflicto puede adoptar un curso constructivo», que «es una oportunidad para el crecimiento y el cambio»¹⁵³.

Sin embargo, en el hecho de que el derecho se ocupe de la mediación, de que regule *ex novo* una institución como la mediación a fines del siglo XX, muestra que la violencia, la fuerza, la compulsión son cuestiones definitorias. Es decir, el Estado puede haber regulado jurídicamente la mediación porque quiere contribuir a resolver conflictos y porque en los conflictos a resolver hay violencia (actual) o puede haberla (potencial) y al Estado le preocupa tanto o más que el conflicto la violencia. Se trata de identificar en la realidad social los binomios violencia-conflicto que serán objeto de la regulación estatal para intervenir sobre ellos a través de la mediación.

Por consiguiente, el Estado en la regulación selecciona binomios violencia-conflicto y elige cuáles de ellos pueden ser resueltos mediante mediación y cuáles no. En ese proceso de selección, que la mediación sea una institución jurídica regulada depende de que trate de resolver conflictos con relevancia jurídica.

2.6.2. El conflicto jurídicamente relevante

No hay definición como tal del término *conflicto* en las normas legales que se ocupan de la mediación. El derecho describe y tipifica interrelaciones conflictivas en concreto, pero no define *conflicto*. Por

¹⁵²López Martínez, 2004, entrada *conflicto*.

¹⁵³Corsón Pereira y Gutiérrez Hernanz, 2014, pág. 10.

ejemplo, es paradigmática de esta falta de aproximación del derecho a una definición de conflicto la sistemática legislativa que se ocupa de la tipificación de conductas punibles en el Código penal, como ocurre con el art. 139 del Código penal vigente en España:

«Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.^a Con alevosía. 2.^a Por precio, recompensa o promesa. 3.^a Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. 4.^a Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.»

O es el caso también de las cláusulas de salvaguarda del cumplimiento de las obligaciones contractuales en el Código civil. El art. 1.098 del Código civil vigente establece una de ellas:

«Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.»

En estos casos, el derecho normado no define, sino que actúa o reacciona ante el conflicto o, al menos, ante determinadas interrelaciones conflictivas previamente establecidas.

Esto implica que el derecho, ante un conflicto seleccionado como tal por ese derecho, está en la situación de hacer algo con él. El derecho cree que hay que encargarse del conflicto, o de forma preventiva para que no se manifieste a través de violencia o de forma consecuente para que no reproduzca nuevos conflictos o violencia, o sancionando el uso de la violencia, la causación de daños o perjuicios o de todas estas formas a la vez. Por tanto, aunque la regulación no recoja una definición de conflicto, el derecho de hecho *define*, selecciona y conceptualiza el conflicto relevante jurídicamente.¹⁵⁴

¹⁵⁴El derecho, en este sentido, es un sistema autopoiético, tal y como lo caracteriza Gunther Teubner en un *hiperciclo de tres fases*. En Teubner, 1993, págs.

En el criterio de selección que opera en el derecho, está presente la idea de violencia (actual o potencial) como modo de expresión del conflicto. Es decir, el conflicto no expresado en o sin algún cierto modo de expresión violenta, no tendrá relevancia jurídica. Violencia en cualquiera de los modos en que la violencia se puede manifestar, tal y como los clasifica Johan Galtung¹⁵⁵, lo que incluye la prevención de posibles violencias futuras o la escalada del conflicto presente.

Además de que, del conflicto, también surge en abundantes ocasiones algún tipo de violencia, es claro que en su resolución también puede utilizarse la violencia, o bien la violencia autolegitimada y emanada de un poder jurídico o bien la violencia no sancionada jurídicamente. Así que la violencia no solamente puede estar presente en la raíz del conflicto, sino que puede estarlo en el final del conflicto, en su resolución. Como dice Francesco Carnelutti, el derecho «no existe solamente primero, sino también después» del conflicto¹⁵⁶, en el modo en que se resuelve este. Porque se expresa una contradicción presente y perenne en el derecho, siempre «constreñido a hacer la guerra para garantizar la paz»¹⁵⁷.

El modo violento de resolución de conflictos por antonomasia es la guerra. El derecho penal también es un paradigma de esto, pues no de otro modo se puede entender la expresión *ius puniendi*, el monopolio de la violencia legitimada por el Estado, pero violencia al fin y al cabo. Se ha descrito esta situación como el elemento del «carácter afflictivo del derecho»¹⁵⁸. Con todo ello, se puede seguir

25 y ss., afirma que «*Law is in fact a second-order autopoietic system. It distinguishes itself from society, the first-order autopoietic system, by constituting its components in a self-referential way and linking them together in a hypercycle [...] Law only becomes "autopoietic" when the components of the legal system are linked together in a hypercycle*». Los componentes enlazados en la tercera fase del hiperciclo de la positividad del derecho (*positivity of law*) son la norma legal (*legal norm*) y los actos legales (*legal act*) por un lado y la doctrina legal (*legal doctrine*) y el procedimiento legal (*legal procedure*), por otro.

¹⁵⁵En Galtung, 2003b, págs. 9 y ss.

¹⁵⁶Carnelutti se refiere específicamente al delito penal, pero también a la punición en derecho civil, y pone como ejemplo la expropiación. El derecho «es no solamente la voluntad que lo prohíbe (el delito) sino la fuerza que lo castiga». En Carnelutti, 1940, pág. 47.

¹⁵⁷Carnelutti, 1940, pág. 48.

¹⁵⁸Madrid Pérez, 2010, pág. 128 y ss.

incidiendo en que la preocupación por el conflicto, esa preocupación que ha dado al conflicto su mala fama (tal y como se vio desde su origen etimológico) y que ha ocupado al derecho en la resolución de los conflictos, es también la preocupación por la violencia y el conflicto.

Para autores juristas que han influido en el pensamiento sobre la mediación, como Remo Entelman¹⁵⁹ y su discípulo Rubén Calcaterra¹⁶⁰, es indudable la relación entre conflicto y derecho desde un triple registro: el conflicto como productor de derecho, la constatación de la insuficiencia del derecho para el abordaje de los conflictos sociales y, por último, el significado violento que tiene el método jurídico de resolución. En la línea de Entelman, quien resalta el carácter violento del sistema jurídico de resolución de conflictos, en tanto recurre al uso o a la amenaza de la fuerza, también Calcaterra considera que el sistema del derecho es un método de resolución de conflictos que trata de excluir el uso de la violencia por los particulares. Sin embargo Calcaterra y Entelman enfatizan que la pretensión de asegurar la paz social no alcanza a eliminar totalmente el uso de la violencia, que el derecho estatal reserva a los órganos judiciales encargados de administrar la fuerza sustraída a los particulares, en términos reglamentados por el mismo derecho estatal¹⁶¹.

Entonces, el derecho se ocupa del conflicto por el contenido actual de violencia que en el conflicto hay o por su contenido potencial. Lo definitivo para que el derecho decida intervenir sobre el conflicto es el componente que tiene que ver en algún grado con la violencia. No es de otro modo, por ejemplo, la preterición de la autodefensa o de la venganza privada que hace el derecho¹⁶². La respuesta jurídica al conflicto trata de evitar la escalada de la violencia¹⁶³ entre las partes.

¹⁵⁹Entelman, 2002b.

¹⁶⁰Calcaterra, 2002.

¹⁶¹Calcaterra, 2013; Entelman, 2002b.

¹⁶²Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, págs. 15 y ss.

¹⁶³Escalada descrita por Johan Galtung en Galtung, 1969, págs. 167 a 191.

Y paradójicamente, el derecho mismo utiliza violencia, fuerza o compulsión¹⁶⁴ para terminar con la violencia actual o prevenir la violencia potencial, en la línea semántica que en la expresión *interposición* estaba contenida en la definición de *mediador*.¹⁶⁵

Como se viene diciendo, el derecho selecciona los conflictos en función de su potencial contenido expresable en violencia, latente o expresa, para regular su modo de ser resueltos por vías pacíficas. Y es el propio derecho normado, por consiguiente, el que establece cuáles son los conflictos a los que se aplica la mediación: por un lado los conflictos que han alcanzado a la administración de justicia y, por otro, los conflictos sobre derechos disponibles.

La Directiva europea 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece que «debe aplicarse a los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional prescribe la mediación»¹⁶⁶. Es decir, la mediación se puede aplicar al conflicto

¹⁶⁴Legitimadas por ese mismo derecho.

¹⁶⁵En este sentido, la mirada de Walter Benjamin a la violencia del Estado que es ejercida por el derecho y que es inherente a ese derecho: «La relación fundamental y más elemental de todo ordenamiento jurídico es la de fin y medio; y que la violencia, para comenzar, solo puede ser buscada en el reino de los medios y no en el de los fines», en Benjamin, 2010, pág. 85. Que la violencia sea natural, como intenta probar el iusnaturalismo hobbesiano, por ejemplo, o que la violencia sea un producto histórico artificial y humano, como postula el positivismo jurídico es una distinción importante, pues como muestra Benjamin, el iusnaturalismo juzga la violencia «según la justicia de los fines» mientras que el positivismo juzga la violencia «según la legalidad de los medios», Benjamin, 2010, pág. 88. Para el primero, los medios son legítimos si se emplean al servicio de fines justos. Para el segundo, los fines son justos si son legítimos los medios para conseguirlos.

De forma semejante, la distinción entre *fuerza*, la del derecho y *violencia*, contra el derecho cuyo análisis se encuentra en Tilly, 2007, págs. 26 y ss. Charles Tilly objeta a esta distinción de tres maneras diferentes: «los límites precisos de la fuerza legítima siguen siendo objeto de fuertes disputas en todos los sistemas políticos [...] [L]a experiencia práctica, lo que tenemos es un largo continuo que va desde las acciones gubernamentales debidamente permitidas cuya adecuación casi todo el mundo acepta, pasando por los actos de negligencia en el cumplimiento del deber por parte de los agentes del gobierno, hasta los daños infligidos con el apoyo secreto o la instigación de algún sector del gobierno [...] [G]ran parte de la violencia colectiva presente en episodios a los que nos referimos como disturbios, rebeliones o revoluciones involucra directamente a agentes del gobierno como causantes u objeto de daño.»

¹⁶⁶Considerando 12 de la Directiva.

cuando ya es conocido por un tribunal. Cuando el conflicto está ya sometido a un proceso judicial. Y cuando haya una norma legal que con carácter prescriptivo, oriente hacia la aplicación de la mediación al conflicto. En ambos casos, tanto si es iniciativa del órgano jurisdiccional, como si es iniciativa de la norma legal, el criterio que activa la mediación es el de la relevancia jurídica: si no existe algún grado de relevancia jurídica, ni el conflicto hubiera llegado a la jurisdicción, ni la legislación se hubiera ocupado de prever la aplicación de la mediación para él.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el preámbulo, dice que «la mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos de carácter disponible». Así, pues, la mediación regulada por la ley española es posible siempre y cuando exista un conflicto «jurídico»¹⁶⁷.

Así, pues, o es un conflicto ya judicializado o es un conflicto jurídico, aquello que puede ser objeto de una mediación. Critica Gil Vallejo, en su análisis de la Ley 5/2012, que el concepto de *conflicto jurídico* al que se dedica la ley cae en una contradicción: el conflicto que se somete a mediación puede no estar todavía judicializado, amén de que un objetivo de la mediación normada por la ley es precisamente la *desjudicialización* de los conflictos. Añade que la mediación así descrita, una mediación no judicial y *para-la-desjudicialización* del conflicto es contradictoria con que su objeto sea solamente el conflicto *jurídico*. Esto puede ser cierto mientras se consideren sinónimos los conceptos *jurídico* y *judicial* (o *judicializado*).

La aparente confusión entre *jurídico* y *judicial* parece terminológica, pues que la mediación no sea judicial o que desjudicialice la solución del conflicto no implica necesariamente que el conflicto carezca de relevancia jurídica. Parece que lo que Gil Vallejo afirma es que es indisociable la naturaleza del conflicto con el modo en que se resuelve. Es decir, si el conflicto es jurídico, su solución ha de serlo

¹⁶⁷Gil Vallejo, 2013, pág. 78.

también. Y como la mediación es por naturaleza extrajudicial, debe hacerse jurídica su solución. Así, la Ley 5/2012 prevé la elevación a escritura pública, mediante la intervención de un notario, de los acuerdos de mediación¹⁶⁸ y otorga a esos acuerdos protocolizados la fuerza ejecutiva¹⁶⁹ de un título jurídico judicialmente exigible. Por consiguiente, en la lógica de la Ley 5/2012, ya no hay contradicción, pues la regulación realiza un acomodo entre la naturaleza jurídica del conflicto y su solución, para que esta lo sea también.

Por tanto, el derecho no se encarga de todos los conflictos posibles, solamente de algunos. A todos se les puede aplicar cualquiera de las definiciones de los epígrafes anteriores, que provienen fundamentalmente de la sociología y la psicología social. El derecho selecciona unos conflictos de otros, se encarga de unos conflictos y no se encarga de otros.

El criterio discriminatorio es doble: el primero ya se ha analizado en la relación entre conflicto y violencia, el derecho de los conflictos en que la violencia se pueda hallar, sea expresada tácitamente o se halle todavía latente.

El segundo criterio diferenciador para la elección del derecho es que el derecho se encarga de los conflictos objetivables *de iure*, con relevancia jurídica.

El conflicto con esa relevancia, para la tradición jurídica, sobre todo la civilista y la procesalista, es el *litigio*. Un pionero al introducir el concepto de autocomposición en el derecho de habla hispana, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo¹⁷⁰, dice que el litigio es el «conflicto jurídicamente trascendente»¹⁷¹. En esta misma línea, que el propio

¹⁶⁸Art. 25 de la ley.

¹⁶⁹Arts. 517 y 518 de la LEC.

¹⁷⁰No debe confundirse con su padre, Niceto Alcalá-Zamora y Torres, primer presidente de la Segunda República española.

¹⁷¹Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, pág. 18.

En la tradición de la mediación internacional y la cultura del desarme y la paz contra la guerra, sin embargo, el litigio es el componente concreto del conflicto, su expresión fáctica. Así, «muchos conflictos son una suma de litigios», producidos aquellos por «un litigio de intereses [...], litigios sobre los valores [...], litigios sobre la identidad colectiva, que se siente amenazada, y litigios irracionales». Fisas Armengol, 1998, pág. 31.

Alcalá-Zamora se precia en seguir, y antes que él, Francesco Carnelutti¹⁷² había escrito que el litigio es el «conflicto de intereses cualificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro».

Martín Diz establece también una precisión terminológica con respecto a los vocablos *conflicto* y *litigio*. Manifiesta que:

«La controversia con repercusión jurídica, se califica vulgar e indistintamente unas veces como disputa, otras como conflicto y, en último término, como litigio. [...] Jurídicamente hablando estos conceptos no significan lo mismo y su utilización técnica debe diferenciarse. [...] Puede ser oportuna la utilización del término conflicto para catalogar y agrupar a los medios de resolución de controversias de carácter extrajudicial, en los cuales junto a una mayor o menor aplicación del Derecho se pueda recurrir a la aplicación de otra serie de técnicas no jurídicas. El conflicto encierra en sí mismo la oposición de intereses entre personas. Si estos intereses son tan incompatibles como para necesitar de una solución directa e inmediatamente jurídica, ante un tribunal, entonces ha de recurrirse, en puridad, a calificarlo como de litigio»¹⁷³.

Luis Díez-Picazo utiliza una metáfora médica para definir el litigio, en el sentido de conflicto *patológico* y cómo el derecho sirve de remedio o de cura a esa enfermedad¹⁷⁴, para remarcar la naturaleza de conflicto *jurídico* que presenta el litigio.

Así, a diferencia de lo que muestran Carnelutti y Alcalá-Zamora, conflicto y litigio no son sinónimos ya que el segundo solo es un tipo de conflicto *sub iudice*, en pendencia judicial. Aquel conflicto que no

¹⁷²Carnelutti, 1936.

¹⁷³Martín Diz, 2010, pags. 26 y 27.

¹⁷⁴«La ciencia del derecho es una ciencia de resolver litigios. El litigio es el fenómeno jurídico patológico. Y el derecho es la ciencia o el arte de curar litigios». Díez-Picazo y Ponce de León, 1957, pág. 78.

se ha judicializado, no es litigio aún¹⁷⁵.

En este sentido, la palabra *litigio* resulta sinónima de *pleito*. En su estudio¹⁷⁶ sobre el art. 1.809 del Código civil, Isabel Viola defiende cómo la transacción es un contrato configurado como medio de evitar o terminar *pleitos*.¹⁷⁷ Por ello, la transacción opera del modo en que lo hace también la mediación. Aunque, como explica Isabel Viola, *pleito* es una palabra polisémica, en la terminología jurídica acostumbra a utilizarse como sinónima de *proceso* o *contienda judicial*, es decir, de *litigio*.¹⁷⁸

Los conflictos con relevancia jurídica *prima facie* son aquellos en que se produce una incompatibilidad de las partes en la atribución de derechos disponibles, en la disposición de derechos. En el ámbito de la disposición de derechos, esta puede ser o no ser expresada mediante violencia que se imponga a la disposición de derechos de la otra parte. El sentido de la intervención a través del derecho penal es cuando se ha producido la lesión de un bien jurídico, precisamente. Parece que no cabe duda de eso.

Se ha dicho con anterioridad que la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, expresamente afirma 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.» Ya Alcalá-Zamora proponía que la autocomposición, de la que

¹⁷⁵Efectivamente, el objeto de la mediación.

¹⁷⁶Viola Demestre, 2003

¹⁷⁷La expresión literal, *in fine*, del art. 1.809 del Código es: «[...] evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado».

¹⁷⁸En el siglo XVI, el jurista François de Connan establecía ya esta sinonimia entre *lis* y *actio*, entre *litigio* y *acción* judicial en sus comentarios al Código de Justiniano: «*Lis est ipsa controversia & forensis actio: ut causa sit id, cuius gratia lis mouetur: lis autem, ipsa concertatio iudiciaria. Ulpianus de verborum significatione: Litis nomen actionem significat, siue in rem, siue in personam sit, actionem non pro iure agendi, sed pro ipsa controversia, & causa transactione*», en de Connan, 1553, folio 354 vuelta. La traducción propuesta aquí: «El litigio es uno y lo mismo con la controversia y con la acción judicial, porque es la causa de ésta, que es producida por el litigio. El litigio es, además, la misma disputa judicial. Ulpiano, en el significado de las palabras, dice: el concepto de litigio significa no la capacidad de accionar a favor del derecho, sea en las cosas, sea en las personas, sino la capacidad de accionar en aras al litigio mismo y su causa.»

la mediación forma parte, está excluida en casos de litigios sobre derechos indisponibles¹⁷⁹.

Pero, antes se ha dicho que el derecho no se encarga de los conflictos que no presentan relevancia jurídica, los que no llegan a litigios, en el sentido de Carnelutti. Se puede decir también que casi todos los conflictos, de una manera u otra, ya son susceptibles de convertirse en litigios por obra del derecho contemporáneo, si es que este les atribuye relevancia jurídica, por cuanto se caracterizan por la nota de la disponibilidad y la disposición de derechos.

Cuando en 1946 Alcalá-Zamora publicó la primera edición de su obra afirmaba la incapacidad del derecho de convertir de forma general conflictos en litigios. Decía que

«aun cuando vivamos en una época en que la divinización del Estado [...] se ha llevado a sus últimas y desastrosas consecuencias, nadie pretenderá que aquél sea omnipotente y omnisciente, de tal modo que pueda estar o acudir a todas partes con su mecanismo procesal.»¹⁸⁰

En la forma, parezca que su profecía se haya cumplido. En el fondo, no. En la forma sí, porque el concepto de proceso estatal y jurisdiccional omniabarcante está desechado definitivamente¹⁸¹.

En el fondo no, porque el Estado -y las entidades supraestatales, que Alcalá-Zamora conoció solo en sus tímidos inicios, como la que hoy es la Unión Europea-, ha preferido sacar del proceso jurisdiccional, desjudicializar, muchos litigios, pero sin dejar de controlar, tutelar y supervisar su gestión y resolución, y su relevancia o irrelevancia jurídicas. Y ello, también a través de la regulación de la

¹⁷⁹Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, pág. 80.

¹⁸⁰Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, pág. 36.

¹⁸¹Así opina Alejandro Nieto en Nieto García, 2007, pero sobre todo Boaventura de Sousa Santos en Santos, 2009b, quien sostiene además que en el proyecto del Estado de derecho liberal en realidad no hubo otra cosa que un espejismo de pretensión omniabarcante y que el propio Estado fue siempre consciente de su limitación a intervenir de forma universal en la regulación y en la resolución de los conflictos.

mediación. O mejor dicho, precisamente con la regulación de la mediación. El análisis de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que se desarrolla en los próximos capítulos tratará de seguir este recorrido regulatorio y, también, desjudicializador que pretende la institucionalización jurídica de la mediación.

Las palabras de Alcalá-Zamora permiten afirmar la existencia de un grado de desconfianza hacia la capacidad estatal de gestionar los conflictos. Desconfianza por el hecho de la multiplicación de los conflictos que surgen y frente a los cuales el Estado no «puede estar o acudir a todas partes» para resolverlos. Y desconfianza frente al hecho del endiosamiento estatal, que ha conllevado y conlleva «desastrosas consecuencias». La regulación de formas de autocomposición puede significar un remedio al pesimismo de quienes, como Alcalá-Zamora, han perdido parte de su fe en el modo en que el Estado y el derecho resuelven los conflictos. Generación de confianza en el Estado puede ser, precisamente, una de las tareas que la regulación contenida en las leyes encomiende a la institución de la mediación pues entre los modos de afrontar los conflictos jurídicamente relevantes se encuentran regulados por la ley los expedientes de autocomposición y, entre ellos y singularmente, la mediación.

2.6.2.1. Conflicto, litigio, disputa y controversia.

Aunque la expresión *litigio* remite a un ámbito propiamente jurídico y por tanto amplio, y no solamente jurisdiccional o procesal, los mediadores no han sido proclives a utilizarla, sino a usar en su lugar el concepto más genérico de conflicto, desjuridificado, como se ha visto más arriba. Sin embargo, en la legislación europea, no hay escrúpulos semánticos para hablar claramente de litigio. En los casos estudiados, la sinonimia entre *litigio* y *conflicto jurídico* es total.

Por ejemplo, la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, utiliza ampliamente la palabra li-

tigio a lo largo de su texto. En las versiones inglesa y francesa de esta Directiva, aparecen respectivamente los equivalentes *dispute* y *litige*. Con ello, se refuerza la perspectiva de que la mediación se refiere a los conflictos con relevancia jurídica. Es interesante mencionar que en la literatura anglosajona se ha venido hablando de *dispute* tanto como de *conflict*. *Dispute* tiene un sentido más cercano a litigio, controversia jurídica. Y *conflict* tiene que ver más con discrepancia, contradicción¹⁸², en una connotación más alejada del proceso y la tutela jurídica.

Como se ha visto un poco más arriba, la norma española, la Ley 5/2012, de 6 de julio, también habla de controversia y conflicto jurídico, es decir, en último caso, de litigio. También la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, que como se ha dicho anteriormente es la norma estatal más reciente en materia de gestión alternativa de conflictos y 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 ya utiliza de forma plena la expresión *litigios* de forma generalizada en vez de *conflictos*. Esto ocurre por la fidelidad a la transposición de la Directiva comunitaria en lo que toca a la terminología utilizada y por la preferencia de significado jurídico que comporta el *litigio* frente al mero *conflicto*.

El Tratado de Lisboa, por el que se modificaron el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009¹⁸³, también utiliza esta sinonimia pues establece en su artículo 65.2 que una de las medidas que pueden garantizar la cooperación judicial entre los Estados miembros es el «desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios».

Siendo así que en el siguiente apartado se estudia más en profundidad el movimiento de la resolución alternativa de litigios, o de conflictos en sentido jurídico, como se ha venido diciendo hasta

¹⁸²Cfr. las respectivas entradas *dispute* y *conflict* en Alcaraz Varó, 2012.

¹⁸³Publicado en el DOUE de 17 de diciembre de 2007.

aquí.

2.6.3. La resolución alternativa de conflictos

En los años 30 surgió un pensamiento defensor del realismo jurídico¹⁸⁴ que revisó el normativismo, que dio más importancia a los fenómenos de aplicación y creación social de normas que vinculaban realmente las prácticas sociales. Este pensamiento se llamó *Critical Legal Studies*, que se vinculó con los ADR, siglas que en inglés se refieren a *Alternative Dispute Resolution*, métodos de, literalmente, Resolución Alternativa de Disputas. Los ADR aparecen como «mecanismos» o «dispositivos» (*devices*) que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales (*out-of-court*), o mediante medios no judiciales (*non-judicial*)¹⁸⁵. Su aparición se debió a cuatro tipos de causas¹⁸⁶, los tres primeros de tipo estructural y un cuarto tipo de predisposición social¹⁸⁷: el colapso de los órganos jurisdiccionales¹⁸⁸; la insuficiencia de mecanismos privados de resolución de controversias entre particulares; la incapacidad intrínseca del sistema para asegurar a todos el acceso a la justicia; la voluntad de hablar de los procesos sociales que se dan en la aplicación del derecho y su eficacia o ineficacia social.

La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 19 de noviembre de 2002, relativa a la Ley Modelo de CNUDMI

¹⁸⁴Francesco Carnelutti escribe lo siguiente sobre este pensamiento: «Por eso cuando he hablado del *realismo jurídico*, y antes, para arrastrar a los jóvenes, he procurado agitarlo como una bandera, no he hecho más que enunciar el más elemental principio de la metodología: el dato, que es el acto, debe observarse hasta donde sea posible, sobre la realidad.

Realismo jurídico no quiere decir, naturalmente, positivismo, y mucho menos materialismo del Derecho. Materialismo no, porque acabo de advertir que la materia del Derecho está formada en gran parte por el pensamiento unido a la acción, *verbum caro factum est*; positivismo, menos porque si para mí el Derecho no es ni puede ser más que positivo, su estudio tiene por objeto descubrir las leyes metaempíricas, dirían los filósofos, de su devenir, y entre estas las últimas, las más altas son las reglas de la justicia [...]» Carnelutti, 1940, págs. 55 y 56.

¹⁸⁵Cappelletti, 1993, págs. 282 a 296.

¹⁸⁶Twining, 1993, pág. 380, Rodríguez Llamas, 2010, pág. 32.

¹⁸⁷Cappelletti y Garth, 1983, pág. 282.

¹⁸⁸Este colapso proviene de una tendencia a la *judicialización* de los conflictos, aspecto que se analiza en el apartado 4.2 del capítulo 4.

sobre Conciliación Internacional, afirma que «esos métodos de solución de controversias, a los que se alude con expresiones tales como conciliación y mediación y términos similares, se usan cada vez más en la práctica mercantil nacional e internacional en sustitución de los litigios judiciales»¹⁸⁹.

Los ADR, o en castellano, resolución alternativa de disputas¹⁹⁰, nos introducen por tanto un nuevo concepto, el de «alternativa».

Dentro de los ADR se incluyen métodos extrajudiciales de solución de conflictos como la negociación, la mediación y el arbitraje¹⁹¹. En el origen de esta inclusión existe el entendimiento de que la vía judicial resulta excesivamente cara, lesiva y de dudosa eficacia en algunos casos.

Los ADR son mecanismos especialmente utilizados en su origen ya a mediados del siglo XX por abogados estadounidenses¹⁹². La llamada *gestión alternativa de conflictos* es un concepto equivalen-

¹⁸⁹Naciones Unidas, 2003, págs. 1 a 7.

¹⁹⁰Si bien en Argentina, Perú y Colombia, países de habla hispana con los que el autor de este trabajo ha tenido relación en el ejercicio de la mediación, ha hecho fortuna el acrónimo castellano que traduce el anglosajón ADR: *M.A.R.C.* o *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*.

¹⁹¹Para Baruch Bush, y Joseph Folger, ser alternativa distingue a su vez a la mediación, paradójicamente, de otros métodos de ADR, por ejemplo, el arbitraje: «En ambos métodos, las disputas se dirimen y probablemente se resuelven principalmente mediante la influencia de un tercero» y por consiguiente, para que la mediación se erija como alternativa ha de partir de un punto distinto sonde «se [...] sostienen diferentes supuestos acerca de lo que la gente es capaz de hacer y lo que de la interacción en el conflicto puede obtener», en Baruch Bush y Folger, 1996, pág. 404.

¹⁹²En 1939 se creó en California el Tribunal de Conciliación Familiar de Los Ángeles, para que las parejas en crisis se reconciliaran. En 1947 se crea el Servicio Federal de Mediación y Conciliación, ya no dependiente de los tribunales y órganos judiciales. En 1971 el abogado de Atlanta, James Coogler, funda el *Family Mediation Center*, primer centro privado de mediación en Estados Unidos y escribe, en 1978, la primera obra sobre mediación familiar: *Structures mediation in divorce settlement*. En 1976 se celebra la Conferencia Pound, auspiciada por la *American Bar Association* con la finalidad de analizar la crisis de satisfacción popular con la administración de justicia. «El resultado principal de la Conferencia fue el nacimiento de nuevos métodos alternativos a la solución de conflictos.»Rodríguez Llamas, 2010, pág. 33 En 1978 se crea la Academia de Mediadores Familiares cuyo primer presidente es John Haynes, autor de Haynes, 1995. La historia reciente de la mediación en los Estados Unidos de América, en Rodríguez Llamas, 2010, pág. 30 y ss. y de la mediación familiar en ese país, en Press, 2013, págs. 48 a 52.

te¹⁹³.

El de alternatividad es un concepto jurídico que aparece por ejemplo en el estudio de las obligaciones alternativas¹⁹⁴. Para el derecho civil, *alternativa* significa lo mismo que *equivalencia*, es decir, que tanto sirve una como otra, por ejemplo el cumplimiento de una de las obligaciones alternativas libera totalmente al deudor frente al acreedor. Lo característico del carácter alternativo es esa equivalencia, ese valor neutro (ni mayor ni menor) e igual de una obligación frente a otra. En el ámbito de la gestión de conflictos, la mediación es alternativa al proceso judicial en tanto que equivalente al proceso judicial. Que las personas en conflicto tanto pueden dirigirse a la mediación como al proceso indistintamente. Y que ambos, proceso judicial y mediación, tienen el mismo valor jurídico. En el «*Sistema di Diritto Processuale Civile*», Francesco Carnelutti estudia la «autocomposición» del litigio, en la que se incluye la mediación, en el capítulo dedicado a los «equivalentes jurisdiccionales». Para Carnelutti, los «equivalentes» son los «otros medios mediante los cuales se puede alcanzar el fin característico del proceso jurisdiccional.»¹⁹⁵

Para Isabel Viola, alternatividad de la mediación es tanto como decir equivalencia al proceso judicial. Esta autora afirma que la mediación y el arbitraje no son alternativos en el sentido de opuestos, contrapuestos o que compitan frente al proceso judicial. No son, alternativos porque «atentan contra el sistema establecido sino que, precisamente, dentro del marco del Derecho y con base en uno de

¹⁹³Vinyamata, 2005, pág. 269.

¹⁹⁴Artículos 1.131 a 1.136 del Código Civil. En ellos, es esencial la capacidad de elección entre obligaciones alternativas, que son tenidas por iguales, puesto que sirven para saldar la misma y única deuda. Ejemplo de ello es el art. 1.131: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de estas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra» y el art. 1.132: «La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor. El deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación.»

¹⁹⁵Carnelutti, 1936, pág. 154. La traducción es propia. En el original: «*[S]ono degli altri mezzi, mediante i quali si può raggiungere ciò che finora vedemmo essere lo scopo caratteristico del processo giurisdizionale*».

sus principios fundamentales, como es el de la autonomía privada, constituyen un medio más, tan válido como lo pueda ser el proceso.»¹⁹⁶

El uso del adjetivo alternativo en los ADR puede tener también que ver con una acepción no tan jurídica que es la que en el diccionario encontramos de este calificativo en tercer lugar¹⁹⁷: «En actividades de cualquier género, especialmente culturales, que se contraponen a los modelos oficiales comúnmente aceptados».¹⁹⁸ Por tanto, el modelo oficial comúnmente aceptado es el del *litigio procesal*. Y en contraposición a él, aparecen los ADR, y con ellos, la mediación.

Pero este no es el concepto de alternatividad que maneja el derecho. Para la regulación, es lo mismo acudir al litigio que a un ADR; ambos son equivalentes. Este carácter alternativo marcadamente jurídico de los métodos de los ADR es consagrado precisamente por la regulación legal.

En el Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, la alternatividad de la mediación se traduce en una ventaja, ya que puesta en la balanza de la equivalencia o igualdad de efectos junto a los procesos judicial y arbitral, la mediación es más práctica, efectiva y rentable. Se dice que:

«Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. [...] En ningún caso pretende esta norma encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan solo sentar sus bases y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto».

Asimismo, la Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/2012, dedicada a la regulación del impulso oficial a la mediación dentro del

¹⁹⁶Viola Demestre, 2003, pág. 35.

¹⁹⁷Diccionario de la Real Academia Española, Ed. 22.^a, 2001.

¹⁹⁸Así, Alzate Sáez de Heredia (2013); Barona Vilar (1999); Redorta Lorente (2004); García Villaluenga (2006), entre otros, es como conceptualizan los ADR.

sistema de administración de justicia también reafirma la alternatividad en cuanto equivalencia, hasta el punto de que sean los propios órganos judiciales los que ofrezcan a los litigantes la información sobre la posibilidad de buscar soluciones *alternativas* a las suyas. La disposición dice:

«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.»

La regulación, pues, coloca a la mediación junto al proceso judicial, la convierte en un recurso prejudicial o simultáneo al proceso judicial, complementario, inserto en los recursos administrativos de la administración de justicia -como se observa por ejemplo, en el sistema de asistencia jurídica gratuita-. La regulación, pues, muestra un énfasis en el carácter equivalente y complementario de la mediación, que parece diferente de otro carácter alternativo¹⁹⁹ que posee la mediación, como se apuntó anteriormente al analizar la etimología y el uso social del término *mediación*.

Hay una coincidencia basal entre el proceso judicial y los ADR: sirven al mismo fin, que es la resolución de conflictos. De alguna manera, el mismo proceso judicial se ha reducido a ser otro medio más de resolución de litigios. En esa simplificación, los ADR y la mediación son más fácilmente equiparables al proceso. Boaventura de Sousa Santos argumenta que de todas las funciones posibles de

¹⁹⁹La palabra *alternativo* se usa, en esta ocasión, en el sentido de la acepción presentada en el Diccionario de la RAE: «no oficial».

los tribunales, se ha privilegiado en los últimos decenios la función de resolución de conflictos, ya que «los tribunales han pasado a verse como mecanismos de resolución de conflictos. Sin duda, esta es una función crucial, quizá incluso la principal, y sobre la que hay más consenso en la sociología judicial. Sin embargo, es verdad que no es la única. Al centrarnos en ella acabamos por privilegiar la justicia civil, ya que mediante ella se realiza la función de resolución de conflictos.»²⁰⁰

En definitiva, el énfasis en la *equivalencia* de los ADR frente al proceso judicial puede haberle despojado de su característica de ser *alternativa*. En la última edición del *Dictionary of Conflict Resolution* de Douglas H. Yarn, de 1999, ya no aparece el adjetivo «*alternative*» en la entrada de los ADR²⁰¹.

La primera hipótesis que plantea la introducción en el mundo del derecho de los ADR, los métodos de resolución alternativa de conflictos, es el fracaso de una justicia objetiva, basada omnímodamente en la ley positiva, fuertemente ritualizada y dogmática. Y frente a esta hipótesis, la resolución alternativa de conflictos quiere ser alternativa como vía no oficial, informal, diferente y diferenciada del proceso judicial: no ritualizada, autocompositiva. Además, se presupone de los ADR en general y de la mediación en particular que son herramientas de participación ciudadana²⁰², de coadyuvantes a la convivencia, de cambio social y transformación colectiva.

Silvia Barona afirma que la aparición de los ADR en Europa en los últimos años es una expresión de nuevo ciclo histórico²⁰³: en una época en que se ha llevado a cabo una «jurisdiccionalización social»,

²⁰⁰Santos, 2018, pág. 47.

²⁰¹Yarn, 1999. Siendo este el único diccionario enciclopédico en la materia, esta omisión no parece exenta de intención.

²⁰²En Cataluña, al amparo y promoción de la Diputación de Barcelona y su Red de Municipios, muchos municipios han desarrollado servicios municipales de mediación, que nacieron con una vocación alternativa y democrática de ofrecer espacio de participación a los ciudadanos en los asuntos públicos (es decir, entre ellos, los conflictos). En los últimos tiempos, conceptos como el del civismo-ordenanzas de civismo discutidas fueron las de Barcelona o Mataró- y el papel de la mediación en la sensibilización cívica están contribuyendo a configurar la mediación como una herramienta parajurisdiccional de los entes locales.

²⁰³Barona Vilar, 1999, págs. 171 y 172.

en que se ha pensado que el proceso judicial es el medio para resolver los conflictos, la tendencia al alza a la búsqueda de soluciones extrajudiciales es evidente. Lo explica por la explosión de la sociedad tecnológica, el incremento de la reglamentación administrativa, el trasvase de lo privado a lo público, de lo individual a lo colectivo. El origen de los movimientos por los ADR está «en el deseo de buscar fuera de los órganos jurisdiccionales o en el seno de estos, de forma complementaria, una solución efectiva, rápida, discreta y más pacífica a los conflictos jurídicos»²⁰⁴.

El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña explica cómo han sido los órganos del poder Judicial los que han instado la búsqueda de medios alternativos de resolución de litigios. Informes del Consejo General del Poder Judicial, encuestas a jueces y magistrados estudiados por el Libro Blanco, le hacen afirmar:

«No resulta sorprendente, pues, que hayan sido el propio CGPJ y las organizaciones de Jueces y Magistrados quienes hayan advertido de que hace falta buscar alternativas complementarias a la jurisdicción ordinaria. Desde esta perspectiva, se trata de implementar la eficiencia de la función jurisdiccional, y de preservar el trabajo de Jueces y Magistrados para los casos en que sea realmente necesario porque exista causa y objeto de litigación claros».

Todo ello, por el diagnóstico que el propio Libro Blanco de la Mediación efectúa y que, en esencia, coincide con la descripción de las cuatro causas de irrupción de las ADR que ya han sido reproducidas de las obras de Mauro Cappelletti, Bryant Garth, William Twining y Sonia Rodríguez Llamas:

«Los Barómetros del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y los expertos en litigación han advertido sobre el crecimiento casi exponencial de los procesos jurisdiccionales contradictorios desde los años ochenta, y

²⁰⁴Barona Vilar, 2011a, pág. 186.

sobre el incremento del coste de la justicia que esto supone. El comportamiento de los operadores jurídicos y de la población es aquí importante. La cultura jurídica española ha pasado en tres decenios de ser más bien no litigadora (la estrategia de evitar el litigio) a ser proli-
tigadora. Entre 1975 y 1998 el volumen total de la liti-
gación se cuadruplicó. En el 2010 ha vuelto a doblarse. Pero, como advierte J.J. Toharia (1998), hay fases en esta
progresión, y la sectorialización no es la misma. A finales del siglo pasado la litigación civil se había multiplicado
por dos; la contencioso administrativa, por veinte. Hay tres tipos de desequilibrios estructurales diferentes en
la Administración de Justicia: (i) demográfico (la ratio comparativa de abogados y jueces por 100.000 habitan-
tes es una de las más altas del mundo); (ii) profesional (la carga de trabajo de secretarios, jueces y magistrados
es ya inasumible); (iii) organizativo (entre los operadores jurídicos y el propio sistema administrativo; e.g. la defi-
ciencia endémica de secretarios y oficiales de justicia, y la aparición de bolsas de sustitutos). La crisis económica
de los tres últimos años (2008-2010) ha provocado algu-
nas variaciones, pero en el fondo ha acentuado las tenden-
cias, y sobre todo, ha puesto de manifiesto las dificul-
tades de la Administración de Justicia para hacer frente
en solitario a los tres tipos de problemas mencionados.
De nuevo, el impacto ha sido diferente según las juris-
dicciones. En Cataluña, mientras los tres últimos años
ha habido un decrecimiento notable de las separaciones
y divorcios, la litigación concursal ha sufrido en el año
2009, respecto al 2007, variaciones del 433 % (ordinario
resuelto) y del 586 % (abreviado ingresado).²⁰⁵.

La evolución de la regulación en la consideración de la alternatividad -de una alternatividad no oficial a la alternatividad de equiva-

²⁰⁵Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 81.

lencia oficial- puede ser reflejo del propio carácter del derecho moderno²⁰⁶, ya que «el sometimiento al derecho de todas las relaciones sociales fue uno de los componentes del proyecto social de la Ilustración»²⁰⁷. Esa afirmación de lo omniabarcante del proyecto ilustrado para el derecho que escribía Juan Ramón Capella puede ser matizada por el análisis de la racionalidad de la mediación regulada, que es el objeto de este trabajo. El estudio de la alternatividad de la mediación puede ayudar a contrastar esa connotación que se le ha atribuido al derecho en la modernidad, y en capítulos posteriores se tratará de cuestionar a la racionalidad de la mediación para continuar indagando en ello.

2.6.3.1. Resolución, gestión o transformación

La letra *erre* del acrónimo ADR nos remite al concepto de «resolución» de conflictos. Pero también se utilizan expresiones como «transformación» de conflictos y «gestión» de conflictos²⁰⁸. En esta tríada, Redorta identifica la expresión *transformación* con el campo de los estudios de la paz y la guerra, *resolución* con el campo de las organizaciones, «donde es relevante obtener resultados prácticos tan inmediatos como se pueda y tiende a verse el conflicto como algo perturbador», y la expresión *gestión* que abarca un campo más amplio y menos definido y que enfatiza los «aspectos del conflicto en los que podemos intervenir de alguna manera»²⁰⁹.

Es por eso que en su nacimiento como ADR en el contexto anglosajón, la mediación fue un método de *resolución* y su auge vino de la mano de su aplicación en contextos judiciales, prejudiciales

²⁰⁶Santos, 2003; Habermas, 1998; Nieto García, 2007.

²⁰⁷Capella, 2008, pág. 174.

²⁰⁸Gestionar (*manage*) o resolver (*resolve*) no son exactamente sinónimos en la doctrina anglosajona que ha definido la mediación desde el derecho. *Manage* hace referencia más bien a la elección y puesta en práctica de los diferentes modos y métodos al alcance de las partes para, ahora sí, resolver el conflicto. La gestión es la posibilidad de la resolución. Es el punto de vista de la mediación orientada al acuerdo. Moore, 2003, pág. 5 y ss; en su capítulo inicial trata de «*Approaches to managing and resolving conflict*». Y toda la cuarta y última sección de su obra está dedicada a «*Reaching a Settlement*».

²⁰⁹Ambas citas entrecomilladas, de Redorta Lorente, 2011, pág. 23.

o extrajudiciales²¹⁰. Es decir, una formulación jurídica en la que el proceso judicial se sitúa de manera referencial como centro.

La escuela de negociación de Harvard²¹¹ introdujo en los años 70 del s. XX en el lenguaje de la mediación la noción «gestión de conflictos», usada como «sinónimo del conjunto de métodos de solución de conflictos a través de técnicas de negociación y de mediación que pretenden desarrollar estrategias de contención de los conflictos, no de solucionar las causas que los han provocado»²¹². Lo decisivo de esta definición está en que la diferencia entre concepciones de los modos en que se pueden afrontar los conflictos la encontramos en el punto de vista sobre el que incide cada una de las concepciones²¹³.

Eduard Vinyamata establece así la diferencia: los métodos de solución de conflictos que se enfrentan a las causas que los han provocado y los métodos de solución de conflictos que se enfrentan a las consecuencias provocadas por estos. Así, una primera aproximación al concepto de «gestión de conflictos» establece que el abordaje de las consecuencias o de las causas del conflicto hace que nos encontremos ante el punto de vista de la gestión de conflictos o no. Dos conceptos se asocian a estos, el concepto de contención del conflicto, que implica actuar sobre las consecuencias del mismo (que es la noción originaria proveniente de la Universidad de Harvard); y el concepto de solución (o resolución) del conflicto, que implica actuar sobre las causas de este.

Esta distinción está presente en la concepción anglosajona de la mediación, en la que se habla de *conflict settlement* (o acuerdo sobre las consecuencias, rentable a corto plazo) frente a *conflict resolution* (o acuerdo definitivo sobre las causas, durable a largo plazo)²¹⁴. Para *gestión* del conflicto, se usan las expresiones *conflict managing* o

²¹⁰Sobre los ADR: «Esta es una denominación otorgada desde el derecho al conjunto de medios extrajudiciales de resolución de conflictos», en Redorta Lorente, 2011, pág. 24.

²¹¹Los profesores de la *Harvard Law School* Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton son los iniciadores de la mediación basada en intereses y que incide en las consecuencias del conflicto.

²¹²Vinyamata, 2007, pág. 49.

²¹³Como se muestra en la obra de Fisher *et al.*, 1996.

²¹⁴Jeong, 2010, pág. 9 y ss.

conflict dealing.²¹⁵

Es semejante a la dicotomía médica entre atajar una enfermedad actuando sobre sus síntomas (las consecuencias) o sobre su origen (las causas). En la práctica, conceptualmente, la diferencia anterior se ha disuelto puesto que pocos profesionales no se plantean en la actualidad atajar las causas de los conflictos, no desde la mera contención, sino desde la radical transformación²¹⁶ o al menos desde la gestión, el gobierno constructivo del conflicto. Más claramente, la expresión «gestión de conflictos», en la actualidad tiene la connotación de «manejo constructivo» de los conflictos, frente a la simple contención, que influye en las consecuencias y que tiene por objetivo fundamental la llegada a acuerdos y soluciones de compromiso por encima de todo.

Entonces la gestión de conflictos no busca primordialmente el acuerdo *per se*, sino la transformación de las causas que los originaron, modificar las relaciones y la comunicación entre las partes, por ejemplo, y de algún modo la solución vendrá por sí sola²¹⁷.

El movimiento de desconflictivización del conflicto, del que habla Silvia Barona, significa que «es mejor manejar conflictos que resolverlos»²¹⁸. Este punto de vista remite a un cierto alejamiento de la mediación aplicada por los mediadores, como lo es Barona, de la mediación regulada por el derecho.

Es decir, cuando el movimiento de desconflictivización del conflicto pasa de la resolución, por la gestión, finalmente hasta la trans-

²¹⁵Jeong, 2010, pág. 17.

²¹⁶La transformación del conflicto tiene la ventaja de que influye sobre la violencia como medio para dirimir el conflicto. Así, en los estudios sobre procesos de pacificación (*peacemaking*): Fisas Armengol, 1998, pág. 33, Martínez Guzmán, 2005, pág. 121. «Creo que el deber principal es el de enfocar la paz como un proceso creativo de *hacer* conflictos para que sean productivos»: Lederach, 2000, pág. 65. Además de lo creativo, se habla de lo *colaborativo* que necesita un abordaje transformador del conflicto, en Jeong, 2010, pág. 36.

²¹⁷La apuesta es firme por ir más allá de la *mera* gestión hacia la transformación: «*Transformation is distinguished from some form of management mainly oriented toward the moderation of a destructive path of an evolving conflict. [...] In the absence of transformation, a temporary win-lose outcome of conflict is likely to be part of a long cycle of hostilities.*» Jeong, 2010, pág. 42. El epígrafe del libro de Jeong se titula precisamente *From management to transformation*.

²¹⁸Barona Vilar, 2005, pág. 170.

formación del conflicto puede significar que la mediación aplicada se mueve en la ambigüedad terminológica de la *alternativa a la justicia oficial*. Y que la mediación regulada se instala terminológicamente en la alternatividad jurídica de la *equivalencia procesal*.

2.7. Recapitulación

A lo largo del pasado capítulo se ha hecho un recorrido a través del proceso de regulación por el derecho de hechos sociales. El objeto del proceso de regulación estudiado aquí ha sido la institución histórica y social de la mediación. Este proceso de regulación ha tenido diversos hitos legislativos pero culmina o inicia, según se mire, en la promulgación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Culmina porque, en cierto sentido como se ha dicho anteriormente, cierra un proceso de regulación estatal y comprensiva de la mediación civil y mercantil al transponer la directiva europea en la materia. E inicia porque a partir de ella, se ha generado un marco normativo de referencia que condiciona el recorrido futuro de la mediación en España: es lo que ha ocurrido con las reformas introducidas en 2017 en la mediación de consumo, de las que se ocupará este trabajo en el apartado 3.1.1.

Se han recorrido los orígenes de los términos *mediador* y *mediación*, se ha comprobado cómo esta praxis social llamada mediación, presente hace siglos en las lenguas indoeuropeas por ser ventajosa en el balance de convivencia comunitario, presenta características de interposición, de colocación en medio, pero también de intercesión, de ruego de una parte a otra, en el lenguaje religioso, sobre todo. En la regulación, esta segunda manera de entender la mediación se deja de lado, pues los principios de neutralidad, imparcialidad del mediador y de igualdad de partes, la imposibilitan.

Se puede concluir que la mediación, definida por el uso social, busca dos finalidades, en tanto que institución social, en el mundo de la vida: alcanzar acuerdos para resolver los conflictos y, ade-

más, promover el cambio social, cultural y comunitario, que lleve a una sociedad más justa y más en paz. Para ello, configura la noción de conflicto de manera positiva, en términos de oportunidad. En la comprensión de estas dos finalidades, se ha definido la justicia y el derecho en formas binarias.

Como institución social, atiende a la justicia como acceso a formas de dirimir litigios o disputas entre personas y también como valor social de acceso a una sociedad justa. Ambas lecturas de la justicia son necesarias en el uso social e institucional de la mediación. La mediación, como institución social, puede presentarse en forma de derecho normado, positivizada por normas y, también, como derecho practicado, a través de la aplicación de esas normas en la resolución de conflictos concretos, con sus efectos en la vida y la convivencia.

A partir de aquí, la mediación ha seguido un uso social, en que se combinan ambas finalidades. La visión jurídica de la mediación propone enfatizar la finalidad de alcanzar acuerdos en detrimento de la segunda finalidad, ya que prioriza la resolución de los conflictos y, solamente de manera secundaria, la promoción de una transformación social.

La regulación de la mediación por el derecho opta por regular la resolución de algunos conflictos, prioritariamente, los conflictos en los que aparecen las notas de interrelación e interdependencia, aquellos en los que aparezca, presente o latente, un contenido de violencia y los conflictos con relevancia jurídica, los litigios.

Los litigios son aquellos conflictos sobre derechos disponibles, en los que sea necesario prevenir la aparición o sofocar una posible escalada de la violencia. No siempre se expresa la violencia en los litigios y no siempre se puede provocar una escalada, sin embargo. Lo que sí parece cierto es que el derecho enfatiza la resolución de litigios a través de la mediación como alternativa al proceso judicial, es decir como modo equivalente o complementario a él y no en el sentido de alternativo como no oficial o diferente. Es en este sentido jurídico del concepto de alternatividad como se deben entender

los ADR.

En conclusión, en el capítulo antecedente se han expresado ya algunas de las problemáticas de la racionalidad de la mediación que dan título al presente trabajo: la tensión ambivalente entre mediación como institución social y como institución jurídica, entre la perspectiva de mediación normada y la perspectiva de mediación practicada, entre búsqueda del acuerdo resolutivo o búsqueda del cambio social, entre mediación que accede a la justicia procesal-judicial o accede a la justicia como valor social, entre la mediación que se ocupa del conflicto *lato sensu* o que se ocupa del litigio, entre la mediación alternativa y la mediación complementaria y equivalente.

En los siguientes capítulos, se intentará profundizar en cada una de estas problemáticas, tratando de abarcar cada una de ellas, con el fin de continuar indagando en la caracterización de la racionalidad de la regulación de la mediación a propósito de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

Por eso, la siguiente etapa en el camino será el estudio *in extenso* de dicha norma legal.

Capítulo 3

La Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil: la consolidación del proceso de regulación

En este capítulo se abordan las preguntas qué es la mediación, cómo la ha regulado la Ley 5/2012 y para qué la ha regulado. Se revisarán los antecedentes europeos de la Ley 5/2012 en forma de regulación europea supraestatal. El objeto de la reflexión será la concreta regulación de la mediación en la citada ley. En el proceso de regulación, una primera fase tiene que ver con la fijación de una definición de mediación. Se trata de definir cuál es el objeto de regulación, para fijar el significante legal y para distinguirlo de otras instituciones de ADR, como el arbitraje, o de otros mecanismos autocompositivos, como la conciliación o como la negociación.

Por consiguiente, las normas legales como la Ley 5/2012, no se han limitado a regular el procedimiento, las reglas de funcionamiento y las competencias de las personas mediadoras, sino que, además, han definido conceptos legales de mediación, es decir, han fijado qué se debe entender por mediación, como nueva institución legal.

Esta característica del proceso de regulación ha sido paradigmá-

tica. Se ha producido un esfuerzo considerable en establecer una definición regulada de la *institución mediación*. Puy Muñoz hace una síntesis de 14 definiciones legales¹ que resulta ser la siguiente:

«La mediación es un procedimiento jurídico de resolución extrajudicial de conflictos entre las personas, caracterizado por la intervención de una tercera parte, neutral e imparcial respecto de las partes en controversia, que aceptan que las auxilie en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas, dentro de los límites fijados por la ley»².

El trabajo de Puy Muñoz, de 2007, ya no tiene en cuenta las definiciones posteriores, como la de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

La noción del artículo 1 de la ley estatal es más concisa pero reúne los mismos elementos de la síntesis de Puy Muñoz, ya que define 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».

Puy Muñoz tampoco pudo reflejar en su estudio la definición de la Directiva europea 2008/52/CE, pero tanto esta como la Ley 5/2012 no formulan sus definiciones legales de la mediación *ex novo*, sino que parten de unos antecedentes previos que vale la pena recorrer, puesto que pueden servir para caracterizar la racionalidad de la mediación, que es el objeto de este trabajo.

¹Él elige la definición de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Galicia (España) y la de la Ley de 20 de diciembre de 2001, Orgánica del Poder Judicial del Estado de Puebla (México), y otras doce más, que no concreta. Soletto Muñoz y Otero Parga, 2007, pág. 24.

²Soletto Muñoz y Otero Parga, 2007, pág. 24.

3.1. Los antecedentes de la Ley 5/2012

Cronológicamente hablando, la Ley 5/2012, de 6 de julio, no es la única ni la primera norma legal³ que se ocupa específicamente de la mediación civil en España. Hay que mencionar que 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, introdujo la mediación familiar en los procesos matrimoniales. En la Exposición de Motivos de dicha ley se dice que:

«Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral».

La Ley 15/2005, de 8 de julio, no pretendía restringir el ámbito de la mediación al derecho matrimonial, ya que su Disposición Adicional Tercera preveía la promulgación de una ley estatal de mediación en materia civil, teniendo en cuenta los precedentes que hasta 2005 se encontraban en la Unión Europea y respetando la regulación previa de las Comunidades Autónomas. Prueba de ello es que se remitía a la necesidad de que cualquier regulación de la mediación se basara en los principios esenciales de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad⁴.

³También mencionan a la mediación civil y mercantil en el ámbito estatal, aunque de forma tangencial, otras normas legales: la Ley 1/2001, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; los arts. 63 a 68 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que regulan la mediación o conciliación previa e intraprocesal; los artículos 63 y ss. Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes; los arts. 91 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/1996, de Propiedad Intelectual; el artículo 38 y concordantes del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, del Sistema Arbitral de Consumo.

⁴La disposición en cuestión decía lo siguiente: «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos

La realidad es que el primer Anteproyecto de Ley de mediación civil en España no vio la luz hasta febrero de 2010⁵, casi cinco años después de la entrada en vigor de la Ley 15/2005. Este Anteproyecto de Ley fue el embrión que dio lugar al Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles que fue publicado en abril de 2011 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales⁶, pero al que no se formularon enmiendas, ni siquiera antes de la disolución de las Cortes en otoño de 2011, desaprovechándose el plazo inicial y los sucesivos para interponerlas.⁷

La mediación familiar introducida por la Ley 15/2005 en el sistema de enjuiciamiento civil español se aplicó tímidamente en forma de experiencias piloto llevadas a cabo por algunos juzgados de unas pocas ciudades españolas⁸.

Con todo lo anterior, la Ley 5/2012 sí es la primera regulación con validez en el ámbito de todo el territorio del Estado relativa a la mediación civil y mercantil. Y es que años antes, la mayor parte de las comunidades autónomas habían promulgado leyes de mediación de diferente alcance y calado⁹. De manera sobresaliente, las leyes catalanas de mediación de 2001 y 2009 son objeto de estudio, por la amplitud con que se refieren a la definición de mediación, a la descripción de sus principios esenciales, a la fijación de un procedimiento válido de mediación o al diseño de la figura del mediador. Además, Cataluña es el área geográfica de ejercicio del autor del presente trabajo y la regulación que debe aplicar de forma constante en su intervención mediadora. Finalmente, puesto que la regula-

en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.»

⁵Accesible en <https://www.icab.cat/files/242-188001-DOCUMENTO>

⁶BOCG de 29 de abril de 2011, núm. 122-1. IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley. Accesible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_122-01.PDF

⁷Rodríguez Elorrieta, 2017, pág. 158.

⁸En Ortuño Muñoz y Sáez Valcárcel, 2007 se exponen las mayor parte de estas experiencias.

⁹En el presente trabajo se consideran estas leyes como antecedentes de la Ley 5/2012 y, por consiguiente, merecen un estudio detallado en el posterior apartado 3.1.7.

ción catalana es anterior cronológicamente a la regulación estatal, lo establecido por aquella es considerado aquí como un antecedente de esta.

No únicamente este criterio es el cronológico¹⁰ sino que la propia Ley 5/2012 hace mención a este hecho reconociendo el ascendiente de la normativa anterior autonómica en su propia regulación de la mediación, pues menciona el «impulso que en los últimos años ha experimentado en España, en el ámbito de las Comunidades Autónomas»¹¹ la mediación. Estas son las razones porque en el presente trabajo aparece comentada la regulación de la mediación en Cataluña y no así la de otras comunidades autónomas españolas, al menos no de forma tan exhaustiva.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, es fruto de la obligación de transposición de la Directiva 2008/52/CE en el ordenamiento jurídico español¹². A su vez, la Directiva no es una norma del ordenamiento comunitario aislada de un contexto propicio a la mediación en la Unión Europea, así como la Unión Europea no habría legislado la mediación en su ámbito geográfico si con anterioridad el Consejo de Europa no se hubiera ocupado de la mediación y de otros procedimientos de resolución alternativa de conflictos.

Por consiguiente, en el estudio de los antecedentes de la norma española, se propone un recorrido regresivo desde 2012 hasta los años ochenta para desvelar cómo el derecho europeo de la Unión y el *soft law* del Consejo de Europa se ocuparon de la mediación y concretamente en qué sentido lo hicieron y para qué lo hicieron. Descubrir estos sentidos podrá arrojar algo de luz al sentido de la

¹⁰Podría caerse en la conocida falacia de la causalidad falsa: *post hoc ergo propter hoc*.

¹¹Preámbulo, I.

¹²La Directiva 2008/52/CE obligaba a los Estados miembros a incorporarla a sus respectivas legislaciones nacionales, en su art. 12.1: «los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva antes del 21 de mayo de 2011, con excepción del artículo 10, al que deberá darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010 a más tardar. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.» España superó los plazos previstos y, por tanto, incumplió su obligación de transposición hasta julio de 2012.

regulación llevado a cabo por la Ley 5/2012 y su racionalidad subyacente.

La exposición de la regulación europea de la mediación sigue un criterio de orden cronológico-positivo y otro de ámbito geográfico. Por un lado, las normas sobre mediación que son de aplicación y vigencia en el momento actual y que afectan a las mediaciones que se realizan en España. Para ello, se parte del nivel del Consejo de Europa y se continúa por el ámbito de la Unión Europea.

Esta metodología se ha elegido ya que los antecedentes históricos más antiguos de la regulación de la mediación en el continente europeo se descubren en las fuentes del Consejo de Europa. Posteriormente y, en ocasiones, simultáneamente, la Unión Europea se ha sumado a la regulación de la mediación en Europa. Como miembro tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea, España, *a posteriori*, también ha acogido en su ordenamiento jurídico normas que regulan la mediación.

Antes de entrar de lleno en los antecedentes de la Ley 5/2012, es necesario mencionar brevemente qué otras regulaciones habían contemplado la mediación en España con anterioridad a la promulgación de la ley de mediación civil y mercantil, con el fin de comentar alguno de sus aspectos relevantes que pueden contrastar con ella y servir al objeto de este estudio.

3.1.1. La regulación de otros ámbitos de la mediación anterior a la Ley 5/2012

La Ley 5/2012, de 6 de julio, se ocupa de la mediación en el ámbito civil y mercantil, lo que significa que aunque su ámbito de regulación es muy amplio, exactamente todo el derecho privado¹³, con anterioridad al año 2012 fueron publicadas normas de rango estatal y autonómico que regulaban otros ámbitos de aplicación específica y más restringida de la mediación de conflictos. Esos otros ámbi-

¹³A esta mediación también se dedica la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, tal y como por otro lado, indica su título: «mediación en el ámbito del derecho privado».

tos de la mediación, afectados por regulaciones sectoriales son los de la mediación escolar, la mediación penal en el ámbito de justicia juvenil, la mediación en las empresas cooperativas, la mediación agraria, la mediación en propiedad intelectual y la mediación en consumo.

3.1.1.1. La mediación escolar

La vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en su art. 1 proclama los principios legales de la educación en España. Uno de estos principios¹⁴ es la «educación para la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos, así como para la no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y en especial en el del acoso escolar.» Otros artículos tratan de la resolución pacífica de los conflictos como objetivo en las respectivas etapas y enseñanzas.

A su vez el art. 132, letra f), de la Ley Orgánica 2/2006 establece la mediación como contenido de las funciones de la dirección de los centros educativos. Entre esas funciones se encuentra la de garantizar que la mediación se aplica normalmente en la resolución de conflictos que se dan en el ámbito del centro educativo¹⁵.

En Cataluña, la Ley 2/2009, de 10 de julio, de educación, regula expresamente la ADR y la mediación en el ámbito escolar en su art. 30.5, en el que resulta un deber de los centros educativos catalanes «establecer medidas de promoción de la convivencia, y en particular mecanismos de mediación para la resolución pacífica de los conflictos.»

El art. 32.1 de esta norma autonómica está dedicado exclusivamente a la definición legal de la mediación escolar, en la que la particularidad se encuentra en la nota de la *prevención* de conflictos,

¹⁴Recogido en la letra k) del art. 1.

¹⁵«Son competencias del director: f) Favorecer la convivencia en el centro, garantizar la mediación en la resolución de los conflictos e imponer las medidas disciplinarias que correspondan a los alumnos y alumnas, en cumplimiento de la normativa vigente, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Consejo Escolar en el artículo 127 de esta Ley orgánica. A tal fin, se promoverá la agilización de los procedimientos para la resolución de los conflictos en los centros.»

no solamente en la *resolución* de los mismos:

«La mediación es un procedimiento para la prevención y la resolución de los conflictos que se puedan producir en el marco educativo, por medio del cual se da apoyo a las partes en conflicto para que puedan llegar por sí mismas a un acuerdo satisfactorio.»

También en Cataluña, el Decreto 279/2006, de 4 de julio, sobre derechos y deberes del alumnado y la regulación de la convivencia en los centros educativos no universitarios de Cataluña recoge la mediación escolar a la que define en su art. 1 como un «proceso educativo» de gestión de conflictos y de gestión del régimen disciplinario en los centros educativos.

Así, la mediación escolar se regula en tanto que recurso educativo y no tanto para llegar a acuerdos resolutorios de conflictos, sino más bien con un sentido preventivo, orientada claramente hacia la cultura de paz -la gestión y transformación de los conflictos- y hacia la convivencia -la gestión del régimen disciplinario-. La mediación escolar es «un instrumento pedagógico fundamental en el desarrollo de la persona»¹⁶, pues ayuda a integrar desde la infancia la gestión pacífica y positiva de los conflictos.

Esta definición legal contrasta con la mediación civil y mercantil regulada en la Ley 5/2012 en dos cosas, el perfil del mediador y en el hecho de que «no constituye una alternativa al proceso judicial, sino a un procedimiento disciplinario en el marco del centro» educativo¹⁷.

En este ámbito, el Decreto 279/2006 regula también la figura del mediador escolar: ha de ser un miembro de la comunidad educativa. Así pues, el perfil del mediador escolar, a diferencia del perfil establecido en la mediación civil y mercantil, no es el de un mediador profesional, sino de un miembro de la comunidad educativa. El único requisito que establece el Decreto 279/2006 es que el mediador escolar tenga una «formación adecuada o una acreditación, y

¹⁶Viola Demestre, 2018b, pág. 219.

¹⁷Casañas Adam, 2011, pág. 67.

que cumpla las condiciones de imparcialidad requeridas como principio fundamental de la mediación. Aparte de esto, el Decreto no contiene ninguna regulación ni referencia a la formación de los mediadores escolares o a como conseguir esta acreditación, y la nueva Ley de Educación tampoco contiene ninguna otra previsión en este sentido»¹⁸. Es el art. 27.1 del decreto el que, al regular el desarrollo de la mediación, aclara lo dicho anteriormente. En ese precepto se establece que la persona mediadora será propuesta por la dirección del centro educativo, de entre las familias, el personal docente y de administración y servicios del propio centro, siempre y cuando dispongan de la formación adecuada para llevar a cabo la mediación¹⁹. Para definir qué se debe entender por «formación adecuada» en este ámbito de la mediación escolar, ante la laguna de la regulación sectorial, parece razonable pensar que los directores de centros educativos puedan eventualmente acudir a los criterios objetivos de formación previstos para la mediación civil y mercantil en la Ley 5/2012, de 6 de julio. Estos criterios se basan en una formación superior, especializada y de nivel universitario, como se verá en el apartado 7.2.1 de este trabajo, al que se hace remisión.

Por consiguiente, la regulación jurídica de la mediación escolar reconoce que esta es un procedimiento de gestión de conflictos, con un énfasis notable en la prevención de los mismos y no solamente en su resolución. Y también reconoce que la persona que ejerce de mediadora debe reunir dos condiciones. La fundamental y más importante, que sea un parte de la comunidad educativa, como padre, madre, personal docente o de administración y servicios. La segunda condición, subsidiaria de la primera, es que las personas mediadoras muestren una formación adecuada en mediación y gestión

¹⁸Casañas Adam, 2011, pág. 65.

¹⁹«Si la demanda surge del alumnado, el proceso de mediación será gestionado, a petición de este, por personas de la comunidad educativa previamente acreditadas como mediadores o mediadoras. Si el proceso se inicia por la aceptación del ofrecimiento de mediación hecho por el centro, el director o la directora debe proponer, en el plazo máximo de dos días hábiles, una persona mediadora, de entre los padres, madres, personal docente y personal de administración y servicios del centro, que dispongan de formación adecuada para conducir el proceso de mediación».

de conflictos. Este diseño legal de la figura del mediador lo aleja, como se verá más adelante, del diseño de un mediador profesional establecido por la Ley 5/2012, de 6 de julio.

3.1.1.2. La mediación penal en el ámbito de la justicia juvenil

Otra regulación jurídica de la mediación es la que presenta la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Esta ley prevé la posibilidad de que se lleven a cabo mediaciones penales entre víctima y menor agresor, con el fin de resolver el *conflicto* surgido a raíz de la comisión de la conducta delictiva del segundo. La mediación penal está regulada de tal forma que puede significar la enervación de la acción penal y el sobreseimiento y archivo de la causa penal abierta contra el menor infractor.

En este sentido, el efecto resolutorio que tiene la mediación penal es verdaderamente *alternativo*²⁰ al efecto resolutorio del proceso penal llevado a cabo por el magistrado en la jurisdicción de menores.

El artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000 regula el sobreseimiento del expediente abierto contra un menor por conciliación o reparación entre el menor y la víctima²¹. Del análisis de este artículo legal,

²⁰En el sentido jurídico *fuerte* en que se ha usado esta palabra anteriormente en el apartado 2.6.3 de este trabajo.

²¹El art. en cuestión dice así: «1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en

se pueden extraer algunas consecuencias, que sirven para describir el modo en que la regulación jurídica ha abordado la mediación penal.

En primer lugar, no todos los expedientes son susceptibles de mediación penal. La Ley Orgánica reserva el procedimiento de mediación a aquellos asuntos más leves, en que no esté presente la violencia o intimidación graves y las circunstancias del menor. Para esos expedientes en que concurre grave violencia o intimidación, la regulación prefiere que siga su curso el proceso judicial y que no se haga uso de la mediación penal.

En segundo lugar, la iniciativa de recurrir a un procedimiento de mediación penal no es espontánea de las partes, sino que es derivada, sugerida o solicitada por el órgano instructor del expediente sancionador, el Ministerio Fiscal. Otro aspecto notable de la mediación penal con menores es el hecho de que el menor debe reconocer el daño causado y disculparse con la víctima para que la mediación surta los efectos legales procesales previstos en la regulación.

Para alcanzar los efectos resolutorios que conlleva el acuerdo de mediación penal se deben reunir algunas condiciones. En primer lugar, para que se inicie la mediación, el menor debe asumir cierto grado de participación en los hechos objeto del expediente. Es decir, reconocer haber cometido, totalmente o en parte, los hechos delictivos sobre los cuales girará la mediación penal. Sin este reconocimiento, siquiera parcial, no es posible iniciar la mediación

relación con la responsabilidad civil.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.»

penal. Este requisito puede afectar al principio de voluntariedad del menor de participar en la mediación²².

El acuerdo de mediación, según la norma reguladora, debe presentar un contenido reparatorio y restaurativo, en el que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito. Por este contenido, la mediación penal con menores forma parte de la justicia restaurativa, que se entiende contrapuesta a la justicia retributiva del proceso judicial penal, que ejerce el *ius puniendi* estatal.²³

Finalmente, la regulación considera a los mediadores penales en la jurisdicción de menores como auténticos mediadores profesionales. Solamente pueden serlo los miembros del equipo técnico de la Fiscalía de Menores, que son trabajadores públicos de la administración de justicia.

3.1.1.3. La mediación en el ámbito de las empresas cooperativas

En Cataluña, fruto de la competencia estatutaria exclusiva de esta comunidad autónoma en materia de cooperativas, se regula un tipo de mediación para la resolución de conflictos en el seno de empresas cooperativas.

Esta regulación está contenida en el decreto de la Generalidad de Cataluña núm. 171/2009, de 3 de noviembre, por el cual se aprue-

²²Al menos de forma teórica e hipotética, y ya que la mediación penal con menores se produce en fase de instrucción previa, sin que se haya producido todavía un procesamiento o acusación formales, ni siquiera un enjuiciamiento judicial, solamente una denuncia. Así, puede quedar en entredicho también el principio de presunción de inocencia. Si el menor se viera empujado a iniciar una mediación, estaría cayendo en un reconocimiento de hechos punibles y todavía controvertidos (aunque no en un reconocimiento de su concreta tipificación penal) que destruiría eventualmente la presunción de inocencia que le protege. Genera algunas dudas que sean estas condiciones óptimas para que la mediación penal con menores se abra camino decididamente en esta jurisdicción.

²³Sobre justicia restaurativa y mediación penal en España, se pueden consultar las siguientes obras: Barona Vilar, 2011b; Fernández-Pacheco Alises, 2013; Ortuño Muñoz y Hernández García, 2007; Piñeyroa Sierra *et al.*, 2011; Ríos Martín *et al.*, 2016.

ba el Reglamento de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje frente al Consejo Superior de la Cooperación.

Es subrayable de esta regulación que define claramente al tercero mediador como un profesional especializado en resolución de conflictos y, a la vez, en el entorno empresarial cooperativo. Según los arts. 12 y 13 del Decreto, los mediadores son técnicos, «profesionales especializados, habilitados por el Consejo Superior de la Cooperación, no solo conocedores de los procedimientos, sino también de lo que es y lo que representa el mundo cooperativo»²⁴. Como se verá en lo sucesivo, la regulación de la mediación elegida por la Ley 5/2012, de 6 de julio, también se refiere al mediador como un «profesional». La excepción a este modo de regular la constituye la mediación escolar estudiada anteriormente. De este modo y en este concreto aspecto, la regulación catalana de la mediación cooperativa no difiere de la posterior estatal, tal y como ha ocurrido en el ejemplo precedente de la mediación penal con menores. Este énfasis en la *profesionalización* del tercero mediador no escapa a la Ley 5/2012, objeto de este estudio, por lo que en el capítulo 7 se presenta un análisis más detallado de esta cuestión.

3.1.1.4. La mediación agraria

También las instituciones legislativas de Cataluña han sido las que han regulado un ámbito sectorial de la mediación en relación con los contratos de cultivo antes de que entrara en vigor la Ley 5/2012. La Ley del Parlamento de Cataluña 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo, dedica su Capítulo II al arbitraje y la mediación. Crea la Junta de Arbitraje y Mediación para los contratos de cultivo, «como órgano de naturaleza arbitral competente para resolver todas las cuestiones litigiosas relacionadas con la aplicación de la ley.»²⁵ Posteriormente, el desarrollo reglamentario de esta ley, a través del decreto 170/2009, de 3 de noviembre²⁶, esta-

²⁴Vidal-Folch *et al.*, 2011, pág. 71.

²⁵Palau Marginet, 2011, pág. 85.

²⁶Inmediatamente anterior en orden de publicación al Decreto 171/2009, de 3 de noviembre, que regula aspectos de mediación en empresas cooperativas y que

blece algunas previsiones sobre la mediación agraria llevada a cabo por mediadores cuya regulación es muy semejante a la mediación prevista de derecho civil.

Ya que la tipología de conflictos con relevancia jurídica que se pueden presentar ante esta peculiar mediación agraria son de carácter civil, no es de extrañar que se remitan a la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, los aspectos procedimentales, la descripción de los principios y las funciones del tercero interviniente en el proceso de mediación.

Es la Junta de Arbitraje y Mediación quien interviene como mediadora o elige a su vez a los mediadores que intervengan finalmente en el procedimiento. Por ello, lo reseñable de esta regulación sectorial catalana es que amplía el abanico de funciones de una Junta preexistente en la regulación anterior con atribuciones de resolución de conflictos a través de procedimientos de mediación.

3.1.1.5. La mediación en el ámbito de la propiedad intelectual

La mediación en el ámbito de la propiedad intelectual experimentó una regulación de rango estatal a través del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

En esta norma, los arts. 193 y ss. contemplan la posibilidad de que la Comisión de Propiedad Intelectual ejerza funciones de mediación en conflictos derivados «respecto de aquellas materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual y para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual y las empresas de distribución por cable»²⁷. La Comisión presenta dos características: su composición, que se

se acaba de mencionar más arriba.

²⁷Art. 194.1 a).

remite a la ley 5/2012²⁸, con lo que se tiene en cuenta en perfil del mediador allí recogido y su carácter de experto profesional²⁹.

La diferencia con la regulación efectuada por la Ley 5/2012 es que la Comisión de Propiedad Intelectual puede presentar propuestas de solución a las partes³⁰. En cambio, la Ley estatal de mediación si bien es cierto que no prohíbe expresamente que el mediador aporte soluciones o las proponga a las partes, la lectura sistemática de la norma permite afirmar que esta capacidad no está reconocida. Más explícita es la Ley 15/2009, de mediación en derecho privado de Cataluña, que restringe esa capacidad del mediador.³¹

No parece una diferencia menor, si se tiene en consideración que la capacidad de proponer soluciones concretas a las partes puede vincularse razonablemente, al menos en parte, con los principios de neutralidad e imparcialidad de la persona mediadora. En el apartado 4.3.3 y en el 4.3.4 se analizan estos principios en el sentido en que los define la Ley 5/2012 y la Ley catalana 15/2009 y que contrasta con el sentido expuesto en la regulación de la mediación en los conflictos de la propiedad intelectual.

3.1.1.6. La mediación en consumo

En el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, se prevé la celebración de una mediación previa al inicio del procedimiento arbitral.

²⁸Esta remisión expresa a la ley estatal de mediación se debe a una reciente reforma del texto refundido del Real Decreto Legislativo 1/1996 operada por el Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

²⁹Art. 193.3 del Real Decreto Legislativo 1/1996.

³⁰El art. 194.1 b): «La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá su función de mediación [...] Presentando, en su caso, propuestas a las partes».

³¹El art. 6.2 de la ley catalana establece: «2. La persona mediadora debe ayudar a los participantes a alcanzar por ellos mismos sus compromisos y decisiones sin imponer ninguna solución ni ninguna medida concreta y sin tomar parte.»

Al tratarse de una regulación anterior a la Ley 5/2012, la mediación previa al procedimiento arbitral se regía desde el principio por la legislación específica en mediación, que antes de 2012 era la autonómica:

«La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta.»³²

La reforma de la Ley 5/2012, de 6 de julio, que entró en vigor el 5 de noviembre de 2017 ha consolidado esta remisión al anular la letra d) del apartado 2 de su artículo que excluía de su ámbito de aplicación la mediación de consumo. A partir de esta reforma, el procedimiento de mediación (objetivos, principios de la mediación³³, requisitos de los mediadores, plazos, sesiones y efectos) se rige, entonces, completamente por lo previsto en la Ley 5/2012.

La característica de la mediación en consumo es que se trata de un procedimiento previo al inicio del procedimiento arbitral de consumo propiamente dicho, como advierte Immaculada Barral³⁴. Con el fin de preservar el principio de voluntariedad, cualquiera de las partes podrá mostrar su oposición expresa a esta mediación previa³⁵. En conclusión, excepto por este requisito de obligatoriedad de la mediación previa, la mediación de consumo ha sido subsumida en la regulación de la mediación civil y mercantil. Puesto que la cuestión de la obligación de intentar una mediación como requisito para acceder a un procedimiento arbitral o judicial puede compro-

³²Art. 38.2 del Real Decreto 231/2008.

³³Art. 38.3: «3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros».

³⁴Barral Viñals, 2010, págs. 4 a 12.

³⁵Art. 38.1: «1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto».

meter el principio de voluntariedad, este aspecto es analizado en el apartado 4.3.1.1.

A continuación, en los apartados inmediatos se desarrolla una descripción del paulatino proceso de regulación que ha experimentado la mediación durante los últimos treinta años en España y en el contexto europeo. Los primeros textos del Consejo de Europa revelarán no solamente cómo la mediación se emparenta con los mecanismos alternativos de resolución de disputas (los ADR) sino con el derecho de acceso a la justicia y con la emergencia de una figura experta que es el mediador. El principio fundamental de acceso a la justicia y la importancia del tercero mediador también serán los pilares justificativos explícitos de la regulación de la mediación por parte de la Unión Europea. Al descender al nivel español, la referencia a la tutela judicial efectiva, como genuina expresión en el Estado español del principio de acceso a la justicia, será también la fórmula constitucional desde la que el legislador regula la mediación y le da encaje en el ordenamiento jurídico. De la misma manera, la ley estatal española desarrolla un verdadero estatuto legal del mediador, llevando más lejos que la Directiva europea los deberes profesionales del tercero interviniente en el procedimiento de mediación.

También se comprobará que la noción de mediación viene acompañada en este proceso de regulación por la enumeración del elenco de principios rectores de la mediación, entre ellos los de voluntariedad, confidencialidad, independencia, neutralidad e imparcialidad.

3.1.2. El proceso de regulación en Europa

El Consejo de Europa nació el 5 de mayo de 1949 tras la firma del Tratado de Londres. Una de las primeras medidas de la recién creada organización fue la redacción en 1950 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950. Este texto recoge en un instrumento jurídico de obligado cumplimiento

los derechos enunciados dos años antes por la Declaración Universal de Derechos Humanos. En 1953 entró en vigor y desde entonces ha sido una pieza clave en la actuación de la institución. No es de extrañar entonces que el órgano más activo del Consejo de Europa sea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encargado de dirimir los conflictos sobre vulneración e incumplimiento por los Estados de los derechos recogidos en el Convenio. Precisamente uno de los derechos humanos recogido en este Convenio Europeo tiene una importancia definitiva en la posterior regulación de la mediación. Se trata del art. 6, párrafo primero, del Convenio. Este artículo trata del derecho a un juicio justo, del acceso a la justicia en un proceso con todas las garantías y el derecho a un juez independiente e imparcial³⁶.

Las disposiciones del Consejo de Europa se expresan en forma de convenios y protocolos a los convenios. Estos son vinculantes cuando son suscritos y ratificados por los Estados miembros³⁷. También el Consejo se expresa en forma de informes y recomendaciones, que no tienen ese carácter vinculante. A través de este tipo de pro-

³⁶La transcripción literal del art. 6.1 es la siguiente: «Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.»

³⁷Entre 1952 y 2013 se negociaron y aprobaron 13 protocolos al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950. De ellos, los más conocidos son el núm. 6 y el núm. 13, de 1983 y 2002 respectivamente, referidos a la abolición de la pena de muerte en el continente.

El Protocolo núm. 7, de 22 de noviembre de 1984, atañe al art. 6 del Convenio Europeo ya que desarrolla más en detalle algunos de los derechos humanos en materia procesal: garantías de acceso a recurso, garantías en el procedimiento de expulsión de extranjeros, derecho a indemnización por errores judiciales, garantía del cumplimiento del principio de *non bis in idem*. Si bien, este protocolo no menciona en ningún punto a la mediación como tal.

nunciamiento en forma de informes y recomendaciones no siempre vinculantes, desde los años 80 del siglo pasado, el Consejo de Europa ha promovido la regulación por los Estados de la mediación³⁸.

3.1.3. Del *soft law* al *hard law*

Cuando se examinan los informes y las recomendaciones del Consejo de Europa se puede afirmar que resultan actos de *soft law*, que son parte de un método legislativo consistente en una serie de actos, no homogéneos en cuanto a origen y naturaleza, que, a pesar de estar privados de efectos jurídicos vinculantes, resultan, a través de distintas vías, jurídicamente relevantes. Se les considera normas *ligeras*, dúctiles o *blandas*, en el sentido de falta de eficacia obligatoria *per se*. Esta carencia no impide, sin embargo, que gocen de cierta eficacia jurídica gracias a la influencia que ejercen, derivada de su capacidad de persuasión sobre los Estados, las instituciones supraestatales y los individuos. Por tanto, uno de los aspectos más relevantes a considerar es cuáles son los efectos jurídicos que tienen estos mecanismos de *soft law*.

Los actos de *soft law* se presentan en forma de reglas de conducta, *guidelines*, directrices, principios, programas, opiniones conjuntas, declaraciones, códigos de conducta, resoluciones no vinculantes. Tienen la virtud de realizar una indudable labor orientadora en la plasmación práctica de la realidad social a la que se refieren³⁹.

Con la adopción de medidas de *soft law*, el Consejo de Europa elabora estándares uniformes sobre un interés general, por ejemplo, el acceso y mejora de la administración de justicia o la resolución de conflictos. Esta forma de proceder ayuda a conciliar los problemas que la diversidad de ordenamientos jurídicos ofrece pa-

³⁸Este trabajo se detiene, en siguientes apartados, en las recomendaciones adoptadas por el Consejo y que se refieren a la mediación.

³⁹La práctica de acudir al *soft law* se da más a menudo en los ámbitos del derecho internacional y supraestatal, ámbitos en los que se mueven el Consejo de Europa y la Unión Europea. Sobre la aplicación del *soft law* en el ámbito de la gobernanza mundial y la caracterización entre *soft law* y *hard law*: Shaffer y Pollack, 2010; Chinkin, 1989; Abbott y Snidal, 2000.

ra la adopción de normativa propia del tradicional *hard law*, que en el marco del Consejo de Europa son los tratados, convenios y pactos de sus cuarenta y siete Estados miembros.

Otra de las funciones del *soft law* es su carácter promocional puesto que pretende sentar las bases de una futura tendencia reguladora en un determinado ámbito o sector. Esta función es evidente en las recomendaciones que el Consejo de Europa elabora desde los años 80 del siglo pasado relativas, primero, a los mecanismos de resolución alternativa de conflictos y, después, a la mediación propiamente dicha: hay una intención promocional de la mediación como alternativa al proceso judicial y como acceso alternativo a la justicia. El Consejo de Europa desea promover un movimiento legislativo más decidido de los Estados miembros hacia esos escenarios.

Asimismo los actos de *soft law* se presentan como instrumentos alternativos al *hard law*, cuando no ha sido del todo definido el objetivo a ser alcanzado, o no se ha llegado a un consenso al respecto y resulta difícil promulgar reglas jurídicas. De este modo, pueden funcionar como antesala de futuras normas de *hard law*, legitimando de momento la adopción de acciones relativas al fin planteado y adelantando de este modo la consecución de objetivos.

Este carácter de alternatividad al *hard law* hace del *soft law* un instrumento idóneo para introducir en Europa los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Puede ser una simple casualidad, pero no parece azarosa la elección de instrumentos de *soft law* por parte del Consejo de Europa con el fin de fomentar y sentar las bases de la mediación. Con la perspectiva del tiempo transcurrido es posible establecer una continuidad entre ese incipiente *soft law* y aquello que, pocas décadas después, ha dado lugar a la culminación de un proceso de regulación en la Directiva Europea 52/2008/CE o en la Ley 5/2012, de 6 de julio⁴⁰.

En este tránsito desde el *soft law* al *hard law*, inicialmente, la mediación no presentaba una individualidad propia en los instrumentos jurídicos del Consejo de Europa. Antes aun de hablar explí-

⁴⁰Que constituyen, por definición, *hard law*.

citamente de mediación, el Consejo de Europa mencionó en general la existencia de métodos alternativos de resolución de conflictos. Es capital en este sentido, la primera recomendación en que se menciona esta posibilidad, la *Recommendation*⁴¹ *No. R (81) 7 of the Committee of Ministers to member States on measures facilitating access to justice*⁴². Esta Recomendación, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre medidas para facilitar el acceso a la justicia fue adoptada el 14 de mayo de 1981. En esta Recomendación, cabe destacar los siguientes aspectos:

Como indica su título, el eje sobre el que se sustenta el sistema de procedimientos de resolución alternativa de conflictos, en definitiva, su justificación, es el principio de acceso a la justicia, entendida como acceso a la administración de justicia por vía jurisdiccional. Si no se tratara de mejorar ese acceso a la justicia, el Consejo de Europa no tendría que referirse a medidas alternativas. Los métodos alternativos de resolución de conflictos, y con ellos la mediación, entran en escena en Europa cuando en el viejo continente se siente necesaria una mejora en el acceso de los ciudadanos a la justicia, de forma complementaria al acceso a la justicia por vía judicial.

En 1981, el Consejo de Europa constataba un déficit en el acceso a la justicia. En primer lugar, el proceso judicial se había vuelto complejo, largo y costoso de tal manera que «los particulares, especialmente aquellos en una situación social débil, encuentran serias dificultades en el ejercicio de sus derechos».⁴³ Con anterioridad, el Consejo ya había dedicado algunas resoluciones a formular vías para contrarrestar este déficit. La constatación del déficit era una cuestión debatida en Europa desde los primeros años 70⁴⁴, y en

⁴¹Los documentos del Consejo de Europa están publicados en francés e inglés. Se ha preferido la versión inglesa para citar el contenido literal en este trabajo. Las traducciones a español son libres del autor.

⁴²Consultable en: <https://wcd.coe.int/>

⁴³[...] «*court procedure is often so complex, time-consuming and costly that private individuals, especially those in an economically or socially weak position, encounter serious difficulties in the exercise of their rights in member states.*»

⁴⁴Más adelante, en el capítulo 6, este trabajo se referirá a este debate en su relación con la mediación. Para ello, fundamentalmente, se seguirá la el hilo argumental de la obra del jurista italiano Mauro Cappelletti, en Cappelletti *et al.*,

1978 el propio Consejo de Europa recomendaba el fortalecimiento de los sistemas de asistencia jurídica gratuita. Así, la Resolución núm. 8 (78) ⁴⁵, de 2 de marzo de 1978. Hay que enfatizar que esta Resolución pretendía superar las serias dificultades de personas en situación social desfavorecida para ejercer sus derechos. Como se ve, solamente tres años después, en 1981, ya recomienda la adopción de vías alternativas de solución de conflictos, de forma complementaria a la política de justicia gratuita.

El Consejo de Europa emparenta el sistema de resolución alternativa de conflictos con su propia normativa vinculante de referencia, los convenios. Así, ya en la Recomendación 7 (81), expresamente considera que recomendar a los países europeos la adopción de alternativas de solución de conflictos se contiene en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este artículo, como se ha dicho anteriormente, trata del derecho a un juicio justo, del acceso a la justicia en un proceso con todas las garantías y con un juez imparcial.

Asimismo, el derecho de defensa para acceder a la justicia está contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los arts. 3 y 11 que establecen la igualdad de protección ante la ley y, en consecuencia, el derecho de toda persona acusada de delito de contar con un juicio público que asegure las garantías necesarias para su defensa; por tanto, es un derecho fundamental que ha de ser garantizado por los Estados. Es decir, desde el principio, el Consejo de Europa vincula sin dudar la recomendación sobre la adopción de alternativas en el acceso a la justicia en los países de Europa con la materialización de un derecho humano. Esta apuesta, en último término, se sustenta en dotar de contenido el derecho fundamental del art. 6 del CEDH.

Todavía no se encuentra la expresión mediación, sino de lo que habla el Consejo de Europa entonces es de «medidas que deberían ser tomadas para facilitar o incentivar la conciliación de las partes

1975, 1981; Cappelletti y Garth, 1983; Cappelletti, 1993.

⁴⁵Consultable en: <https://wcd.coe.int/>

y el arreglo amistoso de conflictos antes de que los procedimientos tengan curso ante cualquier tribunal o durante el curso de estos procedimientos»⁴⁶. Por consiguiente, en este estadio inicial de la producción normativa del Consejo de Europa no es explícito el papel de un tercero mediador o conciliador en el arreglo amistoso. La Recomendación solamente habla de que los terceros que pueden animar o incentivar en esa búsqueda de acuerdos son el juez⁴⁷ y los abogados de las partes. Es decir, la Recomendación encargaba el desarrollo de estas medidas alternativas a los Estados partes del Consejo a través de los jueces y abogados y no expresamente a otros terceros llamados mediadores.

Es evidente que el principio de acceso a la justicia, que ya aparece tempranamente como tema vinculado a la resolución alternativa de conflictos y, por tanto, a la mediación, tiene mucha importancia, antes de la Recomendación de 1981, como después en el resto de instrumentos jurídicos del Consejo de Europa, en la normativa comunitaria de la Unión Europea y en la Ley 5/2012, de 6 de julio, objeto final de este estudio.

También es evidente que el sentido en que el Consejo de Europa utiliza la expresión acceso *alternativo* a la justicia es el sentido jurídico de equivalente o complementario, no en el sentido de informal o extraoficial y esto es importante, ya que afecta al proceso de institucionalización jurídica de la mediación.

De tal forma que el principio de acceso a la justicia merece ser tratado de forma más exhaustiva en un capítulo posterior de este trabajo, el capítulo 6. La traducción de este principio de acceso alternativo a la justicia que la regulación de la mediación hace en la Ley 5/2012 ayudará a descubrir parte de la racionalidad subyacente

⁴⁶ «*Measures should be taken to facilitate or encourage, where appropriate, the conciliation of the parties and the amicable settlement of disputes before any court proceedings have been instituted or in the course of proceedings.*»

⁴⁷ Años después, en 2010, la Carta Magna de los Jueces Europeos, aprobada por el Consejo Consultivo del Consejo de Europa, en su artículo 15 dice que «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.»

a la misma regulación de la mediación.

3.1.4. De los ADR a la mediación

Para que la mediación aparezca con entidad jurídica propia en Europa habrá que esperar al año 1985. A partir de esa fecha, ya se encuentra una evolución en las recomendaciones del Consejo de Europa y aparece la mediación mencionada expresamente y también los mediadores. Esto no obsta que aún en 1986, en la Recomendación núm. 12 (86), sobre medidas para prevenir y reducir la excesiva carga de trabajo de los tribunales, de 16 de septiembre⁴⁸, el Comité de Ministros todavía encargue a jueces y abogados animar a las partes en conflicto a recurrir a «procedimientos de conciliación para la composición de conflictos u otros procedimientos extrajudiciales.»⁴⁹

En cualquier caso, el Consejo de Europa define la mediación y desarrolla una doctrina sobre ella en sus recomendaciones, iniciando un camino en que la mediación se aplica a conflictos en tres líneas diferentes: unas recomendaciones versan sobre justicia juvenil y proceso penal, otras sobre menores y familia y una sobre mediación administrativa. Las primeras dan lugar a menciones a lo que hoy conocemos como mediación penal y OVM -en sus siglas inglesas: *Offender-Victime Mediation*⁵⁰- o justicia reparadora o restaurativa⁵¹ y las segundas, a la mediación civil y familiar.

De esta forma, poco después de aparecer la mediación en las recomendaciones, también aparece en ellas la especialización de la mediación en diferentes ámbitos. No es que las recomendaciones creen la especialización en sí, sino que expresamente recogen las especializaciones que ya se estaban experimentando en la práctica

⁴⁸Consultable en: <http://www.justice.gov.sk/>

⁴⁹«[...] providing for [...] conciliation procedures for the settlement of disputes prior to or otherwise outside judicial proceedings».

⁵⁰Mediación entre Víctima y Ofensor.

⁵¹Es el sentido en que se expuso anteriormente, en el apartado 3.1.1.2, cómo regula la Ley Orgánica 5/2000, la mediación penal en el ámbito de la justicia penal. Las recomendaciones del Consejo de Europa en mediación penal y OVM son fuente normativa indudable, de *soft law*, de la orientación reguladora que dio lugar a la promulgación en España de la Ley Orgánica 5/2000.

de las mediaciones llevadas a cabo en los diferentes Estados miembros del Consejo.

En 1985 pues, el Consejo de Europa formulaba una recomendación para que los gobiernos de los Estados miembros «estudiarán las posibles ventajas de los esquemas de mediación y conciliación»⁵². En otra Recomendación de 1987⁵³, se animaba a evaluar experiencias de mediación en el ámbito penal a través del criterio de cuán grande había sido la satisfacción de los intereses de la víctima en el resultado de la mediación.

Siguiendo el orden cronológico, a mediados de los años noventa, la *Recommendation No. R(95) 12 of the Committee of Ministers to member States on the Management of Criminal Justice*, la Recomendación núm. 12 (95), de 11 de septiembre de 1995, sobre administración de la justicia penal,⁵⁴ incluía la mediación dentro de las políticas criminales tendentes a enderezar las dificultades detectadas en los sistemas de justicia criminal, tales como el incremento del número de casos y su complejidad, las dilaciones indebidas, los recortes presupuestarios y el incremento de las expectativas sociales sobre el sistema de justicia penal.

Finalmente, la *Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters*, Recomendación sobre Mediación en asuntos penales adoptada por el Comité de Ministros el 19 de enero de 1999⁵⁵ ofrece una definición de mediación, en la que se recogen dos aspectos fundamentales: la libre voluntad de las partes en acceder al procedimiento de

⁵²En la parte final de la *Recommendation No. R (85) 11 of the Committee of Ministers to member States on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure*, Recomendación núm. 11 (85), sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y procesal, adoptada por el Comité de Ministros el 28 de junio de 1985: «to examine the possible advantages of mediation and conciliation scheme».

⁵³*Recommendation No. R (87) 21 of the Committee of Ministers to member States on Assistance to Victims and the Prevention of Victimisation*, la Recomendación núm. 21 (87), de 17 de septiembre de 1987, sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización.

⁵⁴Consultable en: <http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/>

⁵⁵Consultable en: <http://www.mediacio.hu/>

mediación y la asistencia en la mediación de un tercero imparcial⁵⁶.

La Recomendación sobre Mediación Familiar núm. 1 (98), adoptada por el Comité de Ministros el 21 de enero de 1998⁵⁷, establece la siguiente definición de mediación, en la que ya es evidente el elemento preeminente del tercero imparcial como eje de la mediación:

*«a process in which a third party, the mediator, impartial and neutral, assists the parties themselves to negotiate over the issues in dispute and reach their own joint agreements.»*⁵⁸

Además, la enmarca una vez más dentro de la esfera de los medios alternativos de resolución de conflictos de los que se había hecho eco desde la primera recomendación en 1981, como se ha visto. También enfatiza los potenciales beneficios de la mediación familiar: mejora la comunicación y reduce el conflicto entre las partes, produce acuerdos amistosos, provee de contacto personal entre parientes, resulta de bajo coste económico y social y reduce el tiempo de resolución del conflicto⁵⁹.

La Recomendación de 1998 se refiere al art. 13 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de la Infancia, de 25 de enero de 1996⁶⁰, que menciona de nuevo expresamente a la mediación. Este Convenio atribuye a la mediación familiar una triple finalidad: prevenir, resolver y evitar la judicialización de los conflictos que afectan a menores de edad. El Convenio, aunque utiliza el

⁵⁶«[...] any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)». En la traducción sugerida aquí: «Cualquier proceso en el cual la víctima y el ofensor son capaces, si consienten libremente, de participar activamente en la resolución de aspectos relativos al crimen a través de la ayuda de un tercero imparcial (el mediador)».

⁵⁷Consultable en: <http://www.mmuncii.ro/pub/>

⁵⁸«La mediación se refiere a un proceso en el cual el tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste para que las partes mismas negocien sobre los asuntos en disputa y alcancen sus propios acuerdos conjuntamente».

⁵⁹Los estudios de casos en diversos países que son estudiados por Mauro Cappelletti y su equipo, ya evidenciaban estos beneficios de los ADR en los años 70 y 80. Especialmente, en Cappelletti *et al.*, 1975; Cappelletti y Garth, 1983.

⁶⁰Firmado por España el 5 de diciembre de 1997, ratificado el 11 de noviembre de 2014, publicado en el BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2015.

término mediación, no lo define.

El 18 de septiembre de 2002, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adopta una Recomendación, la núm. 10 (2002) sobre mediación en asuntos civiles⁶¹, en la que se introduce la posibilidad de que se produzca la intervención de más de un mediador, es decir, permite la posibilidad de la *comediación* de dos o más mediadores⁶².

La Recomendación 9 (2001), sobre alternativas a la litigación judicial entre autoridades administrativas y particulares⁶³ también introduce la mediación como una alternativa a la resolución judicial de conflictos. El interés de esta recomendación viene dado por el hecho de que adoptada en 2001, veinte años después de la primera recomendación del Consejo, reitera su vocación de mejora del acceso alternativo a la justicia de los ciudadanos y describe la situación de la justicia en el continente de manera muy semejante a como lo hizo dos décadas antes: el excesivo número de asuntos que soportan los tribunales administrativos impide su resolución en un tiempo razonable y contradice el derecho consagrado en el art. 6.1 del CEDH.

El Cuadro 3.1 muestra de manera sinóptica las recomendaciones que a partir de 1985 se refieren a la mediación y a sus principios esenciales, pues las anteriores desde 1981 solamente se refieren genéricamente a los ADR y no hacen mención a principios. En el cuadro, se puede comprobar cómo la definición de la mediación se produce en función de sus principios y fines. El cuadro muestra con un *sí* si un principio está presente en cada recomendación.

Hay un organismo del Consejo que conoce de cuestiones relativas a la mediación: la CEPEJ, la Comisión Europea por la Eficiencia de la Justicia. Una de las líneas de trabajo de la CEPEJ se refiere

⁶¹Consultable en: <https://search.coe.int/>

⁶²«[...] *mediation refers to a dispute resolution process whereby parties negotiate over the issues in dispute in order to reach an agreement with the assistance of one or more mediators.*» En la traducción propuesta aquí: «Un proceso de resolución de disputas en el que las partes negocian sobre las cuestiones en disputa con el fin de llegar a un acuerdo con la asistencia de uno o más mediadores».

⁶³Consultable en: <https://search.coe.int/>

Cuadro 3.1: Cuadro sinóptico de los principios de la mediación en las Recomendaciones del Consejo de Europa

núm.	título	Voluntariedad	Imparcialidad	Neutralidad	Privacidad	Confidencialidad	Mediador da solución	Mediador asesora	Interés superior del menor	En violencia	Autonomía de proceso	Garantías procesales	Capacidad	Gratuidad	Formalidad del acuerdo	Respeto a DDHH	Respeto orden público
R(85)11	Posición víctima en el proceso penal				Sí	Sí					No	Sí					
R(87)18	Simplificación de la justicia penal	Sí									Sí						
R(87)20	Sobre reacciones sociales a la delincuencia juvenil	Sí				Sí			Sí		Sí	Sí					
R(87)21	Asistencia a las víctimas y prevención de la victimización											Sí					
R(88)6	Reacciones sociales a la delincuencia juvenil entre jóvenes migrantes								Sí								
R(92)16	Reglas europeas sobre sanciones y medidas en la comunidad	Sí	Sí		Sí	Sí					No	Sí		Sí		Sí	
R(95)12	Administración de la justicia penal																
R(98)1	Sobre mediación familiar	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No	Sí	Sí	Sí						
R(99)19	Sobre mediación en asuntos penales	Sí	Sí	Sí		Sí					Sí	Sí	Sí				
R(02)10	Sobre mediación en asuntos civiles	Sí	Sí			Sí	No				Sí y No	Sí		Sí	Sí		Sí

Fuente: elaboración propia

expresamente a la mediación⁶⁴.

El objetivo de la CEPEJ es la mejora de la eficiencia y el funcionamiento de la justicia en los Estados miembros del Consejo del Europa, así como el desarrollo de los instrumentos a tal fin⁶⁵. Sus tareas son diversas, tales como analizar los resultados de los sistemas judiciales, identificar sus dificultades, definir líneas de mejora de su evaluación y funcionamiento y proponer al Consejo campos en los que poder elaborar nuevos instrumentos legales⁶⁶. La publicación de las *guidelines*, en 2007, para una mejor implementación de la Recomendación núm. 1 R(98), da muestra del cumplimiento de estas tareas⁶⁷, en la medida en que se mide la disponibilidad, la accesibilidad y la concienciación sobre recursos de mediación en los diferentes Estados miembros del Consejo y se analizan aspectos como el apoyo de los gobiernos a la implantación de la mediación, el papel representado por jueces y abogados en esa implantación, la calidad de la mediación y la calidad de los mediadores, la confidencialidad, el coste de la mediación.

Además de la idea de mediación recogida en las recomendaciones anteriores, el Consejo de Europa ha atendido a otras especializaciones de la mediación. A partir de la primera década de los años 2000, el Consejo de Europa ha desarrollado una aplicación específica de la mediación en asuntos relativos a la etnia gitana. Un ejemplo de esto es el programa de educación de niños gitanos en

⁶⁴En su portal web <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-work/mediation>, se pueden consultar los detalles de las políticas sobre mediación a las que sirve la CEPEJ.

⁶⁵En el original inglés, el objetivo de la CEPEJ «*is the improvement of the efficiency and functioning of justice in the member States, and the development of the implementation of the instruments adopted by the Council of Europe to this end.*»

⁶⁶«*Its tasks are: to analyse the results of the judicial systems to identify the difficulties they meet; to define concrete ways to improve, on the one hand, the evaluation of their results, and, on the other hand, the functioning of these systems; to provide assistance to member States, at their request; to propose to the competent instances of the Council of Europe the fields where it would be desirable to elaborate a new legal instrument.*»

⁶⁷Tituladas *Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning family mediation and mediation in civil matters*, accesibles aquí: <https://rm.coe.int/16807475b6>

Europa en el que se plantea la formación en mediación escolar e intercultural a través de la «*Roma school mediators / assistants*»⁶⁸. Para este programa eminentemente educativo, la mediación es

*«a process originally associated with the resolution of conflict situations through the intervention of a neutral third party: the mediator. The mediator participates with the agreement or at the request of the parties to the conflict. The decision resolving the conflict situation is taken by the parties rather than the mediator.»*⁶⁹

En este ámbito de la mediación para la cultura Romaní, el Consejo de Europa ofrece una pista segura en la configuración general de la mediación: el eje principal es la intervención de un tercero neutral. Intervención aceptada por las partes, quienes son las principales responsables del acuerdo, solución o decisión final sobre su propio conflicto. Este esquema definidor de la mediación que está presente en este programa educativo del Consejo de Europa y que es eminentemente un instrumento de *soft law*, no se presenta aislado o desconectado del resto de ámbitos estudiados hasta aquí y de las recomendaciones de su Comité de Ministros.

Las Recomendaciones y Convenios son solamente el final del camino. Existe un trabajo previo a la toma en consideración de los textos que finalmente dan lugar a los pronunciamientos que se ha descrito hasta ahora. Es lógico suponer que en los años 70 y 80 del siglo pasado, ya se viniera configurando algún tipo de corriente acerca de la mediación en Europa. Esta corriente se materializó en una primera fase del proceso de regulación como *soft law*, en las distintas Recomendaciones del Consejo de Europa.

⁶⁸Escuela de mediadores para la cultura romaní. La información completa se puede consultar en http://www.coe.int/t/dg4/education/roma/Source/Guide_EN.pdf

⁶⁹«Es un proceso originalmente asociado con la resolución de situaciones conflictivas a través de la intervención de un tercero neutral: el mediador. El mediador participa con el consentimiento o a petición de las partes del conflicto. La decisión que resuelve la situación conflictiva es tomada por las partes más bien que por el mediador».

Las incipientes menciones a la mediación en la documentación del Consejo de Europa, desde hace treinta años y hasta 2002, se fueron trasladando a las instituciones de la Unión Europea, pues es a partir del inicio del nuevo siglo cuando esta ha seguido la siguiente fase del proceso de regulación de la mediación en su ámbito territorial, tomando el relevo del Consejo de Europa y transitando esta fase hacia un *hard law* mucho más extendido.

La evolución que se desprende del análisis de los documentos del Consejo de Europa emitidos desde los años 80 pasa por la atención genérica a los métodos de resolución alternativa de conflictos, pasando por el desarrollo de recomendaciones específicas sobre mediación, como uno más de esos métodos de resolución alternativa y llegando a una detención mayor en la configuración de la figura del mediador: resolución alternativa, mediación y mediador son las sucesivas aproximaciones desde los años 80 hasta la primera década del siglo XXI.

Se pueden identificar estas tres características del tratamiento que el Consejo de Europa ha hecho del tema: la alternatividad al sistema judicial, como característica inherente, como acceso alternativo a la justicia, como respuesta a un derecho fundamental que ha de ser garantizado⁷⁰; la definición de la mediación, sus principios, la descripción del procedimiento, sus ventajas; el mediador, las condiciones para ejercer como tal, los límites y deberes del mediador, su formación.

Este esquema triple puede ser identificado de forma muy semejante en el modo en que la Unión Europea ha regulado la mediación.

3.1.5. Del Consejo de Europa a la Unión Europea

A continuación, se presentan dos textos de *soft law* que completan la visión panorámica sobre el inicial proceso de regulación de la mediación surgido en el seno del Consejo de Europa. Este iti-

⁷⁰Se insiste, de nuevo, en el carácter de ser la mediación *complementaria y equivalente*, significados presentes en la definición jurídica de alternatividad que se maneja en los instrumentos del Consejo.

nerario regulatorio continúa en la Unión Europea como otro hito del recorrido normativo que llevará hasta la Ley 5/2012, de 6 de julio. Estos dos instrumentos son el Libro Verde la Mediación y el Código de conducta europeo para mediadores. Ambos son trabajos preparatorios que cristalizan en las normas de *hard law* posteriores emanadas de los órganos legislativos de la Unión Europea.

El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, presentado por la Comisión Europea el 19 de abril de 2002⁷¹, significó un trabajo recopilatorio y de síntesis sobre la realidad diversa de la mediación y los ADR en la Unión Europea⁷². Incluía contenidos de las recomendaciones del Consejo de Europa. Sirvió de base preparatoria para la adopción de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación civil y mercantil. En el Libro Verde ya se reconocía que «una de las razones del desarrollo de la ADR es de carácter práctico y coyuntural»⁷³, es decir, que los métodos de ADR constituyen una solución a las dificultades de acceso a la justicia de los ciudadanos.

Todos los temas fundamentales del Libro Verde fueron asumidos posteriormente por la Directiva 2008/52/CE, aunque aquel no hablara expresamente de mediación, sino de ADR⁷⁴, como son el ámbito de aplicación civil y mercantil, la validez del consentimiento prestado por las partes en la mediación, la confidencialidad, los

⁷¹Documento consultable en <http://eur-lex.europa.eu/>

⁷²En origen, el Consejo Europeo de Ministros encargó la elaboración del Libro Verde a la Comisión Europea, con el fin de recapitular la situación e iniciar «una amplia consulta con miras a la preparación de las medidas concretas que convenga adoptar». El Libro Verde buscaba presentar la radiografía de la mediación en la Unión y comprender «las realizaciones e iniciativas adoptadas en este ámbito por los Estados miembros y a escala comunitaria». El Libro Verde se articula en forma de consulta pública sobre observaciones y preguntas formuladas a los Estados miembros por la Comisión. El objetivo final era diseñar con las respuestas a la consulta realizada «las directrices de la política que, de este modo, debiera poder aplicar en los años venideros como promotora de iniciativas tanto legislativas como operativas.» Todos los entrecomillados son del Preámbulo del Libro Verde.

⁷³En su epígrafe 1.2

⁷⁴Dice en su epígrafe 1.1, nota al pie núm. 3: «las nociones que se utilizan con más frecuencia en la práctica y en las legislaciones nacionales -es decir, la mediación y la conciliación- no se utilizarán de modo sistemático en este Libro Verde».

plazos de prescripción, el papel del tercero y la eficacia de los acuerdos.

No existe en el Libro Verde una definición de mediación como tal, sino una genérica de los ADR:

«la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido.»⁷⁵

Como se puede ver y en analogía al fenómeno observado en el Consejo de Europa, de nuevo en su forma más preliminar el trabajo de la Unión Europea sobre mediación no se dirige primordial y expresamente a este método concreto, sino a la genérica categoría de «modalidades alternativas de solución de conflictos». Y en la definición del Libro Verde queda reflejada la importancia del tercero, quien aplica los procedimientos con imparcialidad.

Precisamente, para ejemplificar la importancia creciente de la figura del tercero, la Unión Europea dedica en 2004 un instrumento al Código de conducta europeo para mediadores⁷⁶ no solamente describe los principios de independencia e imparcialidad por los que se rige la conducta del mediador, sino también los principios del procedimiento de la mediación: confidencialidad, libertad y voluntariedad de las partes. La regulación realizada por la Directiva 2008/52/CE también fue influida por este documento previo.

En la definición de los principios que debe regir la actuación de los mediadores, los primeros de ellos se hace referencia a la competencia, acreditación, formación -incluida la continuada-⁷⁷ y remuneración de los mediadores, en términos de verdadera profesionalización de esta figura. Los apartados 1.3 y 1.4 del Código europeo ya

⁷⁵Epígrafe 1.1

⁷⁶Consultable en <http://ec.europa.eu>

⁷⁷Dice el apartado 1.1 del Código: «Se considerará esencial que [los mediadores] posean la formación apropiada y que actualicen constantemente sus competencias teóricas y prácticas, teniendo en cuenta las normas o sistemas vigentes de acreditación».

hablan de características profesionales:

«[...] el mediador deberá informar a las partes a qué forma de remuneración quedará sujeta su intervención. El mediador no deberá intervenir en mediación alguna antes de que los principios de su remuneración hayan sido aceptados por todas las partes interesadas [...] Los mediadores podrán hacer publicidad de sus servicios, siempre que lo hagan profesional, honesta y dignamente.»

La característica de *profesionalización* de la figura del tercero mediador se evidencia una vez más desde los inicios del proceso de regulación jurídica de la mediación, incluso en las normas supraestatales de *soft law*.

3.1.6. La Directiva 2008/52/CE

El Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009⁷⁸, ya establece en su artículo 65.2 que una de las medidas que puede garantizar la cooperación judicial entre los Estados miembros es el «desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios». Es relevante este artículo pues permite comprender la circunscripción de la mediación al ámbito civil y mercantil: no se debe olvidar que la cooperación judicial a que se refiere el art. 65.2 se refiere a materia civil, precisamente.

Existe diversa elaboración normativa emanada de la Unión Europea relativa a la mediación. Entre ella, la más importante ya que es vinculante para los Estados miembros, la constituyen las Directivas. Las Directivas se caracterizan por ser normas marco o de contenidos mínimos, dentro de los cuales los Estados miembros pueden legislar con amplio margen.

⁷⁸Publicado en el DOUE de 17 de diciembre de 2007.

3.1.6.1. La definición de mediación

La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁷⁹. La transposición de esta Directiva en los ordenamientos nacionales ha dado lugar a la regulación estatal de la mediación civil y mercantil en España a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

Esta Directiva establece en su art. 3 la larga definición de mediación:

«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. Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio».

Esta definición y el resto del articulado de la Directiva confirman la presencia de la mediación dentro de un proceso judicial civil o mercantil, es decir mediación intrajudicial, no solamente extrajudicial o prejudicial.

Matiza su propia afirmación del carácter voluntario de la mediación al permitir que esta sea eventualmente obligatoria con carácter preceptivo.

Asimismo, amplía la definición del tercero mediador hasta permitir la inclusión en esta definición de la intervención como tal ter-

⁷⁹DOUE L136, de 24 de mayo de 2008.

cero mediador de un juez⁸⁰. La Directiva 2008/52/CE define el concepto de mediador como

«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 la haya solicitado que lleve a cabo la mediación».

Para la Directiva, la finalidad de la mediación es «facilitar y mejorar el acceso a la justicia»⁸¹, la mediación constituye un paso fundamental para «que se simplifique y mejore el acceso a la justicia.»⁸²

Como explicita el título de la Directiva, no se trata de una regulación total de la mediación civil y mercantil, sino de «ciertos aspectos». Elena Lauroba resume las preocupaciones fundamentales de la Directiva, es decir, qué elementos son regulados por la Unión Europea en detrimento de otros, que son orillados. Estas preocupaciones son «específicamente, la calidad (art. 4) -en otras palabras, la solvente formación del profesional que debe conducirla-; el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes (art. 6) -pues en defecto de algún mecanismo que los convierta en ejecutivos, pese al principio del *pacta sunt servanda*, el procedimiento no resulta atractivo y alguna parte puede, incluso, considerarlos, si le interesa, papel mojado-; la confidencialidad (art. 7); y el efecto de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción (art. 8).⁸³»

Estas características de la Directiva definen de alguna manera qué racionalidad subyace en la regulación. La calidad del profesional y la imbricación de la mediación con el procedimiento judicial parece que tengan una estrecha vinculación con características de la racionalidad de la mediación que aparecerán después en la re-

⁸⁰Siempre y cuando no sea el mismo juez que conoce del pleito que es consecuencia del conflicto entre las partes.

⁸¹Considerando Segundo.

⁸²Considerando Tercero, *in fine*.

⁸³Lauroba, 2016, pág. 59.

gulación de la Ley 5/2012: la profesionalización del mediador y la desjudicialización de los litigios.

3.1.6.2. Las características de la mediación

La Directiva de 2008⁸⁴ describe la mediación a través de características que completan el contenido de la definición básica. De la lectura de la Directiva, se muestran las siguientes:

El carácter extrajudicial e intrajudicial⁸⁵ de la mediación significa que puede ser propuesta o sugerida por el órgano jurisdiccional que conozca del litigio. E incluso puede llevarse a cabo por un juez, siempre y cuando este no sea responsable de un procedimiento judicial vinculado al litigio⁸⁶. El Libro Verde sobre mediación que encargó la Comisión Europea como trabajo preparatorio a la redacción de la Directiva 2008/52/CE ya recogía experiencias de «litigiosidad impropia»⁸⁷ sobre todo en países anglosajones⁸⁸. Estas experiencias

⁸⁴Existen otras disposiciones de los órganos de la Unión Europea que también regulan la mediación, como la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Esta Directiva solamente menciona la mediación en su considerando 46º al incluir a la mediación entre víctima e infractor dentro de uno de los servicios posibles de la justicia restaurativa o reparadora. Aunque aquí concluye toda expresión de la mediación, y ya que la Directiva sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, cómo definía la Decisión marco la mediación en causas penales: «la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente».

⁸⁵Art. 5.1 de la Directiva.

⁸⁶La mediación intrajudicial se puede entender de doble forma, así en el caso en que «el mediador puede ser un juez [...] se admite que sea un juez el que actúe como mediador siempre y cuando no tenga competencia decisoria sobre la materia del litigio». En segundo lugar el carácter intrajudicial proviene de que «el acceso a la mediación se produce a iniciativa o propuesta judicial durante el procedimiento jurisdiccional». En Blanco Carrasco, 2009, págs. 189 y 190.

⁸⁷Ortuño Muñoz, 2011, pág. 134.

⁸⁸En la descripción de los ADR en países como los Estados Unidos de América, Canadá, Australia o el Reino Unido se utilizan los conceptos de *anexión* y *conexión*: así, «programas de resolución de conflictos anexos o conectados a un tribunal», en Pérez Martell, 2008, pág. 25 y ss. Estas expresiones de *anexión* o *conexión* refuerzan el carácter complementario y equivalente con que debe ser entendida la racionalidad de la alternatividad a través de la que se presenta la mediación frente al proceso judicial.

enseñan que el énfasis no está en que sea propiamente el juez quien intervenga en el conflicto como tal mediador sino en que es «el sistema judicial, en su conjunto, el que ha de facilitar de forma eficiente que los litigantes dispongan de servicios de mediación accesibles»⁸⁹.

Otras características son la economía y la rapidez. Se subrayan como beneficios característicos de las soluciones extrajudiciales, y por tanto, también de la mediación⁹⁰.

La adaptación a las necesidades de las partes es otra característica. En el mismo sentido que las características de economía y rapidez, es un beneficio que conlleva la utilización de la mediación⁹¹.

La mediación versa sobre derechos disponibles, es decir, lo que quiere decir que esta característica fija un límite infranqueable al recurso a la mediación. Junto a este límite y hermanado con él, se encuentra en la Directiva una excepción limitadora a la fuerza ejecutiva de los acuerdos de mediación: el ser acuerdos *contra legem*. En realidad, todos los acuerdos *contra legem* serán inejecutables por afectar a derechos indisponibles. Como dice la propia Directiva en el considerando Décimo, la mediación «no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente»⁹².

El carácter ejecutivo de los acuerdos⁹³ o la ejecutividad es otro atributo importantísimo de la mediación, pues el contenido de los acuerdos puede ser esgrimido directamente ante los tribunales, después de un proceso de formalización y convalidación. Es una de las fortalezas de la mediación como alternativa y una de sus características más predominantemente emparentada con el derecho procesal.

La confidencialidad, entendida como la garantía de la confidencialidad es una característica esencial de la mediación también para la Directiva⁹⁴.

⁸⁹Ortuño Muñoz, 2011, pág. 134.

⁹⁰Considerando Sexto de la Directiva.

⁹¹Considerando Sexto de la Directiva.

⁹²Art. 1.2 de la Directiva.

⁹³Art. 6.1 de la Directiva.

⁹⁴Art. 7.1 de la Directiva.

La afección a plazos de prescripción y caducidad⁹⁵, o sea que la utilización de la mediación conlleva que los plazos de prescripción y caducidad de las acciones se vean afectados. El fin declarado es preservar la mediación como alternativa creíble y real con garantías de que no se realiza de ella un uso en fraude de ley procesal. Por ejemplo, el posible uso dilatorio que provoque el decaimiento del ejercicio de acciones procesales legítimas por alguna de las partes.

La última de las características es la calidad de la mediación. La mención expresa al fomento de códigos de conducta voluntarios a los que se adhieran los mediadores y las organizaciones prestadoras de servicios, así como las directrices a los Estados miembros para regular la formación inicial y continuada de los mediadores, son otras formas de prevenir que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente.⁹⁶

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 2008/52/CE, el Parlamento Europeo emitió el 13 de septiembre de 2011 la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva en cuestión, que analiza la mediación, su impacto y su aceptación por los tribunales⁹⁷.

En esta resolución, considera a la mediación como un medio válido de mejor acceso a la justicia, siendo este mejor acceso uno de los objetivos clave de la política de la Unión Europea para establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia. El Parlamento, además, considera que «el concepto de acceso a la justicia debe incluir [...] el acceso a procedimientos adecuados de solución de controversias para particulares y empresas»⁹⁸.

El informe parlamentario tiene muy en cuenta este principio de acceso a la justicia, de tal forma que bajo este punto de vista revisa la legislación de algunos estados que obliga a la mediación previa al proceso judicial. La Directiva permite a los Estados miembros establecer la obligatoriedad de la mediación o someterla a incenti-

⁹⁵Art. 8.1 de la Directiva.

⁹⁶Arts. 4.1 y 4.2 de la Directiva.

⁹⁷Consultable en: <http://www.europarl.europa.eu/>

⁹⁸Considerando A.

vos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, pero el informe puntualiza que esa obligatoriedad previa no debe impedir a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. El informe constata sin embargo, que algunos Estados miembros cuyos sistemas judiciales están colapsados han recurrido a normas que hacen obligatorio el recurso a la mediación⁹⁹; el Parlamento Europeo toma nota de que en dichos casos no pueden someterse los conflictos ante los tribunales hasta que las partes no hayan intentado resolver los problemas mediante la mediación. Por ello, la mediación obligatoria parece alcanzar el objetivo de descongestionar los tribunales; no obstante, el Parlamento Europeo subraya que la mediación debe promocionarse como una alternativa viable, económica y rápida de justicia, no como un aspecto obligatorio del procedimiento judicial¹⁰⁰. La forma en que el informe del Parlamento Europeo realiza la invocación a la posible *obligatoriedad* de la mediación parece ser consecuencia de una interpretación de que lo *alternativo* de la mediación es que esta es *complementaria o equivalente*, en vez de que sea mera *substitutiva* del proceso judicial.

El Cuadro sinóptico 3.2 trata de relacionar cada una de las decisiones, directivas y reglamentos de la Unión Europea con los principios que aparecen regulados en ellos, donde se muestra, como ocurre en la regulación del Consejo de Europa que la definición de la mediación se produce a través de la formulación de sus principios.

⁹⁹El ejemplo más importante es el de Italia, país que a través de su Decreto Legislativo núm. 28 no solamente obliga a intentar una mediación previa al acceso a la jurisdicción, sino que regula incentivos económicos para las partes que se avengan a acuerdos de mediación: todos los actos y acuerdos alcanzados mediante mediación quedan exentos de tasas y costas. En Bulgaria, las partes reciben un reembolso del 50 % de la tasa estatal ya abonada para dirimir el conflicto ante los tribunales si lo resuelven mediante la mediación, y las legislaciones de Rumanía y Hungría prevén el reembolso total de las costas judiciales si las partes resuelven un conflicto pendiente *sub iudice* a través de la mediación.

¹⁰⁰Considerando K. 10.

Cuadro 3.2: Cuadro sinóptico de los principios de la mediación en la regulación de la Unión Europea

	acceso a la justicia	dcho. a ser oído	dcho. a ser informado	seguridad e intimidad	carácter extrajudicial	derechos disponibles	voluntariedad	confidencialidad	plazos prescripción y caducidad	ejecutividad acuerdos	formación y calidad mediadores	imparcialidad	interés superior del menor	gratuidad
Decisión marco 15/03/2001	Sí	Sí	Sí	Sí									Sí	Sí
Directiva 2008/52/CE	Sí		Sí ¹⁰¹		Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí		
Posición común 11/2008	Sí				Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí		
Directiva 2012/29/UE	Sí	Sí	Sí	Sí			Sí	Sí				Sí	Sí	
Directiva 2013/11/UE	Sí ¹⁰²		Sí ¹⁰³	Sí ¹⁰⁴	Sí ¹⁰⁵		Sí ¹⁰⁶	Sí ¹⁰⁷	Sí	Sí	Sí	Sí ¹⁰⁸		Sí ¹⁰⁹
Reglamento (UE)524/2013	Sí	Sí ¹¹⁰	Sí	Sí			Sí	Sí						Sí

Fuente: elaboración propia

¹⁰¹ En el sentido del art. 9: información al público sobre la forma de ponerse en contacto con mediadores y organismos que presten servicios de mediación

¹⁰² Con el expreso objetivo de «reforzar la confianza en el mercado interior»

¹⁰³ En el sentido del art. 7, que consagra el «principio de transparencia» y del art. 9, sobre el «principio de equidad»

¹⁰⁴ La Directiva habla de «privacidad»

¹⁰⁵ Con un marcado acento de «alternativa»

¹⁰⁶ La Directiva habla del «principio de libertad» (art. 10)

¹⁰⁷ Con la excepción del conocimiento de hechos violentos

¹⁰⁸ La Directiva habla del «principio de independencia»

¹⁰⁹ La Directiva también habla de resolución «asequible» del conflicto

¹¹⁰ En el mismo sentido que la Directiva 2013/11/UE

3.1.7. El proceso de regulación en comunidades autónomas: el *servicio social* de mediación

El auge de la mediación en España en los últimos años, que es reflejo del interés en Europa por esta institución y de forma especial, de la mediación familiar, ha tenido como presupuesto la gran aportación legislativa de las Comunidades Autónomas¹¹¹. La regulación autonómica se produjo antes de que se discutiera y aprobara la Ley estatal 5/2012, de 6 de julio. Esta aportación legislativa se puede entender más bien como una fase importante en el proceso de regulación de la mediación en España.

Excepto Navarra¹¹², La Rioja¹¹³, Murcia y Extremadura, que no

¹¹¹Barona Vilar, 2011a, pág. 203.

¹¹²Únicamente dos preceptos en la legislación foral mencionan expresamente a la mediación, sin alcanzar a definirla en demasía ni a consistir en regulaciones en sentido amplio y detallado, como ocurre en otras comunidades. Se trata del artículo 2 de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres: «[L]os padres podrán someter voluntariamente sus discrepancias a mediación familiar, con vistas a lograr un acuerdo. Asimismo, el juez podrá igualmente proponer una solución de mediación en caso de presentación de demanda judicial. Los acuerdos entre los padres obtenidos en la mediación familiar deberán documentarse para su aprobación en su caso por el juez. A efectos de lo dispuesto en esta Ley Foral, el Gobierno de Navarra facilitará un servicio de mediación familiar público e imparcial para las partes.» Antes que la Ley 3/2011, el artículo 12ter de la Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista: «El Departamento competente en materia de familia ofrecerá gratuitamente programas de mediación para la solución de los conflictos familiares que puedan surgir en situaciones de crisis matrimonial o ruptura de pareja. Por mediación familiar se entenderá, a estos efectos, la actuación de especialistas en los ámbitos psico-socio-familiar y jurídico, dirigida a la búsqueda de puntos de acuerdo en los aspectos relacionados con la separación, divorcio o nulidad matrimonial o ruptura de la unión de pareja, al objeto de evitar potenciales conflictos o desavenencias entre las partes.»

¹¹³La aislada y escueta mención a la mediación en la Rioja se encuentra en la Ley 3/2011, de 1 de marzo, de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia, cuyo artículo 31 prevé que: «El Gobierno de La Rioja ofrecerá un servicio de mediación, concebido como un proceso alternativo de resolución de conflictos en el que los equipos mediadores, de una manera cualificada, neutral e imparcial, facilitarán la comunicación entre la pareja, los hijos de esta y los demás miembros de la familia para que ellos mismos lleguen a acuerdos en todos los temas relacionados con su situación de conflicto. Dicho servicio tendrá igualmente por objeto la búsqueda de soluciones amistosas, tanto a potenciales conflictos y desavenencias, como a aquellos derivados de incipientes procesos de separación y divorcio, a través de convenios reguladores. El servicio de media-

poseen normas legales específicas y desarrolladas en materia de mediación, el resto de comunidades autónomas sí que han promulgado normativas que se han detenido en la definición legal de la mediación y sus principios.

Entre la normativa autonómica cobra especial importancia la catalana, por su antigüedad, por su amplitud y profundidad en su propio proceso de regulación de la mediación civil. La Ley catalana no la denomina mediación civil o mercantil sino mediación de *derecho privado*. Expresión esta que expresa el deseo del legislador catalán de acoger en su regulación la experiencia de mediación comunitaria así como la mediación familiar que ya se estaba produciendo en esta región antes de 2001.

En Cataluña, la norma vigente en la actualidad sobre mediación es la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del derecho privado, aprobada por el Parlamento de Cataluña¹¹⁴. Esta ley deroga una anterior, la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, pionera en España en la regulación de la mediación en nuestro país. Como dice la propia Exposición de Motivos:

«La Ley 1/2001 supuso una innovación importante en el ámbito del derecho de familia, en un momento en que

ción, concretamente en el ámbito familiar, intervendrá a instancias del Juzgado de Familia en supuestos en los que ya existe demanda contenciosa de separación o divorcio, nulidad matrimonial o ruptura de la unión de hecho, tratando de solventar o mitigar los puntos de desencuentro entre las partes. Asimismo, este servicio, siempre a instancias de los órganos judiciales o de los fiscales competentes, podrá mediar en la resolución o mitigación de otros conflictos y disputas inherentes al orden jurisdiccional civil o incluso penal, especialmente en lo relativo a la jurisdicción de menores».

¹¹⁴Otras normas catalanas en que aparece regulada en menor medida la mediación y de las cuales se han analizado algunos aspectos en el apartado 3.1.1 de este trabajo al tratar de las mediaciones escolar, en empresas cooperativas y agraria, son: la Ley 12/2009, de Educación en Cataluña y el Decreto 279/2006, sobre los derechos y deberes del alumnado y la regulación de la convivencia en los centros educativos no universitarios de Cataluña. Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009. Decreto 171/2009, de 3 de noviembre, sobre Reglamento de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje ante el Consejo Superior de la Cooperación. Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo y Decreto 170/2009, de 3 de noviembre, que regula la Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración de Cataluña.

en el resto del Estado español no existía una práctica generalizada de la mediación. Esta situación ha cambiado de modo notable con la aprobación de normas específicas en varias comunidades autónomas».

Como se ha dicho, la Ley 15/2009 amplía decisivamente el ámbito de la mediación, rompiendo la estrechez de la obligada aplicación del derecho de familia en la anterior regulación e incorpora las experiencias que en Cataluña se habían venido desarrollando en mediación intercultural y comunitaria a iniciativa de las administraciones locales (diputaciones provinciales, consejos comarcales y municipios), que hasta 2009, se encontraban en una laguna paralegal. La propia ley lo expresa así:

«Determinados conflictos surgidos en el ámbito de las comunidades y de las organizaciones que estructuran de una forma primaria la sociedad no pueden quedar excluidos del campo de aplicación natural de la presente ley, sobre todo cuando son consecuencia de la ruptura de las relaciones personales entre los afectados y exceden el ámbito meramente jurídico. En estos casos, la llamada mediación comunitaria, social o ciudadana se ha revelado muy útil para resolver problemas caracterizados por el hecho de que las personas involucradas deben continuar relacionándose. Son ejemplos evidentes los conflictos derivados de compartir un espacio común y las relaciones de vecindad, profesionales, asociativas, colegiales o, incluso, del ámbito de la pequeña empresa. [...] La presente ley respeta voluntariamente los contenidos de la Ley 1/2001 y tiene como objetivos: ampliar 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. [...] Este instrumento no incide en el funcionamiento de las experiencias que ya se han puesto en marcha en otros ámbitos, como por ejemplo el de la Administración local y el de los colegios

profesionales; al contrario, significa un estímulo para la práctica profesional y para el establecimiento de servicios públicos de esta naturaleza.»

El artículo primero de la Ley 15/2009 establece el concepto y finalidad de la mediación. Dice literalmente este artículo:

«1. A los efectos de la presente ley, se entiende por mediación el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que les afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral. 2. La mediación, como método de gestión de conflictos, pretende evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance.»

Esta definición recoge la mayoría de cuestiones que han sido tratadas hasta ahora desde los inicios de la mediación en Europa y resulta una feliz y ecléctica definición para un texto legal: el carácter extrajudicial y complementario al proceso, los principios de voluntariedad y confidencialidad, la intervención de un tercero que asiste a las partes en la búsqueda de la solución del conflicto.

Está reflejando en ella el carácter de procedimiento de la mediación, que pone de relieve la importancia del aspecto formal en la mediación. También, el carácter alternativo y extrajudicial de la mediación, además de preventivo de la litigiosidad judicial. Este aspecto de la definición se puede entender como una finalidad estructural de la mediación, dentro del sistema de resolución de conflictos en que deviene la administración de justicia.

También la ley catalana incorpora a la definición de mediación el carácter voluntario y confidencial, es decir, la puesta en juego de dos de los principios de la mediación, la voluntariedad y la confidencialidad. Otro aspecto es el hecho de estar centrada en la comunicación entre las partes, orientada a indagar en las causas de los

conflictos. Y refleja la autonomía de las partes en el planteamiento de una o varias soluciones, consagra la mediación al resultado final, esto es, a la solución concreta que resuelva el conflicto y, por tanto, orientada, también y no exclusivamente, a la contención del conflicto y de sus consecuencias perniciosas e incide en el protagonismo asistencial del tercero mediador, imparcial y neutral.

Sin embargo, hay un aspecto peculiar en la definición de la ley catalana, que la diferencia de otras normas autonómicas y también de la Ley 5/2012, que es cierto enfoque dialógico. En la definición legal, se afirma que la mediación «se dirige a facilitar la comunicación». Este es un rasgo importante, que no está precisamente presente en el proceso judicial.

Además es importante porque «facilitar la comunicación» puede ser una característica presente en la racionalidad de la mediación¹¹⁵ que este trabajo estudia: una visión de las personas como seres dialogantes capaces de reconocerse, entenderse y llegar a acuerdos. Seres dialogantes que resuelven conflictos en los que se hayan inmersos. Esta característica está más próxima a la finalidad de la mediación como herramienta de cambio social¹¹⁶ que como mero método de resolución de conflictos a través de acuerdos: facilitar la mediación para gestionar conflictos no necesariamente implica siempre y en todo momento empujar el procedimiento de mediación hacia el acuerdo final.

El resto de comunidades autónomas no ha establecido una regulación sobre mediación civil, como hizo en 2009 Cataluña. En la década de los 2000, la fase de regulación de la mediación protagonizada por las comunidades autónomas se centró de forma casi exclusiva en la mediación familiar.

Aunque se trate de normas restringidas a este ámbito familiar, se puede observar que reproducen las características definitorias básicas de la institución, tal y como ya había sucedido en las Reco-

¹¹⁵Característica de la racionalidad que será tratada posteriormente a propósito de la obra de Jürgen Habermas, por ejemplo en Habermas, 2000, 1992, 1997.

¹¹⁶Hay que recordar que este tema ha sido tratado en el apartado 2.4 del presente trabajo.

mendaciones del Consejo de Europa.

En las normas autonómicas, la definición de mediación familiar redundante en fijar como esenciales al procedimiento los principios de voluntariedad, imparcialidad y neutralidad. Así, las legislaciones de Madrid, de Euskadi, de la Comunidad Valenciana, Castilla y León, Asturias, Islas Baleares, Islas Canarias, Andalucía y Aragón¹¹⁷.

¹¹⁷Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de Madrid. El artículo 1 de la ley madrileña dice, bajo la rúbrica *Objeto de la Ley*: «La mediación familiar desarrollada en esta Ley es un procedimiento voluntario de gestión o resolución positiva de tensiones o conflictos familiares en el que las partes solicitan y aceptan la intervención de un mediador, profesional imparcial, neutral y sin capacidad para -tomar decisiones por ellas, que les asiste con la finalidad de favorecer vías de comunicación y búsqueda de acuerdos consensuados.»

Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco. El art. 1.2 dice: «La mediación familiar es un procedimiento voluntario en el que uno o más profesionales con cualificación en mediación, imparciales y sin poder decisorio, ayudan y orientan a las partes en cuanto al procedimiento dialogado necesario para encontrar soluciones aceptables que permitan concluir su conflicto familiar.»

Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana. Artículo 1. «*De la mediación familiar*. 1. La mediación familiar es un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales, y sin capacidad para tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo.»

Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla-León. Artículo 1. «*Objeto*. Es objeto de la presente Ley regular la mediación familiar que se desarrolle en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León. Se entiende, en este sentido, por mediación familiar la intervención profesional realizada en los conflictos familiares señalados en esta Ley, por una persona mediadora cualificada, neutral e imparcial, con el fin de crear entre las partes en conflicto un marco de comunicación que les facilite gestionar sus problemas de forma no contenciosa.»

Ley 3/2007, de 23 de marzo de Mediación Familiar de Asturias. Artículo 2. «*Concepto de mediación familiar*: La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario creado con la finalidad de solucionar los conflictos que se puedan originar en el ámbito definido en el artículo siguiente, en el que interviene un tercero imparcial debidamente acreditado y sin poder de decisión, denominado mediador familiar, que informa, orienta y ayuda a las partes en conflicto para facilitar el diálogo y la búsqueda de un acuerdo duradero y estable con el fin de evitar un procedimiento judicial, poner fin al iniciado o reducirlo.»

Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears. Art. 1.1: «La mediación, como método de gestión pacífica de conflictos, pretende evitar que se abran procesos judiciales, poner fin a los que se hayan iniciado o reducir su alcance, con la asistencia de profesionales cualificados, imparciales y neutrales que hagan de mediadores o mediadoras entre los sujetos para posibilitar vías de diálogo y obtener acuerdos justos, duraderos y estables.»

El carácter extrajudicial y complementario al proceso jurisdiccional es configurado como una finalidad esencial de la mediación, también, lo que ocurre en las regulaciones de Madrid, la Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, Asturias, Islas Baleares y Canarias¹¹⁸.

Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias. Artículo 2: «Concepto y finalidad de la mediación familiar. La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario en el cual un tercero, debidamente acreditado, denominado mediador familiar, informa, orienta y asiste, sin facultad decisoria propia, a los familiares en conflicto, con el fin de facilitar vías de diálogo y la búsqueda por estos de acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos.»

Ley 1/2009, de 27 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía. «La mediación se configura en la presente Ley como un procedimiento de gestión de conflictos en el que las partes enfrentadas acuerdan que una tercera persona cualificada, imparcial y neutral les ayude a alcanzar por sí mismas un acuerdo, que les permita resolver el conflicto que las enfrenta, sin necesidad de someterlo a una autoridad judicial. Por tanto, se realiza entre personas que consienten libremente su participación y de las que dependerá exclusivamente la solución final. El proceso se lleva a cabo con el apoyo de una tercera persona, que desempeña el papel de mediadora y está sujeta a principios como la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad.»

Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón. El artículo 2 de la ley contiene el concepto de mediación familiar: «Por mediación familiar se entenderá, a efectos de la presente ley, el servicio social consistente en un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho privado, en el que la persona mediadora, de una manera neutral, imparcial y confidencial, informa, orienta y asiste a las partes en conflicto para facilitar la comunicación y el diálogo entre las mismas, con el fin de promover la toma de decisiones consensuadas.»

¹¹⁸Artículo 3 de la Ley madrileña: *Finalidad de la mediación familiar*: «La mediación familiar regulada en la presente Ley está dirigida a prevenir o minimizar los conflictos intrafamiliares, a evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados o reducir sus consecuencias negativas, así como a facilitar a las partes en la mediación el cumplimiento de sentencias judiciales que afecten a las relaciones familiares.»

El art. 1.1 de la ley valenciana afirma que la mediación familiar «persigue la solución extrajudicial de los conflictos».

En Castilla-La Mancha, Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social especializado de Mediación Familiar. Su artículo 1 dice: «*Objeto de la Ley*. 1. La presente Ley tiene por objeto la regulación de la mediación familiar como servicio social especializado en Castilla-La Mancha, constituyéndose como método de resolución extrajudicial de los conflictos familiares [...]»

Artículo 2 de la ley 3/2007, de mediación familiar de Asturias: «La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial.»

En Baleares, la mediación «pretende evitar que se abran procesos judiciales, poner fin a los que se hayan iniciado o reducir su alcance», según el art. 1.1 de su

En el proceso de regulación efectuado por los parlamentos y gobiernos autonómicos resultan llamativas dos circunstancias relacionadas entre sí: la ausencia de protagonismo del principio de acceso a la justicia y la presencia de la mediación dentro de la cartera de servicios sociales.

A diferencia de lo observado en el proceso de regulación europeo tanto en el seno del Consejo de Europa como en el de la Unión Europea, apenas si hay mención expresa en la regulación autonómica de un principio general de la mediación como modo de acceso a la justicia. Excepto las menciones en las exposiciones de motivos de las leyes asturiana¹¹⁹ y cántabra¹²⁰, no se encuentra en el cuerpo normativo de la regulación autonómica de la mediación la impronta de dicho principio.

De forma consecuente y por el contrario, se define mayoritariamente la mediación en la regulación autonómica como un «servicio social» y así ocurre paradigmáticamente en Castilla-La Mancha, en donde su ley reguladora se titula *Ley del Servicio Social especializado de Mediación Familiar* y cuya exposición de motivos afirma: «La mediación familiar en nuestra Comunidad Autónoma se configura como un servicio social especializado incardinable en el programa de familia, cuyo objeto según el artículo 11 de la Ley 3/1986, de 16 de abril, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, es orientar y asesorar a las familias favoreciendo el desarrollo de la convivencia.»¹²¹ También ocurre algo se-

ley de mediación familiar.

En Canarias, «la mediación familiar es un procedimiento extrajudicial [...]» Artículo 1 de la mencionada más arriba ley 15/2003.

¹¹⁹El Epígrafe I de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2007, de 23 de marzo, menciona a la mediación como uno de los «procedimientos extrajudiciales alternativos, como medio para facilitar a los ciudadanos el acceso a la justicia.»

¹²⁰El Preámbulo de la Ley 1/2011 dice que «el principio de acceso a la justicia es fundamental y con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia» se promulga la ley de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

¹²¹Igualmente definen la mediación como *servicio social* los arts. 1 y 2 de la mencionada ley: «Artículo 1. Objeto de la Ley. 1. La presente Ley tiene por objeto la regulación de la mediación familiar como servicio social especializado en Castilla-La Mancha, constituyéndose como método de resolución extrajudicial de los conflictos familiares, en interés de los menores y de la familia [...] Artículo 2. Ámbito de aplicación de la Ley. 1. La presente Ley se aplica a las actuaciones de

mejante en Aragón, en donde la norma reguladora de la mediación expresamente se refiere a la mediación como un «servicio social»; el artículo 2 de la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar contiene el concepto de mediación familiar:

«Por mediación familiar se entenderá, a efectos de la presente ley, el servicio social consistente en un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho privado, en el que la persona mediadora, de una manera neutral, imparcial y confidencial, informa, orienta y asiste a las partes en conflicto para facilitar la comunicación y el diálogo entre las mismas, con el fin de promover la toma de decisiones consensuadas.»

Ser diseñada la mediación en la regulación como un servicio social más ofrecido por los sistemas de bienestar social autonómicos ocurre también en Asturias, Cantabria o Galicia¹²².

mediación familiar como servicio social especializado que se desarrollen total o parcialmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha [...]

¹²²La ley asturiana reguladora hace depender al Centro de Mediación Familiar de la Consejería de Bienestar Social. El punto IV del Preámbulo: «Corresponde también a esta Ley establecer el grado de intervención de la Administración del Principado de Asturias en relación con la mediación familiar [...] Esta intervención se materializa, en primer lugar, a través del Centro de Mediación Familiar como órgano des- concentrado de la Consejería competente en materia de bienestar social [...]»

Dice la ley cántabra: «[...] se dicta la presente Ley al amparo del artículo 24.22 y 23 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, que atribuyen competencia a nuestra Comunidad Autónoma, respectivamente, en materia de “asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario incluida la política juvenil, para las personas mayores y de promoción de la igualdad de la mujer” y de “protección y tutela de menores”, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Española, que dispone que “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”.»

La Ley gallega dice en su preámbulo sobre la institución de la mediación: «[S]e llega al convencimiento de la necesidad de proceder a regular la misma, en norma con rango de ley, también en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, en la consideración principal de esta institución como un mecanismo calificado de ayuda, de entre los ofrecidos por los poderes públicos gallegos en

En la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma Vasca, su Exposición de Motivos dice:

«Por lo demás, se produce en este momento una confluencia entre el desarrollo de la mediación familiar y el proceso de maduración y universalización de los servicios sociales con un enfoque cada vez más familiar y comunitario, de suerte que, según entiende esta ley, el de los servicios sociales es el marco idóneo en el que encuentran acomodo los servicios de mediación familiar [...] Las administraciones públicas garantizarán el acceso de los ciudadanos a la mediación familiar, así como su gratuidad en los términos recogidos por la ley. Así mismo, la resolución de un conflicto familiar requiere en ocasiones una intervención coordinada con otros sistemas de protección social, de ahí que la mediación familiar deba estar integrada en el sistema de servicios sociales.»¹²³

El art. 39¹²⁴ de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia prevé la virtud de la competencia que en materia de asistencia social tiene asumida la Comunidad Autónoma».

¹²³El párrafo citado es prácticamente reproducido en su integridad literal en otra exposición de motivos posterior, en concreto la de la Ley 14/2010, de 14 de diciembre, de Mediación Familiar en las Illes Balears, que también dice: «Actualmente se produce una confluencia entre el desarrollo de la institución de la mediación familiar y un proceso de universalización de los servicios sociales y, por tanto, entendemos que el de los servicios sociales es el marco idóneo en el que se ha de incluir la institución de la mediación familiar. En coherencia con este planteamiento, la actividad de mediación familiar se desarrollará mediante la red pública de mediación, sin perjuicio de las iniciativas privadas que puedan surgir y que habrán de someter su actuación a las disposiciones de esta ley. Por tanto, las administraciones públicas han de garantizar el acceso de los ciudadanos y las ciudadanas a la mediación familiar, y también la gratuidad de este servicio en los términos que establece la ley. Finalmente, otra razón que justifica la integración de la mediación familiar en el sistema de servicios sociales radica en el hecho de que la resolución de un conflicto familiar requiere, en ocasiones, de una intervención coordinada con otros sistemas de protección social.»

¹²⁴Dice así el precepto legal: «Los poderes públicos, con el fin de garantizar el derecho de los niños y adolescentes a relacionarse con sus familias, deben fijar procedimientos específicos de mediación familiar. El sistema de mediación también debe incluir los conflictos que afecten a los niños y adolescentes en el ámbito familiar.»

mediación como procedimiento para gestionar los conflictos en el ámbito familiar, de tal forma que la incluye como un recurso que sirve a los fines de protección, tutela de derechos y fomento del apoyo a la infancia y a la adolescencia por parte de las administraciones catalanas. El Título I de la Ley 14/2010 regula aspectos como el bienestar personal y social, la educación, la salud de la infancia y la adolescencia. El art. 21 establece que será «el departamento competente en materia de protección a la infancia y a la adolescencia» quien se encargue de coordinar estas acciones. Actualmente el sistema catalán de protección a la infancia y a la adolescencia depende orgánicamente del Departamento o Consejería de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias, del Gobierno de la Generalidad de Cataluña. Es decir, al menos en parte también en Cataluña, es posible encontrar una regulación jurídica de la mediación en la lógica de los servicios sociales.

Por consiguiente, de quince comunidades autónomas en que se hace algún grado de regulación de la mediación en España antes de la Ley estatal 5/2012, en diez de ellas sí que se entiende a la mediación encuadrada de un modo u otro en la oferta de servicios sociales. Esto significa que en esas leyes autonómicas se entiende la mediación dentro del impulso público al bienestar y la convivencia sociales, como una iniciativa de los poderes públicos, patrocinada, auspiciada y sufragada por fondos públicos y llevada a cabo a través de la creación de servicios o centros de mediación autonómicos o locales. Este aspecto, que puede parecer circunstancial o coyuntural, también puede expresar una deliberada toma de postura de la regulación autonómica sobre mediación entre el estado del bienestar y el estado judicial: parece que los poderes públicos autonómicos refuerzan el primero. O también puede expresar una opción legal entre la visión comunitaria, de incidencia social y bienestar colectivo¹²⁵, frente a otra visión más individualista, aquella que buscar

¹²⁵Por ejemplo, al reflejar como necesaria la consideración del principio del «interés superior del menor» o el de «protección de menores» pues en esta percepción de la mediación como servicio social, se es consciente de que el procedimiento de mediación familiar afecta al bienestar de los hijos menores o del de otros pa-

resolver un litigio entre dos a través de un acuerdo más o menos justo y satisfactorio.

Tal y como se está investigando hasta ahora en el presente trabajo, se puede afirmar que la configuración de la mediación regulada por las comunidades autónomas como servicio social tiene que ver con una racionalidad de la mediación como alternativa *substitutiva y extraprocesal*, del modelo jurisdiccional. Por ello, no se menciona algún tipo de acceso alternativo a la justicia en esas normas autonómicas: la mediación como servicio social no trata de equipararse o de equivaler al proceso judicial, lo substituye completamente.

En esta iniciativa autonómica es importante el aseguramiento por obra de la regulación autonómica de la gratuidad de la mediación para los ciudadanos, en congruencia con su identificación con un servicio social.

En el proceso de regulación estudiado desde los años 80 en Europa, hasta los años del primer decenio del siglo XXI en el sistema de poder autonómico descentralizado español, se puede constatar una transición de la mediación entendida como mecanismo de acceso complementario a la justicia hacia una comprensión de la mediación como servicio social.

Parece que en ese proceso de regulación se advierte también un paso del énfasis en el acceso a la justicia hacia un énfasis al aspecto social y asistencial de la mediación. Lo que puede ocurrir es que se amplia, implícitamente,¹²⁶ la noción de «acceso a la justicia», entendiendo este acceso a una justicia como valor superior, en vez de como administración jurisdiccional de dirimir intereses.

Que la mediación quede en parte en el terreno de los servicios sociales puede ser indicio de esta ampliación de sentido. Lo que resulta evidente es que en las regulaciones de algunas comunidades autónomas se produce la desvinculación de la mediación de la ad-

rientes de los concretos individuos involucrados en la gestión del conflicto. en el Cuadro 3.3 se comprueba que se recogen en cinco ocasiones en las regulaciones los principios anteriormente citados.

¹²⁶O quizá inconscientemente.

ministración de justicia¹²⁷.

Una respuesta a esta tendencia puede ser por una razón simplemente competencial: las comunidades autónomas españolas no tienen constitucionalmente competencias en justicia y sí en servicios sociales. El art. 148.1.20º de la Constitución Española prevé la atribución de la competencia en asistencia social a las comunidades autónomas; en cambio, el art. 149.1.5º establece que la Administración de Justicia es una competencia exclusiva del Estado. Así, las cláusulas competenciales de las regulaciones autonómicas en mediación se remiten a los respectivos Estatutos de autonomía y estos a su vez, a la atribución constitucional de competencias de los artículos 148 y 149 de la Constitución Española.

Esta explicación incluye la posibilidad de que realmente había en el seno de las comunidades autónomas un deseo de regular la mediación y que la única forma constitucionalmente válida de hacerlo era incluirla dentro del respeto al marco competencial diseñado por la Constitución y, por tanto, diseñarla como un servicio dentro de la oferta de la asistencia social autonómica. Elena Lauroba se refiere a esta forma de regulación en el sentido de que convierte a la mediación en un procedimiento *público*, tutelado por las administraciones autonómicas, dentro de una lógica de «gestión y promoción» de sus propias políticas.¹²⁸ Como se verá en capítulos posteriores, estas características mencionadas pueden tener que ver con la racionalidad de regulación de la mediación que se pretende descubrir en este trabajo.

Estas razones, en unión al hecho de que no existió hasta 2012 una norma de ámbito estatal que encuadrara claramente la mediación en el ámbito del acceso a la administración de justicia, produjeron la proliferación de la mediación en forma de servicio social.

Además, las normas autonómicas sobre mediación no fundamentan la misma en los principios desde los cuales legislan. Es decir, en contraposición al modo en que en las comunidades autónomas se

¹²⁷Como en los casos de Castilla-La Mancha, Baleares, Euskadi.

¹²⁸Lauroba, 2016, págs. 62 y 68.

produce el proceso de regulación, en Europa la regulación se fundamenta en el objetivo de servir a un principio fundamental, el acceso a la justicia, enraizado en el derecho humano a obtener justicia a través de un proceso con todas las garantías. En cambio, las normas autonómicas se refieren en exclusiva al éxito de la mediación, a su utilidad, a su eficacia en la resolución, gestión y/o prevención de conflictos. Pero no la definen en términos de finalidad de mayor y/o mejor acceso a la justicia jurisdiccional. Pero, como se ha dicho, también es plausible considerar que la justicia a la que se refiere la regulación autonómica contenga un sentido ampliado al recogido en las recomendaciones del Consejo de Europa y la normativa comunitaria sobre mediación.

Por eso, la Ley 5/2012, de 6 de julio, significa un regreso a la línea del proceso de regulación estudiado en Europa, es decir entender la mediación como un modo del acceso alternativo a la justicia y un abandono de la mediación como servicio social, tal y como parecía haber sido característico hasta entonces en la regulación española, en el nivel regional autonómico.

Así, son invocadas por la Ley 5/2012 las competencias exclusivas estatales de legislar sobre administración de justicia (art. 149.1.5.º de la Constitución Española) y sobre derecho sustantivo procesal (art. 149.1.6.º). Ya en el proceso de debate y elaboración de la Ley 5/2012, de 6 de julio, se percibe este cambio sustancial en el derecho normado sobre mediación en España. El sentido de este cambio de signo en la definición de la mediación también reside en el carácter de transposición de la Directiva 2008/52/CE que tiene la Ley 5/2012. En ese sentido, la regulación estatal española es congruente con el encargo que le hace la normativa comunitaria.

El Cuadro 3.3 es una imagen sinóptica de los principios que *sí* aparecen mencionados y definidos en la regulación autonómica de la mediación.

3.2. El proceso de debate y elaboración de la Ley 5/2012

Fruto de la transposición de la Directiva 2008/52/CE sobre mediación civil y mercantil, el Gobierno español promulgó inicialmente el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹²⁹.

El Real Decreto-Ley 5/2012 fue convalidado mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹³⁰, que finalmente es la norma vigente en el ordenamiento jurídico español con validez en todo el territorio. Esta norma estatal ha sido la última en llegar al panorama legislativo español, pues muchas comunidades autónomas ya habían regulado la mediación en el pasado.

El CGPJ emitió su informe preceptivo sobre el proyecto de Ley 5/2012¹³¹ en el sentido de valorar positivamente el proyecto y de alabar la iniciativa legislativa. El CGPJ recordaba la informalidad en que había aparecido la mediación y la necesidad de culminar su regulación, en aras a fortalecer la seguridad jurídica en la forma extrajudicial de resolver controversias¹³².

El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, fue tramitado como Proyecto de Ley¹³³ en la sesión del Congreso de los Diputados de

¹²⁹Su antecedente inmediato fue un Anteproyecto de Ley de Mediación presentado al Consejo de Ministros por el Ministro de Justicia el 19 de febrero de 2010. El Anteproyecto fue informado por el Consejo de Estado y por el Consejo General del Poder Judicial.

¹³⁰Publicada en el BOE núm. 162, del día 7 de julio de 2012.

¹³¹Informe accesible en www.poderjudicial.es

¹³²La conclusión primera del informe dice así: «La mediación se ha venido practicando informalmente, a pesar de la falta de regulación, con base en el principio general de autonomía de la voluntad y en las posibilidades que brinda una figura contractual como la transacción. Sumado todo, y aunque algunas voces sostienen la falta de necesidad de dotar a esta figura de un régimen legal, debe considerarse plausible la gestación de una ley específica sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues es de suponer que ello traerá consigo un mayor índice de seguridad jurídica en el empleo de este mecanismo alternativo de resolución de controversias.»

¹³³Una relación cronológica y pormenorizada del proceso legislativo de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles la recoge García Villaluenga *et al.*,

29 de marzo y publicado en el BOCG núm. 6-1 de 10 de abril de 2012¹³⁴. Las 166 enmiendas del Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley fueron publicadas en el BOCG núm. 6-7 de 24 de mayo de 2012¹³⁵. El Senado publicó sus enmiendas al texto aprobado por el Congreso en el BOCG del 26 de junio¹³⁶.

3.3. Recapitulación

En este capítulo se ha seguido el camino del proceso de regulación de la mediación por el derecho. Se ha dicho que este proceso se ha consolidado definitivamente, gracias al impulso del Consejo de Europa, de la Unión Europea y de las Comunidades Autónomas españolas, antes de la aparición de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

En los años 80 y 90 del siglo pasado, las recomendaciones del Consejo de Europa sobre los ADR, al principio, y sobre la mediación, después, descubren un proceso de regulación lento y laborioso. Las primeras menciones a los ADR y a la mediación, son instrumentos de *soft law*, con evidente alcance aspiracional pero no vinculantes.

En las recomendaciones del Consejo de Europa se distingue ya una configuración precisa de la mediación y la racionalidad con la que será preferida su regulación por los respectivos Estados miembros. Esta configuración se realiza a través de tres ejes.

El primero de ellos es el acceso alternativo a la justicia. La mediación es alternativa al proceso judicial. La atribución de la alternatividad a los ADR es provocada por la constatación empírica de las dificultades y obstáculos que muchas personas encuentran para acceder a la justicia, en tanto que derecho humano reconocido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El segundo eje es de los principios de la mediación. Definen a

2012, págs. 13 a 17.

¹³⁴Consultable en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/A_006-01.PDF

¹³⁵Consultable en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/A_006-07.PDF

¹³⁶Consultable en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/A_006-10.PDF

la mediación y la distinguen de otros métodos ADR. El Consejo de Europa habla de confidencialidad y privacidad, voluntariedad, autocomposición, intervención imparcial y neutral de un tercero.

El tercer eje es el estatuto del mediador. La figura del tercero ya condiciona la calidad de la mediación y su capacidad de convertirse en alternativa al proceso judicial. A las iniciales menciones a jueces y abogados, el Consejo de Europa posteriormente suma la especificidad de la figura de un tercero mediador debidamente capacitado y formado.

Es la Unión Europea la que traslada el inicial *soft law* sobre mediación a *hard law*, a través de directivas, fundamentalmente la Directiva 2008/52/CE. En ella, la mediación se diseña como un procedimiento alternativo de resolución de conflictos íntimamente conectada al proceso judicial, al que complementa. Se ha visto cómo la Unión Europea no solamente considera la mediación un recurso prejudicial o extrajudicial, sino intrajudicial, hasta el punto que jueces pueden ejercer, llegado el caso, como mediadores.

No de otra manera se debe interpretar el hecho de que la Unión Europea remarque el principio de acceso a la justicia como el marco de referencia básico que justifica la regulación de la mediación en el continente. Las implicaciones de la referencia última al principio de acceso a la justicia pueden llegar hasta la posibilidad, dejada abierta por la Directiva 2008/52/CE, de que las legislaciones nacionales que la transpongan decidan hacer de la mediación un requisito obligatorio previo de acceso a la jurisdicción.

Finalmente, el estudio del proceso de regulación antes de la Ley 5/2012 se detiene en las normas de mediación dictadas por las Comunidades Autónomas españolas. A lo largo del capítulo, se ha observado cómo la regulación autonómica se desvía del camino iniciado por el Consejo de Europa y por la Unión Europea, al no reclamar la genealogía de la mediación en la racionalidad del acceso a la justicia, sino convertirla en un *servicio social* más. En cambio, sí que la definición de la mediación con base en los principios informadores -al modo en que lo hizo el Consejo de Europa- es acogida sin apenas

variación por las normas regionales.

Se han ofrecido algunas explicaciones plausibles para esta conversión de la mediación en un servicio social: la atribución constitucional de competencias legislativas en materia de servicios sociales y no en acceso a la justicia o la confusión semántica entre la *justicia* como valor informador del bienestar social y la *justicia* como sistema de poder judicial para resolver litigios. En la primera significación, las comunidades autónomas se podían identificar; en la segunda, no.

Ha sido necesario mostrar hasta ahora la definición de la mediación, de los principios y fines que la inspiran y la configuran que se ha hecho en el contexto cronológico y legislativo previo, europeo y español, en que la Ley 5/2012, de 6 de julio entra en vigor, con el fin de comprender cómo esta puede ser la culminación del proceso de regulación jurídica de la mediación ya consolidado de antemano.

En el siguiente capítulo, se mostrará qué entiende la Ley 5/2012 por *mediación*, con todas las implicaciones que esa definición incorpora: principios, fines, procedimientos. En él, se tratará de avanzar en la descripción de la racionalidad que lleva inserta la propia regulación por la Ley 5/2012.

Capítulo 4

La caracterización de la mediación en la Ley 5/2012: fines y principios

La Ley 5/2012 no incorpora demasiadas novedades en el proceso de regulación de la mediación, en el sentido de que la define remitiéndose a sus fines y sus principios, tal y como habían hecho en el pasado el Consejo de Europa, la Unión Europea y las comunidades autónomas.

La definición legal del concepto de *mediación* en la Ley 5/2012 es la siguiente:

«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.»¹

En esta definición legal se pueden encontrar algunas de las características de la mediación enunciadas en el capítulo 2, como son que la mediación se caracteriza como medio de resolución de conflictos entre unas partes que requieren la intervención de un mediador: solución de un conflicto gracias a la intervención de un tercero.

¹Definición contenida en el artículo primero de la ley.

En el análisis de la regulación de la Ley 5/2012, se encuentran críticas que ponen de manifiesto que regular la mediación, incorporarla al ordenamiento jurídico tiene como objetivo principal resolver conflictos. «La mediación, por tanto, sirve a la resolución de conflictos, no a la tutela de derechos»². En este mismo sentido, se afirma que el primer objetivo de la mediación es resolver conflictos con celeridad o, al menos, con más celeridad que lo hace el proceso judicial. El primer objetivo de la mediación «es conseguir resultados sin demora. La mera creación de alternativas al juicio, sin que se reduzca la demora significativamente, puede que en la práctica no sea algo efectivo»³. La mediación no entraña por sí misma una mejora de la administración de justicia si solamente contribuye a evitar la litigiosidad, debe hacerlo más rápidamente.

De acuerdo con que la mediación resuelve conflictos jurídicamente relevantes, tal y como es el objetivo del proceso judicial: resolver litigios a través de la intervención de un tercero. En esto, como institución jurídica y regulada por el derecho, el objetivo de la mediación no se distingue del objetivo del proceso, tal y como se apuntó anteriormente, en el apartado 2.6.2. Se puede decir que la mediación, también en la Ley 5/2012, es un medio del derecho para resolver conflictos.

Sin embargo, no se debe olvidar que la mediación es un mecanismo en la realidad social no regulada que busca otros objetivos y no únicamente la resolución del conflicto en cuestión: el *cambio social* hacia unas relaciones interpersonales diferentes, más pacíficas, más igualitarias. Este modo de aproximarse a los objetivos de la mediación amplía notablemente su pura función *resolutiva de litigios* y la acerca a otros principios recogidos en el discurso de los derechos fundamentales, y por tanto, de su tutela.

De nuevo aquí, en estas críticas a la definición legal, parece olvidarse que la mediación sirve al principio de acceso a la justicia y que ese acceso a la justicia, en el ordenamiento jurídico español, se

²Bonet Navarro *et al.*, 2013, pág. 33.

³Pérez Martell, 2008, págs. 30 y 31.

articula en forma de derecho a la tutela judicial efectiva. Por consiguiente, se puede argumentar que la mediación sirve a la mejor tutela de un derecho fundamental, como es el recogido en el art. 24 de la Constitución Española⁴.

En cualquier caso, en este asunto, se manifiesta la ambigüedad del sentido de la *justicia* a la que la mediación sirve como acceso. En el juego de los dos sentidos la racionalidad de la mediación se expresa constantemente⁵.

Los medios de la mediación se expresan a través de unas condiciones esenciales que afectan al ser mismo de la mediación: resolución por las propias partes en el conflicto de forma lo más autónoma posible, que participan voluntariamente dentro de un proceso cuyo contenido es confidencial y con ayuda de un tercero imparcial, quien respeta escrupulosamente la autonomía de las partes en el procedimiento. Estas condiciones son consustanciales a la mediación. Y se muestran durante un procedimiento de mediación dado. Sobre estas condiciones a partir de las cuales se construye la caracterización de la mediación regulada por la Ley 5/2012. En ella, la mediación es un medio asociado y complementario al proceso judicial y coadyuva a dar cumplimiento a la función y principio estatal de la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, por lo que resulta lógico afirmar, como hace el Preámbulo de la Ley, que la mediación gira en torno a tres ejes. Ejes que se identifican claramente con tres finalidades.

La mediación contiene estos tres objetivos según la Ley 5/2012: la *desjudicialización*, la *deslegalización* y la *desjuridificación*. El legislador estatal define en la propia Exposición de Motivos estos tres objetivos o ejes de la mediación.

⁴En el capítulo 6 se desarrolla más ampliamente esta cuestión, que resulta muy importante en el análisis de la racionalidad de la mediación regulada.

⁵Sentido de la *justicia* estudiado en el apartado 2.4 de esta obra.

4.1. Los fines de la mediación en la Ley 5/2012

La mediación es un instrumento, no un fin en sí misma. Este carácter instrumental la hace servidora de unos fines que la regulación se encarga de explicitar.⁶

El punto primero del Preámbulo de la Ley da otra definición de mediación, que perfecciona la del art. 1, en que reitera la centralidad del tercero mediador y que pone de manifiesto dos funciones del procedimiento, mantener las relaciones y ejercer el control sobre el futuro del conflicto⁷.

El legislador español se decanta por un concepto de mediación más bien facilitativa o facilitadora, en la que la figura del mediador posee un papel limitado al de recrear un espacio de libertad y seguridad en el que las partes en conflicto puedan aproximar sus posiciones y llegar a un acuerdo por sí solas, sin que el mediador pueda proponer una solución para ser aceptada por ellas. Esta concepción de la mediación regulada por la Ley 5/2012 no difiere demasiado de la de la mediación como institución social⁸, cuya racionalidad subyacente puede haber sido asumida, en parte, por su regulación jurídica.

Además, esta opción legislativa viene confirmada por el art. 8 de la Ley. «Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.» Asimismo, este último precepto abunda en la misma idea, ya que en su apartado primero dice que el mediador «facilitará la comunicación entre las partes», y su apartado segundo añade que el mediador desarrollará una «conducta activa»

⁶Corsón Pereira y Gutiérrez Hernanz, 2014, págs. 35 y 36.

⁷Ese punto primero dice: «La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto».

⁸Se puede ver en el capítulo 2.

para «lograr el acercamiento de las partes.»

Respecto a la finalidad de la mediación, regulada por la norma que analizamos, en sus motivos el gobierno español sienta un principio general justificador que fundamente la razón de ser del desarrollo normativo. Este principio general no es solamente transponer la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. No lo es, pues la regulación estatal «conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, y pretenda tener un efecto jurídico vinculante», con lo que desborda ampliamente el marco de los aspectos meramente transfronterizos de la mediación que fijaba en 2008 la directiva europea. La remisión al mandato de la directiva que hace el gobierno central en su norma, aunque da cumplimiento al deber de transposición, parece más bien un formalismo para evitar al Estado español «el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea» y para justificar el principio de oportunidad para legislar y para hacerlo a través del recurso excepcional y urgente del Real Decreto-ley en marzo de 2012.

El principio general es el de dar carta de naturaleza a la mediación como medio o instrumento de la garantía de la tutela judicial efectiva, ejercida por el Poder Judicial a través de la Administración de Justicia. O dicho en términos de la Exposición de Motivos, «de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja». Este principio general aplicado a la mediación es corolario de otro aplicado al Estado: «Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos».

Para la norma estatal sobre mediación, la mediación es un instrumento jurídico asociado al proceso judicial. Apenas se puede ser más claro que el propio legislador, ya que, para él, la mediación destaca «como instrumento complementario de la Administración de Justicia», que asegura «su conexión con la jurisdicción ordinaria». La mediación es un «hábil coadyuvante»⁹ del trabajo de los

⁹Los textos entrecomillados, entresacados de la exposición de Motivos de la

juzgados¹⁰. Las afirmaciones de la ley no son del todo acompañadas por las cifras. Los datos estadísticos publicados por el CGPJ indican que en 2017 se derivaron efectivamente a mediación 7.012 asuntos judiciales, mientras que ingresó en los órganos judiciales de la jurisdicción civil un total de 2.040.018 asuntos; las derivaciones resultan el equivalente al 0,34 % del total de asuntos¹¹. Estos datos tampoco son demasiado alentadores si se toma en consideración que en 2016 hubo 7.285 derivaciones a mediación y en 2015, 8.702, es decir que la cantidad de asuntos derivados a mediación

Ley 5/2012.

¹⁰Es llamativa la comparecencia del Secretario de Estado de Justicia, Sr. Román García, ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados en fecha 16 de abril de 2012. En las sesiones de la Comisión se debatían las enmiendas y modificaciones al Real Decreto-Ley 5/2012 antes de ser presentado al Pleno del Congreso para su homologación. La transcripción de la comparecencia se puede consultar en el diario de sesiones del Congreso de los Diputados: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso>

El Sr. Secretario de Estado afirmaba: *«Permítanme en este punto que les explique gráficamente con un ejemplo qué tratamos de hacer. Nos encontramos con una habitación, la sede judicial, inundada porque a través de un gran agujero en la pared entra una tromba de agua. No podemos permitir que esa tromba siga entrando. Si queremos achicar el agua de la habitación de la sede judicial, lo primero que tendremos que hacer será contener la entrada de agua. Eso quiere decir que tenemos que buscar mecanismos alternativos de solución de conflictos. No podemos pensar que todos los asuntos tienen que tener respuesta por un juez. Es necesario pensar que hay grandes profesionales dentro del ámbito relacionado con la Administración de Justicia que reúnen una formación y una preparación y acreditación excepcionales y que pueden resolver conflictos sociales. Solo aquellos cuya naturaleza o entidad lo hagan necesario tendrán que ser resueltos por un juez. Precisamente por eso lo primero que tenemos que hacer es buscar esas fórmulas de solución extrajudicial de conflictos para, después, agilizando procedimientos e imponiendo grandes dosis de organización, procurar solucionar los litigios judiciales, la excesiva litigiosidad de nuestros órganos judiciales. Una de estas fórmulas, como les decía, de profundización en la resolución extrajudicial de conflictos es -y digo es en presente y no en futuro porque el Gobierno ya ha introducido modificaciones en el sistema con la aprobación del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, que fue convalidado el pasado 29 de marzo por el Congreso de los Diputados- la nueva regulación de la mediación civil y mercantil.»*

¹¹El año 2017 es el último del que se conocen estadísticas oficiales publicadas por el CGPJ, que se recogen desde 2012 para la mediación civil y desde 2009 para la mediación familia. Los datos estadísticos completos sobre mediación civil y familiar están publicados en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/>. Sobre la carga efectiva de trabajo en los juzgados españoles, los datos publicados por el CGPJ se pueden consultar en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/>

intrajudicial presente una tendencia al decrecimiento paulatino.

Aliviar la carga de trabajo de los juzgados se ha convertido en un lugar común cuando se analiza la implantación de la mediación y sus objetivos. El Consejo General del Poder Judicial de España hace años que incluye en sus reflexiones sobre la necesidad de regulación de la mediación la evidencia de la estadística creciente y cada vez más frecuente de la litigiosidad civil¹². La doctrina norteamericana sobre la mediación utiliza la expresión *no adversarial* para referirse a la mediación, con el objetivo de desvincularla del sistema judicial de resolución de conflictos, al que identifica con el requerimiento de que los pleiteantes «sean adversarios».¹³

La doctrina procesalista habla de crisis del proceso judicial, motivada por dos fuerzas: «de un lado, por el exceso de judicialización¹⁴ de los conflictos en todos los ámbitos, la inflación legislativa generada por la aprobación constante de normas tanto sustantivas como procesales, el aumento de cuestiones complejas de conflictos de leyes y de jurisdiccionales, además de la lentitud y carestía de los trámites judiciales y su falta de eficacia»¹⁵.

Por esta razón, parece lógico que la regulación de la mediación sea en parte regulación de derecho procesal, de encaje de la mediación en el procedimiento de enjuiciamiento civil. Por una razón secundaria y por otra razón principal. La razón secundaria es que la regulación se realiza al amparo de las competencias estatales exclusivas en materia de legislación mercantil, procesal y civil, tal y como sienta la Disposición final quinta de la Ley.

La razón principal es la consideración de la mediación como un instrumento complementario al proceso judicial. Novedades como la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones (art. 4 de la Ley 5/2012) son ejemplo de la instrumentalidad de la mediación para el proceso judicial. Esta suspensión es una novedad manifiesta en el sistema de derecho civil español, que hasta la

¹²Ortuño Muñoz y Sáez Valcárcel, 2007, pág. 632.

¹³Haynes, 1995, págs. 12 y 13.

¹⁴Sobre *judicialización* se trata en el siguiente apartado 4.2.

¹⁵Pillado González y Fariña Rivera, 2015, pág. 59.

Ley 5/2012 solamente había aceptado la interrupción de los plazos, no la suspensión. Así también la exclusión de entablar acciones judiciales durante el proceso de mediación y la declinatoria (art. 10.2 de la Ley 5/2012), el acuerdo de mediación como título de ejecución (arts. 25 y 26) que incluso permite el embargo directo de bienes del ejecutado (nueva redacción dada al art. 580 de la LEC), entre otras, muestran la rica intersección y complementariedad de la mediación con el proceso judicial.

Una de las características de la racionalidad de la mediación regulada por el derecho puede ser precisamente esta capacidad de insertarse e imbricarse con el proceso judicial. El derecho reconoce la flexibilidad y polivalencia de la mediación con el fin de poder atraerla lo más posible al proceso judicial.

Como se dijo al principio de este capítulo, la mediación es un medio asociado y complementario al proceso judicial y coadyuva a dar cumplimiento a la función y principio estatal de la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos.

Para concretar esta función, la mediación gira en torno a tres ejes o tres finalidades.

Según la Ley 5/2012, estos ejes son la *desjudicialización*, la *deslegalización* y la *desjuridificación*.

La desjudicialización¹⁶, que consiste en que «determinados asuntos» quedan puestos a disposición de la mediación antes que a la jurisdicción. Es la declaración consecuente con la conceptualización de la mediación como método complementario al judicial de resolución de conflictos. Sin embargo, la desjudicialización parece ser una desjudicialización controlada, solo para «determinados asuntos». Por ejemplo, el caso de la mediación *online* para contenciosos sobre reclamación de cantidades inferiores a 600 euros (art. 24 de la Ley)¹⁷.

También, se aprecia en los ámbitos excluidos objeto de mediación (art. 2.2), exclusiones coherentes con el carácter civil y mer-

¹⁶Sobre *desjudicialización* y *judicialización*, el apartado 4.2.

¹⁷El art. 24.2 habla de un uso «preferente» de la mediación online en estos casos.

cantil de la Ley o con la existencia de figuras de mediación -laboral- en vigor. Y coherentes con una intención en que se difiere a una ulterior regulación por normas sectoriales la mediación penal y la mediación con las Administraciones públicas.

Es decir, la desjudicialización es parcial, alcanza graduaciones diversas y solamente para ámbitos y sectores específicos con lo que se puede apreciar un debilitamiento de este eje de la mediación, a pesar de su proclamación en el Preámbulo normativo.

El segundo objetivo es de la deslegalización, que significa, según dice el Preámbulo legal, la «pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto». Parece una apelación a la apertura del conflicto a la autocomposición de su solución, solución ya no solo prevenida *ex lege*, puesto que la mediación versa sobre derechos disponibles. La deslegalización es proclamada para, a continuación, promover una suerte de *legalización*¹⁸ subsiguiente del acuerdo de mediación (arts. 25.1 y 4). Así, la elevación a escritura pública mediante protocolo notarial de los acuerdos de mediación o la homologación judicial por el tribunal que conocía del proceso judicial ya iniciado. *Legalización* en principio potestativa para las partes, ya que la Ley habla de que «las partes podrán» usar o no de las posibilidades de los párrafos 1 y 4 del artículo 25. Potestativa sí, aunque no siempre (arts. 25.3 y 26) puesto que la ejecución de los acuerdos de mediación hace preceptiva su «legalización».

En esta aparente paradoja, puede aparecer el tema de la selección que realiza la Ley 5/2012 sobre lo que es objeto de *regulación* y lo que es objeto de *des-regulación*. El derecho puede elegir de manera selectiva ámbitos de la mediación en que se produzca una desregulación, la proclamada *deslegalización* de la norma. El ámbito de la disponibilidad de las partes, de la gestión del procedimiento, de las sesiones de mediación, puede ser des-regulado parcialmente, en favor del principio de autocomposición. En cambio, parece por otro lado, que el ámbito del concreto acuerdo de mediación pasa a

¹⁸O, más bien, *re-legalización*.

ser re-regulado: qué grado de validez y de eficacia jurídicas tendrá el acuerdo, cómo podrá ser ejecutado en caso de incumplimiento.

El juego entre *regular* y *des-regular* supone que el *des-regular* trata de crear espacios de acción mediante normas permisivas de forma que la autoridad jurídica se compromete a no interferir y a dar validez a los acuerdos a los que lleguen las partes en el espacio o acción permitidos. La des-regulación no significa la ausencia total de regulación, en el sentido de laguna jurídica o anomia.

Este asunto es importante para la caracterización de la racionalidad de la mediación y tiene que ver con la conexión entre los procesos regulatorios de la mediación y los paradigmas y transformaciones del derecho contemporáneo que son estudiados en los capítulos 8 y 9 de este trabajo.

El tercero y último objetivo-eje es la desjuridificación, cuyo significado es «no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio», como dice el Preámbulo de la Ley 5/2012. Parece un objetivo secundario, una consecuencia de la deslegalización, pues el contenido del acuerdo hecho a medida por las partes tiene algo de originario, prejurídico, incluyendo en esto la falta de acuerdo a la que pueden llegar las partes. La desjuridificación tiene el límite del art. 23.4: todo acuerdo de mediación puede atacarse a través de la acción de nulidad. Del mismo modo, el art. 19.1 de la LEC, que establece que «los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán [. . .] someterse a mediación [. . .], excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero». El acuerdo de mediación, según la Ley 5/2012, es un contrato civil a todos los efectos¹⁹, pues reúne los caracteres de poseer efecto vinculante, de convertirse en título ejecutivo mediante su elevación a escritura pública, de ser recogido en forma escrita con los acuerdos alcanzados junto con las firmas de los intervinientes y de ser solamente atacable a través de la acción de nulidad, como se ha dicho, «por

¹⁹Un modo del contrato de transacción, en Viola Demestre, 2003.

las causas que invalidan los contratos»²⁰. Se puede afirmar que el acuerdo de mediación es equiparable jurídicamente al contrato de transacción regulado en el Código civil²¹.

Es decir, la desjuridificación proclamada en la Ley 5/2012 se produce en el ámbito de la forma del contenido del acuerdo, no del acuerdo mismo, que mantiene su carácter jurídico y se hace equivalente a un contrato.

4.2. La desjudicialización y la conexión de la mediación con el proceso judicial

En principio, el Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, justifica una distinción entre mediación y proceso pues insiste en realizar «el primero de los ejes de la mediación, que es la desjudicialización de determinados asuntos». Esta mención es congruente con que la mediación «contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como último remedio». Esta línea normativa se alinea con lo mantenido por el Estado respecto al fo-

²⁰Viola Demestre, 2003, pág. 356 y ss.

Así, el artículo 23 de la Ley 5/2012: *El acuerdo de mediación*. 1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación. En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. 2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes. 3. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación. El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo. 4. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

²¹Para el estudio del contrato de transacción en el Código civil, con referencias a la autocomposición de las partes que serán estudiadas más adelante, en el capítulo 5 de este trabajo, es referente la obra de Isabel Viola, en Viola Demestre, 2003.

mento de la mediación en años anteriores a la Ley 5/2012. De hecho, el informe emitido por el CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley 5/2012, remarcaba en su Conclusión Primera el hecho de que «el fomento de la mediación, como medio de solución de conflictos alternativo a la vía judicial, [...] puede redundar en una reducción del número de asuntos que llegan a los Juzgados y Tribunales, constituye un objetivo tanto del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012, del Ministerio de Justicia, como del Plan de Modernización de la Justicia aprobado por el Pleno del CGPJ en su sesión de 12 de noviembre de 2008». También el Preámbulo sigue la línea de la Directiva 2008/52/CE, que transpone.

En segundo lugar, cuando dice la norma legal que la mediación es un medio para la *desjudicialización* de la resolución de conflictos, esto quiere decir que, *sensu contrario*, la realidad actual es de *judicialización*. Es decir, el recurso a la vía jurisdiccional es preferido por los ciudadanos para dirimir sus disputas²². Se ha explicado esta judicialización por el papel atribuido constitucionalmente en España al Poder Judicial a partir de 1978: ser el principal, y a veces, único, garante de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos²³.

²²En la preocupación por articular de forma más real el derecho de acceso a la justicia, se pondrá de manifiesto la causalidad del colapso de los órganos judiciales por la excesiva judicialización, en el apartado 6.2, cuando se estudie la obra de Mauro Cappelletti: Cappelletti *et al.*, 1975, 1981; Cappelletti y Garth, 1983; Cappelletti, 1993.

En los Estados Unidos de América la evidencia de la excesiva judicialización de los conflictos y la consiguiente *desesperación* judicial ha sido motivo de análisis en Cohen, 2006, págs. 645 y ss: «*The focus on settlement is a natural response to an overcrowded court system. The Oregon Task Force on Family Law found that the family court system was collapsing under the burden of its case load. The promise of reducing court calendars through the use of ADR looks attractive to family court judges. "The severe overcrowding of dockets and courtrooms makes any alternative to litigation look inviting. Judges desperate for relief will encourage almost any device -including mediation which is contracted out beyond their supervision, and is financed by the parties- that keeps divorce cases out of the courtroom". Indeed, the number of child custody dispute filings that go to trial in California, for example, has declined 8.5 percent since mediation has grown in popularity in that state.*»

²³Mejías Gómez, 1998, pág. 306.

El art. 24.1 de la CE dice, al presentar el derecho a la tutela judicial efectiva que «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y

No solo por este protagonismo constitucional del Poder Judicial. También se han descrito hasta siete motivos para explicar la judicialización de los conflictos²⁴, como la ausencia de una cultura de la transacción²⁵; la tendencia a que todos los problemas de los ciudadanos sean resueltos por los poderes públicos²⁶; la complejidad cada vez mayor de la vida social²⁷; la exigencia por parte de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos²⁸; el creciente protagonismo social, político, jurídico y económico del Poder Judicial²⁹: el excesivo protagonismo del Estado e insuficiencia

tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». El art. 53.2 de la CE: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.»

²⁴Estos motivos se pueden poner en relación ahora con las cuatro causas que motivaron la aparición de los ADR y que han sido descritas en el apartado 2.6.3. De algún modo, la judicialización de los conflictos de que se trata en este momento es el anverso de la moneda. El reverso de la misma moneda es la irrupción paulatina de los ADR y de la mediación en el sistema de acceso a la justicia. El proceso de regulación que llega a la Ley 5/2012, toma en cuenta ambos lados de la cuestión analizada y explicita la imbricación entre *judicialización* y *mediación*.

²⁵«Todos los conflictos pretenden dirimirse por vía heterocompositiva, y no por vía autocompositiva, cediendo cada una de las partes en alguna de sus posiciones al objeto de llegar a un acuerdo beneficioso para ambas.» Mejías Gómez, 1998, pág. 304.

²⁶«Esta es una de las consecuencias del llamado Estado del Bienestar, en el que los ciudadanos exigen del Estado que atienda todas y cada una de sus carencias, necesidades y problemas. Esto ha generado una costumbre, a modo de inercia social, consistente en que si dos personas tienen un problema no les compete a ellas resolverlo, sino al poder público. Existe una cultura acomodaticia a abdicar la propia responsabilidad en un tercero, que siempre es el Estado, como ente todopoderoso capaz de resolver todos los problemas de sus ciudadanos», en Mejías Gómez, 1998, pág. 304.

²⁷«[E]n todos sus aspectos, con especial consideración del ámbito mercantil. Ello ha originado, inevitablemente un mayor número de conflictos, al ser también cada vez mayor y de mayor complejidad el abanico de relaciones sociales existente». Mejías Gómez, 1998, pág. 304.

²⁸«Existe hoy día una mayor conciencia social, tanto a nivel individual como a nivel colectivo, de sus derechos a que los derechos y libertades que les reconocen las leyes tengan una proyección práctica y no se queden en papel mojado, como ocurría en otros tiempos. Esta es la consecuencia de una sociedad más democrática, más libre y más culta, y por ello exigente del respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos.» Mejías Gómez, 1998, págs. 304 y 305.

²⁹«En efecto, con los Jueces y Tribunales ha pasado que de ser personajes anónimos, desconocidos y de escaso interés social, se ha pasado, en el breve plazo

de regulación jurídica que invite a los ciudadanos a acudir a vías alternativas de resolución de conflictos³⁰ y la utilización del proceso como forma de vindicta social.³¹

De lo que se trata en definitiva en la Ley 5/2012 es de efectuar un claro deslinde entre la justicia impartida por jueces únicamente sometidos al imperio de la ley y la mediación, en la que la declaración de motivos de la regulación estatal hace patente «la pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto»³².

Es decir, hay una intención en separar el proceso de la mediación, al menos en lo que se deduce de la lectura de la declaración de intenciones de la Ley 5/2012.

Sin embargo, hay que recordar que la Ley 5/2012 es la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/52/CE, en cuyo Considerando 19 se decía que «la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva». Efectivamente, la regulación de la efectiva ejecu-

de veinte años, a que las notas judiciales sean el pan nuestro de cada día en todo tipo de medios de comunicación. [...] Ello ha dado lugar a que los ciudadanos hayan redescubierto la existencia e importancia del Poder Judicial y acudan a él para la resolución de sus conflictos, en lugar de acudir a otras vías diferentes y alternativas y quizá más adecuadas, según el tipo de conflicto a solucionar». Mejías Gómez, 1998, pág. 305.

³⁰«Ciertamente, en los últimos años [...] se ha observado un afán del Estado por intervenir en todo tipo de cuestiones e intentar asumir la respuesta a todo tipo de demandas sociales. Esto es sencillamente imposible o inviable. El Estado tiene un marco de actuación determinado, distinto evidentemente en el Estado Liberal que en el Estado Social y Democrático de Derecho, pero desde luego lo que no puede, ni desde la perspectiva de los medios materiales o económicos ni desde la de los medios humanos, es pretender ser la panacea a todos los problemas de los ciudadanos.» Mejías Gómez, 1998, pág. 305.

³¹«[C]on la intención de *enquistar el conflicto* y hacerlo durar eternamente utilizando torticeramente todos los medios que el ordenamiento jurídico pone al alcance de ciudadanos para la defensa de sus derechos e intereses legítimos». Mejías Gómez, 1998, pág. 306.

³²Epígrafe III de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

tividad de los acuerdos de mediación la hace la Ley 5/2012 en los artículos 25 a 27, dentro del Título V, transponiendo lo previsto por la norma europea.

Es precisamente la fuerza ejecutiva lo que impide a la mediación convertirse en una opción peor que el proceso judicial. Pero los conceptos de *fuerza ejecutiva* o *ejecutividad* son conceptos netamente procesales. Para que la mediación «no sea peor que el proceso judicial, necesita al fin y al cabo, precisamente del proceso judicial»³³. Es decir, la Ley 5/2012 consagra de forma retórica la distinción entre mediación y proceso judicial pero en el cuerpo de la regulación a la postre asegura de la mediación «su conexión con la jurisdicción ordinaria»³⁴. El aseguramiento de esta conexión la realizaba en 2008 la Directiva europea, ya que el art. 1.1 define el modo en que se lleva a cabo el objetivo de la mediación: «facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios [...] asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial».

Los aspectos puramente procesales que son influidos por la regulación de la mediación son la abstención del juez cuando existe sumisión de las partes a mediación, incluyendo la declinatoria y medidas cautelares de suspensión del proceso; la homologación y ejecución judiciales de los acuerdos de mediación, con lo que esto conlleva -ejercicio de la acción ejecutiva, oposición e impugnación de la ejecución-.

No extraña que la Disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, modifique veinticuatro artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el fin de incluir la mediación dentro de las normas previstas para el proceso civil³⁵. Los artículos modificados son relativos a competencia objetiva, declinatoria, forma de auto para la aprobación de acuerdos de mediación, admisión de la demanda, validez de la práctica de prueba durante el proceso, configuración de

³³Bonet Navarro *et al.*, 2013, pág. 21.

³⁴Expresión utilizada también por la Ley 5/2012 en el Apartado II de su Preámbulo.

³⁵Barona Vilar, 2013; Bonet Navarro *et al.*, 2013.

la mediación en la audiencia previa, plazos de caducidad de la acción ejecutiva por acuerdos de mediación, oposición, impugnación de la ejecución y requerimiento al ejecutado de pago de cantidad de dinero. En estas modificaciones a la LEC, la Ley 5/2012 equipara los acuerdos de mediación en rango y tratamiento a los laudos y resoluciones arbitrales, siempre y cuando esos acuerdos hayan sido elevados a escritura pública de acuerdo con lo previsto en la propia Ley 5/2012³⁶.

La LEC, reformada por la Ley 5/2012, regula la acción ejecutiva otorgándole el plazo de caducidad de 5 años³⁷, el deber de acompañar a la demanda ejecutiva copia de las actas de inicio y finalización de la mediación³⁸ y el reconocimiento de ser causa de oposición a la ejecución el pago cumplimiento de lo «ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo»³⁹.

Mientras la Ley 5/2012. de 6 de julio, proclama la desjudicialización de los conflictos, también el mismo texto legal construye el procedimiento de mediación, que, como se ha visto, convierte paradigmáticamente al acuerdo de mediación en un título ejecutivo procesal, «a los efectos de dotarlo de fortaleza (hacerlo mejor)»⁴⁰ y no peor que el proceso, cosa que quería evitar la Directiva 2008/52/CE.

Según los comentarios de Ángel Bonet Navarro a la Ley 5/2012, esta regula la mediación de tal manera que no tiene por objetivo tutelar derechos, que es el objetivo del proceso, sino solamente resolver conflictos mediante acuerdos. Por eso, cuando se trata de tutelar un derecho, es necesario acudir al proceso judicial para alcanzar «la tutela jurisdiccional ante el incumplimiento de lo acordado»⁴¹ en la mediación.

Sin embargo, no parece que esta interpretación tenga en cuenta que la mediación ha sido precisamente regulada por la Ley 5/2012 como medio de acceso a la justicia, es decir como medio de acceso al

³⁶Artículo 517.2.2º de la LEC.

³⁷Plazo del artículo 518 de la LEC.

³⁸Artículo 550.1.1º de la LEC.

³⁹Artículo 556.1 de la LEC.

⁴⁰Bonet Navarro *et al.*, 2013, pág. 29.

⁴¹Bonet Navarro *et al.*, 2013, pág. 33.

sistema de tutela de derechos. Cosa diferente es considerar que la mediación no puede tutelar derechos por ella misma y que necesita del proceso judicial para hacerlo de forma efectiva. Se viene diciendo desde el principio de este trabajo que la mediación muestra una alta capacidad de imbricación con el proceso judicial, que es *coadyuvante* de este en el acceso a la justicia de las partes inmersas en conflictos. Quizá en esta ocasión, el proceso es *coadyuvante* de la mediación para la tutela de derechos.

Lo que hace la Ley 5/2012 es aceptar la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos a la altura del proceso judicial. En el proceso de regulación de la mediación se impone la tesis que manejaba el CGPJ desde finales de los años 90, que incluía a la mediación como una forma equivalente y complementaria⁴² a la jurisdiccional:

«Finalmente, si bien la función de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses es una función que a través de la jurisdicción realizan los tribunales en exclusiva, nada impide que tales conflictos no se resuelvan por la vía jurisdiccional, sino por mecanismos autocompositivos (mediación, negociación, conciliación) o heterocompositivos extrajudiciales (arbitraje).»⁴³

Por consiguiente, el proceso de regulación de la mediación muestra que, para la Ley 5/2012, no solamente hay una equivalencia entre el procedimiento de mediación y el proceso judicial a la hora de resolver litigios. También muestra que la regulación jurídica ha querido que ambos, mediación y proceso, cohabiten en el mismo ámbito de la tutela de derechos. Se trata, de nuevo, de una mediación alternativa pero imbricada con el proceso judicial.

⁴² «No se trata de opciones contradictorias, antagónicas o enfrentadas, sino muy al contrario, estamos en presencia de distintas vías, cada cual con sus ventajas y unos inconvenientes, pero que pueden perfectamente complementarse y actuar coordinadamente en aras del fin que les es común; la resolución de conflictos entre las partes.» Mejías Gómez, 1998, pág. 311.

⁴³ Mejías Gómez, 1998, pág. 303.

4.3. Los principios de la mediación en la Ley 5/2012

Los principios de la mediación han sido llamados a definir la esencia de la institución. Los principios son elementos que configuran el modo en que se determina la mediación con una estructura inalterable sobre la cual se va desarrollando el procedimiento⁴⁴.

El Título II de la Ley 5/2012 se titula justamente «Principios informadores de la mediación», que se desenvuelve del art. 6 al art. 10 del cuerpo legal. Así pues, para la ley estatal, los principios *informan* del contenido esencial de la mediación.

La Recomendación núm. 1 R(98) del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1998, sobre mediación familiar distinguía entre principios «vinculados a la organización de la mediación» más bien relacionados con la voluntariedad de las partes⁴⁵ y con las condiciones de ejercicio de los mediadores⁴⁶ y los principios «relativos al proceso», más bien vinculados a deberes del mediador, como por ejemplo, los principios de imparcialidad, neutralidad y abstención sobre la solución del litigio.

Igualmente, el Libro Verde de la Unión Europea sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil también fijaba principios comunes a los procedimientos de mediación en el continente: voluntariedad, imparcialidad, equidad del tercero, confidencialidad. El Código de Conducta Europeo para los Mediadores de 6 de abril de 2004 alude expresamente a los principios de independencia, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad⁴⁷.

⁴⁴García Villaluenga, 2010, pág. 718.

⁴⁵«II. a. Mediation should not, in principle, be compulsory.»

⁴⁶«II. c. Irrespective of how mediation is organised and delivered, States should see to it that there are appropriate mechanisms to ensure the existence of procedures for the selections, training and qualification of mediators; and standards to be achieved and maintained by mediators.»

⁴⁷El Código dice: «El presente Código de conducta establece una serie de principios [...] Podrá aplicarse a cualquier tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles.»

La Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales⁴⁸ y la consecuente Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 recogen los principios que definen la mediación: confidencialidad⁴⁹, voluntariedad⁵⁰, imparcialidad y competencia del mediador⁵¹, flexibilidad del procedimiento⁵² y la buena fe⁵³.

Ya antes de la regulación efectuada por la Ley 5/2012, en los antecedentes normativos que se han expuesto, los principios constituyen el contenido esencial de la mediación como institución. Los principios no son meros accidentes de la mediación, sino que, como hemos visto, son esenciales, están en la propia definición de la mediación. Lo que no es la mediación se deduce fácilmente eliminando o manipulando uno o varios de los principios.

Los principios de la mediación también son entendidos como deberes u obligaciones del mediador: voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, junto con la creatividad, la organización y preparación de la mediación, interacción, eliminación de conductas agresivas⁵⁴. En los apartados siguientes se atenderá a esta cuestión pero, sobre todo en el capítulo 7, se analizará cómo la observancia y el cumplimiento de estos deberes en la persona del mediador configura la mediación regulada como una nueva profesión y al tercero como un nuevo profesional. Se tratará de examinar si la racionalidad de la regulación de la mediación, a través de este mecanismo de conversión de los principios en normas deontológicas del tercero mediador, modifica la caracterización de la mediación

⁴⁸Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales, presentada por la Comisión y aprobada el 22 de octubre de 2004, COM (2004) 718 Final. Los principios se aluden en la Exposición de Motivos.

⁴⁹Considerando 23 y artículo 7 de la Directiva.

⁵⁰Considerando 17 y artículo 1. a) de la Directiva.

⁵¹Considerandos 16 y 17 y artículos 1. b) y 4 de la Directiva.

⁵²Considerando 17 de la Directiva.

⁵³Considerando 19 de la Directiva.

⁵⁴Pillado González y Fariña Rivera, 2015, pág.s 155 y ss.

entendida previamente como institución social.

De forma complementaria, los principios de la mediación se entienden a partir de su carácter extrajudicial. Puede afirmarse que la mediación ha servido para romper con la creencia de que «ganar el proceso judicial significa resolver el conflicto»⁵⁵. Ante la perspectiva de esta afirmación, bien se puede entender que se puede resolver el conflicto *sin ganar* el proceso judicial, es decir, fuera de él. He ahí el sentido del carácter extrajudicial de la mediación.

En línea con esta afirmación, también puede haber sido decisiva la vinculación de la mediación con el principio de acceso a la justicia para evitar la simplificación reduccionista según la cual la justicia solamente se puede obtener de los tribunales en sede judicial.

La mediación es extrajudicial porque no está «atribuida al Poder Judicial, ni su ejercicio corresponde, ni debiera corresponder en ningún caso, al desempeño profesional de las funciones jurisdiccionales constitucionalmente otorgadas a jueces y magistrados»⁵⁶. La Directiva 2008/52/CE prevé la mediación «llevada a cabo por un juez»⁵⁷, aunque matiza que el juez-mediador no podrá ser «responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto del litigio». En la Ley 5/2012, de 6 de julio, no se ha transpuesto esta posibilidad que prevé la Directiva europea y, por tanto, los jueces no pueden ejercer como mediadores en ningún caso: la *extrajudicialidad* es absoluta, en este sentido.

4.3.1. La voluntariedad y la libre disposición

La voluntariedad es el principio que más aparece explicitado en el proceso de regulación de la mediación⁵⁸. Y, además, su significado en el proceso de regulación permanece prácticamente invariable en las normas hasta la Ley 5/2012.

Por ejemplo, el Libro Verde de la Unión Europea sobre los modos

⁵⁵Fisher *et al.*, 1996, pág. 21.

⁵⁶Martín Diz, 2010, pág. 65.

⁵⁷Considerando 12.

⁵⁸Los Cuadros 3.1, 3.2 y 3.3 tratan de mostrar esta afirmación, también.

alternativos de resolución de litigios afirma que «podría ser inútil obligar a alguien a participar en un ADR contra su voluntad, en la medida en que el éxito del proceso depende de esa misma voluntad»⁵⁹.

Las conceptualizaciones sobre la voluntariedad⁶⁰ la definen como un principio irrenunciable y esencial de la mediación, en el sentido de que cada parte en conflicto participa de la mediación por virtud de una decisión voluntaria e informada. Esto significa, a su vez, que las partes pueden abandonar el proceso en cualquier momento del proceso de mediación.

En relación con el concepto de voluntariedad que utiliza la Ley 5/2012, puede resultar útil compararlo con el de la Ley 15/2009, de Mediación en el ámbito del derecho privado.

El artículo 5 de la Ley catalana trata de este principio y lo define así:

«1. La mediación se basa en el principio de voluntariedad, según el cual las partes son libres de acogerse a la misma o no, así como de desistir en cualquier momento. 2. Si una vez iniciado el procedimiento de mediación cualquiera de las partes desiste, no pueden tener efectos en un litigio ulterior el hecho del desistimiento, las ofertas de negociación de las partes, los acuerdos que hayan sido revocados en el tiempo y la forma adecuados ni ninguna otra circunstancia conocida como consecuencia del procedimiento.»

Hay dos aspectos interesantes a resaltar en la definición legal catalana de la voluntariedad. El primero es la clara alusión al principio

⁵⁹Apartado 64.

⁶⁰Barona Vilar, 2011b, 2013; Bonet Navarro *et al.*, 2013; Botana Castro *et al.*, 2013; Baruch Bush y Folger, 1996; Calcaterra, 2002; Carretero Morales, 2016; Corsón Pereira y Gutiérrez Hernanz, 2014; Folberg y Taylor, 1996; García Villaluenga, 2006; García Villaluenga *et al.*, 2012; Haynes, 1995; Lozano Martín *et al.*, 2015; Lauroba, 2016; Mayer, 2008; Palou Loverdos, 2012; Pillado González y Fariña Rivera, 2015; Soletto Muñoz y Otero Parga, 2007; Suares, 2004; Gottheil y Schiffrin, 1996; Conforti, 2016; Rodríguez Elorrieta, 2017; Marlow, 1999; Duplá Marín *et al.*, 2013; Pérez Martell, 2008.

de libre disposición de las partes, es decir a la radical libertad individual de las partes en el proceso de mediación. En realidad, bien parece que el llamado principio de voluntariedad es un principio de libertad. Libertad posible dentro del marco del procedimiento de mediación regulada, que delimita sus requisitos y sus efectos.

El segundo aspecto interesante es la garantía introducida por la ley catalana de no culpabilizar o penalizar a la parte que, en uso del principio de voluntariedad, desiste de la mediación una vez iniciada y por tanto, de evitar en el futuro la utilización *in peius* de las circunstancias de la mediación desistida en un procedimiento judicial. Esta irresponsabilidad de las partes (y del mediador) ante el desistimiento parece consecuencia lógica de la libertad individual y es alternativa⁶¹ al juego de los principios del proceso judicial.

El art. 19.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una cláusula general de habilitación de las materias de libre disposición que cuestiona las habilitaciones especiales justificadas en el *ius cogens* cuando no se encuentren expresamente previstas por la ley. «O sea, que la LEC establece una cláusula de habilitación general en favor de la mediación por lo que resulta evidente que acudir a la mediación a que alude el nuevo art. 19.1 LEC implica que dos o más partes puedan disponer que el objeto del juicio, no se ventile ante los órganos jurisdiccionales del Estado.»⁶²

En la definición doctrinal del principio de voluntariedad en la mediación que formula Silvia Barona, «[n]adie está ni debe estar obligado ni a acudir, ni a concluir un acuerdo ni a mantenerse en un procedimiento de mediación si no quiere»⁶³ hacerlo. La voluntariedad incluye la libertad de las partes de gestionar la mediación eligiendo el modelo de mediación que sea más adecuado al tipo de conflicto y a los derechos disponibles que están en juego en el conflicto llevado a mediación. Queda claro que pueden mediar «todos los conflictos que surjan en el ámbito de las relaciones disponibles

⁶¹En el sentido de «contra lo oficial, lo establecido», que se ha manejado en este trabajo en capítulos anteriores.

⁶²Lorca Navarrete, 2012, pág. 26.

⁶³Barona Vilar, 2011a, pág. 208.

entre las partes, y del mismo modo pueden decidir apartarse del modelo de mediación en cualquier momento»⁶⁴. El artículo 6 de la Ley 5/2012 dice que la mediación «es voluntaria» y que las partes no están obligadas a mantenerse en el procedimiento de mediación.

En la ley estatal, la voluntariedad se manifiesta de forma concreta a través de tres libertades.

Mediante la libertad de iniciar el procedimiento de mediación, ya sean las dos partes de común acuerdo o solamente una de ellas, siempre que la otra acepte⁶⁵, o por el cumplimiento de un pacto de sometimiento del conflicto a mediación.

Mediante la libertad de llegar a acuerdos, siempre y cuando no se traspasen los límites del art. 19.1 de la LEC, sobre capacidad de disposición sobre el objeto del proceso: «una prohibición legal, limitaciones derivadas del interés general o un perjuicio a tercero».

Mediante la libertad de desistimiento del procedimiento de mediación en cualquier momento, según art. 6.3: «nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación».

El principio de libre disposición implica, además, la autocomposición de la mediación. El art. 10 de la Ley 5/2012 sienta que el procedimiento de mediación «se organizará del modo que las partes tengan por conveniente», todo ello sin perjuicio del respeto al resto de principios legales. Así pues, la libre disposición se predica no solamente del objeto del conflicto sino también del modo en que se desarrolla el propio procedimiento de mediación, es decir, la norma legal está refiriéndose a la libertad o flexibilidad del procedimiento y sus fases y que son, en fin, *disponibles* para las partes.⁶⁶

⁶⁴Barona Vilar, 2011a, pág. 208.

⁶⁵Posibilidad derivada de la interpretación conjunta de los artículos 16.2 y 19.1 de la Ley 5/2012, que dicen respectivamente: «16.2. La solicitud [de mediación] se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas» y «19.1. 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 [...]»

⁶⁶«Esta flexibilidad de las partes no solo en la opción de elegir el [procedimiento de mediación], sino también en la manera de conformar las reglas de actuación,

4.3.1.1. La obligatoriedad de la mediación

El principio de voluntariedad consagrado en la Ley 5/2012 implicaría la nulidad de disposiciones legales, cláusulas de sumisión o «resoluciones judiciales que impongan la mediación obligatoria como requisito previo e imprescindible» antes de iniciarse o de continuar el proceso judicial⁶⁷. Estando de acuerdo con Martín Diz en la postura de la radical voluntariedad de la mediación, hay que discrepar de él puesto que afirma que esta *nulidad* de las cláusulas se basa en que la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril⁶⁸, considera abusivas las cláusulas que impongan la resolución de conflictos por mediación o por cualquier otro medio extrajudicial. No es exactamente así, ya que lo que la Directiva prohíbe es la cláusula abusiva que obligue al consumidor «a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas»⁶⁹. Una vez en vigor la Directiva 2008/52/CE⁷⁰ y la Ley 5/2012, de 6 de julio, las objeciones de Martín Diz no tienen cabida en un marco de mediación regulada por estas disposiciones jurídicas mencionadas, en las que como se sabe, se consagra la voluntariedad de la mediación, sin imponerla preceptivamente antes de acudir al proceso judicial.

En relación con la cuestión suscitada por el principio de voluntariedad, se puede añadir algo más sobre la obligatoriedad de la mediación y su conexión con la cuestión de la suspensión del proceso judicial entablado con anterioridad a la mediación.

Según las conclusiones de las experiencias piloto de mediación intrajudicial que el CGPJ patrocina desde que se introduce la misma por la Ley 15/2005, las partes no solicitan *motu proprio* la sus-

todo ello siempre dentro de las coordenadas mínimas que se hallan legalmente establecidas reglamentariamente, que responden a un ejercicio de libertad, en cuanto, tras conocer qué es la mediación, por qué y para qué, y levantar acta con la firma de aceptación, las partes están asumiendo las reglas del juego.» Rodríguez Elorrieta, 2017, pág. 173, Barona Vilar, 2013, págs. 213 y 214.

⁶⁷Martín Diz, 2010, págs. 72 y 73.

⁶⁸Sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

⁶⁹Letra q) del Anexo explicativo sobre el artículo 3.3.

⁷⁰Que Martín Diz conoce y estudia en su obra, publicada en 2010.

pensión del proceso mientras se intenta la mediación, según permite dicha ley. La realidad de la experiencia es que ha de ser el tribunal quien «proponga la derivación a la mediación de forma activa»⁷¹, y con ello, se produzca la previsión legal de suspensión procesal, puesto que las partes no se comunican entre sí cuando ya han asumido la resolución del conflicto en una estrategia de confrontación judicial. Los jueces y fiscales de familia que intervinieron en las experiencias piloto del CGPJ afirmaban en 2007 que «el poder de decisión [...] ya no pertenece a las partes» en la fase intrajudicial del conflicto mutuo. Más adelante, en las conclusiones de *lege ferenda*, proponían al legislador «la inclusión de la facultad del juez de derivación a la sesión informativa previa, con carácter obligatorio». Diez años antes, el Libro Blanco de la Justicia publicado por el CGPJ también predicaba la promulgación de regulación que impusiera la obligatoriedad de intentar mecanismos alternativos de resolución de litigios⁷².

Sin embargo, cuando el Anteproyecto de la Ley 5/2012 fue publicado, este incluía la figura de la mediación obligatoria. En concreto, introducía un mecanismo de mediación obligatoria para la interposición de demandas de juicio verbal por razón de la cuantía, que consistieran en una reclamación de cantidad y no se refirieran a ninguna de las materias enumeradas en el artículo 250.1 de la LEC, ni tampoco a materia de consumo. Después del duro informe preceptivo al Anteproyecto, emitido precisamente por el CGPJ, esta posibilidad se suprimió del texto legal definitivo.⁷³

⁷¹Ortuño Muñoz y Sáez Valcárcel, 2007, pág. 634.

⁷²El punto 3.4.2 de la sección primera del capítulo cuarto del Libro Blanco: «Con algunas excepciones –principalmente los procesos ejecutivos y los procesos con objeto indisponible– se debería, pues, introducir de forma generalizada en todos los procesos un trámite en el que se trate de evitar la continuación del proceso mediante el acuerdo transaccional de las partes, como una fase previa y obligada al inicio del acto del juicio.»

⁷³Decía el citado informe en su Conclusión Undécima que establecer una mediación obligatoria «supone la restauración de un sistema similar al que fue abandonado por nuestro legislador al eliminar el trámite preceptivo del acto de conciliación previo a la demanda de juicio declarativo que se establecía en el artículo 460 de la LEC/1881, lo que acaeció en virtud del artículo 8 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto. Es dudoso que el recurso obligatorio a la mediación o a

En definitiva, respecto a la mediación intrajudicial, una vez las partes han decidido acudir a la jurisdicción para dirimir allí sus controversias, hay voces que siguen defendiendo la obligatoriedad de la mediación, no cejando en su empeño aunque sea con matices de admisibilidad procesal de la demanda⁷⁴ o por razones sobre la naturaleza de los conflictos a resolver⁷⁵.

la conciliación redunde por sí solo en una auténtica reducción de la litigiosidad, antes bien corre el riesgo de acabar convirtiéndose en una suerte de formalidad cumplimentada de forma rutinaria, y en definitiva en una traba para el acceso al sistema judicial, como el propio Anteproyecto parece descontar que sucederá. Así, cuando en el artículo 19.1, al referirse a las sesiones informativas previas a la mediación, dispone que «[e]n los supuestos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán gratuitas», y añade que «[e]n tal caso, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia [a dichas sesiones]». O cuando en el artículo 24.III prevé que «la mediación exigida por ley se tendrá por intentada mediante la aportación del acta en la que conste la inasistencia de cualquiera de las partes». A este respecto, resulta significativo que la Memoria del Análisis de Impacto Normativo que acompaña al Anteproyecto, para rechazar que ese intento obligatorio de mediación pueda convertirse en un obstáculo que afecte al derecho a la tutela judicial efectiva, se refiera a él como «un mero trámite de carácter previo que permite dar por cumplida la obligación legal en la sesión informativa si no se llegara a iniciar la mediación». No parece que tenga mucho sentido instaurar supuestos de mediación obligatoria cuando el propio legislador presume que se van a convertir en meros trámites previos sin una verdadera efectividad, pues lo único que ello supondrá es la agregación de nuevas cargas llamadas a lastrar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.»

⁷⁴Así, Carretero Morales, 2016, pág. 403: «Es importante dar a conocer la mediación para impulsar su utilización y, en este sentido, sería conveniente obligar a las partes a acudir a una sesión informativa como requisito previo de procedibilidad en los supuestos o materias que se considere adecuado, si bien limitando dicha obligatoriedad a un período temporal determinado para que, precisamente, tanto los justiciables, como los propios operadores jurídicos puedan conocer la mediación y sus ventajas. La obligatoriedad de la mediación ha de limitarse a la asistencia a la sesión informativa, en ningún caso puede ir más allá. La obligatoriedad del intento de mediación en los procesos contenciosos de familia que afecten a menores de edad es perfectamente defendible jurídicamente e incluso constitucionalmente, en virtud de la prevalencia del principio del interés superior del menor expresado en nuestra norma constitucional.»

Sobre la diferencia entre *requisitos* y *presupuestos* de procedibilidad, para apoyar la mediación intrajudicial obligatoria, en Conforti, 2016, págs. 173 a 175.

⁷⁵En materia de derecho de familia, «los conflictos suelen estar teñidos de enconos personales muy manifiestos, además de que en los procesos familiares se ventilan, además de cuestiones económicas, asuntos de carácter eminentemente personal (atribución de la guarda y custodia de los hijos, establecimiento de un régimen de visitas para el cónyuge no custodio). Estos elementos dotan al conflicto de una especial *intensidad* que no se da en otros litigios. Esta *especial intensidad* de estos conflictos justifica y aconseja la búsqueda del acuerdo a través de la negociación, precisándose en la mayor parte de las ocasiones un mediador

En cualquier caso, aun en el caso de admitir la obligatoriedad de la mediación previa, esta obligatoriedad no puede impedir a las partes desistir de la mediación en cualquier momento del procedimiento ni a llegar a un acuerdo concreto. Es decir, no puede afectar al principio de voluntariedad una vez iniciado y dentro del procedimiento de mediación, como afirman M.^a Esperança Ginebra y Jaume Tarabal⁷⁶.

Sin embargo, más allá del debate doctrinal sobre la defensa de la obligatoriedad de la mediación, no es este el camino que ha tomado la regulación en España de la mano de la Ley 5/2012, como se ha visto hasta aquí.⁷⁷

para acercar las posiciones de las partes, a menudo muy distanciadas. En segundo lugar, el temor a las *consecuencias previsibles* en caso de no acuerdo, el miedo a los nefastos resultados que podrían desencadenarse si se sigue por la vía judicial contenciosa, hacen que las partes se avengan a negociar y por eso es lícito y conveniente agotar todas las posibilidades que favorezcan la vía consensuada, entre las que está la del establecimiento de la mediación o conciliación obligatoria.» Mejías Gómez, 1998, pág. 319. Este mismo autor defiende la que llama «mediación judicial coactiva», que consiste en que sea el juez quien convoque a las partes a una comparecencia en la que les recuerde sus obligaciones con terceros y les advierta de la inflexibilidad de su resolución si no llegan a un acuerdo previo. En Mejías Gómez, 1998, págs. 328 a 330.

⁷⁶Ginebra Molins, 2018, pág. 49.

⁷⁷Sobre la no procedencia de instar la obligatoriedad de la mediación previa a la interposición de la demanda, en aplicación de lo prevenido por la Ley 5/2012, se puede citar aquí el Auto núm. 171/2017, de la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de mayo de 2017. Este Auto resolvía un recurso de apelación contra otro Auto anterior de 6 de septiembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Mollet del Vallés que inadmitía una demanda de ejecución porque la parte acreedora no acreditó el requisito de haber acudido a la mediación previa. La Audiencia Provincial afirma en el Fundamento Jurídico Segundo de su Auto: «La inexistencia de mediación no puede constituirse en un óbice procesal, provocado por la actitud pasiva de los deudores, ni existe razón legal alguna para inadmitir por este motivo la demanda. [...] De lo expuesto se deduce con claridad meridiana que la mediación tiene un carácter voluntario y, si como sucede en el presente caso, una de las partes (la deudora a efectos de la reclamación) no ha deseado acudir al proceso de mediación es evidente que tal conducta no se puede premiar como un óbice para instar la demanda, pues lo contrario supondría una infracción clara del principio de tutela judicial efectiva. La parte actora previamente ofreció a los demandados acudir a un proceso extrajudicial, sin embargo, prefirieron no contestar a esta petición, por lo que no se inició proceso de mediación alguno. En consecuencia, al no iniciarse la mediación no se puede pedir al demandante que presente la certificación acreditativa de haberse instado la mediación, pues fue la parte deudora la que no quiso que se efectuara la misma».

Sobre la libre disposición de las partes, para que este principio sea posible, en primer lugar es «imprescindible que los derechos y obligaciones sean disponibles para las partes»⁷⁸. En el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012, es decir el de los asuntos de derecho civil y mercantil, la regla es la disponibilidad y la excepción la no disponibilidad. Esto significa que la nota sustantiva y principal es la *disponibilidad* de los derechos y obligaciones y, en segundo lugar, que esta es *libre*.

Además, la formulación legal del principio de libre disposición tal y como viene recogido por los art. 6.3 y 22.1 de la Ley 5/2012 puede ser interpretado en un sentido más allá de la disposición libre de los derechos y obligaciones:

«Artículo 6

[...] 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

[...] Artículo 22. Terminación del procedimiento. 1. El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones».⁷⁹

Como afirma Silvia Barona al interpretar estos preceptos, las partes no solamente disponen de los derechos y obligaciones objeto de litigio, sino que disponen del procedimiento mismo de mediación⁸⁰. Por consiguiente, si existe un límite al principio de voluntariedad

⁷⁸Rodríguez Elorrieta, 2017, pág. 167.

⁷⁹Hay un único ejemplo de regulación en España que remite a una *mediación obligatoria*. Se trata del art. 132-4.3 de la Ley 22/2010, del 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña. Este artículo establece que las «partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación [...]».

Como advierten Ginebra y Tarabal, este precepto está afectado por el recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente del Gobierno y admitido a trámite por el Tribunal Constitucional por providencia de 6 de octubre de 2015, recurso que se encuentra pendiente de resolución definitiva. Sobre las vicisitudes del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y de la suspensión cautelar del precepto recurrido, se puede consultar el análisis de Ginebra Molins, 2018, pág. 51.

⁸⁰Barona Vilar, 2013, pág. 179.

y al principio de libertad en la capacidad de las partes para configurar el objeto, el procedimiento y sus fases es precisamente la *disponibilidad* o no de sus derechos.

4.3.2. La confidencialidad y el secreto profesional

La confidencialidad es «imprescindible»⁸¹, «junto a la voluntariedad y la imparcialidad, uno de los principios fundamentales»⁸², o «principios identificadores»⁸³ de la mediación. La Recomendación del Consejo de Europa núm. 1 R(98), del Comité de Ministros, de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar incluye la confidencialidad en el apartado relativo al proceso de mediación, en el que se tratan, fundamentalmente, los principios de este. El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil⁸⁴ puso de relieve que las autoridades públicas constataban algunos principios comunes a todos los procedimientos, entre los que se señala que «el tercero deberá respetar el principio de confidencialidad». La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, dedica el art. 7 a establecer el marco mínimo de la confidencialidad en la mediación.⁸⁵

Definido como «una de las mayores riquezas que se ofrecen en el

⁸¹Duplá Marín *et al.*, 2013, pág. 14.

⁸²Viola Demestre, 2011a, pág. 8.

⁸³Lauroba, 2016, pág. 53.

⁸⁴En su apartado, 2.1.2, titulado *ADR convencionales*, punto 33.

⁸⁵El artículo 7 se titula precisamente *Confidencialidad de la mediación* y dice: «1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto: a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo. 2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación.»

procedimiento de mediación»⁸⁶, el principio de confidencialidad implica así que ni los mediadores ni las personas participantes tengan obligación de actuar como testigos en un proceso judicial posterior.

Por ello y en sintonía con los antecedentes expuestos, en la ley estatal de mediación la confidencialidad es un principio fundamental. El artículo 9 de la Ley 5/2012 hace depender el éxito de la mediación del respeto al principio de confidencialidad. La confidencialidad dice que la información vertida en el procedimiento de mediación no podrá ser utilizada en un posterior proceso judicial o arbitral. Ni por las partes del conflicto, ni por la persona mediadora. A través de la consagración legal del principio de confidencialidad, se trata de favorecer en el procedimiento de mediación la creación de un ambiente de confianza y sinceridad que pueden ser muy importantes a la hora de alcanzar una resolución al litigio. Hay que remarcar que esta es una tarea no únicamente de las partes en conflicto, sino que singularmente la preparación de un clima propicio a la confidencialidad es un deber del mediador.

Así, el artículo 9 dice que «los mediadores o personas que participen en el procedimiento de mediación no estarán obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo».

Es posible hacer una doble aproximación a la confidencialidad a través de los dos sentidos en los que se define: «en un sentido positivo, la confidencialidad consiste en mantener reserva sobre los hechos conocidos en las sesiones de mediación o sobre el desarrollo del procedimiento negociador o también puede consistir en mantener en secreto la información que se trate en mediación; en un sentido negativo, la confidencialidad consiste en no divulgar o no revelar o utilizar ningún dato, hecho, documento que se conozca relativo al objeto de la mediación, ni después de la mediación, haya o no acuerdo. Desde un punto de vista jurídico, este sentido negativo de la confidencialidad se concreta en una obligación de no hacer (no

⁸⁶Barona Vilar, 2011a, pág. 209.

revelar) por parte del sujeto obligado a ella»⁸⁷.

Seguir el principio de confidencialidad conlleva un conjunto de consecuencias para las partes y para la propia persona mediadora: la confidencialidad sirve a la protección de todos los intervinientes y de la mediación como mecanismo de gestión de conflictos, la prohibición de que el contenido de lo dicho durante la mediación sea objeto de examen judicial y la excepción relativa a la afectación de intereses y derechos superiores a la confidencialidad.⁸⁸

El principio de confidencialidad, por su parte, está tratado por el texto legal catalán sobre mediación en un extenso artículo 7⁸⁹. También en la norma catalana es este un principio sin él que no se puede concebir la mediación en la regulación. La confidencialidad se pone de manifiesto en el inicio del proceso, constituyendo una

⁸⁷Viola Demestre, 2011a, págs. 3 y 4.

⁸⁸Otra definición de confidencialidad, proveniente de un mediador no jurista, es la de Farré i Salvà, quien sintetiza otras en esta propuesta: «Es un principio que obliga tanto a las partes como a la persona mediadora y actúa para proteger la intimidad de las personas en el marco de un proceso en el que se acostumbra a revelar información sensible y debe mantenerse en secreto por parte del mediador y de las partes. La mayor parte de las legislaciones prevé la imposibilidad, por parte de las personas mediadas, de proponer a la persona mediadora como testigo en un procedimiento judicial que afecte a la información facilitada durante el proceso de mediación. La persona mediadora, por su parte, renuncia a actuar como perito judicial en igual sentido. Naturalmente, se establece como excepción todo tipo de información que pueda afectar la vida o la integridad física o psíquica de cualquier persona.» En Farré i Salvà, 2004, pág. 117.

⁸⁹«1. Todas las personas que intervienen en el procedimiento de mediación tienen la obligación de no revelar las informaciones que conozcan a consecuencia de esta mediación. Tanto los mediadores como los técnicos que participen en el procedimiento están obligados a la confidencialidad por el secreto profesional. 2. Las partes en un proceso de mediación no pueden 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. 3. Las actas que se elaboran a lo largo del procedimiento de mediación tienen carácter reservado. 4. No está sujeta al deber de confidencialidad la información obtenida en el curso de la mediación que: a) No está personalizada y se utiliza para finalidades de formación o investigación. b) Supone una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona. c) Se obtiene 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. 5. La persona mediadora, si tiene datos que revelan la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona o de hechos delictivos perseguibles de oficio, debe parar el procedimiento de mediación y debe informar de ello a las autoridades judiciales.»

garantía para las partes en conflicto que facilita la consecución de la voluntariedad y que promueve su libertad. Por otro lado, es un principio también con un alto contenido deontológico, pues impone deberes ya no solamente a las partes sino también al mediador⁹⁰. Así, como consecuencia de que el principio de neutralidad exige que el mediador no sea neutral o indiferente a la existencia de violencia y por tanto al desequilibrio entre las partes, el art. 7.5 de la Ley 15/2009 introduce un límite en el ejercicio de la mediación, análogo al del art. 6.1⁹¹. Este límite constituye una excepción importante al principio de confidencialidad⁹². Asimismo, el art. 7.2 establece que «sin perjuicio de lo establecido por la legislación penal y procesal» un mediador no puede ser llamado como testigo por las partes. Esto significa que sí podría ser llamado de oficio por el órgano judicial, o por el Ministerio Público en la jurisdicción de menores⁹³, lo cual también debilita el alcance de la confidencialidad, en este escenario de regulación autonómica de la mediación. Además, la ley catalana no refleja la posibilidad expresa de que el mediador renuncie de inicio a la condición de testigo o perito en caso de comparecencia de oficio a criterio judicial o del Ministerio Fiscal, que sí que menciona la definición de Farré i Salvà expuesta más arriba.

⁹⁰El párrafo segundo del art. 7, que en coherencia con lo dispuesto en el art. 6.2, debería decir «para no comprometer su *imparcialidad*» en vez de «para no comprometer su *neutralidad*.»

⁹¹Este artículo impone la obligación al mediador de interrumpir la mediación en casos de desigualdad entre a las partes, sobre todo si aparecen situaciones de violencia: «La persona mediadora ejerce su función con imparcialidad y neutralidad, garantizando la igualdad entre las partes. Si es preciso, debe interrumpir el procedimiento de mediación mientras la igualdad de poder y la libertad de decidir de las partes no esté garantizada, especialmente como consecuencia de situaciones de violencia. En todo caso, se debe interrumpir o, si procede, paralizar el inicio de la mediación familiar, si 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».

⁹²«La persona mediadora, si tiene datos que revelan la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona o de hechos delictivos perseguibles de oficio, debe parar el procedimiento de mediación y debe informar de ello a las autoridades judiciales», tal y como reza el art. 7.5 de la ley catalana de mediación en derecho privado.

⁹³La Fiscalía tiene atribuida la competencia en la instrucción de delitos cometidos por menores de edad, tal y como dice el art. 6 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su art. 9, también permite la excepción a este principio cuando las partes de manera expresa y por escrito acuerden dispensar del deber de confidencialidad a los mediadores y/o a las otras personas participantes. Y asimismo cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

El principio de confidencialidad se refiere por tanto a los mediadores como al resto de personas intervinientes en la mediación, como también a los centros de mediación en los que se desarrolle la misma.

La confidencialidad, finalmente, también beneficia, en la Ley 5/2012, a la persona mediadora, ya que esta podrá declinar su nombramiento como mediadora en el conflicto⁹⁴ o suspenderlo o finalizarlo si concurren las circunstancias legales⁹⁵.

La Ley 5/2012 no habla expresamente de secreto profesional del mediador interviniente en la mediación, pero el contenido del artículo 9 es una definición canónica de cómo se configura legalmente el secreto profesional.⁹⁶

⁹⁴Art. 13.3; porque el mediador entienda que el conflicto no es mediable o porque una o las dos partes no están en condiciones de iniciar la mediación.

⁹⁵Art. 22.1; cuando el mediador entienda que ya no es posible llegar a un acuerdo o que alguna de las partes está utilizando la mediación de manera dilatoria sin intención real de llegar a acuerdos.

⁹⁶Por ejemplo, el art. 542.3 de la LOPJ, establece que el secreto profesional de la abogacía en los siguientes términos: «Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos». El art. 543 del mismo cuerpo legal dispone que se tome el mismo deber de secreto profesional de los abogados con los procuradores de los Tribunales.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el secreto profesional. Sobresale en la doctrina constitucional el Auto del Tribunal Constitucional núm. 600/1989, de 11 de diciembre, que establece en su Fundamento Jurídico Segundo que «el secreto profesional, en cuanto justifica, por razón de su actividad, la sustracción del conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza, en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental. En tales casos, la observancia del secreto profesional puede ser garantía de privacidad, y el respeto a la intimidad, una justificación reforzada para la oponibilidad del

Otras referencias legales en el ordenamiento jurídico español sí definen explícitamente la confidencialidad del mediador en términos de secreto profesional, como la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que expresamente sujeta a los mediadores «a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función»⁹⁷.

La confidencialidad está protegida por la posible responsabilidad que se puede reclamar en el caso de ser violada. El art. 9.3 de la Ley 5/2012 establece que «la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico».

El proceso de regulación de la mediación muestra que se produce un paso de un principio de confidencialidad que atañe tanto a las partes en la mediación como al mediador, hacia una sujeción del mediador al secreto profesional. Al estricto principio de confidencialidad, la regulación de la mediación añade el secreto profesional⁹⁸. Esto es posible siempre y cuando la figura de mediador sea consi-

secreto, de modo que se proteja con este no solo su ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional que, por su naturaleza o proyección social, se estime merecedora de tutela, sino que se reserve, también frente a intromisiones ajenas, la esfera de la persona que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza».

⁹⁷En el área de la mediación penal, una regulación reciente de ámbito estatal es la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, publicada en el BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015. Su artículo 15.2 establece un principio de confidencialidad idéntico al vigente para la mediación civil y mercantil: «Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función».

⁹⁸De alguna manera, la solución de la regulación en España resuelve solamente para la persona del mediador las interrogantes que también se plantean en la regulación de la Argentina respecto de la posibilidad de que el deber de confidencialidad decayera para las partes -no para el mediador- en el momento en que una mediación acabara sin acuerdo: «Si bien en el acuerdo preliminar que firman las partes y el mediador se establece claramente la cláusula de confidencialidad, queda la duda de cómo se garantiza que, terminada la mediación sin haberse logrado un acuerdo, una parte no utilizará la información obtenida en algún otro proceso». Gottheil y Schiffrin, 1996, pág. 47.

derada un profesional, cuando se produce la profesionalización del mediador. En el capítulo 7 se tratará extensivamente esta cuestión, que atañe directamente a la racionalidad de la regulación de la mediación por el derecho.

4.3.3. La neutralidad

El concepto de neutralidad se puede confundir con el de imparcialidad y, de hecho, ambos conceptos «a menudo se mezclan o confunden»⁹⁹. «La imparcialidad atiende o toma como punto de referencia a las partes, mientras que la neutralidad se refiere al resultado de la mediación.»¹⁰⁰ La regulación de la Ley 5/2012 ha tomado en cuenta esta diferencia conceptual para dedicar dos artículos diferentes a cada uno de esos principios y ayudar a distinguirlos.

La Ley 5/2012, en el apartado I del Preámbulo 1, consagra legalmente como principio la neutralidad: «La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes». Además, la misma norma legal dedica su artículo 8 a definir este principio. La neutralidad, la abstención en la intervención a favor o en perjuicio de una solución del conflicto, ya que el poder sobre esa solución está en manos de las partes y ese poder les debe permitir «a las partes

⁹⁹Lauroba, 2016, pág. 56.

¹⁰⁰Rodríguez Elorrieta, 2017, pág. 169.

en conflicto alcanzar por sí mismas¹⁰¹ un acuerdo de mediación»¹⁰².

Con carácter previo al proceso de regulación europeo, las referencias estadounidenses sobre ADR adjudicaron también la neutralidad como cualidad de los terceros intervinientes en las disputas, como explica Jay Folberg: «La *American Arbitration Association* (AAA) comenzó a establecer criterios y ofrecer capacitación para aplicar la conciliación, la mediación y el arbitraje en desavenencias relacionadas con el consumidor, la comunidad y asuntos domésticos. Profesionales de la AAA [...] crearon la *Society of Professionals In Dispute Resolutions (SPIDR)*, con el objeto de promover un mayor uso de los «neutrales» para resolver todo tipo de desavenencias.»¹⁰³ Silvia Barona expone diferentes métodos de ADR y se refiere a la temprana y todavía vigente identificación entre mediador y neutralidad e imparcialidad en los EEUU, como en Europa ha hecho el proceso de regulación. Tanto que la neutralidad no solamente califica al tercero en los ADR, sino que pasa a calificar al método de ADR mismo: «En EEUU se habla, por ejemplo, de la intervención

¹⁰¹El inciso *por sí mismas* implica que la Ley 5/2012 está sentando la base de que el mediador no puede proponer soluciones *motu proprio* a las partes. Son las partes «por sí mismas [las que tendrán que alcanzar] un acuerdo de mediación, no pudiendo el mediador imponer solución o medida concreta alguna.» Barona Vilar, 2013, pág. 189.

«La característica común que presentan las leyes de mediación españolas al referirse a la neutralidad, es la ausencia de imposición por el mediador del resultado del proceso a las partes», García Villaluenga *et al.*, 2012, pág. 124, ya que eso podría desnaturalizar la intervención del mediador y limitar la autonomía de la voluntad de las partes. García Villaluenga *et al.*, 2012, pág. 733.

Conviene matizar que «el mediador del ámbito laboral y el mediador del ámbito civil y mercantil se diferencian, principalmente, porque el mediador en el ámbito laboral puede proponer [soluciones], pero en el ámbito civil y mercantil no.» Rodríguez Elorrieta, 2017, pág. 35.

Asimismo, en mediación internacional, el mediador tiene un papel diferente que en la mediación civil y mercantil: «La mediación es un método de arreglo pacífico de una controversia internacional en el que interviene un tercero para conciliar las reclamaciones de las partes en conflicto y *presentar sus propias propuestas* encaminadas a una solución de transacción mutuamente aceptable», en Naciones Unidas y Asuntos Jurídicos, 1992, pág. 42. El subrayado en cursiva es del autor del presente trabajo.

¹⁰²Artículo 8. Neutralidad. Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.

¹⁰³Folberg y Taylor, 1996, pág. 24.

de expertos imparciales, ya porque las partes les contraten o bien por designación del tribunal. Se trata de la opinión que vierte un experto en una determinada y concreta materia sobre los hechos y las normas aplicables. Es lo que viene denominándose como *Neutral Fact-Finding* o *early neutral evaluation*». ¹⁰⁴

Respecto a la definición de la neutralidad en la regulación de la Ley 5/2012, esta recogería los frutos del debate que habría tendido a fijar esas definiciones. Así, la neutralidad, por su parte, se centra en «la forma de relacionarse el/la profesional de la mediación con las partes, sin favoritismos, prestaciones o retribuciones de las partes hacia su persona, bajo ningún concepto» ¹⁰⁵. Por ello, la neutralidad está íntimamente relacionada con la actitud del mediador para que sus valores, sentimientos y prejuicios no condicionen el proceso ni la voluntad de las partes. Elena Lauroba dice que la neutralidad «es un principio propio de la tarea del mediador [...] y se predica en relación a las facultades del mediador respecto del resultado del proceso de mediación». ¹⁰⁶

Dicho de otro modo, la neutralidad consiste «en no plasmar su propia escala de valores sino permitir que sea la escala de valores de los mediados la que se tenga en cuenta en el proceso.» ¹⁰⁷ Para Marinés Suares, «[t]res conceptos están relacionados con la neutralidad: imparcialidad, equidistancia y equidad» ¹⁰⁸. Imparcialidad, para Suares, es la capacidad de los mediadores de dejar de lado sus valores, sus necesidades y sus sentimientos, equidistancia es la habilidad para asistir de igual manera a las partes y equidad entraña «ir más allá de lo legal» ¹⁰⁹.

El contenido de la neutralidad incluye un ejercicio de transparencia del mediador delante de las partes, para mostrar la existencia de algún conflicto de intereses con las partes, es decir revelar «todas las afiliaciones monetarias, psicológicas, emocionales, de

¹⁰⁴Barona Vilar, 2005, pág. 200.

¹⁰⁵Corsón Pereira y Gutiérrez Hernanz, 2014, pág. 173.

¹⁰⁶Lauroba, 2016, págs. 53 y 56.

¹⁰⁷Blanco Carrasco, 2009, pág. 232. Rodríguez Elorrieta, 2017, pág. 35.

¹⁰⁸Suares, 2002, pág. 34; Calcaterra, 2002, pág. 44.

¹⁰⁹Suares, 2002, pág. 36.

asociación o autorización que tenga con cualquiera de las partes». Y si la neutralidad se encuentra comprometida, a quien corresponde el juicio correspondiente es al mediador, él «debe descalificarse a sí mismo en cuanto a la realización del servicio de mediación» . Imparcialidad significa libertad del mediador de «prejuicio o favoritismo, ya sea de palabra o de acción»¹¹⁰. En todo caso, los sujetos de la acción calificada de neutral y/o de imparcial serían siempre los terceros mediadores y si aquella está en cuestión, la decisión sobre la finalización y retirada del mediador por los principios comprometidos, será del mismo mediador.

Sin embargo, la Ley 5/2012 permitiría eventualmente que las partes en conflicto también pudieran realizar un juicio sobre la neutralidad del mediador. En concreto, el art. 22.2 de la ley permite «el rechazo de las partes» al mediador. Aunque la norma no explicita en qué se puede basar este rechazo, la voluntariedad y la libre disposición de las partes justificarían el rechazo en la lesión por el mediador de la neutralidad.

Una distinción entre ambos principios es la de Pillado González y Fariña Rivera:

«La neutralidad se predica de la relación del mediador consigo mismo, teniendo en cuenta sus valores, prejuicios, emociones, formación profesional, etc; mientras que la imparcialidad se ejerce frente a las partes, intentando atender a ambas con la misma atención, en aras del equilibrio de posiciones que se presentan frente al mediador»¹¹¹.

La Ley 5/2012 no habla expresamente de neutralidad. En los artículos 8 y 13 se encuentran preceptos que señalan hacia la neutralidad: «las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación», o cuando la ley en su artículo 13 dice que el

¹¹⁰Ambos entrecomillados, en Folberg y Taylor, 1996, pág. 334.

¹¹¹Pillado González y Fariña Rivera, 2015, pág. 86.

mediador «facilitará la comunicación entre las partes», y su apartado segundo también insiste en que el mediador actúa con una «conducta activa» pero restringida a «lograr el acercamiento de las partes». Aunque no mencione expresamente la neutralidad, se puede afirmar que implícitamente este principio está presente en la regulación. En cambio, la Ley 5/2012 sí que se refiere de manera explícita al principio de imparcialidad del mediador.

4.3.4. La igualdad de las partes y la imparcialidad

La Ley 5/2012 sí que dedica el artículo 7 a desarrollar legalmente el concepto de imparcialidad del mediador: «no podrá actuar en perjuicio o interés» de alguna de las partes en el conflicto. La imparcialidad está íntimamente relacionada con el principio de igualdad de las partes del mismo artículo 7.

La garantía de imparcialidad está asegurada en el art. 7.4 de la Ley 5/2012 que sienta que «el mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad».

La regulación menciona como otros de los principios de la mediación el de imparcialidad del mediador y el que las personas en la mediación deban tener garantizada la plena igualdad de oportunidades a lo largo del procedimiento¹¹², de modo que puedan mantener el equilibrio entre sus posiciones y el respeto debido a la posición mantenida, a sus puntos de vista, sin que el mediador pueda realizar actuación que genere perjuicio de alguno de ellos o, en su caso, posicionarse a favor de una de ellas, afectando, en consecuen-

¹¹²Para afirmar esta vecindad entre igualdad e imparcialidad, Naiara Rodríguez Elorrieta reúne en el mismo apartado de su obra los principios de igualdad de las partes y de imparcialidad, al modo en que lo hace el art. 7 de la Ley 5/2012, en Rodríguez Elorrieta, 2017, pág. 167. Se prefiere este modo de presentación, en vez de unir neutralidad e imparcialidad, no solamente para evitar confusiones semánticas sino también para seguir el criterio expositivo de la propia Ley 5/2012, que es el anclaje final de este trabajo.

cia, el interés de las mismas¹¹³.

Imparcialidad se define como abstención en la intervención a favor o en perjuicio de una de las partes, «sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas»¹¹⁴.

En la regulación efectuada por la Ley 5/2012, la imparcialidad condiciona la actuación del mediador. Es por eso que así se titula el artículo 13 de la ley. En los párrafos 4 y 5 de este artículo se regula esta actuación condicionada por dichos principios:

«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 solo 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.»

Lo previsto en la regulación estatal española no difiere de las fuen-

¹¹³Barona Vilar, 2011a, págs. 208 y 209.

¹¹⁴Art. 7 de la Ley 5/2012: «Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores. 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.»

tes anteriores. El Código de conducta europeo para mediadores dedica su apartado 3.2 a la imparcialidad.¹¹⁵ Los arts. 3 y 4 de la Directiva 2008/52/CE también lo hacen, al definir *mediador* y al apelar a los Estados miembros para la implementación de la calidad de los mediadores.¹¹⁶ La Ley catalana de mediación 15/2009 contempla la regulación de la imparcialidad en un único precepto junto con el principio de neutralidad, el artículo 6.¹¹⁷

La imparcialidad, junto con la neutralidad, se predica en la regulación acerca de los terceros mediadores. La imparcialidad hace referencia «a no decantarse por ninguna de las partes implicadas

¹¹⁵«3.2. Imparcialidad del procedimiento El mediador se asegurará de que todas las partes puedan participar de forma efectiva en el procedimiento. El mediador informará a las partes y pondrá fin a la mediación, cuando: se haya concluido a un acuerdo que el mediador considere inaplicable o ilegal, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, o cuando no se considere competente para concluirlo, o el mediador considere que es improbable que la continuación de la mediación dé lugar a un acuerdo».

¹¹⁶«Mediador»: todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente [...] Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes.

¹¹⁷«1. La persona mediadora ejerce su función con imparcialidad y neutralidad, garantizando la igualdad entre las partes. Si es preciso, debe interrumpir el procedimiento de mediación mientras la igualdad de poder y la libertad de decidir de las partes no esté garantizada, especialmente como consecuencia de situaciones de violencia. En todo caso, se debe interrumpir o, si procede, paralizar el inicio de la mediación familiar, si 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.

2. La persona mediadora debe ayudar a los participantes a alcanzar por ellos mismos sus compromisos y decisiones sin imponer ninguna solución ni ninguna medida concreta y sin tomar parte.

3. Si existe conflicto de intereses, vínculo de parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado o afinidad hasta el segundo grado, o amistad íntima o enemistad manifiesta entre la persona mediadora y una de las partes, la persona mediadora debe declinar la designación. En caso de duda, puede solicitar un informe a su colegio profesional.

4. No puede actuar como mediador o mediadora la persona que anteriormente ha intervenido profesionalmente en defensa de los intereses de una de las partes en contra de la otra.

5. Si se da alguno de los supuestos del apartado 3 y la persona mediadora no ha declinado la designación, la parte puede, en cualquier momento del procedimiento, recusar su nombramiento, 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 procedimiento administrativo común.»

en el proceso de Mediación, no manifestar preferencia alguna, ni tomar partido por una parte en detrimento de la otra. [...] Consiste en preservar la igualdad de las partes sin asumir la posición de ninguna [...] Para conseguir una imparcialidad efectiva, la persona mediadora debe abstenerse de intervenir, cuando haya un conflicto de intereses con las partes, así como en aquellos casos que exista o haya existido alguna relación personal o profesional con alguna de las partes, pudiendo ser recusado por estas mismas razones.»¹¹⁸

El principio de igualdad de las partes está recogido, junto con el principio de imparcialidad, en el artículo 7 de la Ley 5/2012 cuando 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 ellos expresados».

Por tanto, el principio de igualdad se manifiesta de cuatro modos: como igualdad de oportunidades, como equilibrio entre las posiciones, como respeto a los puntos de vista de cada una de las partes y como imparcialidad.

La inicial posición de desigualdad que puede conllevar el conflicto, en donde alguna de las partes se ve en evidente desequilibrio de poder respecto de la otra, no es óbice para desestimar o rechazar *a priori* la intervención de una persona mediadora. Formará parte de las habilidades mediadoras del profesional en cuestión el reequilibrio de las posiciones durante el procedimiento de mediación¹¹⁹.

El de igualdad es un principio fundamental de la mediación, alrededor del cual gravitan los otros principios¹²⁰, dicho esto desde la posición fuertemente procesalista del autor, quien predica para la mediación el principio de *igualdad de armas* del proceso judicial. La igualdad de partes, en este sentido procesalista, está presente en la definición que la emparenta con la autocomposición:

«[L]as partes son protagonistas del proceso de media-

¹¹⁸Corsón Pereira y Gutiérrez Hernanz, 2014, pág. 172.

¹¹⁹Pillado González y Fariña Rivera, 2015, pág. 89.

¹²⁰Martín Diz, 2010, pág. 69 y ss.

ción y deben estar, desde el principio, en una situación de igualdad que debe mantenerse y propiciarse por el mediador a lo largo de todas las sesiones. Esta situación de equilibrio, sin duda alguna, favorece la confianza en el proceso en sí mismo y sus objetivos, así como refuerza la responsabilidad de las partes.»¹²¹

Una cosa es proclamar el principio de igualdad de partes y otra cosa diferente es la materialización práctica de la igualdad entre ellas. La igualdad es una tarea constante durante el procedimiento de mediación, porque ante la realidad de desequilibrio entre las partes, de manifiesta desigualdad de armas, la mediación está orientada a corregirlas.¹²²

El art. 13 de la Ley 5/2012 alude a que una parte del contenido de la actuación del mediador irá orientada a conseguir la mayor igualdad posible entre ellas¹²³. Esto supone la habilidad suficiente de la persona que actúa de mediadora para detectar y comprender la desigualdad y gestionar el procedimiento de mediación de forma activa¹²⁴ hacia la igualdad lo más perfecta posible entre las partes.

La desigualdad entre las partes puede ser establecida *a priori* de tal forma que excluya la aplicación de la mediación a un conflicto. Es lo que ocurre con los conflictos relativos al ámbito de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protec-

¹²¹Duplá Marín *et al.*, 2013, pág. 14.

¹²²En el quehacer del mediador, pueden quedar las palabras de Hannah Arendt sobre la igualdad: «La igualdad, en contraste con todo lo que está implicado en la simple existencia, no nos es otorgada, sino que es el resultado de la organización humana, en tanto que resulta guiada por el principio de la justicia. No nacemos iguales; llegamos a ser iguales como miembros de un grupo por la fuerza de nuestra decisión de concedernos mutuamente derechos iguales». En Arendt, 1998, pág. 251.

¹²³«Art. 13 Actuación del mediador.

1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.

2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley.»

¹²⁴Se interpreta de manera mayoritaria que la carga de re-equilibrar la igualdad entre las partes es del mediador: Suares, 2002; García Villaluenga, 2010; Barona Vilar, 2013.

ción Integral contra la Violencia de Género¹²⁵. Esta Ley Orgánica prescribe la imposibilidad de iniciar procedimientos de mediación en los casos de competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer¹²⁶. La explicación a este paso vedado a la mediación *ex ante* es que la regulación considera *insuperable* la desigualdad entre las partes cuando se reproduce en la relación la violencia contra la mujer.¹²⁷

4.4. Recapitulación

Hasta aquí, el análisis de los fines y principios de la mediación tal y como los articula la Ley 5/2012, de 6 de julio. Respecto de los fines de la mediación ha quedado dicho que la mediación regulada por la ley es un método alternativo de resolver conflictos para aliviar la carga de asuntos que se ventilan ante los tribunales, que está insertado en el sistema general de enjuiciamiento civil al servicio de la tutela judicial efectiva y con tres objetivos declarados expresamente en la norma: desjudicializar, deslegalizar y desjuridificar los conflictos y sus soluciones.

La deslegalización es el encargo legal a la mediación para que la ley no sea la referencia central en la solución del litigio, sino que lo sea la libre disposición de las partes. En el estudio de la deslegalización se ha mostrado cómo, sin embargo, se procura una posible legalización o re-legalización del acuerdo de mediación, a través de su elevación a escritura pública, por ejemplo.

La desjuridificación encierra también una cierta paradoja, semejante a la de la deslegalización, ya que aunque la Ley 5/2012 regula la indeterminación *a priori* de la forma necesaria del contenido del acuerdo de mediación, esto no significa que se le despoje de

¹²⁵Publicada en el BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

¹²⁶La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, introduce un art. 87ter en la LOPJ, sobre competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. En los asuntos de su competencia, el art. 87ter, punto 5 dice: «En todos estos casos está vedada la mediación.»

¹²⁷Barona Vilar, 2011b; González Martín, 2011; Greco, 2016; Suares, 2016.

eficacia jurídica, pues el acuerdo es juridificado al hacerlo pasible de acción de nulidad y, *ex lege*, considerarlo un contrato civil a todos los efectos.

Finalmente, el tercero de los fines de la mediación regulada es el de desjudicialización. Para que la mediación desjudicialice ha sido pertinente aludir a la saturación del sistema judicial y a la judicialización expansiva de la conflictividad social. Se ha mencionado el hecho de que el carácter alternativo y complementario de la mediación en relación con el proceso judicial significa que aquella no puede ser una opción peor que este. Por ello, la regulación ha querido dotar a la mediación de la ejecutividad de sus acuerdos, asociándolos al ejercicio de la acción ejecutiva.

De este modo, se repite el esquema lógico de los otros dos objetivos de la mediación regulada: la desjudicialización promovida por la mediación es judicializada, ya que se hace imprescindible acudir a los tribunales de justicia que resuelvan «haciendo ejecutar lo acordado»¹²⁸ en mediación.

El capítulo también se ha detenido en mirar con atención los principios de la mediación en la Ley 5/2012: la extrajudicialidad, como principio por el cual la mediación no puede ser realizada por jueces; la voluntariedad, como principio que expresa genuinamente la libre disposición y la autonomía de la voluntad de las partes, asunto que se ha estudiado en relación con el debate doctrinal, aún abierto, sobre la obligatoriedad de la mediación, pero que la Ley 5/2012 ha dejado zanjado; la confidencialidad, la neutralidad, la imparcialidad, la igualdad de las partes.

La confidencialidad, la neutralidad como la imparcialidad se constituyen como principios *informadores* de la mediación, tal y como lo proclama la Ley 5/2012. Si bien es así de manera indiscutible, el análisis que se ha hecho en este capítulo puede permitir defender que estos principios se predicen más de la persona mediadora

¹²⁸Permítase la paráfrasis del precepto constitucional sobre la función de los órganos judiciales, en el art. 117.3 de la Constitución Española: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales [...]»

que de la mediación propiamente dicha. Estos importantes principios, que tienen dedicados sendos artículos en una ley de solamente veintiocho preceptos, informan de cualidades de la mediación pero también y sobre todo, de cualidades del mediador, que imponen deberes y reglas de actuación. De hecho, no se habla en la regulación de mediación neutral o mediación imparcial, las cuales parecen redundantes expresiones, sino que se habla de mediador neutral o de mediador imparcial. También se habla de una expresión de la confidencialidad como secreto profesional, con lo que se remite de forma evidente dicho principio a la responsabilidad del mediador. Finalmente, se ha constatado que el principio de igualdad de las partes tiene sentido en la Ley 5/2012 como tarea a encauzar, consolidar y sostener por el mediador.

La atención prestada a la confidencialidad, a la neutralidad, a la igualdad de las partes y a la imparcialidad en la regulación hace dirigir la mirada hacia la figura del mediador, aspecto este que puede aportar algún tipo de conclusión sobre la racionalidad de la institución regulada jurídicamente de mediación y acerca de la presencia del tercero mediador en esa institución. Este asunto será objeto de estudio en el capítulo 7.

Antes, el itinerario de la investigación sobre la racionalidad de la mediación contenida en la regulación se detendrá en dos aspectos que aparecen explícitos ya en la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 y en todo el proceso de regulación desde finales del siglo pasado, en Europa y en España: la mediación como procedimiento autocompositivo y la mediación como procedimiento de acceso alternativo a la justicia. De ambos aspectos esenciales, tratan los dos capítulos siguientes.

Capítulo 5

La mediación como autocomposición

Hay en la definición de mediación contenida en la Ley 5/2012 un concepto que resulta central: la autocomposición. Es un concepto nacido en la doctrina italiana y española¹ del derecho procesal civil en la década de los años 30. En el estudio de la autocomposición se puede profundizar en las características esenciales de la mediación y cómo la autocomposición expresa la racionalidad propia de la mediación.

La Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, dice que «la mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias». El Real Decreto-ley anterior 5/2012, de 5 de marzo, hacía la misma declaración.

Igualmente, la Ley 5/2012, en su preámbulo, reconduce la autocomposición para explicarla en términos de autonomía de la voluntad: «El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo». Por eso, en sus comentarios a la Ley 5/2012, Antonio María Lorca Navarrete afirma que la mediación es «un ámbito autocompositivo de resolución de conflictos que

¹Guiarán este estudio las obras de Alcalá-Zamora y Castillo, 1970; Carnelutti, 1936.

se justifica en la autonomía de la voluntad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico reconocido en la Constitución», ya que la libertad se encuentra recogida como valor superior en el art. 1.1 de la CE. Este modo de basar constitucionalmente la autocomposición de la mediación es acertada, aunque poco más añade a la mera declaración del hecho.²

La autonomía de la voluntad es otro modo de decir el principio dispositivo, que es fundamento del proceso civil, del arbitraje, pero también de la mediación, ya que según él, las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos, judicialmente o no, en la medida en que estimen oportuno³.

El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña afirma que el primero y principal fin de la mediación es «la autogestión de los conflictos y su desjudicialización.»⁴ Posteriormente añade «las otras finalidades» de la mediación, atribuyéndole funciones preventivas, reparadoras y educadoras. La finalidad de la «autogestión» o autocomposición resulta esencial, también en el Libro Blanco.

Para detener el estudio en la autocomposición es necesario sentar antes qué otras alternativas existen a ella para resolver los conflictos. Hay, pues, tres modos diferentes de solución de conflictos, en función de si interviene un tercero en la gestión y decisión de los mismos y del papel que desempeñan las partes. Estos tres modos de solución de conflictos son la autotutela, la heterocomposición y la autocomposición. De los tres, la regulación ha atribuido a la mediación el carácter autocompositivo.

5.1. Las vías de resolución de conflictos

5.1.1. La autotutela

La primera de estas vías es la autotutela, la imposición coactiva de una solución al conflicto por parte de uno de los contendientes

²Lorca Navarrete, 2012, págs. 21 y 22.

³Viola Demestre, 2003, págs. 36 y 40.

⁴Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 835.

sobre el otro o los otros. Siguiendo a Niceto Alcalá-Zamora⁵, las dos notas definitorias de la autotutela son la ausencia de juez distinto de las partes y la imposición de la decisión por una de las partes a la otra:

«La autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (trátase de persona individual, asociación obrera o patronal, consorcio económico, partido político oficial, profesión o cuerpo, Estado nacional, etc.), y aun a veces los dos, como en el duelo o en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso»⁶.

Sin embargo, la autotutela de los intereses o derechos alcanzada mediante la utilización de la violencia no tiene carácter permanente, sino transitorio, en la medida en que dicha solución se hace depender de un factor variable como la fuerza, que va a introducir elementos de oposición a la misma en el grupo social, estimulando el cierre en falso del conflicto⁷.

Tal y como señala Alcalá-Zamora, la autotutela ha sido reprimida históricamente por el derecho moderno:

«La autodefensa, que combina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo, y de ahí que, explícita o implícitamente, los ordenamientos jurídicos de los Estados mercedores de este nombre la prohíban

⁵A pesar del tiempo transcurrido, la obra de Alcalá-Zamora es citada todavía por los estudiosos de la autocomposición y de la mediación casi al pie de la letra. Así, Viola Demestre, 2003; Barona Vilar, 2012; Carretero Morales, 2016; Marqués Cebola, 2013

⁶Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, pág. 50.

⁷«El uso unilateral de la fuerza provoca un coste social muy alto como sistema de autotutela, autodefensa o autoayuda, y, además, no soluciona el conflicto de manera irrevocable o definitiva puesto que el fin de la discusión, alcanzado en definitiva mediante la imposición de la fuerza, nunca es definitivo ni seguro en el tiempo.» González Cano, en Soletto Muñoz y Otero Parga, 2007, pág. 131.

como regla, aunque la consientan en situaciones excepcionales [...]»⁸.

Las causas de esta represión jurídica de la autotutela parecen estar en la combinación entre la «parcialidad y el egoísmo», por lo que los siguientes modos de resolución de conflictos elegirán los principios contrarios a estos: la *imparcialidad* y el *entendimiento* en la *cooperación*.

En la línea de la imparcialidad, el proceso judicial heterocompositivo es la superación de la autotutela, como afirma Isabel Viola, porque «el hecho de que la superación del litigio se someta a la decisión que un tercero ajeno a la controversia pueda adoptar conlleva, *a priori*, un resultado imparcial.»⁹ En la superación de la autotutela «peligrosa» y que «supondría la quiebra del estado», resulta fundamental la figura de un tercero imparcial, ya sea mediador, conciliador, árbitro o juez.

Singularmente y además, en la autocomposición a través de la mediación los antónimos de la autotutela como parcialidad y egoísmo operan de manera combinada: la imparcialidad del mediador junto a la capacidad de cooperar y acordar las partes por sí mismas

⁸Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, pág. 13.

El artículo 455.1 del Código penal tipifica como delito la realización arbitraria o autotutela de un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleando violencia, intimidación o fuerza en las cosas: «El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses».

Sin embargo y del mismo modo, el actual Código civil mantiene algunos supuestos en que se manifiesta la autotutela, la posibilidad de actuación directa por parte del titular de los derechos subjetivos. Su art. 592 permite la autotutela respecto de las raíces de los árboles vecinos: «Si las ramas de algunos árboles se extendieren sobre una heredad, jardines o patios vecinos, tendrá el dueño de estos derecho a reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad.» Igualmente, el art. 612: «El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de este el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él.» Como se ve por el carácter anecdótico y marginal de estos supuestos, lleva razón Alcalá-Zamora en su afirmación y se puede entender que las raíces de los árboles y los enjambres de abejas son algunas de esas *situaciones excepcionales consentidas* por el derecho moderno de las que habla.

⁹Viola Demestre, 2003, pág. 31.

una solución satisfactoria y justa a su conflicto.

5.1.2. La autocomposición

La segunda vía de resolución de conflictos es la autocomposición, que consiste en la consecución del fin del conflicto a través de una solución consensuada por las partes mismas en el conflicto¹⁰. La solución pactada del conflicto puede consistir en el pleno reconocimiento de los intereses de alguna de las partes en conflicto, que saldrá vencedora frente a la otra, teniendo que acatar esta la decisión. Sin embargo, es más frecuente que la solución negociada se logre mediante recíprocas concesiones de las partes¹¹.

También cabe que el acuerdo se alcance a través de la intervención de un tercero neutral que haga posible la resolución del conflicto. En este caso, característica común de estas formas autocompositivas de resolución de conflictos es que las partes aceptan que el tercero intervenga en el debate y trate de ayudarles a conseguir una solución, pero no se obligan a acatar su parecer u opinión. El tercero ayuda a las partes a buscar un acuerdo, sin que, por ello, este tercero se pronuncie de manera formal sobre alguna solución concreta, precisamente tal y como se definió la mediación.

Francesco Carnelutti estudió la «autocomposición» del litigio cuando se dedica a los que denomina «equivalentes jurisdiccionales». Fue él quien introdujo el neologismo *autocomposición*. Para Carnelutti, los «equivalentes» son los «otros medios mediante los cuales

¹⁰ «Se trata, a fin de cuentas, de medios de autocomposición de controversias, que persiguen, fundamentalmente, que las propias partes superen el conflicto en el que se hallan inmersas mediante la celebración de aquellos acuerdos que estimen más convenientes a sus propios intereses, por consiguiente, de forma satisfactoria.» Viola Demestre, 2003, pág. 35.

«Llamamos vías autocompositivas a aquellas que se caracterizan porque son las propias partes auxiliadas o motivadas o no por un tercero las que protagonizan el acuerdo. No se someten a un tercero para que este resuelva sino que son las propias partes las que determinan la solución al conflicto limitándose el tercero -mediador, conciliador...- a aproximar a las partes en el acuerdo pero nunca hasta el punto de imponerles una solución.» Mejías Gómez, 1998, pág. 313.

¹¹ Barona Vilar, pág. 32.

se puede alcanzar el fin característico del proceso jurisdiccional.»¹².

La autocomposición es pues el medio de composición del litigio «por obra de las partes». Carnelutti la distingue, por tanto, de la heterocomposición o composición del litigio «por obra del juez». La autocomposición puede significar que las partes intenten resolver su conflicto a través de un consenso ellas solas. También puede ocurrir que si no pueden llegar a un acuerdo, las partes pueden acudir a un tercero, que les ayude a gestionar o resolverlo. La autocomposición supone que el tercero que interviene «lo hace *inter partes*, ayudando a las partes a que sean estas las que definitivamente alcancen el acuerdo» que ponga fin al pleito. La diferencia con la heterocomposición es que en esta la acción del tercero (un juez) es *supra partes*, imponiendo la decisión final sobre el conflicto. En la autocomposición, son los mismos sujetos en el pleito los que con ayuda del «componedor», van a alcanzar una solución a las diferencias, «autocomponiéndose ellos mismos»¹³.

Para Carnelutti, la equivalencia de la autocomposición a la composición judicial «debe ser limitada»: han de ser excluidos los conflictos respecto de los cuales no entra en juego la voluntad de las partes. Carnelutti no dice que la exclusión, indisponibilidad absoluta, se refiera a la capacidad de las partes para disponer sobre el objeto del conflicto, sino a su legitimación para ello. Cuando es relativa la indisponibilidad del objeto, la eficacia de la fórmula autocompositiva «está subordinada a la homologación judicial»¹⁴. Así que aquí tenemos dos actos, determinados por un interés que no es el interés del Estado en la resolución de conflictos, que sin embargo reconoce, bajo ciertas condiciones, la idoneidad para alcanzar el mismo objetivo, hacia el cual tiende la jurisdicción. En ello radica

¹²Carnelutti, 1936, pág. 154. La traducción es propia. En el original: «*[S]ono degli altri mezzi, mediante i quali si può raggiungere ciò che finora vedemmo essere lo scopo caratteristico del processo giurisdizionale*».

¹³Barona Vilar, 2011a, pág. 188.

¹⁴Carnelutti, 1936, pág. 169: «*Qui abbiamo dunque due atti, determinati da un interesse che non è l'interesse dello Stato alla composizione dei conflitti, ai quali tuttavia si riconosce, sotto certe condizioni, idoneità a raggiungere lo stesso scopo, a cui tende la giurisdizione. In ciò sta il concetto di equivalente giurisdizionale.*»

el concepto de equivalente judicial.

Sobre la tutela de derechos, la voluntad y la legitimidad, Carnelutti insiste en que «la ley no se refiere a la capacidad, sino a la legitimidad de las partes contratantes y su postura sobre los intereses, sobre los que transigen y respecto de los cuales debe proporcionar la tutela¹⁵. Esta idea de disponibilidad relativa está relacionada por Carnelutti con la necesidad última de homologación judicial, para que alcance eficacia completa el acuerdo autocompositivo¹⁶. La intervención estatal está expresada a través de la limitación del derecho a la autocomposición¹⁷.

La autocomposición es un género con diversas especies, en las que Carnelutti incluye la renuncia, el reconocimiento y la transac-

¹⁵«la legge non allude alla capacità ma alla legittimazione dei contraenti e cioè alla loro posizione riguardo all'interesse, su cui si transige, della cui tutela debbono poter disporre.»

¹⁶«Sotto tale aspetto conviene ancora ricordare, da una parte, la equiparazione, quanto ai limiti della loro efficacia, fra la transazione e il compromesso; dall'altra i casi, nei quali, a cagione della relativa indisponibilità dell'oggetto, la efficacia della transazione è subordinata alla omologazione giudiziaria.» La traducción que propone el autor de este trabajo: «A este respecto, todavía debe recordarse, por una parte, la equiparación, en cuanto a los límites de su eficacia, entre la transacción y el compromiso; de otra parte, los otros casos en los que, a causa de la falta de disponibilidad relativa del objeto, la eficacia de la transacción está sujeta a la homologación judicial.»

¹⁷«In ciascuna delle sue forme la autocomposizione è espressione del potere riconosciuto alla volontà degli interessati per la tutela dei loro interessi; se la lite può essere composta dalle parti medesime senza intervento del giudice, vuol dire che la legge si rimette per la tutela degli interessi reciproci alla loro volontà. Non occorre altro per dedurre che la equivalenza della autocomposizione alla composizione giudiziale deve essere limitata; debbono esserne necessariamente esclusi quei conflitti, rispetto ai quali non è rilevante la volontà delle parti; secondo la terminologia da me adottata, dove non è diritto soggettivo, ma solo interesse protetto, ivi non è terreno propizio all'autocomposizione.» Carnelutti, 1936, pág. 168. La traducción que propone el autor de este trabajo: «En cada una de sus formas la autocomposición es una expresión del poder reconocido a la voluntad de los interesados para la protección de sus intereses; si la disputa puede ser resuelta por las partes sin la intervención del juez, significa que la ley se remite a proteger los intereses mutuos a su voluntad. No ocurre otra cosa para deducir que la equivalencia de la autocomposición a la solución judicial debe ser limitada; Que necesariamente deben ser excluidos aquellos conflictos, respecto de los cuales no es relevante la voluntad de las partes; de acuerdo con mi terminología, que no es derecho subjetivo, sino solo interés protegido, y no es terreno propicio a la autocomposición.»

ción¹⁸.

Como se ve, de autocomposición trata en primer lugar Francesco Carnelutti. Después, en lengua española, lo recoge Alcalá-Zamora, para distinguir en los litigios la solución parcial o imparcial. La imparcial es la prefigurada por el proceso. La parcial es la producida por las propias partes en conflicto. Puesto que imparcial, ajena a las partes la solución propuesta, se dirá después que el proceso y el arbitraje son soluciones heterocompositivas a los conflictos. La solución parcial del litigio, a su vez, ofrece dos posibilidades, o bien uno (o ambos) de los litigantes consiente el sacrificio de su propio interés, de forma altruista y no-violenta; o bien impone el sacrificio del interés ajeno, de forma egoísta. En el primer caso, nos encontramos ante la autocomposición; en el segundo, ante la autodefensa¹⁹. Un aporte interesante de Alcalá-Zamora es la descripción de los modos de expresión de la autocomposición. En los manuales actuales sobre mediación²⁰, veremos que las expresiones de la autocomposición son la mediación, la conciliación y la negociación. En cambio, para un procesalista como Alcalá-Zamora, las tres posibles expresiones de la autocomposición son el desistimiento, el allanamiento y la transacción²¹. Esto es así ya que Alcalá-Zamora se refiere a las

¹⁸«*Ma anche la autocomposizione è un genus, entro il quale è possibile riconoscere delle specie diverse. Il criterio fondamentale di distinzione riguarda la sufficienza della volontà di una parte o la necessità del consenso a determinare la composizione. In altre parole la autocomposizione può derivare da un atto semplice o da un atto complesso; alla prima di queste categorie appartengono la rinuncia e il riconoscimento, alla seconda la transazione*» Carnelutti, 1936, pág. 168. La traducción: «Pero la autocomposición es un género, dentro del cual se pueden reconocer las diferentes especies. El criterio fundamental de la distinción se refiere a la suficiencia de la voluntad de una parte o la necesidad de consentimiento para determinar la composición. En otras palabras, la autocomposición puede ser el resultado de un acto simple o de un acto complejo; a la primera categoría pertenecen la renuncia y el allanamiento, a la segunda, la transacción.»

Sobre el contrato de transacción, como se dijo en nota anterior, ha sido referencia para este trabajo la obra de Isabel Viola, en Viola Demestre, 2003.

¹⁹Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, pág. 13.

²⁰Calvo Soler, 2013; Stein Cárdenas, 2000; Carrasco *et al.*, 2004; Farré i Salvà, 2004; García Villaluenga, 2006; Haynes, 1995; Lozano Martín *et al.*, 2015; Marqués Cebola, 2013; Carretero Morales, 2016; Lauroba *et al.*, 2011c.

²¹Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, pág. 80. También sigue este camino Isabel Viola, en Viola Demestre, 2003, págs. 53 a 61.

finalizaciones del conflicto. Las tres expresiones dadas por él son resultados posibles del litigio.

En cambio, para autores mediadores, las expresiones de la autocomposición se refieren al proceso de construcción de acuerdos, a los métodos encaminados a la construcción de acuerdos, de soluciones²². Las posibles expresiones de la autocomposición son la elección de la mediación y el papel del mediador, más o menos proactivo o propositivo. Se puede extraer una consecuencia de este modo de plantear la autocomposición: por el método o por el fin. Resulta llamativo que fuera del ámbito jurídico-procesal, no se incida en la autocomposición por el fin. Es decir, que el modo en que finaliza el conflicto no es relevante. O no, al menos, tanto como el método por el cual se construye la solución, independientemente de cuál sea esta.

Dicho con otras palabras, para la mediación, la fidelidad al proceso garantiza la justicia de los fines. Incluso los expedientes de autodefensa, como los denomina Alcalá-Zamora, o de autotutela²³, están fuera del mecanismo procesal estatal, pero no quedan fuera del derecho, ni siquiera fuera de las leyes positivas: tienen relevancia jurídica. Si aquellos expedientes reúnen esa naturaleza jurídica, con más razón aún, los expedientes autocompositivos, como la mediación. Además, tanto en la autocomposición como en la heterocomposición puede encontrarse de forma más habitual un elemento común: «la llamada del tercero»²⁴. En la autocomposición, el tercero trata de aunar a las partes, aproximarlas, para que sean ellas mismas las que lleguen a la solución del conflicto²⁵. En la heterocomposición, el tercero impone la decisión final. En la autocomposición aparece un tercero *intra partes*; en la heterocomposición, el tercero actúa *supra partes*.²⁶

²²Entre quienes se expresan así Suares, 2002; Alzate Sáez de Heredia, 2013.

²³Carretero Morales, 2016.

²⁴Barona Vilar, 2011a, pág. 170.

²⁵Corsón Pereira y Gutiérrez Hernanz, 2014, pág. 35.

²⁶Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, pág. 75; Viola Demestre, 2003, pág. 46; Barona Vilar, 2011a, pág. 170.

5.1.3. La heterocomposición

La tercera vía de solución de conflictos es la heterocomposición, en la que también interviene un tercero, aunque su papel difiere sustancialmente del que adopta en las fórmulas autocompositivas, ya que impone una solución de carácter vinculante para las partes que pone fin al conflicto de forma definitiva²⁷.

El tercero, en este caso, se sitúa no *inter partes*, como en la autocomposición, sino *supra partes* y su labor ya no va a ser la de ayudar a las partes a resolver el conflicto, sino dar una solución definitiva al mismo²⁸. Las dos vías heterocompositivas clásicas de resolución de conflictos son el arbitraje y la jurisdicción.

Ambas figuras proporcionan a las partes la solución de su conflicto de un modo definitivo e irrevocable y las resoluciones dictadas por el juez y por el árbitro tienen eficacia de cosa juzgada, sin necesidad de ningún tipo de homologación o reconocimiento por cualquier otro órgano público. En cuanto a las diferencias que presentan ambas vías, cabe señalar que aún operando de forma similar, la legitimación del tercero es diferente. Así, en el caso del arbitraje²⁹, la legitimación le viene atribuida al árbitro por voluntad de las partes que han de acudir expresamente al mismo y conferirle tal potestad, mientras que al juez, como depositario de la potestad pública de la jurisdicción, la potestad u obligación de resolver los asuntos que ante el mismo se presenten le viene atribuida legalmente, por lo que la premisa del acuerdo de voluntades no es necesaria, bastando con que una de las partes quiera acudir al proceso judicial como vía para solucionar el conflicto, para que la otra parte automáticamente

²⁷«[P]or heterocomposición entendemos aquellos sistemas de solución de conflictos, sean de carácter público (jurisdicción) o sean de carácter privado (arbitraje), en los que un tercero da la solución a las partes, las cuales se limitan a realizar las alegaciones que consideran oportunas y desarrollan los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus respectivas posiciones.» Mejías Gómez, 1998, pág. 313.

²⁸Barona Vilar, 2010, pág. 32.

²⁹«El arbitraje es, por su estructura, parecido a un juicio en cuanto a que es un tercero quien decide sobre el caso que se le presenta, y las partes aceptan esa decisión [...] La diferencia sustancial con el juicio es que el árbitro es elegido por las partes [...]» Gottheil y Schiffrin (1996, pág. 41.)

quede afecta a este. Otra diferencia estriba en las materias sobre las que puede versar uno y otro medio de solución de conflictos. Así, mientras el arbitraje solo puede versar sobre materias que tengan carácter disponible para las partes, el proceso judicial puede versar sobre cualquier tipo de derecho, tenga o no carácter dispositivo, siendo precisamente la única vía válida para resolver conflictos jurídicos o litigios que versen sobre materias no disponibles.³⁰

5.2. La autocomposición frente al proceso judicial

Silvia Barona describe un «fenómeno de jurisdiccionalización de las sociedades modernas» por el cual la respuesta durante el siglo XX a la creciente conflictividad social, económica, cultural ha auspiciado la creación de relaciones jurídicas nuevas. Este fenómeno de «juridificación de la vida social en su conjunto», como también lo llama, ha provocado «la extensión omnipresente de la regulación jurídica y con ella una presencia ubicua del Poder Judicial» en la gestión de la conflictividad poliédrica³¹. Por lo tanto, se presenta a la mediación como un medio en el que, a través de la autocomposición, se enfrenta al proceso judicial. Son intensos los esfuerzos por mostrar las ventajas de la autocomposición frente a los inconvenientes de la heterocomposición judicial³².

³⁰Carretero Morales, 2016, pág. 35.

³¹Barona Vilar, 2011a, pág. 190.

³²Gran práctica de la bibliografía consultada sobre mediación coincide en reclamar un estatuto privilegiado de eficiencia, eficacia, economía y satisfacción de la mediación frente al proceso judicial. Así, Aguirrezábal Grünstein, 2013; Alzate Sáez de Heredia, 2013; de Armas Hernández, 2003; Azcárraga Monzonís, 2013; Barona Vilar, 1999; Boqué Torremorell, 2003; Botana Castro *et al.*, 2013; Carrasco *et al.*, 2004; Farré i Salvà, 2004; Gámez Torres, 2007; Llevot Calvet, 2004; Munné y Mac-Cragh, 2006; Lozano Martín *et al.*, 2015; Palou Loverdos, 2012; Redorta Lorente, 2011.

El Libro Blanco de la Mediación, como radiografía y compendio de la mediación en Cataluña recoge este sentir: «El acuerdo de mediación es más satisfactorio para las partes que el acuerdo impuesto por un tercero» Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 335; «La mediación [...], a causa de su lógica de colaboración y a sus pautas de funcionamiento basadas en el diálogo y en la relación pacífica, tiene un buen

La evitación del pleito -o proceso judicial- parece que es un lugar común en el contexto de la mediación³³. Parece que hay, pues, razones para focalizar los inconvenientes en la complejidad, la ineficiencia y la insuficiencia de la solución judicial a los conflictos. La identificación de la gestión jurisdiccional de los conflictos a través de conceptos como lentitud, carestía, lejanía de la realidad, excesiva tecnificación es otro inconveniente en relación con la autocomposición. La razón de ello es que cualquiera de las partes en litigio difícilmente sale del pleito completamente satisfecha.³⁴ En este contexto, la clave de bóveda de la autocomposición se sustenta sobre la satisfacción de intereses de las partes. Se dice que nadie mejor que las propias partes en conflicto para diseñar una solución completamente satisfactoria para ambas³⁵.

Y en este análisis, el pleito tradicional, el de las leyes de enjuiciamiento, parece que quede en desventaja. La preterición de los intereses de reparación de la víctima del delito³⁶, por ejemplo, es

potencial para evitar litigios y presenta más ventajas que los sistemas convencionales» Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 56; «Las partes conservan en todo momento la facultad de resolver múltiples aspectos y cuestiones, guarden o no relación directa con el tema que les condujo a la mediación, a través del mismo proceso, siempre que resulten de mutuo interés. Es una de las ventajas que ofrece esta modalidad respecto de los medios de resolución adversarial como el arbitraje o el proceso judicial, regidos por el principio contradictorio» Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 135; «Señala ventajas [de la mediación] como la de su «más bajo coste», «la confidencialidad» y «su capacidad de ser más respetuosa con los implicados que en los juicios convencionales» Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 586.

³³Dice el Libro Blanco de la Mediación en Cataluña que «se observa cómo numerosos sistemas jurídicos, en particular los occidentales, tanto los correspondientes a la tradición jurídica del *Common Law* como de Derecho continental, adolecen de importantes problemas de carácter procesal -lentitud, complejidad y encarecimiento de los procesos judiciales- que impiden en la práctica la efectividad de los derechos subjetivos que sus ordenamientos formalmente reconocen. El incremento de la litigiosidad, su creciente complejidad y los costes institucionales ha conducido a muchos países a la necesidad de adoptar medidas para mejorar el acceso a la justicia y asimismo a evitar la sobrecarga de los tribunales. Este fenómeno se ha producido tanto en países de culturas jurídicas que inducen a acudir a los tribunales, como en aquellos que la evitan o no la promueven». Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 151.

³⁴Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 344.

³⁵García Villaluenga, 2006, págs. 453 y ss.; Calcaterra, 2002, pág. 47 y ss.

³⁶La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Deci-

el caso paradigmático en la crítica al modo judicial de resolver el conflicto³⁷.

En conclusión, puede que se vea cuestionado el hecho de que un tercero (vgr. el juez) decida la solución al conflicto oyendo a las partes, aplicando la solución legal o en derecho que proceda de manera unívoca.³⁸ La autocomposición puede ser la vía natural hacia la completa satisfacción de los intereses y necesidades de las partes.

En cambio, para la lógica del modo jurisdiccional de resolución de los conflictos entre particulares, el pleito consigue satisfacer en la mayoría de los casos, los otros intereses en juego, diferentes de

sión marco 2001/220/JAI del Consejo, establece en sus Considerandos 9 y 46 las consecuencias de ser víctima del delito y cómo la mediación y otros ADR pueden ayudar a que los intereses y derechos de la víctima sean tenidos en cuenta directamente: «El delito constituye un injusto contra la sociedad y una violación de los derechos individuales de las víctimas. Por ello, las víctimas de delitos deben ser reconocidas y tratadas de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación de ningún tipo [...] En todos los contactos con una autoridad competente que actúe en el contexto de procesos penales, y cualquier servicio que entre en contacto con las víctimas, como los servicios de apoyo a las víctimas o de justicia reparadora, se deben tener en cuenta la situación personal y las necesidades inmediatas [...] Se ha de proteger a las víctimas de delitos frente a la victimización secundaria y reiterada, así como frente a la intimidación y las represalias; han de recibir apoyo adecuado para facilitar su recuperación y contar con un acceso suficiente a la justicia [...] Los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima [...] estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional.»

³⁷Un caso más en detalle de la profunda frustración que produce el pleito es el del art. 301 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás partes sobre hechos o circunstancias de los que tengan noticia y guarden relación con el objeto del juicio. En la práctica, esto significa que el demandante (quien ha interesado la actuación judicial) no tiene oportunidad de ser oído por el juez más que a través de los técnicos en su defensa y representación procesal, pues ningún letrado de la parte demandada propone como prueba el pliego de confesión judicial de la demandante. Recordemos que este artículo se aplica de forma supletoria también en la jurisdicción contencioso-administrativa: la administración pública demandada nunca solicita que se oiga al administrado demandante. Independientemente de la pertinencia de esta medida del art. 301, lo cierto es que, en el nivel de la intersubjetividad, la frustración del ciudadano puede ser muy grande.

³⁸Este cuestionamiento es habitual en las obras sobre mediación; entre otras en Baruch Bush y Folger, 1996; Alzate Sáez de Heredia, 2013; Ferrandino, 2004; Suares, 2002; Botana Castro *et al.*, 2013.

los de las partes: el interés de la Ley, el interés superior del menor, el interés general, el orden público³⁹.

Este era el pensamiento de Alcalá-Zamora, que escribe en otra época en la que el proceso es diferente del de hoy, pero que es también firme creyente en la validez esencial del pleito. Llega a decir que «el proceso sirve a un tiempo a un interés individual y específico, que se circunscribe a cada uno de los litigios que resuelve, y un interés social y genérico, que se extiende a cuantos litigios puedan someterse a la jurisdicción de un Estado»⁴⁰. Puesta la mediación en la balanza frente al pleito, Alcalá-Zamora se decanta claramente por el segundo, afirmando que es «el medio que mayores posibilidades ofrece de aportar la solución justa y pacífica⁴¹». Se le puede reprochar a Alcalá-Zamora haber escrito en 1946, cuando la situación de la jurisdicción no parece en crisis tan acuciante como en la actualidad. En cambio, el mismo autor no pierde un ápice de lúcida crítica a las inconsistencias formales y organizativas del proceso. Pero eso no le impide juzgar de forma negativa a la mediación -como un medio autocompositivo-:

«El proceso rinde con frecuencia mucho menos de lo que debiera: por defectos procedimentales, resulta muchas veces lento y costoso, haciendo que las partes, cuando ello sea posible, lo abandonen para buscar en el arbitraje o en la autocomposición, soluciones con menores probabilidades de ser justas, aunque con la seguridad de ser más rápidas y más económicas⁴²».

En conclusión, es posible afirmar que, en la actualidad, no se debe plantear la relación entre autocomposición y proceso judicial de una verdadera confrontación. En este sentido, la obra de Alcalá-Zamora ha sufrido el cambio de contexto en el que el proceso judicial se desenvuelve hoy. El sistema de resolución de conflictos que

³⁹Son de esta postura Fernando Martín Diz y Cátia Marqués. En Martín Diz, 2010; Marqués Cebola, 2013.

⁴⁰Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, pág. 14.

⁴¹Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, pág. 14.

⁴²Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, pág. 238.

existe actualmente muestra que la autocomposición y los ADR se han unido al proceso judicial sin substituirlo y aparecen conectados a él⁴³. Esta puede haber sido la virtud del proceso de regulación de un mecanismo autocompositivo como la mediación: superar las reticencias del pasado para que los ADR se incorporen de pleno derecho al sistema de acceso a la justicia, entendida esta también como vía jurisdiccional de resolución de conflictos.

No sería conveniente llegar, pues, al extremo de plantear la mediación, la negociación y otros ADR como confrontados al proceso judicial, no solamente al describir una existencia separada del *iter* procesal, sino al plantearlos como una antítesis de este. No está en núcleo del asunto de esta supuesta confrontación en el planteamiento de la mediación como alternativa al proceso para superar las contradicciones de este. No se trata de establecer una línea divisoria entre la mediación y el proceso judicial.

Lo que aparece en el análisis de la autocomposición, que hay que recordar es uno de los principios de la mediación regulada por el derecho, es el acceso a la justicia para las partes por sus propios medios. Y en este contexto, no hay dicotomía o conflicto con el proceso judicial: ambos comparten esa aspiración. El proceso de regulación por el derecho ha comprendido que esta puede ser una aspiración común.

Si se identifica el acceso a la justicia también con el proceso *dentro de la administración de justicia*, puede defenderse que el núcleo de la autocomposición consiste en satisfacer más eficazmente las necesidades e intereses de las partes. Las soluciones más probablemente justas, al contrario de lo que afirmaba Alcalá-Zamora, también tendrían lugar en la autocomposición, si se acepta que esta no es ajena completamente al principio de acceso a la justicia. Y aceptando esta premisa, podría ser alcanzada la justicia tanto en la jurisdicción heterocompositiva como en la autocomposición mediadora, siempre y cuando se tengan en cuenta los límites a la aplica-

⁴³El Libro Blanco de la mediación en Cataluña es un útil compendio del estado de la cuestión. En Lauroba *et al.*, 2011c, págs. 152 y ss.

ción de la autocomposición. Hay ámbitos excluidos de la mediación, como se ha visto anteriormente en el apartado 4.1.

La autocomposición expresa la apuesta por la autonomía de la voluntad de las partes en el conflicto y su raíz se encuentra en el principio de libertad individual. De la autocomposición se deducen los principios del procedimiento de mediación, como la voluntariedad, que consiste no solamente en la capacidad de acceder y someterse libremente al procedimiento de mediación, sino también la capacidad de abandonarlo y renunciar a él en cualquier momento. Los principios de confidencialidad, neutralidad e imparcialidad sirven a la libertad y, por ende, a la autocomposición del conflicto, puesto que constituyen garantías sobre las cuales las partes, de buena fe, tratan de construir los acuerdos que regirán la solución: saber que el contenido de las sesiones no será publicado ni servirá como prueba en un hipotético proceso judicial posterior o en el simultáneo a la mediación.

5.3. Recapitulación

En el capítulo precedente se ha centrado el análisis en el concepto de autocomposición, que es explícito en la Ley 5/2012 y, que por consiguiente, merece un estudio propio como característica de la racionalidad de la mediación regulada. De la mano de la obra de Francesco Carnelutti y de Niceto Alcalá-Zamora, se ha definido la autocomposición como una vía de resolución de litigios, junto con la autotutela, que es la imposición de la solución por una parte a la otra; y junto a la heterocomposición, que es la imposición de la solución de un tercero diferente de las partes en conflicto (paradigmáticamente, un juez o un árbitro).

La autocomposición consiste en que las partes buscan la solución entre ambas, consensuadamente. Puede ayudarles un tercero, sin imponer la solución, por ejemplo, el mediador.

Se ha mostrado que la autocomposición de litigios es un *equivalente* jurisdiccional, *otro medio* para resolverlos. De nuevo, *alternativa*

tivo al proceso judicial heterocompositivo. Los tipos de autocomposición son la renuncia, el reconocimiento y la transacción. El acuerdo de mediación podría recoger cualquiera de las tres posibilidades aunque se identifique más la mediación con la transacción⁴⁴.

Finalmente, del análisis de la autocomposición se deduce que la mediación no solamente es complementaria a la heterocomposición judicial, sino que no compite con esta ni está confrontado a ella. Existe una imbricación entre autocomposición y heterocomposición expresada en la doctrina procesalista que se ha examinado en el capítulo. La racionalidad de la regulación de la mediación, al reconocer su carácter autocompositivo, no se separa de esta doctrina. Autocomposición y heterocomposición, ambas, buscan lo mismo: resolver conflictos y hacerlo justamente, es decir, accediendo a la justicia. De este último aspecto, presente también en la racionalidad de la regulación de la mediación, tratará el siguiente capítulo.

⁴⁴En el apartado 3.2 se ha hecho mención del informe preceptivo del CGPJ sobre el proyecto de Ley 5/2012, que asociaba a la mediación, no regulada todavía, con el contrato de transacción judicial del art. 19 de la LEC.

Capítulo 6

La mediación como instrumento de acceso alternativo a la justicia

Se ha tratado de mostrar con anterioridad que coexiste cierta ambigüedad en el concepto de *justicia* y que la referencia a ella en el principio de acceso a la justicia puede ser, al menos, doble: entender la justicia como sistema de administración judicial de soluciones a conflictos o entenderla como un valor superior del ordenamiento jurídico, vinculada a otros como la igualdad, la libertad, la paz o la tolerancia¹. Incluso también puede ser entendida como aspiración, como ideal de justicia al que referir un concreto ordenamiento jurídico².

También se ha procurado dejar claro que la racionalidad de la mediación como hecho social, al menos con anterioridad a su regulación por el derecho, se formula en términos de *cambio y transformación sociales* hacia relaciones interpersonales basadas en el entendimiento y la paz. Y por tanto, el acceso a la justicia que le es propio es el de justicia como valor y como derecho fundamental.

Y del mismo modo, se ha repetido con insistencia allí donde ha

¹Así lo hace Gregorio Peces-Barba, en Peces-Barba, 1986, págs. 141 y ss. En páginas previas, se citó a Hans Kelsen, fuente de que Peces-Barba también bebe.

²En este sentido, las obras de John Rawls y de Amartya Sen, en Rawls, 1999, y Sen, 2010.

aparecido que quedaba evidenciado, que del análisis de los fines y principios de la mediación regulada en la Ley 5/2012 también se desprende el carácter complementario y coadyuvante de la mediación para alcanzar un acceso a la la administración de justicia, es decir, a la justicia de los jueces y tribunales.

La racionalidad del derecho, al incorporar la mediación como institución jurídica dentro del sistema de enjuiciamiento civil, formula el acceso a la justicia como obtención regulada de soluciones a los conflictos. La regulación de la mediación se refiere a esta racionalidad del derecho pues reconduce el sentido de justicia más amplio de la mediación *prejurídica* al más concreto de *tutela judicial*.

La primera afirmación del preámbulo de la Ley 5/2012 es que una de las funciones esenciales del Estado de derecho es «la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos». La tutela judicial es, efectivamente, uno de los pilares del Estado de derecho. En el art. 24.1 de la Constitución Española³ se recoge como un derecho fundamental, dentro de la Sección primera del Capítulo segundo: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

Aunque en la formulación de la Constitución, y por tanto, de la Ley 5/2012, el derecho a la tutela judicial efectiva no lo parezca, se ha venido considerando por la doctrina del Tribunal Constitucional⁴ la traducción al ordenamiento jurídico español del derecho de

³Constitución aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978; ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978; sancionada por el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978 y publicada en el BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁴Esta doctrina se fija en diferentes sentencias como la STC 24/1981, de 14 de julio, publicada en el BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981; la STC 184/1992, de 16 de noviembre, publicada en el BOE núm. 303, de 18 de diciembre de 1992. En la STC 245/1991, de 16 de diciembre, publicada en el BOE núm. 13, de 15 de enero de 1992, el Tribunal español afirma: «No puede desconocerse por ningún Tribunal español el que en el proceso penal en que se condenó a los actores se ha producido una violación del derecho a un juicio justo del art. 6.1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, idéntico al derecho a un juicio con todas las

acceso a la justicia, ya presente en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones».

Así pues, como la propia regulación de la mediación parece indicar, existe una relación directa entre tutela judicial efectiva, es decir, el derecho de acceso a la justicia entendido con la salvedad anterior y el procedimiento de mediación.

6.1. El acceso a la justicia

Como hace notar Barona Vilar⁶, en España la justicia se ha configurado como un ámbito de monopolio estatal, de tal manera que en la Constitución Española de 1978, el artículo 117 establece que «la justicia [...] se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados». El artículo 125 de la norma fundamental deja un resquicio abierto a la participación de otros agentes en la justicia, al decir que «los ciudadanos podrán [...] participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.»

Por lo tanto, la perspectiva constitucional inicial no era proclive a tomar en consideración las posibles salidas del poder judicial⁷, tales como la mediación y cualesquiera otras formas autocompositivas. El objetivo último de Jueces y Magistrados es otorgar la tutela efectiva a los derechos e intereses de los ciudadanos, por imperativo del artículo 24 de la Constitución Española, que es la traducción constitucional del principio de acceso a la justicia. Tal y como es-

garantías del art. 24 de la Constitución Española.»

⁵Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma por el Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950. Consultable en: <http://www.echr.coe.int/>

⁶Barona Vilar, 2011a, pág. 195.

⁷Barona Vilar, 2011a, pág. 196.

tá configurado el diseño constitucional del acceso a la justicia, no parece que este fuera un lugar favorecedor para la irrupción de la mediación en el ordenamiento jurídico español poco más de 30 años después.

Así que el acceso a la justicia se realiza en el marco de la administración de justicia proporcionada por el Estado, y queda fijado así en 1978. De tal forma que las iniciales menciones a la mediación como medio de consecución del acceso a la justicia son las realizadas en el seno del Consejo General del Poder Judicial y se remontan a la aprobación del Libro Blanco de la Justicia⁸ y vinculan la mediación con el ejercicio de la abogacía ante los tribunales. En el punto 3.4 de su Capítulo Primero, titulado y relativo precisamente al «Acceso a la justicia», se señalaba lo siguiente:

«[P]articular interés merece, como propuesta, la tendencia a potenciar la intervención del abogado en actividades de mediación, transacción y arbitraje, cometidos esenciales para limitar el número de asuntos que llegan a los Juzgados y Tribunales»

Por consiguiente, la mediación es entendida como un medio apto para dar cumplimiento al derecho de acceso a la justicia, en tanto que la aptitud le viene otorgada por el mismo poder judicial y es ejercida por los operadores jurídicos habituales en la administración de justicia, de forma expresa, los abogados. Esta es la conclusión que parece desprenderse de la lectura de las tímidas referencias a la mediación hechas por el Libro Blanco de la Justicia, justo ahora 30 años. Con el amparo del poder judicial y con su ejercicio por la abogacía, la mediación podía despertar un «particular interés» que fuera compatible con el diseño del derecho de acceso a la justicia realizado por la Constitución Española.

En capítulos anteriores, ha quedado descrita la normativa del Consejo de Europa, de la Unión Europea y del Estado español - tanto en su forma de poder central como autonómico- en relación

⁸Aprobación hecha por acuerdo del Pleno del CGPJ de 8 de septiembre de 1997. Libro Blanco accesible aquí: <http://www.castillalamancha.es/>

con la mediación. Y ha quedado comprobado el peso que desde 1981 hasta la actualidad tiene el «principio de acceso a la justicia» en la configuración legal de la mediación. De tal modo que el único principio que se repite en todas las normas europeas estudiadas es el llamado »derecho de acceso a la justicia«. La evolución que desde el final de los años 70 y principios de los 80 del siglo pasado hasta la actualidad se ha producido en Europa, y también en España, se refleja en el proceso de regulación revisado anteriormente.

Hay que recordar que para la Directiva 2008/52/CE, la finalidad de la mediación es «facilitar y mejorar el acceso a la justicia», la mediación constituye un paso fundamental para «que se simplifique y mejore el acceso a la justicia⁹». La Directiva 2012/29/UE además reconoce que un medio para que las víctimas de delitos sean reconocidas y tratadas de manera respetuosa, sensible y profesional es que obtengan un acceso «suficiente» a la justicia¹⁰. En la reunión del Consejo Europeo, celebrada en Tampere en octubre de 1999, este instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de resolución de conflictos de carácter extrajudicial, «con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia».

La primera referencia normativa, en este caso de *soft law*, al acceso a la justicia y relacionada con los ADR, se encuentra, como se ha dicho, en la Recomendación núm. 7 (81) del Consejo de Europa. Con anterioridad, el acceso a la justicia fue objeto de regulación en Europa pues no se puede olvidar que el CEDH, de 1950, ya lo incorporaba en su catálogo de derechos¹¹.

⁹Considerando Tercero, *in fine*, Directiva 2008/52/CE.

¹⁰Considerando Noveno.

¹¹Las referencias al CEDH y su artículo 6, en Álvarez Ledesma, 2014; Azcárraga Monzonís, 2013; Barona Vilar, 2011a. La obra de referencia que vincula los ADR con el derecho del CEDH es Cappelletti *et al.*, 1981.

6.2. Una retrospectiva del acceso a la justicia

La definición del derecho de acceso a la justicia ha estado vinculada inicialmente a los logros del moderno Estado de bienestar, el *Welfare State*. Desde finales de los años 70 del siglo pasado se vino entendiendo el derecho de acceso a la justicia como una concreción más de la capacidad de las democracias contemporáneas para mejorar la calidad de vida de sus habitantes. El ingente trabajo de estudio y compilación liderado por Mauro Cappelletti¹², realizado entre 1971 y 1983, articula y sistematiza el conocimiento y la experiencia sobre el acceso a la justicia (*access to justice*). El «acceso a la justicia» es un principio fundamental de todo sistema jurídico, que la ciudadanía «pueda ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos por medio del Estado»¹³. Es uno de los derechos sociales y económicos, como el trabajo, la salud, la seguridad social y la educación. El derecho de acceso a la justicia es el principal derecho, «el más importante de los derechos humanos, en un sistema legal moderno e igualitario que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar, el derecho de todos»¹⁴.

El derecho de acceso a la justicia es uno de los cuatro pilares en que se sostiene la definición del Estado de derecho o *the rule of law*¹⁵ junto con los principios de legalidad y sometimiento al ordenamiento jurídico, de publicidad de las normas, de estabilidad y aplicación general del derecho y junto con la existencia de operadores jurídicos

¹²Cappelletti *et al.*, 1975, 1981; Cappelletti y Garth, 1983; Cappelletti, 1993. Con posterioridad a los trabajos de Cappelletti, otros autores se han ocupado de este asunto, siempre con el punto de referencia de la obra del primero: Álvarez Ledesma, 2014; Álvarez, 2003; Ferrandino, 2004; Iglesias Canle y Bonorino Ramírez, 2014; Francioni *et al.*, 2007; Sandefur, 2009.

¹³Cappelletti y Garth, 1983, pág. 18.

¹⁴Cappelletti y Garth, 1983, pág. 22.

¹⁵«*The rule of law comprises four universal principles: (a) a system of self-government in which all persons, including the government, are accountable under the law; (b) a system based on fair, publicized, broadly understood and stable laws; (c) a robust and accessible process in which rights and responsibilities based in law are enforced impartially; and (d) diverse, competent, independent and ethical lawyers and judges.*» Ghai y Cottrell, 2010, pág. 1.

independientes y sujetos a principios y reglas éticos, como jueces y abogados.

El acceso a la justicia se define también como un modo de igualdad en la titularidad de la defensa y de la protección de los propios derechos ante los órganos que el Estado pone a disposición de los ciudadanos.¹⁶ Así, el acceso a la justicia no solamente se concibe como un modo de alcanzar la tutela judicial, sino la garantía de recibir una respuesta justa y equitativa del poder judicial¹⁷. No se trata por consiguiente de obtener acceso real y efectivo, sino que este acceso produzca una respuesta justa y equitativa, que contenga la posibilidad de satisfacer las necesidades de justicia. El sujeto titular del derecho de acceso a la justicia pide a este derecho no solamente acceder a los mecanismos de la justicia, sino recibir respuesta de manera satisfactoria a su demanda final de justicia.

Precisamente, en la aproximación entre mediación y acceso a la justicia que es posible realizar a través de un análisis histórico y sociológico de la «justicia comunitaria», «justicia consuetudinaria»¹⁸ o «justicia vindicatoria»¹⁹, se encuentran los ecos de la necesidad de respuesta justa, equitativa y satisfactoria en la definición del derecho de acceso a la justicia. Esta justicia comunitaria, que se da en pueblos indígenas y nativos de África, Latinoamérica²⁰ y el Sudes-

¹⁶ «As a part of this equality, all persons are entitled to the protection of their rights by state organs, particularly the judiciary, concerned with the enforcement of the law.» Ghai y Cottrell, 2010, pág. 3.

¹⁷ McBride, 2009, pág. 7. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo considera el principio de acceso a la justicia un derecho humano que sustenta el desarrollo humano en todos los países: «Access to justice is, therefore, much more than improving an individual's access to courts, or guaranteeing legal representation. It must be defined in terms of ensuring that legal and judicial outcomes are just and equitable.» En la página 6 de su informe *Access to Justice Practice Note*, accesible en: http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/access-to-justice-practice-note/Justice_PN_En.pdf

¹⁸ «community justice» y «customary law», en Ghai y Cottrell, 2010, pág. 5. «Community-based methods of social ordering», en Parker, 1999, pág. 56.

¹⁹ En el apartado 2.1 se ha mencionado la obra de Ignasi Terradas sobre la justicia vindicatoria; publicada en Terrades Saborit, 2008.

²⁰ Estudios sobre justicia comunitaria en Latinoamérica se pueden citar el de Laura Nader, sobre comunidades zapotecas, en Nader, 1990; el de Boaventura

te asiático, es considerada un válido modo de acceso a la justicia porque respeta la diversidad cultural y las costumbres de las comunidades en que se aplica. Y la justicia comunitaria, en un modo altamente semejante al de la mediación, se caracteriza especialmente por ser informal, no tecnificada y fácilmente accesible a personas de bajos recursos educativos, intelectuales y económicos, por ser rápida y porque precisamente se desenvuelve *prima facie* en mediación y en la resolución de conflictos a través de formas diversas de reparación²¹.

Esta caracterización del acceso a la justicia expresada a través de la justicia comunitaria o tradicional o consuetudinaria puede ser también uno de sus peligros. Los *informal community-based means*, pueden fácilmente convertirse en formas de perpetuar la dominación y la opresión sociales y agudizar las desigualdades sociales.²² El hecho de no consistir en formas estatalizadas de acceso a la justicia, en el sentido moderno que tiene el poder judicial estatal, no exime a los *medios informales y comunitarios* de eludir el acceso a la justicia como valor superior ligado a la libertad, la igualdad y la equidad.

En congruencia con lo anterior, el principio de acceso a la justicia es expresado por Cappelletti en dos condiciones fundamentales: el sistema debe ser igualitariamente accesible a todos y el acceso ha

de Sousa Santos, sobre justicia comunal en favelas de suburbios urbanos brasileños, en Santos, 2009b; el de Antonio Peña sobre justicia aymará en el surandino peruano, en Peña Jumpa, 1998.

²¹«*Community justice* [...] is supported because it is deemed to reflect more closely the cultures and mores of the community concerned; it is informal and non-technical so that the poor and uneducated feel comfortable, is quick and easy to access, and the primary focus is mediation and resolution through forms of restitution.» Ghai y Cottrell, 2010, pág. 5. La mención repetida a colectivos de personas pobres o en situación de discriminación o minoría sociales no solamente está presente en Cappelletti *et al.*, 1981 sino que en trabajos más actuales también se hace referencia a ella, como en Jeremy McBride : el derecho de acceso a la justicia «*could also be applicable to the situation of various groups -notably the poor, persons subject to systematic discrimination and persons belonging to minorities- [...]*» McBride, 2009, pág. 7.

²²Así son llamados los ADR en Parker, 1999, pág. 60. La autora menciona que la bondad de estos medios comunitarios de acceso a la justicia no se puede dar por descontada.

de ser prácticamente posible.

Asimismo, es expresado en tres ejes básicos de concreción²³: acceso a la justicia como asistencia jurídica gratuita para personas pobres, acceso a la justicia como protección de intereses difusos y/o fragmentados²⁴ y acceso a la justicia como desarrollo de los ADR.

El inicial desarrollo de los mecanismos de ADR se produce en los EEUU, a partir de los años 30 del siglo XX²⁵, y en el Reino Unido después de la segunda guerra mundial, por la incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la justicia²⁶.

La obra de Cappelletti indaga en esas experiencias de aplicaciones prácticas de los dos primeros ejes al menos desde 1965 y describe las iniciativas de los Estados Unidos y del Reino Unido con los «tribunales vecinales», en relación con el tercero de los ejes.²⁷ Cappelletti defiende que en los Estados de bienestar de la Europa occidental, los derechos de colectivos desfavorecidos, desorganizados o infrarrepresentados²⁸ se han visto reconocidos a través de una interpretación amplia del principio de igualdad con el fin de promover el acceso a los tribunales. Para él y según los dos primeros modos o ejes de entender el acceso a la justicia, este es acceso a los tribunales.²⁹

La tercera fase, la relativa al desarrollo de los ADR, es descrita por Cappelletti como una nueva ola del movimiento en favor del

²³Cappelletti y Garth, 1983, pág. 18.

²⁴Por ejemplo, el interés público en cuestiones medioambientales, o los derechos de consumidores y usuarios.

²⁵Desarrollo estudiado anteriormente en el apartado 2.6.3 de este trabajo.

²⁶En Twining, 1993, pág. 380: «*the system was incapable in more fundamental ways of living up to the ideals of 'access to justice' for all*».

²⁷Los tribunales vecinales fueron creados con la intención de dirimir los conflictos entre vecinos, sobre todo los de menor cuantía. Conflictos de la vida cotidiana, como los que provienen de contravenciones o daños causados a la propiedad. Cappelletti *et al.*, 1981, págs. 195 y ss. Cappelletti y Garth, 1983, págs. 127 y ss.. En la labor de derecho comparado de Cappelletti, menciona experiencias anteriores desde los años 60 de tribunales legos vecinales en que ejercen mediadores, en la República Popular China, en Cuba y otros países entonces socialistas (la mayoría, de Europa oriental).

²⁸Cappelletti menciona expresamente a personas pobres, inquilinos en alquiler, consumidores, perjudicados ambientales, obreros y empleados.

²⁹Cappelletti *et al.*, 1981, pág. 5.

acceso a la justicia, presente en los Estados del bienestar. Insiste que no reemplaza las otras dos fases anteriores, sino que las recoge y madura.³⁰ Si el uso de los ADR substituye a la asistencia jurídica gratuita o la defensa legal de intereses públicos, su objetivo irá errado.

Es decir, si se escinde el desarrollo y la aplicación de los ADR de los otros dos ejes básicos del acceso a la justicia, se pierde el sentido completo del concepto. Es el gran peligro de los ADR: que signifiquen el alejamiento de potenciales litigantes del sistema de justicia formal. El acceso a la justicia a través de los ADR puede convertirse en un sistema de justicia de segunda clase, una justicia para pobres, minorías étnicas y mujeres.³¹

En su trabajo, Cappelletti avisa de la tentación de constreñir el tercer eje a la mera descripción de la proliferación de procesos alternativos de dirimir disputas de manera extrajudicial, lo que reemplazaría las instituciones de defensa y representación legal -los dos primeros ejes del acceso a la justicia- y lo que él propone es «ir más allá de ellas»³². Recuerda que ya en los años 70, el Consejo de Europa estaba convencido de que las simples reformas legales en el sistema de justicia gratuita sin el concurso de los procedimientos ADR no eran suficientes para facilitar el acceso a la justicia. Efectivamente, las Recomendaciones del Consejo de Europa son el testimonio más antiguo del interés europeo contemporáneo por la mediación, como se ha expuesto en el apartado 3.1.3.

Pero del mismo modo, alerta que «la tendencia hacia la creación de alternativas accesibles e informales a los tribunales de justicia contribuye potencialmente a una sociedad de expectativas rebajadas y crecientes desigualdades sociales»³³.

Cappelletti argumenta que esto es así, porque los conflictos, aun

³⁰Cappelletti *et al.*, 1981, pág. 5.

³¹«*Informal justice can also support structural inequality by siphoning poorer, less powerful potential litigants away from the formal justice system. It is a system of "second class justice" reserved for the poor, the black, and the women.*» Parker, 1999, pág. 62.

³²Cappelletti *et al.*, 1981, pág. 14.

³³Cappelletti *et al.*, 1981, pág. 18.

los pequeños, no implican necesariamente solo a dos personas, sino que pueden concernir a mayores intereses sociales. Derivar esos conflictos a una alternativa informal de justicia puede esconderlos peligrosamente en procesos de baja visibilidad social. Cappelletti pone de ejemplo los conflictos de consumo. Sin embargo, la alerta formulada por Cappelletti no ha obstado que el campo del derecho de consumo se haya configurado como un lugar privilegiado de regulación de la mediación³⁴. La situación no parece mejorar en la reciente regulación española de los ADR aplicables en los litigios en materia de consumo, pues parece que la opción del legislador español consiste en convertir las alternativas de acceso a la justicia más en imposiciones y menos en posibilidades.³⁵

³⁴La Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, abreviadamente Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, expone una radiografía del interés que despierta el terreno de los conflictos entre consumidores y comerciantes para el desarrollo de los ADR y entre ellas, la mediación. Y también, de sus dificultades. El Considerando 5 de la directiva afirma: «La resolución alternativa de litigios ofrece una solución extrajudicial sencilla, rápida y asequible para los litigios entre los consumidores y los comerciantes. Sin embargo, la resolución alternativa de litigios no está desarrollada todavía de manera suficiente y coherente en toda la Unión. Desafortunadamente, a pesar de las Recomendaciones de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (3), y 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (4), los mecanismos de resolución alternativa de litigios no se han establecido correctamente ni funcionan satisfactoriamente en todas las áreas geográficas o sectores empresariales de la Unión. Los consumidores y los comerciantes siguen sin conocer las vías de recurso extrajudicial, ya que solo un pequeño porcentaje de ciudadanos sabe cómo presentar una reclamación ante una entidad de resolución alternativa de litigios («entidad de resolución alternativa»). En los casos en que existen procedimientos de resolución alternativa de litigios («procedimientos de resolución alternativa»), sus niveles de calidad varían de forma considerable entre los Estados miembros, y con frecuencia las entidades de resolución alternativa no tramitan de forma eficaz los litigios transfronterizos.»

³⁵La Directiva 2013/11/UE ha sido objeto de transposición en el ordenamiento jurídico español por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. En el preámbulo de esta ley, se entrevé la posibilidad de usar medios compulsivos para alentar el uso de los ADR en materia de consumo: «En sectores donde exista un alto nivel de conflictividad y una adhesión limitada a entidades de resolución de conflictos, se articularán todas las medidas administrativas y normativas necesarias para corregir esta

La idea fuerte en el trabajo de Cappelletti es que la imbricación entre los tres escenarios del derecho de acceso a la justicia significa que si el Estado del bienestar llega a ser una realidad para sus beneficiarios, los beneficios que reporte deben ser consistentes con el fortalecimiento de los derechos de esos beneficiarios.

El acceso real práctico a la justicia, a los tribunales, se veía gravemente obstaculizado en los años 70 del siglo pasado por los siguientes factores:³⁶ las costas del juicio que debe asumir el vencido, los juicios cuya cuantía es menor y en los que el costo del proceso resulta ser mayor que el principal demandado y el excesivo tiempo que media entre la reclamación y la sentencia³⁷.

El estudio de Cappelletti afirma que ni es posible ni deseable solucionar el problema de acceso a la justicia «solo con abogados»³⁸, es decir, proveyendo representación o defensa legal. Una nueva configuración del acceso a la justicia en Europa y en los Estados Unidos de América estaba vinculada en los años 70 a derechos subjetivos nuevos, emergentes, como los derechos de los intereses colectivos o difusos³⁹ y el acceso a la justicia de estos nuevos derechos requiere procedimientos nuevos para hacerlo valer.⁴⁰ Algunos de estos nuevos procedimientos, basados en un nuevo enfoque procesal, son los ADR, ya que algunos conflictos son resueltos mejor por las partes mismas. En los años 70 se apela a la mediación como procedimiento

situación, incluidas las sancionadoras. Para ello anualmente se evaluarán los sectores más problemáticos y las cuestiones más reclamadas en orden a introducir las modificaciones normativas o las políticas que alienten la inclusión de estos sectores de actividad en los sistemas de resolución de conflictos que cumplan con los principios y garantías que recoge esta ley.» El articulado no concreta esta previsión. Es posible que el necesario desarrollo reglamentario de la Ley 7/2017 aclare cuáles son *todas* las medidas, incluidas las *sancionadoras*.

³⁶Cappelletti *et al.*, 1981, pág. 20 y ss.

³⁷El art. 6.1 de la Convención europea de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales expresamente establece que la justicia ha de ser impartida «dentro de un plazo razonable». Texto de la Convención: <https://www.boe.es/>

³⁸Se puede recordar ahora, por el contrario, la propuesta del Libro Blanco de la Justicia en España, 20 años posterior a las consideraciones de Cappelletti.

³⁹Derechos e intereses de consumidores y usuarios, perjudicados por acciones contaminantes, inquilinos, deudores hipotecarios, trabajadores, enfermos o pacientes.

⁴⁰Cappelletti y Garth, 1983, págs. 80, 147 y ss.

óptimo de resolución de los litigios en que las partes están vinculadas entre sí antes, durante y después del litigio mediante relaciones de carácter permanente⁴¹.

El acceso a la justicia, pues, no solamente es un derecho proclamado, sino que debe ser realmente practicado⁴². La reflexión de Cappelletti enfatizaba esta circunstancia, en la línea del derecho normado-proclamado y el derecho practicado, de la que sin duda era consciente. La proclama del acceso a la justicia significa un acceso en igualdad y en realidad a la justicia. El alcance del igualitarismo de los años 70 y 80 del siglo pasado condicionaba el acceso a la justicia de tal manera que la desigualdad económica, social, educativa era descrita como uno de los obstáculos de la accesibilidad. De igual forma, la igualdad de las partes deberá ser condición para la remoción de dichos obstáculos.⁴³

«El cambio que conduzca a un mayor significado social de la justicia no debe hacernos creer que los valores esenciales y tradicionales del derecho procesal hayan de ser sacrificados [...] El propósito del acceso a la justicia no es hacer justicia disminuida sino que sea accesible a todos, incluso a los pobres»⁴⁴. El sentido final del trabajo de Cappelletti es enfatizar que servir al acceso a la justicia no puede ser un fin que provoque la existencia de una administración de justicia -la extrajudicial- secundaria, de inferior categoría o calidad y subalterna a otra principal -la judicial-.

En este momento, es necesario además subrayar la aparente importancia de los sujetos implicados en el derecho de acceso a la justicia, que no solamente serían los beneficiarios de ese acceso sino aquellos operadores jurídicos implicados en la consecución de ese derecho. Con ello, es posible preguntarse si también los mediado-

⁴¹Cappelletti y Garth, 1983, pág. 83.

⁴²No solamente *derecho normado*, sino también *derecho practicado*, en el sentido de la propuesta de Alejandro Nieto en Nieto García, 2007.

⁴³La intermediación judicial es una de las posibles estrategias al alcance del sistema jurisdiccional para promover la igualdad de las partes Cappelletti y Garth, 1983, págs. 115 y ss.

⁴⁴Cappelletti y Garth, 1983, págs. 182 y 183.

res⁴⁵ pueden ser tenidos en consideración como tales operadores jurídicos, necesarios e imprescindibles para la garantía de acceso a la justicia. La regulación de la mediación muestra hasta qué punto los mediadores son pieza clave en el desarrollo de la mediación en tanto en cuanto se convierte en un modo de acceso a la justicia.

A continuación, se propone seguir el recorrido a través del principio de acceso a la justicia tal y como está recogido en las normas europeas sobre mediación.

6.3. El acceso a la justicia en las normas europeas sobre mediación

Después de los años 70 y 80, el derecho de acceso a la justicia ha seguido teniendo un protagonismo importante y viene mencionado en las normas europeas sobre mediación con sentidos diversos.

El primero de ellos es el acceso a la justicia como protección de las víctimas de los delitos. En este sentido se entiende el acceso a la justicia de la víctima del delito como derecho a ser indemnizada por los daños sufridos y los gastos judiciales, como derecho de la víctima del delito a recibir información pertinente para la protección de sus intereses, a recibir los servicios de apoyo previstos para ella⁴⁶ y al acceso a la asistencia jurídica gratuita cuando sea parte en el proceso penal.

El segundo tiene que ver con acceso a la justicia como aseguramiento de la disponibilidad de métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigio.⁴⁷ Este acceso a la justicia se vincula con los derechos de tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, del art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de

⁴⁵Y no solamente las personas físicas mediadoras, sino las personas jurídicas, las instituciones de mediación o proveedoras de servicios alternativos de resolución de conflictos.

⁴⁶Decisión Marco del CE de 15 de marzo de 2001 y Directiva 2012/29/UE. La Directiva habla de que la víctima debe «contar con un acceso suficiente a la justicia», sin especificar en qué consiste esa suficiencia.

⁴⁷Directivas 2008/52/CE y 2013/11/UE.

la Unión Europea.

El tercer sentido se refiere a acceso a la justicia como mayor desarrollo y funcionamiento adecuados de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos⁴⁸.

Un cuarto sentido de acceso a la justicia como simplificación de procedimientos en la cooperación judicial transfronteriza⁴⁹.

Como se ve, hay una evolución en el modo en que se entendía el acceso a la justicia en Europa en las décadas de 1970 y de 1980 y el modo en que se entiende en los últimos años 90 y ya en el siglo XXI. En primer lugar, ha desaparecido la mención al Estado del bienestar, expresión que ha derivado en las actuales «mercado común interno» o «espacio europeo de justicia». En segundo lugar, si ahora Cappelletti escribiera su trabajo, los tres ejes básicos del derecho de acceso a la justicia podrían ser:

Otro sentido es el de acceso a la justicia como asistencia jurídica gratuita para algunos colectivos independientemente de su origen o situación socio-económica, tales como víctimas de delitos, consumidores y usuarios, particulares y empresas. Este tema ha evolucionado en la normativa sobre mediación, continuamente se hace mención en las recomendaciones, directivas, de la gratuidad de la mediación o de incentivos económicos a llegar a acuerdos o de exención de tasas públicas al intentar el recurso a la mediación. Lo que en un principio era algo más semejante al sistema de justicia gratuita para pobres, ha evolucionado hacia una justicia de bajo coste para el justiciable, sea quien sea este. Y no solamente de bajo coste para el justiciable, sino para la misma administración de justicia,

⁴⁸Posición común (CE) n.º 11/2008, Directiva 2013/11/UE. La Directiva, además, añade que el acceso a vías sencillas, eficaces, rápidas y asequibles para resolver los litigios debe reforzar la confianza de los consumidores en el mercado interior europeo, incluido el ámbito del comercio en línea.

⁴⁹Conclusión 38 del CE reunido en Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1999. «El Consejo Europeo invita al Consejo y la Comisión a que elaboren nueva legislación en materia procesal para casos transfronterizos, en particular en lo que se refiere a los elementos que son decisivos para allanar el camino a la cooperación judicial y para mejorar el acceso a la justicia, como, por ejemplo, las medidas provisionales, la obtención de pruebas, las órdenes de pago y los plazos». Texto de la declaración de Tampere: <http://www.consilium.europa.eu/>

para los tribunales.

Complementariamente, el sentido del acceso a la justicia como protección de la confianza de los consumidores en el mercado único interior y de los ciudadanos en los tribunales de justicia. En la semántica de los sujetos a cuya confianza debe proteger el acceso a la justicia, y en consonancia con la entrada en escena del «mercado», se habla también de «empresas».

Finalmente, el último sentido de acceso a la justicia como desarrollo de ADR en equilibrio con el modo jurisdiccional de resolver litigios. Para asegurar ese equilibrio, se ha fortalecido la figura del mediador, definiendo sus características, reglando el acceso a la profesión de mediador, su formación, previendo mecanismos de control de calidad de la labor del mediador. Hay que recordar el paso paulatino de la primitiva Recomendación del Consejo de Europa de 1981 a la Ley 5/2012, en que se desarrolla *in extenso* la capacitación del mediador, su inscripción obligatoria en un registro público y hasta el aseguramiento del riesgo de responsabilidad civil por negligencia o mala *praxis* profesional.

6.4. La mediación y el acceso alternativo a la justicia

Al decir que la mediación es siempre mediación jurídica, Puy Muñoz razona que la «idea de la mediación penetra toda la Jurisdicción», porque la esencia de la administración de justicia es mediación o no es nada.⁵⁰ La etapa codificadora y constitucionalista hegemónica desde comienzos del siglo XIX hasta finales del siglo XX olvida esta identidad entre justicia y mediación. En el siglo XXI, ya no se puede seguir olvidando y se habla de «justicia participativa»⁵¹, es decir la posibilidad de alcanzar justicia reconociendo el

⁵⁰Soletto Muñoz y Otero Parga, 2007, pág. 31.

⁵¹El acceso a la justicia se identifica con «el empoderamiento de las partes más débiles frente a las más poderosas, con el fin de crear una oportunidad de elaborar, colaborativamente, una solución justa», en Farinha *et al.*, 2014, pág. 2.

protagonismo de las personas «en la solución de sus controversias».

Cuando en el pasado un individuo se ponía en manos de un mediador, ya estaba eligiendo el modo de conseguir justicia, porque le reconocía autoridad. Antes de la revolución francesa, solo acudía a personas «investidas de nuda potestad», los jueces, «cuando era necesario ejecutar por la fuerza, cuando se echaba atrás alguna de las partes mediadas».⁵²

Cuando en la normativa europea de la que se ha hablado hasta ahora aparece la expresión «acceso a la justicia», es en realidad la traducción española de las equivalentes inglesas «*access to justice*» o «*access to law*» y de la francesa «*access à justice*». Y aunque en esas lenguas es imposible el siguiente juego de palabras⁵³, sin embargo, en lengua española sí es posible aumentar el juego semántico de la expresión retirando el artículo *la*.

Precisamente una autora de habla hispana, la argentina Gladys Stella Álvarez afirma que el principio debe ser el de «acceso a justicia», para que «no connote solamente la entrada al sistema judicial sino que abarque el camino a formas desjudicializadas de resolución de conflictos»⁵⁴. Lo que quiere significar es que justamente con el término *jurisdicción* hoy se alude al sistema de monopolio que,

⁵²Soletto Muñoz y Otero Parga, 2007, pág. 31.

⁵³En la literatura sobre acceso a la justicia, se advierte una ampliación del sentido del término justicia como algo más que acceso a abogado o a orientación jurídica, como en Cappelletti *et al.*, 1975, 1981; Cappelletti y Garth, 1983; Cappelletti, 1993; Ghai y Cottrell, 2010. Del mismo modo en que se ha mencionado anteriormente la existencia de la justicia comunitaria como un elemento que amplia decisivamente el acceso a la justicia con la incorporación de referencias a la respuesta justa, equitativa o satisfactoria, en derecho internacional el actual fenómeno migratorio también ha sacudido de alguna manera los fundamentos de una concepción restringida de justicia judicial. Así, en obras como Sandefur, 2009; Parker, 1999 y Francioni *et al.*, 2007. Experiencias de acceso a justicia en Palestina, territorio en el que conviven la ausencia de un poder judicial estatal y de súbditos nacionales, son expuestas en McBride, 2009. Apátridas, solicitantes de protección internacional, trabajadores migrantes en situación irregular, menores extranjeros no acompañados están provocando un replanteamiento del acceso a la justicia diseñado, en principio, para ciudadanos nacionales sujetos de estatutos jurídicos uniformes.

De algún modo, está presente el cuestionamiento de si *access to law* es tanto como decir *access to justice*. Se han estudiado los límites del derecho como justicia en la expresión *access to law*, así en Parker, 1999, págs. 48 y ss.

⁵⁴Álvarez, 2003, pág. 9 y ss.

respecto de la resolución de conflictos, reclaman para sí los órganos judiciales. La jurisdicción se encuentra vinculada con la existencia de un sistema de reglas que estereotipan los conflictos y, solo a través de aquel, las partes deben expresar sus intereses y obtener una respuesta. Para ella, acceso a la justicia es «la posibilidad de la persona física o jurídica, de actuar ante el órgano jurisdiccional»⁵⁵. Como mediadora, dice Álvarez que los tribunales no deben ser el lugar donde comience la resolución de las disputas, sino el lugar donde finalicen, después de haberse examinado e intentado otros métodos alternativos.

Más allá de la corrección gramatical de la expresión, o de su imposible extensión a otras lenguas diferentes del español, hay un aspecto llamativo en el planteamiento: la diferencia entre el acceso *a la justicia* regulado y normativizado en los tratados y leyes internacionales y expresado en el acceso a los tribunales y el acceso *a justicia* como aspiración de los individuos a ejercer sus derechos y a convivir en armonía por sí mismos⁵⁶. Álvarez parte del principio de que *métodos alternativos de solución de conflictos* significa «fuera del aparato estatal de solución judicial de conflictos»⁵⁷. Como se ha podido ver en la regulación de la mediación que lleva a cabo la Ley 5/2012, de 6 de julio, la existencia de métodos alternativos de solución de conflictos puede ser compatible con su inserción en el derecho procesal civil. Aunque ciertamente vaya demasiado lejos en su afirmación, resulta sugerente cómo designa mediante el significante *acceso a justicia* un significado sustancialmente diferente del *acceso a la justicia*, más cuando es este segundo significante el que ha pasado al proceso de regulación de la mediación y a las normas positivas que se han estudiado en este trabajo.

⁵⁵Álvarez, 2003, pág. 13.

⁵⁶Para Lederach, la paz está vinculada a este segundo significado de justicia como valor o aspiración, ya que la paz es «un orden de *reducida violencia* y *elevada justicia*, en cuanto a las relaciones y las interacciones humanas y a las estructuras que las regulan. En este sentido, la justicia social es sinónimo de la paz, y se refiere no tanto al proceso jurídico como a la igualdad y a la reciprocidad. Para que haya justicia en las relaciones no puede haber dominio, superioridad o marginación.» Lederach, 2000, pág. 179.

⁵⁷Álvarez, 2003, pág. 12.

Lo que está poniendo encima de la mesa, en grado de intuición, quizá, es que hay dos ámbitos en los cuales la mediación puede ser hábil y válida: el ámbito de la resolución de conflictos en el *mundo de la vida*⁵⁸ -la mediación como hecho social- y el ámbito del sistema estatal de resolución de conflictos -la mediación regulada-. La mediación para *acceder a justicia* en las interrelaciones sociales y personales y la mediación para *acceder a la justicia* en los juzgados y tribunales. El principio descriptivo del fenómeno de la mediación, que se abre bifronte en dos lados se viene repitiendo como esquema interpretativo: mediación practicada y mediación regulada⁵⁹.

Otros autores latinoamericanos, como Álvaro Ferrandino y Luis Pásara, aportan connotaciones inspiradas en Cappelletti sin duda, pero más explícitas. Y de algún modo en relación con el punto de vista del «acceso a justicia». Para estos estudiosos, los sistemas de justicia no son tales si no reconocen y facilitan «el acceso a la justicia de todas las personas en igualdad de condiciones». Es decir, «justicia para todos y todas»⁶⁰.

Existen tres motivaciones para el establecimiento de los ADR que tienen como centro el principio de acceso a la justicia.⁶¹ La primera los concibe como métodos alternativos a los sistemas formales –percibidos como difíciles, lejanos y costosos–, para que los excluidos de ellos tengan acceso a la justicia. En este sentido, los ADR proveen un servicio que el Estado no está en condiciones de proporcionar a través de los tribunales. Es decir, la tesis de estos autores es que la mediación no solamente sería un procedimiento alternativo al jurisdiccional, sino subsidiario a él. Sigue Álvaro Ferrandino: «La segunda motivación los concibe como mecanismos eficientes para descargar a los tribunales de la cantidad de trabajo que los abruma y que no realizan con eficiencia. En esta postura hay que distinguir dos tesis: la primera propugna que los MARC⁶² atiendan a

⁵⁸ Expresión tomada de la obra filosófica de Jürgen Habermas.

⁵⁹ En los próximos capítulos, el presente trabajo se detendrá en describir esta dualidad constante en el modo de presentarse la racionalidad de la mediación.

⁶⁰ Ferrandino, 2004, pág. 379.

⁶¹ Ferrandino, 2004, pág. 400 y ss.

⁶² Ferrandino se refiere a los MARC como «Métodos Alternativos de Resolución

cualquier persona, ya que la razón de acudir a ellos corresponde a que son flexibles, eficientes y baratos; y la segunda sostiene que los MARC pueden trasladarse a sistemas privados, principalmente cuando se trate de casos civiles y comerciales, cuyas consecuencias no trascienden a la comunidad. De esta cuenta, el Estado se descargaría de la tarea y del costo de solución de casos de índole privada. Finalmente, la tercera motivación concibe a los MARC como sistemas para resolver conflictos con mayor calidad que la judicial. Aquí se encuentra dos argumentos: el primero, sobre conciliación y mediación, considerados como métodos cooperativos que facilitan soluciones democráticas y participativas, una mayor comunicación entre las partes y la cultura de diálogo; y, el segundo, que subraya la calidad técnica en el caso de los arbitrajes⁶³, ya que el árbitro puede ser un experto en la materia específica sobre la que versa el conflicto.»⁶⁴

Sin embargo, si el acceso a la justicia es la finalidad primordial de la mediación regulada por el derecho, eso no significa considerar a la mediación una simple contraposición de la jurisdicción, una obtención acelerada de acceso a la justicia, o un modo privilegiado de acceso a la justicia. Pensar lo contrario, como parecen indicar los textos de Álvarez y Ferrandino puede significar caer en la generalización de la mediación sometida a exigencias de aceleración en la resolución de conflictos y litigios. Y eso es pagar un «alto precio de padecer mecanismos jurídicos *milagrosos*, que luego no lo son tanto, [...] a costa de menoscabar garantías y derechos procesales fundamentales del ciudadano,» con el fin de convertir el acceso a la justicia a través de la mediación en «*el dorado* de una justicia *express* y a la carta»⁶⁵.

Una cosa es constatar la crisis de la justicia, su ineficacia y lentitud y que muchos ciudadanos opten por no acudir a la vía juris-

de Conflictos». En el presente trabajo se ha preferido, en cambio, la expresión ADR para significar lo mismo que él.

⁶³Ferrandino habla de estos criterios de calidad vinculados más bien al *acceso a justicia* que no al *acceso a la justicia*.

⁶⁴Ferrandino, 2004, pág. 400.

⁶⁵Martín Diz, 2010, pág. 53.

dicional para recibir justicia en forma de una sentencia favorable. Y otra muy diferente afirmar que, por eso mismo, la mediación y otros medios extrajudiciales y alternativos sean la «panacea» o «el antídoto infalible a los males que se ciernen sobre la solución en sede judicial de conflictos»⁶⁶. Esta apreciación de Martín Diz le permite considerar a la mediación como una posibilidad de acceso a la justicia de segundo orden, complementaria a la jurisdiccional, no su antítesis, que no substituya, ni impida, ni condicione ni restrinja al ciudadano el ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Para él, la mediación es secundaria, accesoria y subordinada «a la opción constitucionalmente preeminente» que es acudir al pleito judicial.

Martín Diz afirma de forma contundente que «la progresiva implantación de medios alternativos de solución de conflictos ha de valorarse como un fenómeno negativo, nunca positivo»⁶⁷, pues estos medios alternativos subvierten el orden preestablecido de acceso a la justicia predeterminado por el derecho: el proceso judicial, con todas sus garantías y mecanismos de fiabilidad, profesionalidad y justicia. Su punto de vista es *constitucional* y, en coherencia con lo manifestado en la Constitución Española y que ha sido objeto de referencia en el inicio de este capítulo, la mediación o los otros ADR no pueden encajar en el sistema de acceso a la justicia tal y como está diseñado desde 1978. Antes que él y antes de 1978, ya se mencionó también la postura de Alcalá-Zamora, que en la disyuntiva entre proceso judicial y mediación autocompositiva, defiende la preeminencia cualitativa del primero, afirmando que es «el medio que mayores posibilidades ofrece de aportar la solución justa y pacífica»⁶⁸. El juicio negativo sobre el acceso a la justicia que proporciona la mediación y los otros ADR es también claro por parte de Alcalá-Zamora pues acusa a las partes que recurren a ellas de buscar eficiencia y ahorro económico y no un mejor o mayor acceso a la justicia. En comparación con el proceso jurisdiccional, los ADR con-

⁶⁶Martín Diz, 2010, pág. 55.

⁶⁷Martín Diz, 2010, pág. 55.

⁶⁸Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, pág. 14.

siguen «soluciones con menores probabilidades de ser justas, aunque con la seguridad de ser más rápidas y más económicas⁶⁹».

La crítica a los métodos ADR ha intentado mostrar, desde otro punto de vista distinto del *constitucionalista y procesal*, anteriormente estudiado, que «son sistemas inaceptables debido a constituir una *justicia de segunda clase*, reservada a quienes no pueden acceder a la justicia estatal; favorecen a los poderosos en razón de la desigualdad que puede haber entre las partes y no resulta compensada por la intervención del tercero; se tuerce en ellos la voluntad del legislador a través de la libertad para alcanzar soluciones, lo que viola la igualdad ante la ley; y lesionan el derecho de defensa, sobre todo cuando se acepta su funcionamiento sin intervención de letrados»⁷⁰.

El proceso de regulación de la mediación de conflictos, que se ha ocupado intensivamente en proclamar el principio de acceso a la justicia como su finalidad esencial, no parece haber obviado las críticas expuestas hasta ahora. Así, la ley 5/2012, de 6 de julio, incluye la mediación en el sistema del proceso judicial, de tal forma que promueve activamente también la mediación intrajudicial⁷¹, es decir, la mediación realizada una vez presentada la demanda ante el juzgado o tribunal. Además, la entrada en vigor de la Ley 5/2012 significa la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en un amplio espectro de artículos. El final del Preámbulo de la ley presenta su programa de inclusión de la mediación en el corazón del proceso judicial:

«Se operan también una serie de modificaciones de carácter procesal que facilitan la aplicación de la mediación dentro del proceso civil. Se regula así la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación, así como la posibilidad de que sea el juez el que invite a las partes a llegar a un acuerdo y, a tal fin,

⁶⁹Alcalá-Zamora y Castillo, 1970, pág. 238.

⁷⁰Ferrandino, 2004, págs. 400 y 401.

⁷¹Ortuño Muñoz, 2011, págs. 131 a 141.

se informen de la posibilidad de recurrir a la mediación [...] Por otro lado, se prevé la declinatoria como remedio frente al incumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación o frente a la presentación de una demanda estando en curso la misma.

La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil comprende, por último, la de los preceptos necesarios para la inclusión del acuerdo de mediación dentro de los títulos que dan derecho al despacho de la ejecución.

Con estas modificaciones se articula la adecuada interrelación entre la mediación y el proceso civil, reforzando la eficacia de esta institución.»

Siendo así que el uso de la mediación y su resultado, el acuerdo, tienen esta transcendencia procesal parece adecuado afirmar que la mediación no puede equipararse a una justicia de segundo nivel, rebajada, accesoria y subordinada a la justicia jurisdiccional. Parece que la Ley 5/2012 ha procurado que la mediación no sea la antítesis del proceso pues no substituye, ni impide, ni condiciona, ni restringe a las partes el ejercicio de su derecho al acceso a la justicia de los jueces.

La equivalencia de la mediación con el proceso judicial es la garantía de que sea un éxito. Lo dice el CGPJ, cuando en 2007 analiza las experiencias piloto sobre mediación familiar intrajudicial:

«Mientras la abogacía no perciba que existen dos modelos metodológicos para intentar solucionar el litigio, uno el contencioso clásico, y el otro la mediación, y que se a él quien en cada caso aconseje al cliente, según las circunstancias del caso, las ventajas de uno u otro sistema, la mediación no se implantará»⁷².

Con todo lo dicho, la mediación es extrajudicial porque en su procedimiento no interviene directamente un juez, sino un mediador; es decir, *extrajudicial* en el sentido *extra iudices*. Pero la mediación es

⁷²Ortuño Muñoz y Sáez Valcárcel, 2007, pág. 636.

judicial en el sentido de promover igualmente que el proceso judicial el acceso a la justicia, en un sentido *pro iustitia*.

6.5. Recapitulación

El proceso de regulación de la mediación de conflictos se ha ocupado intensivamente en proclamar el principio de acceso a la justicia como otro de sus principios y parte de su finalidad esencial. El concepto de *justicia* incluido en el principio se nutre del ambivalente juego semántico entre *justicia* como valor social y político y *justicia* como sistema de resolución de conflictos. Como si la primera ejemplificase un acceso a *justicia* y la segunda, un acceso a *la justicia*.

Para la Directiva 2008/52/CE, la finalidad de la mediación es «facilitar y mejorar el acceso a la justicia». El acceso real práctico a la justicia, se ha venido interpretando desde el siglo XX como acceso a los tribunales y ya los trabajos de Mauro Cappelletti mostraban cómo se veía gravemente obstaculizado en los años 70 del siglo pasado por los siguientes factores:⁷³ las costas del juicio que debe asumir el vencido; los juicios cuya cuantía es menor y en los que el costo del proceso resulta ser mayor que el principal demandado; el excesivo tiempo que media entre la reclamación y la sentencia.

Los métodos ADR irrumpen en los estados miembros del Consejo de Europa en los años 70 como modos del Estado de Bienestar y del Estado de derecho de promoción del acceso a la justicia. Para ello, se ha mostrado en el capítulo que este acceso debe cumplir dos condiciones: la igualdad en el acceso y la realidad práctica en el acceso. Asimismo, en su inicial desarrollo, el acceso a la justicia basculaba sobre tres ejes: la asistencia jurídica gratuita a pobres, la protección de intereses difusos y el desarrollo de los ADR.

Desde el principio, se ha puesto de manifiesto la reivindicación de que los ADR no deben reemplazar otros modos de acceso a la justicia. Los ADR no deben substituir el acceso a la administración

⁷³Cappelletti *et al.*, 1981, pág. 20 y ss.

de justicia. Si fuera así, se constata el peligro de que los ADR y la mediación entre ellos, se conviertan en un acceso a una justicia de segunda categoría, una justicia de expectativas rebajadas, una justicia desigual, subalterna, secundaria, inferior a la principal, la justicia judicial.

Se ha evidenciado en las normas de la Unión Europea de los años 90 y 2000, que la evolución interpretativa del principio de acceso a la justicia ha dado como resultado concebirlo como asistencia jurídica gratuita a colectivos vulnerables, como protección de la confianza en el mercado y en los tribunales, como desarrollo de los ADR como opción equilibrada y equivalente con el proceso judicial.

Los esfuerzos del proceso de regulación van en la dirección de equiparar el acceso a la justicia a través de los ADR con el acceso a la justicia a través de los tribunales. Para dar cumplimiento a esta tendencia, la ley 5/2012, de 6 de julio, incluye la mediación en el sistema del proceso judicial, de tal forma que promueve activamente también la mediación intrajudicial⁷⁴, es decir, la mediación realizada una vez presentada la demanda ante el juzgado o tribunal. Además, la entrada en vigor de la Ley 5/2012 significa la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en un amplio espectro de artículos. El esfuerzo del diseño del sistema español es mostrar que si el acceso a la justicia es la finalidad primordial de la mediación regulada por el derecho, eso no significa considerar a la mediación una simple contraposición de la jurisdicción, una obtención acelerada de acceso a la justicia, o un modo privilegiado de acceso a la justicia.

La regulación de la mediación parece que tiene cuidado en dejar sentado que no substituye, ni impide, ni condiciona ni restringe al ciudadano el ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a través de los tribunales.

Por consiguiente, tal y como está diseñada la Ley 5/2012, la mediación puede ser una respuesta a ofrecer por parte de la administración de justicia ante las demandas sociales de un mejor acceso a

⁷⁴Ortuño Muñoz, 2011, págs. 131 a 141.

justicia. La respuesta de la administración es que, de forma complementaria, la oferta incluya el paso por un proceso de ADR. Es decir, la respuesta consiste en «reconducir una parte de la demanda social a la propia sociedad»⁷⁵ y solo eventualmente, llegar a acceder a los tribunales y buscar en ellos la tutela judicial efectiva proclamada constitucionalmente, es decir un acceso *a la* justicia.

Si es que el Estado no puede responder satisfactoriamente con *acceso a la justicia* a las demandas sociales de resolución de conflictos, puede ser que utilice los ADR y la mediación como respuestas alternativas que, además, pueden satisfacer intereses y necesidades más allá de esas demandas sociales explícitas: los valores vinculados al objetivo de *cambio social* de la mediación practicada.

El proceso de juridificación de la mediación en España, pues, ha tratado de resolver las críticas sobre el acceso a la justicia mediante la incorporación de la mediación al núcleo mismo del proceso civil. Y «la finalidad de todo proceso es hacer justicia, y nada más»⁷⁶. Si el proceso judicial diseñado en las leyes de Enjuiciamiento está soportado y llevado a cabo por un conjunto de profesionales expertos, como los jueces y magistrados, fiscales, funcionarios de la oficina judicial, abogados, procuradores y peritos, la profesionalización de la figura del tercero mediador debería ser un aspecto que el proceso de regulación no puede soslayar cabalmente.

⁷⁵Madrid Pérez, 2001, pág. 103.

⁷⁶Arendt, 1999, pág. 152.

Capítulo 7

El mediador y su profesionalización

Dice el Preámbulo de la Ley 5/2012 que la mediación «está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto». También, que el mediador es «la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes».

La misma ley entonces utiliza la expresión *profesional* para referirse al mediador.¹ El art. 9.1 de la Ley 5/2012 menciona el deber de *secreto profesional* que deben respetar los mediadores, aspecto que se ha estudiado anteriormente en el apartado 4.3.2, relativo al principio de confidencialidad.

Así pues, para la Ley 5/2012, de 6 de julio, existe una profesión de mediador. Es una profesión «en construcción»², una «nueva figu-

¹El RD 980/2013, de 13 de diciembre, que desarrolla aspectos relativos a la figura del mediador recogidos en la Ley 5/2012, regula en su art. 14 la información que deben proporcionar los mediadores para ser inscritos en el registro correspondiente habilitado por el Ministerio de Justicia. La información debe contener: la dirección *profesional*, la especialidad *profesional*, la experiencia *profesional*, área geográfica principal o preferente de actuación *profesional*, póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil *profesional*.

²Martín Diz, 2010, pág. 208.

ra profesional»³ y, consciente de ello, la regulación estatal suple las lagunas de configuración de la profesión de mediador. La mediación es una institución basada en principios y se ha llegado a identificar como uno de estos esenciales el principio de la «profesionalidad del mediador»⁴. La mediación, en fin, «implica un cambio de paradigma que tiene vocación de revolucionar todo el sistema de resolución de conflictos sociales en ámbitos muy diversos, mediante la introducción de una nueva figura que es la del mediador profesional»⁵.

El mediador es un nuevo experto: «un profesional cualificado con una formación específica, que comprende el contexto y la forma en que se desarrollan los conflictos y las expectativas de las partes. Así, les ayuda a entender el origen del conflicto, a conocer las causas y consecuencias de lo ocurrido y a buscar soluciones, para finalmente alcanzar un acuerdo que sea satisfactorio para ambas. Está sujeto al secreto profesional y actúa con independencia, imparcialidad y neutralidad»⁶. Elena Lauroba afirma que se puede constatar en España incluso la «consolidación»⁷ de esta nueva profesión de mediador.

Antes de 2012, las regulaciones regionales de la mediación en España, ya habían advertido esta necesidad de instituir la nueva profesión de mediador. En la Comunidad de Madrid, se encuentra en vigor la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de Madrid. En ella, la definición de mediación redonda en los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad. Entre los aspectos destacable se encuentra precisamente la alusión a la «intervención de un mediador profesional», con facultades de asistencia en la

³Gottheil y Schiffrin, 1996, pág. 31.

Calificar de *nueva* a la profesión del mediador es más acusado en la obra consultada de Latinoamérica y de Europa. Sin embargo, se encuentra referencia a la mediación *profesional* en los Estados Unidos de América ya en 1955, por ejemplo, donde se estudiaba el comportamiento *profesional* de los mediadores como constituyente de la *profesión*: «*This article is an illustrative study of behavior constituting the performance of a professional role.*» En Landsberger, 1955, pág. 575.

⁴García Villaluenga, 2010, pág. 717. Carretero Morales, 2014, pág. 11.

⁵Pillado González y Fariña Rivera, 2015, pág. 20.

⁶Pillado González y Fariña Rivera, 2015, pág. 97.

⁷Lauroba, 2016, pág. 49.

búsqueda de acuerdos consensuados.⁸

En Castilla-León, Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla-León afirma que la «intervención profesional» será realizada en los conflictos por un «mediador cualificado»⁹. «Cualificado» es también el adjetivo para el mediador en la legislación sobre mediación familiar valenciana¹⁰ y en Andalucía¹¹; en Galicia se exigen legalmente mediadores «profesionales especializados», que además añade que «estos serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares»¹²; en la Comunidad Autónoma Vasca los mediadores

⁸El artículo 1 de la ley madrileña dice, bajo la rúbrica *Objeto de la Ley*: «La mediación familiar desarrollada en esta Ley es un procedimiento voluntario de gestión o resolución positiva de tensiones o conflictos familiares en el que las partes solicitan y aceptan la intervención de un mediador, profesional imparcial, neutral y sin capacidad para -tomar decisiones por ellas, que les asiste con la finalidad de favorecer vías de comunicación y búsqueda de acuerdos consensuados.»

⁹«Artículo 1. Objeto. Es objeto de la presente Ley regular la mediación familiar que se desarrolle en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León. Se entiende, en este sentido, por mediación familiar la intervención profesional realizada en los conflictos familiares señalados en esta Ley, por una persona mediadora cualificada, neutral e imparcial, con el fin de crear entre las partes en conflicto un marco de comunicación que les facilite gestionar sus problemas de forma no contenciosa.»

¹⁰En la Comunidad Valenciana, la regulación se concreta en la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana. Su artículo 1 «De la mediación familiar. 1. La mediación familiar es un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales, y sin capacidad para tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo.»

¹¹Ley 1/2009, de 27 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía: «La mediación se configura en la presente Ley como un procedimiento de gestión de conflictos en el que las partes enfrentadas acuerdan que una tercera persona cualificada, imparcial y neutral les ayude a alcanzar por sí mismas un acuerdo, que les permita resolver el conflicto que las enfrenta, sin necesidad de someterlo a una autoridad judicial. Por tanto, se realiza entre personas que consienten libremente su participación y de las que dependerá exclusivamente la solución final. El proceso se lleva a cabo con el apoyo de una tercera persona, que desempeña el papel de mediadora y está sujeta a principios como la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad.»

¹²La Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Mediación Familiar de Galicia, cuyo artículo 2 proclama: «Concepto de mediación. Por mediación familiar se entenderá, a los efectos de la presente Ley, la intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador. Estos serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares que ac-

son «profesionales con cualificación en mediación»¹³; en Castilla-La Mancha también los mediadores son una tercera parte «profesional»¹⁴, como lo son en Cantabria¹⁵; en Asturias, el mediador deberá estar «debidamente acreditado»¹⁶; en las Islas Baleares, también la regulación ha elevado a los mediadores al estatus de «profesionales cualificados»¹⁷; en las Islas Canarias solamente se requiere que el mediador esté «debidamente acreditado»¹⁸.

tuarán en funciones de cooperación y auxilio a aquellas personas que tienen o han tenido una relación familiar, para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja.»

¹³Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco. Artículo 1.1: «La mediación familiar es un procedimiento voluntario en el que uno o más profesionales con cualificación en mediación, imparciales y sin poder decisorio, ayudan y orientan a las partes en cuanto al procedimiento dialogado necesario para encontrar soluciones aceptables que permitan concluir su conflicto familiar.»

¹⁴Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social especializado de Mediación Familiar. Artículo 1.2: «A los efectos de esta Ley, la mediación familiar consiste en la intervención, voluntariamente solicitada por las personas interesadas, de una tercera parte imparcial, neutral y profesional que las orienta, asesora y auxilia en la negociación conducente a la búsqueda de un acuerdo que ponga fin a su conflicto familiar.»

¹⁵Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Artículo 2: «Concepto de mediación. A los efectos de la presente Ley, se entiende por mediación aquel procedimiento estructurado en el que dos o más partes en un conflicto o litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su controversia, con la asistencia de un mediador profesional.»

¹⁶Ley 3/2007, de 23 de marzo de Mediación Familiar de Asturias. Artículo 2: «Concepto de mediación familiar: La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario creado con la finalidad de solucionar los conflictos que se puedan originar en el ámbito definido en el artículo siguiente, en el que interviene un tercero imparcial debidamente acreditado y sin poder de decisión, denominado mediador familiar, que informa, orienta y ayuda a las partes en conflicto para facilitar el diálogo y la búsqueda de un acuerdo duradero y estable con el fin de evitar un procedimiento judicial, poner fin al iniciado o reducirlo.»

¹⁷Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears.

Art. 1.1 La mediación, como método de gestión pacífica de conflictos, pretende evitar que se abran procesos judiciales, poner fin a los que se hayan iniciado o reducir su alcance, con la asistencia de profesionales cualificados, imparciales y neutrales que hagan de mediadores o mediadoras entre los sujetos para posibilitar vías de diálogo y obtener acuerdos justos, duraderos y estables.

¹⁸Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias. Artículo 2. «Concepto y finalidad de la mediación familiar. La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario en el cual un tercero, debidamente acreditado, denominado mediador familiar, informa, orienta y asiste, sin facultad decisoria propia, a los familiares en conflicto, con el fin de facilitar vías de diálogo y la búsqueda por estos de acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de

Finalmente, parece pertinente remitir ahora al apartado 3.1.5 de este trabajo en que se estudian los antecedentes europeos de la actual regulación de la mediación, por ejemplo el Código de conducta europeo para mediadores, en lo referente al carácter profesional de estos.

7.1. La mediación como *profesión* y el mediador como *profesional*

Si en el proceso de regulación jurídica de la mediación se afirma que el mediador es un *profesional*, eso quiere decir que un *mediador* ejerce una *profesión*¹⁹. En el concepto de *profesión*, se encuentran las características que debe reunir para ser considerada tal: el ejercicio práctico, el conocimiento teórico y la retribución económica²⁰. En la regulación que hace el derecho acerca de las profesiones también se reconoce un patrón común de las características que el lenguaje común otorga a la idea de profesión. La Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales define la «profesión regulada» así:

evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos.»

¹⁹El diccionario de la RAE propone cinco acepciones a la definición de profesional: «Pertenciente o relativo a la profesión. 2. adj. Dicho de una persona: Que ejerce una profesión. U. t. c. s. 3. adj. Dicho de una persona: Que practica habitualmente una actividad, incluso delictiva, de la cual vive. *Es un relojero profesional*. U. t. c. s. *Es un profesional del sablazo*. 4. adj. Dicho de una persona: Que ejerce su profesión con capacidad y aplicación relevantes. U. t. c. s. 5. adj. Hecho por profesionales y no por aficionados. *Fútbol profesional*.»

²⁰De nuevo, el diccionario de la RAE, en la segunda acepción para *profesión*: «Empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución.»

En el estudio de Henry A. Landsberger, citado anteriormente y publicado en 1955 ya se mencionan los emolumentos de los mediadores, su formación superior y la disposición de sus despachos *profesionales*: «*They earn annual salaries of \$7,000 to \$10,000. Many hold either a four-year or a higher degree in economics or law. Each mediator has his own office, where most of the mediation process take place. Instead of the psychiatrist's proverbial couch, there is a table, at the head of which the mediator sits, and on either side of which sit the parties*», Landsberger, 1955, pág. 567.

«la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales [...] [las cualificaciones profesionales son] las cualificaciones acreditadas por un título de formación, un certificado de competencia tal como se define en el artículo 11, letra a), inciso i), y/o una experiencia profesional»²¹.

Como se puede ver, ejercicio práctico (experiencia profesional) y conocimiento teórico (título de formación) son dos de las características mencionadas. La norma española que transpone la anterior Directiva, el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre²², reproduce la definición europea²³, y reitera estas dos características. Asimismo, la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del Parlamento de Cataluña²⁴, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales, establece la siguiente definición de *ejercicio profesional*:

«El ejercicio profesional se define, a los efectos de la presente ley, como la prestación al público, normalmente remunerada, de los servicios propios de una actividad o profesión.»²⁵

En la gestación de una nueva profesión, como se ve, es fundamental la participación como actor del Estado, quien la promueve y la alienta. El Estado necesita proveer servicios a la sociedad y al mismo

²¹Art. 3.1 a) de la Directiva. Publicada en el DOUE de 30 de septiembre de 2005. Accesible aquí: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0036&from=ES>

²²Publicado en el BOE núm. 280, de 20 de noviembre de 2008.

²³En su art. 4.1: «la actividad o conjunto de actividades profesionales para cuyo acceso, ejercicio o modalidad de ejercicio se exija, de manera directa o indirecta, estar en posesión de determinadas cualificaciones profesionales, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas.»

²⁴Publicada en el BOE núm. 160, de 6 de julio de 2006.

²⁵Art. 4.1 de la ley.

tiempo garantiza a la emergente profesión el monopolio de la regulación del conocimiento necesario para proveer esos servicios²⁶. Por otro lado, los nuevos profesionales pueden asegurar un conocimiento teórico superior que les confiere autonomía²⁷, respetabilidad²⁸ y estatus social en su ejercicio práctico. Es decir, son capaces de establecer un *proyecto profesional* que sea hábil para actuar dentro del orden social y, sobre todo, también dentro del orden económico²⁹. En la caracterización del proyecto profesional se presentan la estrecha relación con la regulación del Estado³⁰ que puede condi-

²⁶La sociología de las profesiones ejemplifica el papel estatal fundamental en la generación de profesiones en el periodo de transición del Estado liberal dentro del capitalismo, sobre todo de las profesiones de abogado, médico y arquitecto: «*The state was actively instrumental in the development of the professions in the nineteenth century [...] the professions are emergent as an aspect of state formation and state formation is a major condition of professional autonomy*» Macdonald, 1995, pág. 102.

Una obra que se dedica íntegramente a esta cuestión es la de Reader, 1966.

En el ámbito de la España contemporánea, «la conquista del mercado de las profesiones en España toma la forma de conquista del Estado. [...] Las profesiones se someten a “dependen” del Estado para desarrollarse. En España el proceso histórico toma un protagonismo central en el Estado. Ejemplos: Ingenieros se desarrollan con los planes de desarrollo económico de los años 60. Los médicos [...] se vinculan con el cambio y expansión de la seguridad social. Los Abogados con la extensión del aparato Estado -Abogados del Estado, cuerpo de la Administración y el crecimiento de la justicia», en Rodríguez Ávila, 2008, pág. 96.

²⁷«*The profession determinates what is and is not a professional activity.*» En Battersby, 1992, pág. 53.

²⁸Ligados a la respetabilidad intrínseca de la profesión están el prestigio y la reputación profesionales. La buena reputación del mediador es uno de los beneficios reconocidos y provocados por la mediación exitosa con acuerdo final: «*Perhaps the knee-jerk assumption is that mediators receive their outcomes principally, if not solely, from the dispute's resolution. That is, if they successfully resolve the dispute, they glean credit, prestige, satisfaction, future calls to mediate, and so on. The literature [...] does indicate that multiple benefits accrue to the mediator via the dispute resolution. For example, he or she is perceived favorably and acquires a reputation for effectiveness when he or she lands a settlement.*» En Wall et al., 2001, pág. 382. James A. Wall añade la cuestión sobre si el prestigio tiene influencia en el incremento de las tarifas en los honorarios profesionales de los mediadores: «*[D]oes a reputation for a high percentage of agreements result in mediators' increasing the fee for their services?*» En Wall y Dunne, 2012, pág. 232.

²⁹Sobre las implicaciones y sinergias entre el monopolio estatal del conocimiento profesional y el proyecto profesional con los órdenes social y económico, Macdonald, 1995, págs. 32 y 100 y ss.

³⁰Cada profesión ha buscado un nexo de relación con el Estado, como en el proceso de creación de las profesiones en la Inglaterra victoriana: «*[...] each, ultimately, derived much its standing from its connection with the established*

cionarlo fuertemente, la pretensión de ejercicio en monopolio o al menos, en una *jurisdicción* propia³¹, la noción de servicio público³² y, finalmente, cierta identidad profesional propia y excluyente³³.

Las tres características³⁴ de aquella actividad que puede ser llamada cabalmente *profesión*, a) el conocimiento teórico³⁵, reconocido,

order in the State [...] It was this connection with the State, as well as their reputation for polite learning, which made the professions generally acceptable as occupations fit for gentlemen, and for that reason especially attractive to the rising middle class». Reader, 1966, págs. 23 y 24. Esta relación ha implicado un reconocimiento de reputación social para la profesión emergente.

³¹En el sentido de un lugar seguro desde el que competir dentro del mercado de servicios profesionales contra otras profesiones que puedan proveer servicios similares, substitutivos o complementarios. Macdonald, 1995, pág. 34.

A la hora de deslindar la *jurisdicción propia* del mediador, para algunos autores ha sido útil describir qué no es un mediador profesional: «Un emisario: su labor no es transmitir mensajes entre individuos incapaces de comunicarse. Un investigador privado: no trabaja para ninguna de las partes, ni es su misión construir un caso contra el otro. Un abogado: uno de sus objetivos es la neutralidad, no defender la postura de nadie. Un psicólogo: su objetivo es el trabajo en problemas interrelacionales, no intrapersonales. Un orientador, interventor, facilitador o un trabajador social: su objetivo es ayudar a la gente a entenderse, no proporcionarles de forma más o menos directa o indirecta una solución a sus problemas.» Conforti, 2016, págs. 93 y 94.

³²Noción relacionada con que el servicio profesional presenta, al menos en parte, un grado de altruismo o espíritu *pro bono*. Rodríguez Ávila, 2008, pág. 30. Macdonald, 1995, pág. 35.

En el código ético adoptado por la Sociedad estadounidense de Profesionales en Resolución de Conflictos, en 1986, se aludía al servicio *pro bono* como una forma de incentivar la formación de nuevos mediadores y la difusión de la mediación entre la sociedad, es decir, de fortalecer la profesión: «*Support of the profession. The experienced neutral should participate in the development of new practitioners in the field and engage in efforts to educate the public about the value and use of neutral dispute resolution procedures. The neutral should provide pro bono services, where appropriate.*» Moore, 2003, pág. 475.

³³Identificada con el concepto weberiano de *social closure*. Macdonald, 1995, págs. 27 y ss.

³⁴También las desarrolla Freidson, 1994, pág. 153.: «*professions are full-time specialists, their members being committed to their work as their source of income rather than being either part-time dabblers or amateurs, or people who work at one job one year and another the next. Furthermore, their specialized work is considered skilled [...] In cases where their work involves consultation, they might be called experts, and their specialized knowledge and skill called expertise. In addition, these occupations can all be characterized by some form of credential testifying to the formal training thought to be prerequisite for competent performance*».

³⁵El *conocimiento teórico* es llamado, precisamente y por lo que toca al tema del presente apartado como «adecuada cualificación profesional de los mediadores»: en Luquin Bergareche, 2008, pág. 37.

protegido y regulado por el derecho del Estado, conocimiento que posee el carácter de monopolio³⁶ para el ejercicio de la profesión; b)

³⁶Respecto al monopolio en la respectiva jurisdicción profesional y especialización, se suscitó un interesante litigio entre los correspondientes Consejos de los Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales y de los Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales, que, además, tuvo que ver con la mediación y que ilustra lo que se viene diciendo hasta ahora acerca de la profesionalización de los mediadores.

Pues bien, la Sentencia núm. 532/2015 del TSJ de Madrid de 18 de mayo de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, anulaba la creación por el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales y la inscripción en el Registro del Ministerio de Justicia de una institución de mediación para *ingenieros*, en sentido amplio. El Fundamento Jurídico Primero de la Sentencia establece la «[i]nfracción de los artículos 5.1 de la Ley 5/2012 y 4.1 del RD 980/2013, en relación con el 3.1 de la Ley 2/1974 . El colegio demandado puede legalmente crear una institución de mediación de sus colegiados, pero en modo alguno puede crear una institución de mediación que aglutina a todos los profesionales de la ingeniería y la ingeniería técnica, porque ello supone vulnerar esos preceptos invocados, que solo amparan la mediación por parte de los colegios profesionales pero en relación a sus colegiados, sin extensión a otros profesionales.»

El Fundamento Jurídico Quinto de la misma sentencia: «El último párrafo del punto 1 del artículo 5 de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, prevé que las instituciones de mediación darán a conocer la identidad de los mediadores que actúen dentro de su ámbito e informarán de su especialidad y experiencia en el ámbito de la mediación a que se dediquen. El artículo 4.1 recoge que la formación específica de la mediación que se dará a los mediadores deberá comprender una serie de aspectos y materias en relación con el ámbito de especialización en que presten sus servicios. Estos preceptos confirman que la labor de mediación solo se podrá llevar a cabo en una determinada especialidad. Por ello, si el impulso y desarrollo de la mediación le es atribuida a un colegio profesional de los regulados en la ley 2/1974, de acuerdo con dicha norma y como arriba se ha expuesto, el ejercicio de esa función solo se puede ejercer en el ámbito de su especialidad que es el de la profesión específica objeto de ese colegio profesional y referida únicamente a sus colegiados. [...] Por ello, a tenor de toda la normativa arriba expuesta, la creación de la indicada institución al amparo de esas funciones de impulso y desarrollo de la mediación solo procede hacerse en relación a la ingeniería técnica industrial y proyectada a la defensa de los intereses profesionales de sus colegiados (antiguos peritos e ingenieros técnicos industriales y nuevos títulos en grados que habilitan para la profesión de Ingeniero Técnico Industrial en la correspondiente especialidad) y a la protección y defensa de los intereses de los usuarios de los servicios prestados por esos colegiados. La propia denominación de la institución creada recogiendo el término “Ingenieros” vulnera dicha normativa, ya no solo porque induce a error con relación a otros colegios y a los profesionales, sino [porque] los estatutos de la institución extiende esas funciones de mediación a la ingeniería con carácter general, cuando la especialidad de la ingeniera técnica se circunscribe a una concreta parte de la ingeniería, y también a cualquier tipo de ingeniería, cuando, se insiste, el objeto de ese colegio es la ingeniería técnica industrial. Por todo ello, se ha de anular el acto originario recurrido en el particular de la denominación

la experiencia práctica, ejercida a tiempo completo dentro del orden social con respetabilidad y estatus, sin olvidar su promoción de intereses públicos y altruistas; y c) la remuneración económica, para la necesaria inserción de la profesión en el orden económico³⁷, están presentes y se desarrollan en un estatuto legal del profesional que la ejerce.

Existe una opinión de que la profesionalización del mediador se lleva a cabo a través de la conversión de abogados³⁸ en mediado-

Institución de Mediación de Ingenieros IN.ME.IN en lo que comporta al término “Ingenieros”, con la consecuencia de la anulación de la inscripción de dicha institución en el Registro de Mediadores-Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.»

³⁷La descripción del proceso por el cual las profesiones liberales decimonónicas entraron en la lógica del mercado y de la competencia, en Reader, 1966, págs. 85 y ss. Esta irrupción del mercado en las profesiones se generó precisamente por el triunfo de la competencia por acceder y ser adscrito a la profesión: la aprobación de exámenes y pruebas de acceso, el registro público o la colegiación obligatoria. El acceso garantizaba unos honorarios cada vez más cuantiosos, cuanto más alto se escalaba en el escalafón profesional, merced a la experiencia: «*In the profession of the law almost anything was possible, from beggary upwards. The leaders of the Bar probably made more money than any other professional men: at any rate common opinion credited them with doing so. Thomson said that in 1850 there were said to be eight barristers making £8,000, perhaps two dozen £5,000, and five £11,000. The law, too, was the one profession in which permanent officials -judges, the Lord Chancellor, the Law Officers- were paid really large salaries (£5,000 for a puisne judge: £8,000 for the Chief Justice of the Queen’s Bench), which in itself shows that great incomes could be made by independent practice. At a slightly lower level, Thomson thought very few QCs made £3,000, “and the majority not half that sum”. Junior barristers would be doing well and working very hard at £2,000 and “from £500 to £1,200 a year is the ordinary income.”*» Reader, 1966, págs. 200 y 201.

La mediación se ha convertido en una profesión atractiva para quien quiera profesionalizarse como mediador, por la repercusión positiva en la economía, presente y futura, del profesional: «*Some mediators assist because that is their profession; mediation provides remuneration, a reputation, and future business*», en Wall y Lynn, 1993, pág. 164.

³⁸Han sido defendidas razones económicas para estimular el cultivo de la mediación en la profesión de abogado. Al contrario de lo que podría parecer, el ejercicio de la mediación no resulta una competencia indeseable para los profesionales de la abogacía, sino más bien lo contrario: un asequible complemento dinerario para los letrados, mucho más satisfactorio que el arduo día a día en el foro, ya que los clientes en la mediación suelen ser pronto pagadores de los honorarios profesionales y no discuten ni impugnan las minutas por servicios de mediación: «*When mediation first became popular, it was often regarded as an anti-lawyer movement, seeking to take business away from attorneys. Eventually, as more and more litigators jumped on the mediation bandwagon, lawyers began to perceive mediation as an easy money maker. “For the family lawyer it spells an end*

res³⁹. En el Reino Unido, como consecuencia de la *Legal Services Act, de 2007*, se produce una liberalización del mercado de prestación de servicios legales. La liberalización de servicios viene provocada por la desjudicialización de la solución de conflictos, que permite ampliar los servicios de los letrados hacia la resolución alternativa y extrajudicial de conflictos y la mediación profesional. Este proceso es denominado *mercantilización* de la abogacía, pues permite que la resolución alternativa de conflictos -propia de los mediadores- sea parte de la cartera de servicios ofertados por los despachos de abogados⁴⁰. Uno de los modos en que los abogados

to the rigors of trial practice. There is no uncertainty, no trial preparation, and no chance of losing fights. The tense atmosphere of the courtroom [...] [is] avoided". In this regard, education in ADR would serve to benefit family law practitioners economically, even if their practice is geared toward litigation. Moreover, mediation clients tend to pay their legal bills more readily than litigation clients. Clients to reach a settlement through mediation express greater satisfaction with the process, the bills for negotiated settlements tend to be more reasonable than those for court appearances, clients tend to question bills less as they are present throughout most of the process, and accounts receivables of attorneys do not build up as quickly.» Cohen, 2006, págs. 645 y 646.

³⁹En el contexto anglosajón de la mediación, también se detecta una tendencia a excluir a los abogados de la asistencia a las mediaciones, es decir, no permitir que los abogados de parte intervengan durante las sesiones de mediación o que substituyan o representen a sus clientes en los procedimientos de mediación. Se les reconoce por otro lado a los abogados funciones de defensa de los derechos de sus clientes y de evitación de la confrontación directa y del ejercicio de la autotutela que no ayudan al procedimiento de mediación: «*[L]awyers typically are excluded from mediation sessions, and the parties are required to speak for themselves, whether or not they wish to do so. Some argue that exclusion of lawyers contributes to client empowerment. [...] A lawyer who is excluded from the mediation sessions may be hampered in protecting her client's rights [...] [L]awyers serve another function [...], that of insulating the parties from the hand-to-hand combat and self-help that the rule of law is intended to avoid.»* En Grillo, 1991, págs. 1597 y 1599.

En la catalana Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado, se explicita el *carácter personalísimo* de la mediación, y por tanto la imposibilidad de que las partes en el procedimiento «puedan valerse de representantes o intermediarios» (art. 8), al modo en que se acaba de reseñar de la experiencia estadounidense. Sin embargo, en la regulación estatal de la Ley 5/2012 no existe esta prohibición expresa y, *sensu contrario*, las partes pueden acudir a la mediación por sí o a través de apoderado o representante, papeles estos que bien puede ejercer un letrado. Tampoco la Directiva 2008/52/CE, transpuesta por la Ley 5/2012, requiere expresamente el carácter personalísimo de la mediación.

⁴⁰En un capítulo titulado *The Marketisation of the Legal Profession*, se puede repasar el proceso de la *Legal Services Act* británica de 2007. Las medidas mencionadas tenían como objetivo declarado la unidad y racionalización del sistema

británicos ofrecen servicios profesionales de mediación y entran a competir en el mercado con los mediadores no juristas es el ofrecimiento de mediaciones *pro bono*⁴¹ o mediaciones en línea y a bajo precio (*online & low-cost*).⁴² Actualmente en el Reino Unido, el colectivo de abogados mediadores es el más numeroso de entre el conjunto total de mediadores profesionales,⁴³ fenómeno que se da también en la Argentina, ligado a la prejudicialidad obligatoria de la mediación en ese país, es decir, a las consecuencias de su configuración legal por el Estado⁴⁴. En los Estados Unidos de América, también es observado el fenómeno de que los abogados colonizan el ámbito de la mediación.⁴⁵

de justicia de Familia («*these steps have been taken to unify and rationalise the family court system*»), pero provocaron la entrega al mercado de la resolución de conflictos de manera fragmentada («*the landscape for the delivery of family justice outside the courts has become increasingly fragmented*»). La exposición de la cuestión, en Maclean y Eekelaar, 2016, págs. 24 y ss. La obra es el desarrollo teórico y sistemático de un ambicioso trabajo de campo sobre el mercado británico de los servicios jurídicos y de mediación, trabajo que está descrito en ella, también.

⁴¹Maclean y Eekelaar, 2016, pág. 33. «*[T]he proportion of government and in-house solicitors providing pro bono work had increased five percentage points respectively since 2012.*»

⁴²Prácticas que plantean la pregunta acerca de la extensión de las fronteras de los servicios de abogados: «*Extending the boundaries of lawyer's services?*» es el título de un apartado completo en Maclean y Eekelaar, 2016, pág. 37.

⁴³«*[Mediators] are now the numerically dominant group within the mediation profession*», en Maclean y Eekelaar, 2016, pág. 109.

⁴⁴«Desde que en nuestro país se comenzó, a iniciativa presidencial, la introducción de la cultura de la mediación, diversas circunstancias influyeron para demorar o frustrar el logro de los objetivos de pacificación social que esa idea implicaba. He señalado en diversas oportunidades algunos de los errores específicamente cometidos. Uno de ellos fue pensar la mediación como un método obligatorio de resolución de controversias, unido simbólicamente al proceso judicial. Instalada en las antecámaras del tribunal como un servicio a prestar por abogados designados por sorteo, no pudo conquistar con su discurso típicamente jurídico el beneplácito de los conflictuantes [...] La mediación pasó a ser así, obligatoria, prejudicial y reservada solo a los abogados en la jurisdicción nacional». Entelman, 2002a, pág. 1.

⁴⁵La abogacía es una profesión *antigua* que sabe ofrecer al Estado *nuevas* jurisdicciones -como la de los ADR- en las que demostrar su experiencia práctica y su conocimiento teórico: «*[P]rofessionals can win new jurisdictions by demonstrating their expertise and knowledge to state officials or by offering a bureaucratic solution to organizational executives [...] [C]ourt-based alternative dispute resolution (ADR) programs arose in the interstices between the fields of law, social work, and therapy.*» Kellogg, 2014, págs. 934 y 935.

En conclusión, ante la emergencia de la mediación como profesión y la del mediador como profesional, explicitada no solamente en la regulación de la mediación, sino también en el análisis sociológico doctrinal de la mediación, la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se ocupa también de la regulación de un estatuto legal de este nuevo profesional mediador, que puede incluir la descripción de un régimen sancionador.

7.2. El estatuto legal del mediador y el régimen sancionador

El Libro Verde sobre ADR de la Comisión Europea vuelve a ser la referencia antecesora de un Estatuto legal del mediador antes de la promulgación de la Ley 5/2012. El Epígrafe 88⁴⁶ del Libro Verde se titula «Estatuto de los terceros» y ya contiene en sí la recomendación de que existan normas deontológicas que afecten a la tarea de los mediadores⁴⁷.

El Título III de la Ley 5/2012 desarrolla el llamado «Estatuto del mediador»⁴⁸, que reúne las condiciones para ejercer como tal, los deberes de la actuación del mediador durante el procedimiento de mediación, su responsabilidad, el derecho a resarcirse de los gastos de la mediación a través de honorarios así como una referencia a

⁴⁶«En realidad, son las partes quienes eligen a los terceros responsables del proceso de ADR ya sea que estas los designen directamente o escojan un órgano que se encargará de nombrarles. Esta selección resulta más fácil cuando los terceros presentan las garantías que les otorgan las anteriormente mencionadas normas de deontología que se hayan comprometido a respetar [...]»

⁴⁷El debate sobre la profesionalización de los mediadores no es nuevo fuera de España. En 1983, la American Bar Association o consejo de colegios de abogados de los EEUU estudió las implicaciones de la profesionalización de los mediadores. Entre las conclusiones que extrae el debate es la necesidad de la articulación en organizaciones de los grupos de mediadores que facilite la profesionalización. Es una de las formas de creación de identidad y *social closure* que permita el reconocimiento estatal del conocimiento específico que atesoran los mediadores. Una descripción de este proceso de debate se encuentra en Pipkin y Rifkin, 1984, págs. 204 a 227.

⁴⁸Sobre estudios y propuestas para un estatuto legal del mediador, Barona Villar, 2013, págs. 226 y ss. y Martín Diz, 2010, págs. 169 y ss. Estas referencias han sido muy útiles para la redacción de este capítulo.

la tutela y el control de la administración sobre la formación de los mediadores⁴⁹.

El art. 11.1, aunque prevé que personas jurídicas se dediquen a la mediación y puesto que estas deberán designar a una persona natural para su ejercicio, prefiere que las mediadoras sean personas naturales. Este criterio genérico y amplio del párrafo primero del art. 11, «personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles», está condicionado por los párrafos segundo y tercero.

La necesidad que tiene la Ley 5/2012⁵⁰ de regular la formación, el registro e inscripción y la responsabilidad civil del mediador indican la importancia de la figura de la persona mediadora en todo el sistema de la ley, tal y como se deriva de la importancia esencial predicada en su preámbulo.

7.2.1. La formación superior, especializada y continuada

La formación del mediador está directamente asociada a la pericia y a la profesionalidad del mediador y, por ende, a la calidad del procedimiento de mediación, como afirma Elena Lauroba en sus comentarios a la ley catalana de mediación en derecho privado⁵¹.

El art. 4.2 de la Directiva 2008/52/CE preveía que los Estados miembros en sus legislaciones nacionales tomaran en consideración la formación del mediador como una de las formas de medir la calidad de la mediación:

«Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes».⁵²

⁴⁹Un itinerario por el Estatuto del Mediador, a partir de la literalidad de la Ley 5/2012, lo lleva a cabo Carretero Morales, 2014, págs. 11 a 23.

⁵⁰Y, sobre todo, su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 980/2013.

⁵¹Lauroba, 2018, pág. 33.

⁵²El Considerando 16 de la Directiva añade: «Los Estados miembros deben

En consonancia con la tarea de transposición de la Directiva, el art. 11.2 de la Ley 5/2012 se afirma que el mediador deberá estar en posesión «de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación». El art. 12 regula el hecho de que la formación «inicial y continua» de los mediadores será fomentada y requerida por el Ministerio de Justicia y las administraciones públicas, en colaboración con las instituciones de mediación⁵³.

De tal modo que para que los acuerdos a que lleguen las partes sean considerados «acuerdos de mediación» en el sentido de la Ley 5/2012, el tercero ajeno al conflicto que ha facilitado dichos acuerdos deberá tener una «titulación oficial de mediador».

En caso de que el tercero no sea mediador según el art. 11.2 de la Ley 5/2012 el *acuerdo* alcanzado por las partes sí que tendrá fuerza vinculante según el art. 1255 del Código Civil. El *acuerdo de mediación*, también tendrá esa misma fuerza vinculante. Un *acuerdo*

promover, por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación.»

⁵³«Un mediador profesional es alguien que ha estudiado, se ha formado y capacitado». Conforti, 2016, pág. 93.

En este proceso de formación superior es evidente la función de la Universidad. La oferta universitaria de grado y de postgrado ha sido identificada como una aliada del proceso de profesionalización del mediador: «En el proceso formativo que conduce a la profesionalización de los mediadores entendemos que las Universidades tienen un papel preponderante, por un lado, ofreciendo asignaturas de introducción a la mediación, troncales o de libre configuración en los futuros grados (Derecho, psicología, trabajo social, ciencias políticas y sociología, educación...) para dar a conocer la materia a los profesionales de dichas disciplinas (así estos podrán derivar al recurso, utilizarlo o especializarse en él), y por otro, en la capacitación específica en mediación a través de los postgrados adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior», en García Villaluenga *et al.*, 2010, pág. 85.

Sobre el nexo de unión entre formación superior universitaria y profesionalización, Silvia Barona defiende que es imprescindible ya que «debe efectuarse el correspondiente curso teórico-práctico, como lo han venido desplegando algunos modelos de nuestro entorno, en los que es necesario cursar unas 250 a 300 horas para obtener el título de mediador; curso al que solo se podrá acceder si se justifica estar en posesión de una Diplomatura o Licenciatura o Grado universitario que dote de conocimientos generales sobre el asunto sometido a mediación, y curso que deberá provenir de una Universidad pública o privada. El resultado no es otro sino profesionalizar esta función mediadora», en Barona Vilar, 2011b, págs. 358 y 359.

podrá ser elevado a escritura pública y ser por ello, título ejecutivo. El *acuerdo de mediación* alcanzado gracias a un mediador con formación superior y especializada según la Ley 5/2012, también lo será⁵⁴.

Martín Diz sigue un paralelismo con el juez en el estudio de la figura del mediador⁵⁵, afirmando que el mediador debe mostrar en su desempeño «un alto componente de conocimientos jurídicos»⁵⁶. Más aún, distingue entre una mediación terapéutica y otra jurídica⁵⁷. Para la primera, basta cualquier profesional experto en la terapia en cuestión en cada conflicto. Para la segunda, debe ser un profesional jurídico quien la lleve a cabo. Para él, el mediador es un «verdadero profesional jurídico dedicado a la resolución de conflictos y a la Justicia»⁵⁸. Se puede afirmar que la opción tomada por

⁵⁴Gil Vallejo, 2013, pág. 80.

⁵⁵Ambos «son terceros ajenos al objeto de la disputa en sistemas de solución de conflictos y litigios». Martín Diz, 2010, pág. 207.

⁵⁶Martín Diz, 2010, págs. 170 y 171.

⁵⁷También hace algo semejante Conforti al distinguir en dos *fórmulas* la mediación, una más terapéutica y otra más jurídica: «[L]a primera es la que presenta a la mediación en cuatro dimensiones, esto es, creativa, renovadora, preventiva y curativa, y la segunda es la que nos habla del tránsito de la heterocomposición a la autocomposición y/o de la autocomposición a la heterocomposición.» Conforti, 2016, pág. 91.

⁵⁸Otras opiniones consideran que no es necesaria la formación jurídica, aunque la introducen al considerar la existencia de centros interdisciplinarios de mediación: «Para ejercer de mediador es imprescindible capacitación, de manera que será necesario, y así constará en el estatuto del mediador, que la profesión de mediador se ejerza por quienes hayan obtenido el título de mediador y se hayan registrado o asociado según se establezca. Parece recomendable la intervención particular del mediador junto con la posibilidad de que se trate de un servicio de mediación, que abre un mayor abanico de posibilidades, al estar integrado por juristas, psicólogos, asistentes sociales, etc.» Barona Vilar, 2010, pág. 41.

«El operador de conflictos no necesariamente debe ser un profesional del ámbito jurídico, ya que se lo relaciona directamente con la figura de la persona o personas que realizan el análisis de la situación de conflicto con miras a determinar la tipología de conflicto del que se trata y la forma o formas de trabajo o abordaje más adecuado conforme a la situación de conflicto sometida al análisis; para ello se desprende que el operador deberá contar con conocimientos en las diversas modalidades de resolución de conflictos, por ejemplo: negociación, arbitraje, conciliación, orientación, facilitación, mediación, etc.» Conforti, 2016, pág. 89.

Finalmente, en el extremo opuesto al de Martín Diz se puede colocar el pensamiento de Lenard Marlow, quien distingue profundamente entre el quehacer de un mediador y el de un jurista, hasta el punto que establece un diálogo continuo

la Ley 5/2012 no es la de identificar al mediador necesariamente con un jurista o con un abogado, sino con la apelación genérica a un *profesional* debidamente formado y acreditado, según indica el art. 11.2.

En el debate parlamentario de las enmiendas al proyecto de ley gubernamental para aprobar la futura Ley 5/2012, se puede encontrar cómo el Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*) en el Congreso de los Diputados propuso la enmienda núm. 119 al art. 18.1 del proyecto de ley, por la cual añadía una previsión específica de mediadores-juristas para el caso de mediación, haciendo una analogía con el sistema de arbitraje: «Si la mediación es llevada a cabo por varios mediadores, al menos uno de ellos ha de ser abogado o jurista.» La justificación de los diputados catalanes para incluir este inciso era la siguiente: «Normalmente estos supuestos de pluralidad de mediadores se darán en relación a los conflictos más complejos, complejidad que se trasladará al aspecto jurídico de la controversia y al acuerdo de mediación que refleje la solución acordada por las partes. Pues bien, para estos casos sí se debería considerar la conveniencia de exigir que al menos uno de los mediadores tenga la consideración de abogado o jurista (de forma semejante a la que el artículo 15.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, exige que en los casos en que el arbitraje, se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista).» La enmienda fue rechazada y el art. 18.1 de la Ley 5/2012 dice escuetamente: «La mediación será llevada a cabo por uno o varios mediadores.»⁵⁹

En cuanto a la formación de los mediadores, hay que hacer notar que la formación debe ser continuada y actualizada⁶⁰ y debe acreditarse con el fin de ser reconocido como mediador. El Real De-

entre el contraste del abordaje del conflicto por parte de un mediador y por parte de un abogado. Así se desarrollan las más de 400 páginas de Marlow, 1999.

⁵⁹La cita a las fuentes de los BOCG sobre los textos de las enmiendas se ha hecho anteriormente en el apartado 3.2.

⁶⁰A la formación continuada de al menos 40 horas que en Cataluña debe acreditar bianualmente un mediador, Elena Lauroba le llama formación de *reciclaje*. En Lauroba, 2018, pág. 35.

creto 980/2013, de 13 de diciembre, dice de la formación continuada que es una exigencia que el mediador «debe procurarse»⁶¹. Esta formación continuada debe consistir en «una o varias actividades [...] de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de 20 horas». Asimismo, la falta de acreditación de la formación continua por parte del mediador es causa suficiente para ser baja del Registro de Mediadores e Instituciones Mediadoras⁶².

Otras profesiones relacionadas con la administración de justicia y la resolución de conflictos, como los abogados⁶³ y los procuradores⁶⁴ tienen recomendaciones⁶⁵ sobre la formación permanente, sin embargo, en ningún caso se condiciona la colegiación o el registro del ejercicio profesional a la acreditación de un requisito mínimo de formación continuada. De forma comparativa, ni siquiera en el trámite de adscripción de abogados y procuradores al Turno de Oficio, en el marco de los servicios públicos de asistencia jurídica gratuita,

⁶¹Apartado II del Preámbulo.

⁶²Según lo previsto en el art. 17.1 d).

⁶³El Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, menciona en su art. 3, el hecho de que es «esencial» la formación permanente del abogado, aunque no la convierte en obligatoria estatutariamente.

En los Estados Unidos de América, se da la circunstancia de que la formación continua en los ADR exigible a los abogados es un desiderátum de obligatoriedad. Por ello, su falta de formación no les condiciona profesionalmente a la hora de ejercer la abogacía en conflictos en los que podrían derivar a un mecanismo de ADR. Del mismo modo, esta formación en ADR se pregona para los postulantes a las pruebas de acceso a la profesión de la abogacía: «*[We] will advocate for a mandatory continuing legal education requirement in ADR for family law practitioners, as well as for the placement of ADR as a topic on bar exams. Education in ADR for both law students and matrimonial attorneys is an important step in reforming the current adversarial family law process.*» Cohen, 2006, pág. 640.

⁶⁴El Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto general de los Procuradores de los Tribunales de España, se refiere a la formación profesional permanente de los procuradores como un fin esencial de los Colegios, en su art. 79.

⁶⁵El Modelo marco para la Formación Continua del Consejo de la Abogacía Europea, aprobado en noviembre de 2006, considera que todos los abogados en Europa «deberían participar en programas de formación (profesional) continua y que todos los Consejos y Colegios de Abogados deberían desarrollar programas y normas para la formación continua».

se hace imprescindible la acreditación de formación continua⁶⁶.

En definitiva, se puede afirmar que el proceso de regulación de la mediación asume el contenido que la Recomendación núm. 12 del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña hacía en 2011: «Solo con una formación completa, que aúne las vertientes teórica y práctica, se obtendrá un mediador profesionalmente competente y a la vez respetado socialmente»⁶⁷. En este sentido, la formación de calidad del mediador, como parte de su profesionalización, es una *necesaria obsesión*⁶⁸ en la regulación.

7.2.2. La inscripción y el registro de mediadores

Aunque en el Libro Verde de la Comisión Europea sobre los ADR se establece la posibilidad de algún tipo de exigencia de acreditación de los mediadores, no se llega a plantear algo así como un registro de mediadores, pues la Comisión es cauta respecto a la incidencia de medidas de acreditación sobre la «flexibilidad y la simplicidad» de procedimientos como la mediación.⁶⁹

La Disposición Final Octava de la Ley 5/2012, de 6 de julio, ofrecía la posibilidad al Poder Ejecutivo de desarrollar reglamentariamente «los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente

⁶⁶La Orden de 3 de junio de 1997, del Ministerio de Justicia, por la que se establecen los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, no prevé en ningún momento, ni para abogados ni para procuradores, que la formación continuada acreditada sea imprescindible.

⁶⁷Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 1.172.

⁶⁸Lauroba, 2018, pág. 33.

⁶⁹El epígrafe 92 del Libro Verde dice así: «Acreditación de los terceros. A las autoridades públicas corresponde cerciorarse de que existen garantías mínimas de competencia de los terceros. Procede preguntarse si las autoridades públicas deberían continuar el esfuerzo de los profesionales estableciendo sistemas de acreditación de los terceros sin por ello mermar la flexibilidad y la simplicidad de las ADR».

del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley se podrá dar de baja a un mediador.»

Efectivamente, aunque esta posibilidad de desarrollo reglamentario posterior era potestativa, poco más de un año después, es publicado el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre⁷⁰, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. El reglamento de la Ley 5/2012 regula tres de sus aspectos: la formación del mediador, su publicidad a través de un Registro dependiente en el Ministerio de Justicia y el aseguramiento de su responsabilidad⁷¹.

La Ley 5/2012 no condiciona el ejercicio de la mediación al registro previo, por lo que el Real Decreto 980/2013 tampoco lo hace. Así, la inscripción es voluntaria, como establece el art. 11.1 del reglamento. Solamente la inscripción de los mediadores concursales es obligatoria, como ya preveía su normativa específica anterior⁷².

No obstante, en el diseño reglamentario, el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación es «una pieza importante para reforzar la seguridad jurídica en este ámbito, en la medida que la inscripción en el mismo permitirá acreditar la condición de mediador»⁷³. Así, el art. 12 del Real Decreto, que en el cuerpo normativo del texto legal insiste en que la inscripción «permitirá acreditar la condición de mediador». La expresión no es taxativa, ya que permite la acreditación de la condición de mediador por otros medios además del citado registro. Otros medios de acreditación son la inscripción en algún otro registro de mediadores dependiente de otra Administración pública, como son los registros de las Comunidades Autónomas.

Los requisitos para la inscripción son la aportación de una serie

⁷⁰Publicado en el BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013. Entró en vigor el 27 de marzo de 2014.

⁷¹Apartado I del Preámbulo.

⁷²Artículo 233 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁷³Apartado III del Preámbulo.

de datos personales y otros datos profesionales, tales como la dirección profesional, la especialidad profesional, titulación, formación específica en mediación y experiencia profesional, el área geográfica principal o preferente de actuación profesional, su integración, en su caso, en alguna institución de mediación y/o su inscripción, en su caso, en algún otro registro de mediadores dependiente de otra Administración pública.

La letra f) del artículo 14.1 del Real Decreto 980/2013, específicamente exige la aportación de la póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional o «certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora o la garantía equivalente». La relevancia de este requisito es evidente cuando la extinción de este contrato de seguro de responsabilidad profesional o su garantía equivalente es la primera causa de baja en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación⁷⁴, antes incluso que la inhabilitación o suspensión profesional para el ejercicio de la profesión diferente de la de mediador.

Sin embargo, los objetivos de la inscripción y de la creación del Registro de Mediadores son «incrementar la seguridad jurídica y la confianza de los ciudadanos». El Registro sirve a los fines de publicidad de los mediadores y a «la transparencia de la mediación, dando a conocer a los ciudadanos los datos relevantes que se refieren a la actividad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación»⁷⁵.

La Ley 5/2012 no prevé aún un organismo estatal de control de la mediación, solamente que el Ministerio de Justicia se encarga de la llevanza del Registro de Mediadores y de Instituciones Mediadoras. Aunque, el CGPJ se ha adjudicado de hecho el liderazgo de impulsar la mediación en el sistema de administración de justicia una vez promulgada la Ley 5/2012. En el marco de esta atribución, el CGPJ ha establecido convenios de colaboración con todos los ejecutivos autonómicos y algunas entidades empresariales y profesio-

⁷⁴Art. 17.1 a) del real Decreto 980/2013.

⁷⁵Ambos entrecomillados, del apartado III del Preámbulo del real Decreto 980/2013.

nales⁷⁶. Uno de ellos es el firmado entre el órgano de gobierno de los jueces españoles con el gobierno autonómico catalán el 27 de abril de 2015⁷⁷. Los convenios, como el catalán, incorporan mecanismos de comunicación entre las administraciones y comisiones bilaterales de seguimiento de los acuerdos, con el objetivo de promover la mediación, proponer formación a los diferentes operadores jurídicos y supervisar para su evaluación, el funcionamiento de la mediación y su implementación intrajudicial.

Que el Real Decreto 980/2013 establezca y regule el Registro estatal de Mediadores e Instituciones mediadoras y su inscripción en él, que se evidencien el interés y la iniciativa mostrados por el CGPJ en supervisar el desarrollo de la mediación dentro de los órganos del Poder judicial que administra así como los ejemplos de las firmas de los convenios de colaboración son elementos que se añaden a la construcción legal de la mediación, tanto como lo son la creación de organismos autónomos, de oficinas específicas, de observatorios oficiales⁷⁸.

⁷⁶Por ejemplo, con diferentes Cámaras Oficiales de Comercio e Industria, la Abogacía Española y el Notariado. El CGPJ y la Abogacía Española firmaron en 2016 un convenio de colaboración para impulsar la mediación como fórmula de solución de conflictos. En el compromiso que adopta la Abogacía Española, esta «promoverá que los abogados conozcan este sistema [de mediación] y que, en el desarrollo de sus funciones, informen y asesoren a las partes en litigio sobre la posibilidad de someter las controversias a mediación y las ventajas que ofrece acudir a ella, facilitando la comunicación entre las partes, el órgano jurisdiccional y el correspondiente Servicio de Mediación colegial.» La nota del CGPJ sobre el convenio es accesible aquí: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/>

También el Notariado, la Abogacía Española y las Cámaras de Comercio firmaron el 29 de octubre de 2014 otro convenio de colaboración para potenciar la mediación: «Con la firma de este convenio las Cámaras, el Notariado y la Abogacía impulsarán la colaboración con instituciones públicas o privadas sin ánimo de lucro en el desarrollo de actividades encaminadas a potenciar el uso de estos procedimientos, como una alternativa rápida y económica para la resolución de los conflictos.» La nota, accesible aquí: http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/

⁷⁷El convenio es accesible aquí: www.poderjudicial.es/

⁷⁸Madrid Pérez, 2001, pág. 44.

La Universidad de Barcelona cuenta con un Observatorio de Mediación, cuya finalidad es trabajar en «innovación, desarrollo e investigación en sistemas de gestión de conflictos, mediación y construcción de espacios de paz en las organizaciones». El Observatorio ofrece más información en su portal web:

Sobre la existencia de observatorios oficiales, la Ley 4/2017, de 19 de abril⁷⁹, por la que se modifica la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria, introduce la previsión de constituir el Observatorio de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Este Observatorio se trata de un órgano consultivo, de colaboración, estudio, coordinación y asesoramiento de las Administraciones públicas competentes en las materias reguladas por la ley de mediación cántabra.

Entre las funciones del Observatorio cántabro, expresamente se regula la capacidad de proponer a la Consejería de Justicia los criterios a seguir para que los cursos de formación inicial y continua en mediación cumplan con «los requisitos adecuados para formar personas mediadoras con garantías de calidad».

En la construcción legal de la mediación, es central la calidad de los mediadores, basada en su formación superior y continuada y en su inscripción profesional.

Por tanto, para la Ley 5/2012, tiene una importancia señera el régimen de responsabilidad civil del mediador, como forma de reparar el daño y el perjuicio ocasionados por actuaciones profesionales sin la esperada calidad.

7.2.3. La responsabilidad civil profesional del mediador

La responsabilidad del mediador es una consecuencia de su profesionalización. La Ley 5/2012 dedica su artículo 14 a definir la responsabilidad de los mediadores por daños y perjuicios, en la cual incurren en caso de incumplir las obligaciones de su encargo profesional. Existe la posibilidad legal de acción directa del perjudicado contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación. Además, el artículo 11.3 establece que el mediador «deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil de-

http://www.ub.edu/web/ub/es/recerca_innovacio/recerca_a_la_UB/

⁷⁹Publicada en el BOE núm. 113, de 12 de mayo de 2017.

rivada de su actuación»⁸⁰. La disposición final octava prevé que un reglamento desarrolle «el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores».

El Libro Verde de la Comisión Europea sobre ADR, de 2004, ya ponía su mirada en «la responsabilidad de los terceros» en los procedimientos⁸¹, valorando expresamente la conveniencia de iniciativas sobre la responsabilidad civil de los mediadores «demasiado rigurosas».

El 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 mercantiles⁸², viene a cumplimentar lo prevenido por la disposición final octava de la ley. Regula, no obstante, además de lo relativo al aseguramiento de la responsabilidad civil, regula aspectos pendientes de la formación y el registro público de los mediadores. En suma, el Real Decreto 980/2013 centra sus esfuerzos en terminar de modelar el «Estatuto del mediador» de la Ley 5/2012. Sin embargo, el desarrollo reglamentario de ninguno de estos tres temas (registro, formación y aseguramiento) era de obligado cumplimiento para el Poder ejecutivo, pues ya la disposición final octava decía que el Gobierno «podrá» hacerlo y, por tanto, podrá no hacerlo.

Pues bien, todo el capítulo IV del Real Decreto 980/2013 está

⁸⁰Artículo 11.3.

⁸¹Epígrafe 94: «Por último, también hay que abordar la cuestión de la responsabilidad de los terceros. En determinadas circunstancias, un tercero pudiera tener que responder de las consecuencias de su intervención en el procedimiento, individualmente si interviene como particular o incluso, en algunos casos y si actúa en un marco público, si cometiera alguna irregularidad en el proceso de ADR. Puede pensarse, por ejemplo, en una violación de la obligación de confidencialidad o en una falta de imparcialidad probada en beneficio de una de las partes. Podría entonces ser responsable en virtud de la responsabilidad civil con arreglo al Derecho Civil de los Estados miembros, aunque estos no parecen disponer de normas específicas relativas a la responsabilidad de los mediadores o conciliadores. Queda planteada la cuestión de la conveniencia de instaurar un régimen de responsabilidad o, por lo menos, unas normas específicas que describieran el papel exacto de los terceros en el procedimiento que, a menudo, se limita al de catalizador. En cualquier caso, quizás sea conveniente evitar frenar las voluntades y las iniciativas con medidas demasiado rigurosas.»

⁸²Publicado en el BOE núm. 310 de 27 de diciembre de 2013.

dedicado al seguro obligatorio de responsabilidad civil «o garantía equivalente» de los mediadores e instituciones de mediación. Entre los extremos reflejados por la norma, resulta especialmente interesante la previsión sobre el grado de cobertura del seguro de responsabilidad civil, en el art. 27. El Real Decreto expresamente dice que el seguro deberá cubrir «todos los daños y perjuicios, distintos a los resultados esperados de la mediación». Entre ellos, los provocados por actos u omisiones del mediador derivados del incumplimiento de los principios de «imparcialidad y confidencialidad», así como el error profesional o la pérdida de expedientes y documentos de las partes.⁸³

El art. 28, relativo a la suma asegurada por responsabilidad civil, obliga al mediador a incorporar necesariamente en el acta de inicio del procedimiento de mediación información bastante a las partes sobre «la cobertura de su responsabilidad civil».

Hay un aspecto que es llamativo en relación a la regulación que hace la Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre la responsabilidad del mediador. El art. 14 de la ley afirma:

«La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador».

El Real-Decreto 5/2012, de 5 de marzo, incluía en el art. 14 además que la responsabilidad podía venir definida por los daños y perjuicios que causaren «por mala fe, imprudencia grave o dolo». En el proceso parlamentario de convalidación del Real Decreto dicho inciso fue retirado tras la enmienda núm. 83⁸⁴ de «mejora técnica» presentada por el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados. El texto de la enmienda fue el que finalmente quedó promulgado en

⁸³No le constan al autor de este trabajo, en la fecha del cierre del presente trabajo en abril de 2018, que hayan recaído desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012 sentencias judiciales firmes condenando a mediadores por negligencia profesional.

⁸⁴http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/A_006-07.PDF

la ley. Por eso, tras este proceso de regulación en las Cortes Generales, la responsabilidad civil profesional del mediador parece que se aproxima a un modelo objetivista, de responsabilidad contractual objetiva, independientemente del elemento subjetivo del responsable a resarcirla.

Si hay responsabilidad civil, la regulación garantiza que el mediador responda precisamente por ella, ya que el art. 11.3, al definir las condiciones para ejercer de mediador añade que el mediador «deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga». Se trata de un seguro de responsabilidad civil profesional que cubre los daños y perjuicios económicos que pueden causarse a las partes en el ejercicio de la función mediadora, por acciones u omisiones derivadas de las competencias y responsabilidades inherentes al encargo aceptado, en las que no ha actuado con la debida diligencia.⁸⁵

Por consiguiente, en la aceptación de la mediación, nace en el mediador una obligación de «cumplimiento fiel y reembolsable del mandato de mediar»⁸⁶.

A título de ejemplo, la Asociación Española de Mediadores ofrece a sus asociados la posibilidad de contratar un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de la mediación. Por el pago de una prima que puede ir desde los 36 a los 156 euros, la póliza contratada por la asociación cubre la responsabilidad civil, hasta un máximo de 150.000 euros, que le pueda ser exigida al mediador asegurado como consecuencia de los daños y perjuicios causados involuntariamente a clientes por hechos que deriven de su actividad como mediador civil, mercantil o familiar. Las coberturas incluyen los daños

⁸⁵Es el sentido del art. 27 del Real decreto 980/2013, que dice que el seguro «comprenderá la cobertura de todos los daños y perjuicios, distintos a los resultados esperados de la mediación, que causen por sus actos u omisiones; como los derivados de la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes». También, en Barona Vilar, 2013, págs. 317 y 318 y en Rodríguez Elorrieta, 2017, pág. 180.

⁸⁶Lorca Navarrete, 2012, pág. 147.

a documentos y expedientes y la inhabilitación profesional. En este caso, la Asociación Española de Mediadores exige una formación mínima en mediación, 65 horas teóricas y 35 horas prácticas, «para la validez del seguro [...] de acuerdo con lo requerido en la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil.»⁸⁷

7.2.4. La remuneración económica del mediador

Ya se ha tratado de mostrar que una de las consecuencias intrínsecas a la consideración de una actividad como *profesión* y a la persona que la ejerce como *profesional* es la retribución a cambio de los servicios profesionales. La Ley 5/2012 es congruente con estos principios y prevé una contraprestación para el mediador en forma de honorarios profesionales. La norma específicamente habla del «coste de la mediación» y regula la forma en que las partes asumen ese coste y lo solventan con el mediador o con la entidad proveedora de servicios mediadores, en su caso:

«El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario.

2. Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.»⁸⁸

Asimismo, el art. 19.1 e) de la Ley 5/2012 establece que haga constar 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».

El impago de la mediación⁸⁹ implica el fin de la mediación. Por lo tanto, se está colocando la realización de un valor superior del

⁸⁷Los detalles de esta concreta póliza de responsabilidad civil, en <https://www.asemed.org/seguro-responsabilidad-civil/>

⁸⁸Art. 15.1 y 2 de la ley.

⁸⁹Art. 15.2, inciso final, de la ley.

ordenamiento (la libertad) bajo la coyuntura de una provisión de fondos económica. Más aún, «la consecuencia de la falta de provisión de fondos es drástica: puede suponer que la mediación concluya anudándose a una exigencia económica, un efecto desproporcionado como es el relativo a que la voluntad de las partes de solucionar la controversia a través de mediación, no se produzca. No tenga lugar [...] Se violaría, en estos casos, un derecho fundamental, identificado en la Constitución, consistente en no reconocer el principio de autonomía de la voluntad plasmado en la libertad de acudir a la mediación».⁹⁰

En realidad, este aspecto de la posibilidad de dar por finalizada la mediación en el caso de impago económico tiene un detalle más relevante: la conclusión de la mediación puede deberse no al impago de los honorarios profesionales del mediador o del centro de mediación, sino simplemente por el impago de la provisión de fondos inicial por una de las partes, si la otra no se aviene a suplir esa falta.

Además, la relevancia de este y de los anteriores caracteres que presenta el estatuto legal del mediador en la Ley 5/2012 estriba no solamente en que se ponga en juego el principio de autonomía y de libertad a acudir a la mediación. Sino en que se pone en juego el mismo principio de acceso a la justicia.

7.2.5. El régimen sancionador del mediador

Ni la Ley 5/2012, de 6 de julio, ni el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, contemplan un régimen sancionador aplicable a las conductas del mediador, excepto por la responsabilidad civil por los daños y perjuicios en que haya incurrido, como se ha estudiado anteriormente.

Siendo esta afirmación cierta, se deduce sin embargo que existe algún tipo de control disciplinario de los mediadores por las propias

⁹⁰Lorca Navarrete, 2012, pág. 156.

instituciones de mediación. Así, en el art. 21.1 e) del Real Decreto 980/2013 se exige a las instituciones de mediación, para su inscripción en el correspondiente registro público, que declaren con qué sistemas internos y externos cuentan de garantía de calidad. Entre esos sistemas se mencionan los «mecanismos de reclamaciones, de evaluación del servicio, de evaluación de los mediadores y procedimientos sancionadores o disciplinarios».

Asimismo, el art. 23.2 del mismo texto legal establece la obligación de las instituciones de mediación de comunicar al registro público, en un plazo máximo de 10 días, «las sanciones disciplinarias que hubieran impuesto a los mediadores que actúen en su ámbito».

Por todo ello, si bien la Ley 5/2012 no establece un catálogo de infracciones y sanciones según un régimen sancionador o disciplinario, la regulación estatal da por sobreentendido que el control disciplinario de los mediadores es llevado a cabo por las instituciones de mediación registradas.

En cambio, la Ley catalana de mediación 15/2009 sí que regula expresamente un completo régimen disciplinario sancionador aplicable a los mediadores que ejerzan la mediación en esa comunidad autónoma. Concretamente, todo el Capítulo V⁹¹ está reservado a la descripción de las infracciones y las sanciones que afectan a los mediadores.

Las infracciones⁹² descritas en la regulación catalana tienen que ver con el incumplimiento de los deberes de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, de la obligación de comunicación a la autoridad judicial del procedimiento de mediación, por no iniciar la mediación en los plazos fijados reglamentariamente, por no comunicar el resultado de la mediación al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña o por abandonar el procedimiento de mediación

⁹¹Arts. 29 a 34 de la ley. Dice el Preámbulo de la ley catalana: «El capítulo V establece el régimen sancionador, mediante la descripción de los hechos constitutivos de infracción, de los tipos infractores y de las sanciones, y la determinación de los órganos con competencias sancionadoras. Se establece también específicamente el deber de las personas mediadoras de respetar los principios de la mediación y las normas deontológicas del colegio profesional al que pertenecen.»

⁹²Arts. 30 y 31 de la ley.

sin causa justificada.

En relación con el proceso de profesionalización observado en el hecho de la regulación de la remuneración del mediador, también son objeto de sanción el incumplimiento del deber de facilitar previamente a las partes las tarifas de la mediación o incrementar el importe fijado por el departamento competente en materia de derecho civil en las mediaciones gestionadas por el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.

Las sanciones⁹³ van desde la amonestación por escrito, la suspensión temporal de la capacidad de actuar como persona mediadora por un periodo de un mes a tres años, o la baja definitiva del Registro general del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. La exclusión del Registro general catalán de mediadores equivale a la imposibilidad de ejercer la profesión de mediador en los procedimientos de mediación llevados a cabo según lo previsto en la Ley 15/2009.

Un ejemplo cercano al de la Ley estatal 5/2012 y al de la Ley catalana 15/2009 es el reciente Proyecto de Ley de Mediación del Principado de Andorra, aprobado el 22 de marzo de 2018.⁹⁴ En él, se evidencia un paso más en la regulación de la figura del mediador como *profesional de la resolución de conflictos*. Se trae a colación la incipiente ley de mediación andorrana no solamente por su cercanía geográfica y cultural a las normas objeto de estudio aquí o por su actualidad, sino porque el mismo articulado recoge y desarrolla otro completo régimen sancionador⁹⁵: el elenco de infracciones y

⁹³Art. 32 de la ley.

⁹⁴Publicado en el *Butlletí del Consell General* núm. 16/2018, del 15 de marzo. Accesible aquí: <http://www.consellgeneral.ad/ca/activitat-parlamentaria/iniciatives-legislatives/projectes-de-llei/projecte-de-llei-de-mediacio>

⁹⁵Todo el capítulo noveno del Proyecto de Ley está reservado al llamado *régimen de responsabilidad disciplinaria*, que afecta a las personas mediadoras. Se trata de los arts. 53 a 65 del texto legal. Ahí son tratados aspectos tales como el órgano disciplinario que aplica la potestad sancionadora; la descripción del procedimiento disciplinario; la adopción de posibles medidas cautelares, como la suspensión de ejercicio de la mediación de la persona mediadora; las infracciones muy graves, graves y leves; las sanciones, que incluyen expulsión, inhabilitaciones de hasta cinco años y multas pecuniarias hasta 50.000€; el régimen de

sanciones que dichas sanciones llevan aparejadas muestra el celo del legislador, catalán en 2009 y andorrano en 2018, por definir la calidad de la profesión de mediación en términos de la confianza y la confiabilidad profesionales de la que hablaba Salvador Garrido en su trabajo⁹⁶. En el caso extremo de quebrantamiento de esta confiabilidad, el proyecto andorrano, significativamente, prevé la sanción de expulsión del mediador *de la profesión*.⁹⁷

En conclusión, es posible afirmar que la referencia a la existencia de un régimen sancionador del mediador no es otra cosa que el reconocimiento de que la regulación no solamente proclama al mediador como un nuevo profesional de la resolución de conflictos sino que se encarga de establecer los criterios objetivos a partir de los cuales medir la *profesionalidad* del mediador, básicamente en términos de calidad, confianza o confiabilidad.

Además, un régimen sancionador solamente puede ser aplicado en la práctica si existe un marco ético desde el cual examinar las conductas de las personas mediadoras. Determinar qué principios profesionales deben ser cumplidos y que no deben ser vulnerados es parte necesaria de la definición de las posibles conductas infractoras en un régimen sancionador dado. Por consiguiente, la regulación de la mediación por el derecho debe remitirse a algún modo de deontología profesional del mediador.

graduación de las sanciones; la prescripción de las infracciones y sanciones, con periodos máximos de cuatro años; la extinción de la responsabilidad disciplinaria y la anotación y comunicación de las sanciones, su cancelación y la rehabilitación del mediador sancionado.

⁹⁶Dice literalmente la Exposición de Motivos del proyecto del ley del Principado: «*Finalment, el capítol novè estableix el règim de responsabilitat dels mediadors, amb la finalitat de garantir l'exercici adequat de la mediació.*»

⁹⁷Art. 60.1 a), sobre sanciones a las infracciones muy graves, permite la «*[e]xpulsió de la professió de mediador.*» No es una expulsión definitiva, sino durante ocho años. El art. 61.3 aclara este extremo: «*La sanció d'expulsió de la professió de mediador impedeix a la persona sancionada l'exercici de la mediació i sol·licitar novament la seva inscripció en el registre de Mediadors fins que hagin transcorregut vuit anys com a mínim.*»

7.3. La deontología del mediador

Ya en 1986, la Sociedad de Profesionales en Resolución de Conflictos de los Estados Unidos adoptó un código sobre estándares éticos que incluía no solamente los principios éticos en juego, tales como la imparcialidad, el consentimiento informado⁹⁸, la confidencialidad, la abstención ante un conflicto de intereses⁹⁹, la celeridad¹⁰⁰ y la responsabilidad respecto de los acuerdos y sus consecuencias; sino también se proponía definir la «profesión de la resolución de conflictos»¹⁰¹.

La Directiva 2008/52/CE define en su artículo 3 al mediador como «todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación».

El art. 13 de la Ley 5/2012 define al mediador como «aquella persona inscrita como tal en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación del Ministerio de Justicia, a quien se solicite que preste sus servicios para llevar a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial, neutral y competente, con respeto al principio de confidencialidad y que cumpla con las condiciones exigidas en el artículo 14».

Los arts. 14 y 34 y la Disposición Adicional Segunda hacen una remisión general al cumplimiento por los mediadores de los principios que configuran la mediación, así como a las propias normas deontológicas de las profesiones colegiadas de origen de los mediadores, con reiteración de conceptos en los tres preceptos. Por lo que respecta al presente trabajo, el deber contenido en la letra b) del

⁹⁸Obligación de informar a las partes sobre la naturaleza del procedimiento de mediación y el papel del mediador en él.

⁹⁹Es decir, cuando la imparcialidad del mediador puede estar en cuestión por una relación con alguna de las partes.

¹⁰⁰Se refiere a los esfuerzos razonables del mediador para llegar a una pronta solución del conflicto o al menos para no dilatar el procedimiento inútilmente.

¹⁰¹Moore, 2003, pág. 472 y ss.

art. 14 es el de mayor interés. Se trata de la potestad resolutoria atribuida al mediador, quien puede en cualquier momento dar por acabada la mediación, con independencia de la voluntad de las partes en el conflicto. Además, las causas por las cuales el mediador puede utilizar esta potestad no están tasadas más que con conceptos jurídicamente indeterminados, pues deja al arbitrio del mediador su apreciación y aplicación subjetiva. Lo que parece un avance en el camino a racionalizar jurídicamente la mediación dentro del ordenamiento jurídico, es decir, al sustraer a los sujetos el poder completo sobre el proceso de mediación y reservar una especie de derecho de veto para el mediador ante conductas de las partes, se puede convertir en un obstáculo para el mediador, en un exceso de poder que puede caer en la arbitrariedad y que ayuda a la inseguridad de las partes frente a él, que se autoproclama neutral en el art. 6.15.

Hay propuestas de código ético «para los profesionales de la mediación»¹⁰², de elencos de los deberes del mediador¹⁰³, en forma de decálogo incluso, distinguiendo los deberes «ante las partes», «en el procedimiento de mediación» y «ante las instituciones o entidades públicas o privadas de mediación a las que está sujeto por su profesión»¹⁰⁴. Los deberes del mediador pueden llegar a engrosar una lista de veintinueve que debería reunir un estatuto del mediador y que recoge Fernando Martín Diz¹⁰⁵.

De entre todos ellos, los siguientes muestran especial interés respecto al modo en que se ha llevado a cabo el proceso de regulación de la mediación y del mediador en la Ley 5/2012: reunir los requisitos que según la legalidad vigente y aplicable le sean exigibles para el ejercicio profesional de la mediación (formación, registro,

¹⁰²Munné Catarina y Vidal Teixidó, 2013, pág. 85. También lo insertan en el «modelo de conducta» de los mediadores, que incluye el respeto por los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y flexibilidad.

¹⁰³Belloso Martín, 2007, págs. 8 a 10.

¹⁰⁴Villagrasa Alcaide, 2004, pág. 47. El decálogo propuesto por este autor es elaborado a partir de los principios dictados por la norma catalana sobre mediación de 2001.

¹⁰⁵Martín Diz, 2010, pág. 181 y ss.

licencias...) ¹⁰⁶; informar sobre los honorarios, costes y formas de pago de sus servicios profesionales¹⁰⁷; facilitar la actuación inspectora o de seguimiento de la Administración competente, teniendo en cuenta los deberes de secreto profesional y confidencialidad; ofrecer la información que a fines de investigación, control de calidad e inspección se le requiera, sin vulnerar la debida confidencialidad; acatar las normas institucionales, reglamentarias, legales y éticas de la profesión dictadas en el ámbito de sus competencias; asumir y cumplir el régimen sancionador (y/o disciplinario) establecido.

Estos deberes se pueden resumir en la acreditación de la formación, la información a las partes sobre el coste y honorarios de la mediación y la colaboración con los mecanismos de control e inspección normativos y disciplinarios aplicados a los mediadores. Remiten de forma clara la deontología a característica complementaria del proceso de profesionalización de la mediación.

No solamente Martín Diz reclamaba en 2010 un estatuto legal del mediador a nivel estatal, que ha llegado finalmente con la Ley 5/2012, sino también un código deontológico y/o ético de los mediadores¹⁰⁸.

Ya existen colectivos profesionales con una larga historia de codificación ética. La abogacía es uno de estos colectivos. Como, además, la abogacía es una profesión vinculada al principio de acceso a la justicia, a través de la postulación y el patrocinio de derechos e intereses ajenos, es posible establecer un paralelismo entre los deberes de los abogados y los de los mediadores. «La creciente profesionalización que se predica de los mediadores configura paulatinamente una nueva profesión que responde a las características tra-

¹⁰⁶*Background and qualifications*, en el código estadounidense de 1986: «A neutral should accept responsibility only in cases where the neutral has sufficient knowledge regarding the appropriate process and subject matter to be effective. A neutral has a responsibility to maintain and improve his or her professional skills.» En Moore, 2003, pág. 475.

¹⁰⁷*Disclosure of fees*, en el código ético estadounidense de 1986: «It is the duty of the neutral to explain to the parties at the outset of the process the bases of compensation, fees and charges, if any.» En Moore, 2003, pág. 475.

¹⁰⁸Entre la doctrina, también abogan por un código ético de la profesión mediadora Duplá Marín *et al.*, 2013, pág. 58.

dicionalmente exigidas para las profesiones liberales. La confianza y la confiabilidad, al igual que sucede con la Abogacía, suponen los pilares fundamentales tanto en la relación abogado-cliente como en la relación persona mediadora-mediados»¹⁰⁹.

Hay un estatuto legal del mediador, hay una formación especializada para llegar a ser mediador, hay definición de los deberes de los mediadores, códigos éticos y deontológicos. En la comparación con la abogacía, solamente parece que falta una cosa: un colegio profesional.

No hay colegio oficial de profesionales mediadores, aunque la posibilidad ya ha sido formulada en más de una ocasión¹¹⁰, pues la mediación puede ser ejercida a título privado como profesión liberal. De hecho, la posibilidad de constitución de colegios profesionales de mediadores también está implícita en el art. 25 de la Ley 15/2009, la ley catalana de mediación en el ámbito privado, pues reconoce la posible existencia de alguna «asociación profesional de mediación» cuando regula el registro de personas mediadoras a través de sus propios colegios profesionales de origen.¹¹¹

En el Proyecto de Ley de Mediación del Principado de Andorra, mencionado en el apartado anterior, se recoge expresamente la necesidad de codificar las normas deontológicas de los mediadores: encarga a una futura Comisión de Mediación que en un plazo de cinco meses desde su constitución redacte y eleve su propuesta de código deontológico, para su aprobación reglamentaria¹¹². El encar-

¹⁰⁹Garrido Soler, 2013, pág. 17.

¹¹⁰Martín Diz, 2010, pág. 202.

¹¹¹Los párrafos primero y segundo del art. 25 dicen así: «1. Las personas que cumplen los requisitos establecidos por el artículo 3 y desean ejercer las funciones de mediación reguladas por la presente ley deben inscribirse en el registro del colegio profesional al que pertenecen o en una asociación profesional de mediación acreditada por el departamento competente en materia de derecho civil. 2. Las personas mediadoras que sean miembros de una asociación profesional del ámbito de la mediación acreditada por el departamento competente en materia de derecho civil pueden solicitar su inscripción en el Registro general del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. Para poderse inscribir, deben acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos reglamentariamente.»

¹¹²Es la Disposición final cuarta del Proyecto de Ley andorrana, titulada Normas deontológicas y baremos y normas orientadoras de los honorarios, que dice así, en su redactado catalán original: «*Normes deontològiques i barems i normes*

go legal expreso de estudio y redacción de un código deontológico es inédito en la legislación española, aunque del ejemplo andorrano se puede deducir que el proceso de regulación de la mediación sigue avanzando en la actualidad hacia la profesionalización expresa de la figura del mediador en los textos legales.

Las características de la mediación como modo autocompositivo y alternativo de acceso a la justicia sugieren cierto rechazo a la regulación de la labor mediadora a través de códigos deontológicos. Se ha hablado¹¹³ de «inconvenientes» e incluso de «desaconsejar» el dictado de un código de deontología profesional para mediadores, argumentando el carácter «coactivo y fundamentalmente negativo» de un código que, además, expresaría un «corporativismo exagerado». Por ello, se ha propuesto la adopción de códigos de deontología promocionales¹¹⁴ y no prescriptivos, más cercanos a una visión de *soft law* que a otra de *hard law*.

Los códigos promocionales reciben este nombre, ya que su función tiene más que ver con promover un tipo de conducta ética profesional. Mientras que los prescriptivos están dirigidos a la resolución de problemas concretos pudiendo imponer sanciones en caso de incumplimiento.

La fundamentación de esta visión está en las ventajas de la mediación basadas en su libertad de actuación y su falta de formalismo. La mediación actúa de manera mucho más ágil, más creativa y más responsable. «Lo que es necesario es que el mediador esté bien formado para evitar conductas poco éticas»¹¹⁵. Sin embargo,

orientadores dels honoraris 1. La Comissió de Mediació, en el termini màxim de cinc mesos des del dia en què tots els seus membres titulars hagin estat nomenats, ha de redactar i proposar les normes deontològiques de la mediació i els barems relatius als honoraris de la mediació judicial, i també ha d'aprovar les normes orientadores dels honoraris de la mediació convencional i judicial, que siguin en tots els casos conformes a aquesta Llei i a l'efecte d'acomplir les seves disposicions. 2. Les normes deontològiques de la mediació i els barems relatius als honoraris de la mediació judicial, una vegada proposats per la Comissió de Mediació, s'han de trametre al ministeri competent en matèria de justícia a l'efecte que en sotmeti al Govern l'aprovació per la via reglamentària.»

¹¹³Pillado González y Fariña Rivera, 2015, págs. 148 y 149.

¹¹⁴Pillado González y Fariña Rivera, 2015, pág. 149 y 150.

¹¹⁵Pillado González y Fariña Rivera, 2015, pág. 151.

el proceso de regulación contenido en la Ley 5/2012 apunta más bien hacia instrumentos prescriptivos de control para garantizar los comportamientos éticos de los profesionales. Es decir, la regulación, tal y como se ha llevado a cabo, hace pensar más en sistemas de control de un determinado desempeño profesional que en la mera promoción de prácticas éticas mediadoras. De nuevo, *calidad* y *confiabilidad* son valores en relación con la ética profesional del mediador y que justifican la asunción por la regulación de un régimen disciplinario vinculado a una deontología profesional.

7.4. Recapitulación

En el capítulo que se cierra ahora se ha procurado reconstruir el significado que el proceso de regulación en España, con un antecedente expreso en el Código de conducta europeo para mediadores de 2004, ha podido dar al hecho de que la mediación es una nueva y emergente *profesión* y el mediador es un nuevo y emergente *profesional*.

Para ello, se ha estudiado qué caracteriza una profesión, para descubrir cómo se construye una. En ese proceso de profesionalización son necesarias tres circunstancias: el ejercicio práctico de una actividad, que genere experiencia en exclusiva, en grado de monopolio, en competencia con otros ejercicios de actividad semejantes. Se ha hablado de generar una *jurisdicción* propia y autónoma para obtener una profesión.

En segundo lugar, es necesario un conocimiento teórico, especializado y superior, que alimente una identidad profesional propia. En tercer lugar, es necesario el reconocimiento estatal y social, a través del derecho y de la retribución económica, que permiten a la profesión insertarse en los órdenes económico y social.

La profesionalización de la figura del mediador provoca que otras profesiones se sientan invitadas a convertirse en mediadoras: de forma significativa, la abogacía. En realidad, se ha afirmado que el avance de la profesionalización de la mediación se puede entender

por el creciente ejercicio profesional de la mediación por parte de los abogados. No son pocos los lugares en que el número mayor de mediadores proviene del colegio de abogados.

Este hecho, también ha provocado que en este capítulo se haya mostrado el debate abierto respecto de la formación de los mediadores, y más en concreto, de su formación jurídica previa. La exigencia de formación continuada acreditada de los mediadores, establecida por la Ley 5/2012, en cambio no es preceptiva ni obligatoria para las profesiones de abogado y procurador.

En los aspectos tratados por el proceso de regulación que alcanza hasta la Ley 5/2012, se ha detenido el trabajo en mostrar cómo también es preceptiva y obligatoria la contratación de una póliza de cobertura de la posible responsabilidad civil profesional del mediador. Sin ella, no es posible verificar la inscripción del mediador ante el Registro ministerial. Esta póliza deberá cubrir los eventuales daños y perjuicios provocados por el mediador en incumplimiento de los deberes inherentes a su función. Y sobre deberes, también se han mostrado diferentes posicionamientos respecto a la adopción de un código ético o deontológico de los mediadores, al modo que operan otras profesiones.

En definitiva, si el proceso judicial diseñado en las leyes de enjuiciamiento está soportado y llevado a cabo por un conjunto de profesionales expertos, como los jueces y magistrados, fiscales, funcionarios de la oficina judicial, abogados, procuradores y peritos, la profesionalización de la figura del tercero mediador debía ser un aspecto que el proceso de regulación no podía soslayar.

El Título III de la Ley 5/2012 desarrolla el llamado «Estatuto del mediador», que reúne las condiciones para ejercer como tal, los deberes de la actuación del mediador durante el procedimiento de mediación, su responsabilidad, el derecho a resarcirse de los gastos de la mediación a través de honorarios así como una referencia a la tutela y el control de la administración sobre la formación de los mediadores. Tanto es así que se puede afirmar que la Ley 5/2012 se trata de una norma que regula más la profesión de mediador que

una norma que regule la mediación.

El proceso de regulación asume, pues, la importancia del mediador, lo coloca en el centro del procedimiento, de tal forma que la figura del mediador sufre una progresiva profesionalización. Se regula la necesidad de formación y la serie de deberes éticos del mediador, basados fundamentalmente en los principios informadores de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. Con posterioridad, el derecho atiende a otros aspectos deontológicos y sobre todo a la responsabilidad civil profesional del mediador. Este proceso de regulación culmina con la reglamentación de la obligación de contratación de una póliza de aseguramiento de la responsabilidad civil a cuenta de cada mediador. Como consecuencia, ya se habla de códigos deontológicos de los mediadores, como el de la Unión Europea. Es el final del camino de la definición de un completo estatuto legal de la profesión de mediador con formación superior especializada, experto y profesional, sometido a una ética profesional propia.

Capítulo 8

La racionalidad de la mediación contenida en la Ley 5/2012

En los capítulos anteriores se ha analizado el proceso de regulación de la mediación que ha pasado por diferentes fases desde que se puede dar por iniciado en los fines de la década de 1970, que pasa por los instrumentos de *soft law* del Consejo de Europa y por las Directivas de la Unión Europea y se materializa en España en la inicial legislación autonómica y después en la estatal. Este proceso de regulación con sus fases ha llegado, en lo que interesa a este trabajo, hasta la Ley 5/2012.¹

En la regulación de la mediación puede encontrarse una racionalidad basal, un mínimo común denominador sobre las razones de ser de la mediación, en realidad, la selección de algunas de las características de la mediación. Pero como todo proceso regulador, interesan tanto las características e implicaciones seleccionadas como las que, siendo posibles, quedan fuera del marco regulador.

¹El proceso de regulación no se detiene en 2012, pues como también se ha mencionado con anterioridad, nuevas regulaciones suceden a la vigente Ley 5/2012, como por ejemplo, la Ley 4/2015, sobre Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal. O la más reciente 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.

Esa racionalidad está presente en la regulación de la mediación a través de las notas esenciales del procedimiento de mediación en forma de modo de autocomposición, en la preeminencia dada al principio de acceso a la justicia y en la definición de la figura del tercero mediador y su estatuto legal. Se puede descubrir esa racionalidad mediadora que se basa en estos pilares y que la Ley 5/2012 recoge. El análisis de la racionalidad contenida en la regulación de la mediación va a mantener necesariamente un diálogo con dos elementos. Por una parte, las transformaciones experimentadas por el derecho moderno². Por otra, la realidad de la mediación en tanto que realidad social preexistente configurada a partir de contextos comunitarios en los que han concurrido históricamente una pluralidad de elementos.

La mediación en sí no es una novedad histórica; la mediación se hacía y se hará aunque el Estado no le hubiera prestado atención, ni la hubiera regulado, ni hubiera incorporado institucionalmente esta posibilidad. La novedad radica en la institucionalización jurídica que se ha presenciado en las últimas décadas. Y dentro de esta novedad, el foco se ha puesto en la racionalidad contenida en el modelo regulador que se ha seguido, una racionalidad que dialoga con los procesos sociales en los que se incardina y, al mismo tiempo, con las razones de ser de transformaciones del derecho en cuyo contexto se sitúa la regulación de la mediación.

Para seguir el camino en la investigación, se propone continuar con la presentación de los paradigmas jurídicos en que se basa el análisis de la identificación de la razón jurídica y, por ende, de la mediación regulada por el derecho. Estos paradigmas de interpretación de la racionalidad del derecho son los modelos de análisis filosófico desarrollados por Boaventura de Sousa Santos y por Jürgen Habermas. El pensamiento de ambos tiene un rasgo en común: piensan la racionalidad jurídica contemporánea a partir de las transformaciones experimentadas por el derecho desde el ini-

²Por ejemplo, la inclusión de procesos de autorregulación y de *soft law*, la apuesta por procedimientos más flexibles, la intensificación de la preocupación por el acceso a la justicia, la preocupación por la víctima.

cio de la modernidad hasta la actualidad. Además de compartir el hecho de ofrecer una mirada filosófica sobre el derecho contemporáneo, los dos autores añaden una mirada sociológica. Es decir, tratan de analizar la racionalidad jurídica a partir del estudio de instituciones sociales y jurídicas concretas. Boaventura de Sousa Santos propone comprender la emergencia de racionalidades jurídicas, nuevos *sentidos comunes* en el derecho, como dice él, racionalidades que pueden ser diferentes, complementarias y alternativas a la racionalidad jurídica hegemónica ofrecida por la modernidad. La razón de la mediación regulada por el derecho puede ser observada a la luz de este pensamiento que indaga en sentidos comunes del derecho diferentes y alternativos.

Por su parte, el pensamiento de Jürgen Habermas resulta relevante para el estudio de la racionalidad de la mediación ya que no solamente profundiza en la caracterización de la racionalidad jurídica moderna, sino que describe los efectos que producen los procesos de regulación ejercidos por el derecho contemporáneo sobre instituciones sociales. Este punto de vista resulta especialmente inspirador para el objeto de este trabajo. Además, Habermas introduce la caracterización de una racionalidad comunicativa y dialógica, que al menos intuitivamente, parece que se aviene bien con lógicas descritas en la mediación y en la resolución alternativa de conflictos.

Por eso es que con ayuda de ambos autores se tratará de determinar el alcance de una racionalidad propia de la mediación *juridificada*.

8.1. La mediación y los paradigmas jurídicos

El proceso de regulación de la mediación que se produce hasta la cristalización de la Ley 5/2012, de 6 de julio, es un proceso

de *juridificación*, una *juridización* de la mediación.³ Cuando la Ley 5/2012 dice en su Exposición de Motivos que pretende «establecer unas normas mínimas» sobre el uso de la mediación, «institución ordenada a la paz jurídica», está *juridizando* la mediación, esa institución anterior. *Juridización* es precisamente la «extensión de la normatividad jurídica a actividades y relaciones sociales que tradicionalmente habían sido reguladas mediante códigos morales y sociales»⁴.

Qué clase de normatividad jurídica se extiende sobre la mediación y qué racionalidad se encuentra en ella son cuestiones que pueden ser respondidas preguntando sobre el paradigma en que se encuentra el derecho actual.

El proceso de regulación de la mediación hasta la Ley 5/2012, de 6 de julio, bien puede ser una ejemplificación de los caracteres con que se desenvuelven los paradigmas jurídicos en general y las propuestas y alternativas de los dos pensadores. La mediación como hecho social, tal y como lo describen los mediadores y los autores que se han dedicado a definirla a través de sus fines y principios⁵

³Se utiliza la expresión *juridización* (*Verrechtlichung*) cuando se usa como sujeto o parte de un sintagma verbal como complemento circunstancial, directo o indirecto; se prefiere la expresión *juridificación* cuando se usa en el seno de un complemento de nombre o en genitivo. El criterio de este trabajo es seguir esta distinción terminológica, que se debe a Manuel Jiménez Redondo, traductor de Jürgen Habermas, quien a falta de término aceptado en castellano, traduce *Verrechtlichung* por *juridización* cuando aparece en solitario y por *juridificación* cuando aparece acompañado de genitivo objetivo. En Habermas, 1992, pág. 504.

⁴Madrid Pérez, 2001, pág. 18.

⁵En los capítulos precedentes se ha descrito el proceso de regulación en sus fases primeras al tratar del concepto y la etimología de las expresiones *mediación* y *mediador* y del uso social al uso legal de las mismas. A continuación se ha descrito también la primera atención prestada por el ordenamiento jurídico a la mediación a través de *soft law* y posteriormente a través de *hard law*. Es necesario citar aquí de nuevo a estos estudiosos y sus obras: Aguirrezábal Grünstein, 2013; Álvarez, 2003; Alzate Sáez de Heredia, 2013; Azcárraga Monzonís, 2013; Barona Vilar, 2010, 2005, 2011a,b, 2012, 2013; Bonet Navarro *et al.*, 2013; Boqué Torremorell, 2003; Busch, 2005; Baruch Bush y Folger, 1996; Calcaterra, 2002; Calvo Soler, 2012; Lauroba *et al.*, 2011c; Entelman, 2002b; Farré i Salvà, 2004; Fisas Armengol, 1998; Folberg y Taylor, 1996; García García, 2003; García Villaluenga, 2006, 2010; Lederach, 2000; Martínez de Murguía, 1999; Munné y Mac-Cragh, 2006; Ortuño Muñoz y Sáez Valcárcel, 2007; Redorta Lorente, 2011, 2004; Stein Cárdenas, 2000; Suares, 2002, 2016; Vinyamata, 2005.

puede ser vista como una expresión de las nociones de solidaridad y de libertad como formas de la integración social, de la emancipación y de la transformación social, según el desarrollo que de las mismas hacen Habermas y Santos. Habermas usa las tres primeras -solidaridad, libertad e integración-, Santos usa las dos segundas de las citadas -emancipación y transformación-.

Sin embargo, la mediación regulada, positivizada por ejemplo a través de la Ley 5/2012, puede expresar también otras formas de integración social como las del dinero y la burocratización administrativa y la coerción⁶, expresiones usadas por Habermas y más cerca de la regulación, expresión esta usada por Santos.

Para tratar de averiguar la *distancia* de la mediación⁷ entre los respectivos modos de los paradigmas jurídicos, se propone presentar la lectura que de los paradigmas hacen Jürgen Habermas y Boaventura de Sousa Santos, en aquello que puede interesar al fin del presente trabajo: la caracterización de la racionalidad subyacente a la regulación de la mediación y que, por esa subyacencia, la identifique en alguno o algunos de los paradigmas jurídicos.

Desde un punto de vista teórico, que ayuda a contextualizar la mediación regulada, Jürgen Habermas considera una noción de derecho que incorpora la racionalidad:

«Por derecho entiendo el derecho positivo moderno⁸,

⁶«Las sociedades modernas no solo se integran socialmente, es decir, por medio de valores, normas y procesos de entendimiento, sino también sistemáticamente, es decir, a través de mercados y de poder empleado administrativamente. El dinero y el poder administrativo son mecanismos de integración de la sociedad, formadores de sistemas, que coordinan las acciones de forma no necesariamente intencional, es decir, no necesariamente a través de la conciencia de los participantes en la interacción y, por tanto, no mediante gasto de energías comunicativas, sino objetivamente, por así decir, a espaldas de esos participantes. La *mano invisible* del mercado es desde Adam Smith el ejemplo clásico de tal tipo de regulación o control». Habermas, 1998, pág. 102.

⁷O la *equidistancia*, si llega el caso de definirla así, ya que es posible que las dos lógicas de que se habla aparezcan presentes en la racionalidad de la mediación.

⁸En otro lugar, Habermas afirma que «en la positividad del derecho no se expresa la facticidad de una voluntad arbitraria y absolutamente contingente, sino una voluntad dotada de legitimidad, que se debe a la autolegislación presuntivamente racional de ciudadanos políticamente autónomos». Habermas, 1998, pág.

que se presenta tanto con la pretensión de una fundamentación sistemática, como con la pretensión de interpretación vinculante e imposición coercitiva por los órganos competentes. [...] [L]as instituciones jurídicas se distinguen de los órdenes institucionales cuasi-naturales por su racionalidad comparablemente alta; pues en ellas se encarna un sistema de saber dogmáticamente elaborado, es decir, articulado, elevado a nivel científico y entrelazado con una moral regida por principios»⁹.

La alta racionalidad presente en las instituciones jurídicas es la que sistematiza, elabora, articula y eleva a nivel científico instituciones sociales pre-jurídicas. La racionalidad de la mediación institucionalizada jurídicamente en la Ley 5/2012 puede reproducir este esquema a partir de la mediación como hecho social.

Para Habermas, el sujeto que organiza esta racionalidad es el poder político estatal, que es el encargado de consolidar y perpetuar el reconocimiento de derechos, que no puede estabilizarse a sí mismo. Sin el poder político estatal, no sería posible aplicar la racionalidad jurídica a las instituciones sociales. Por eso, para él, el Estado de derecho es el esfuerzo de canalización del poder político en términos jurídicos de validez y de legitimidad ¹⁰. La validez se define como el espacio entre dos extremos: coerción y libertad. La legitimidad se configura en el modo de producción del derecho.

El proceso de regulación de la mediación, ejemplificado por la Ley 5/2012, puede ser entendido como ese esfuerzo del poder político estatal de aplicar la racionalidad jurídica sistemática a un hecho social previo. En la aplicación de esa racionalidad se regula eminentemente la validez de la mediación. Es decir, a partir de la regulación jurídica, se establece cuándo la mediación será válida y cuándo no. Qué elementos de validez ha tomado la racionalidad jurídica para regular la mediación y cuáles ha dejado. En páginas

95.

⁹Habermas, 1998, pág. 145.

¹⁰Habermas, 1998, págs. 199 y ss.

anteriores, se han estudiado los principios y los fines de la mediación que ahora podrían ser contemplados en términos de validez jurídica. El estatuto legal del mediador profesional seguramente es un elemento más de la sistemática aplicación de la racionalidad jurídica a la mediación.

Los ordenamientos jurídicos actuales son el resultado de una «multiplicidad de fuentes que es, a su vez, expresión de una pluralidad de ordenamientos “menores” que viven a la sombra del estatal y que no siempre aceptan pacíficamente una posición de segundo plano». La estatalidad del derecho es puesta en tela de juicio continuamente por otros sujetos reguladores, como administraciones regionales y locales descentralizadas o como actores sociales colectivos, tales como sindicatos de trabajadores, asociaciones patronales y profesionales¹¹.

Efectivamente, en el proceso de regulación de la mediación, se ha observado que el poder político estatal no ha configurado la única fuente de racionalidad jurídica aplicable. El simple hecho de que la Ley 5/2012 inicialmente sea la transposición necesaria de otra regulación inter-estatal, como la de la Unión Europea, parece ejemplo de ello. La racionalidad por la cual la mediación regulada por las comunidades autónomas se vincula con los servicios sociales, puede ser otro ejemplo, así como los instrumentos de *soft law* provenientes del Consejo de Europa. Todo ello, parece confirmar una tensión continua entre la multiplicidad de fuentes de la racionalidad jurídica.

Para Habermas, dos paradigmas jurídicos han determinado la historia del derecho moderno: el «paradigma burgués de derecho formal y el paradigma de estado benefactor de derecho materializado. El primero, que puede denominarse paradigma burgués-liberal, reduce la ley a formalidad legal y la justicia a igual distribución de derechos, mientras que el segundo, que puede designarse paradigma de bienestar social, reduce la ley a políticas burocráticas y

¹¹Zagrebelsky, 2011, Págs. 38 y 39.

la justicia a justicia distributiva»¹². El segundo es una variante del primero.

El sentido de la expresión *paradigma jurídico* lo acota el propio Habermas cuando afirma:

«Un *paradigma jurídico* explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales [...] Los dos paradigmas jurídicos que más consecuencias han tenido en la historia del derecho moderno y que aun siguen compitiendo entre sí son el del derecho formal burgués y el del derecho materializado en términos de Estado social¹³ [...] [M]i intención es dar contornos más netos a un tercer paradigma del derecho [...] una comprensión procedimental del derecho»¹⁴.

Un paradigma jurídico es entonces la expresión de la racionalidad del derecho: el sentido o sentidos en que puede entenderse el predicado el derecho *es racional*¹⁵. En el caso de la mediación juridizada, el estudio del paradigma jurídico puede servir para problematizar el predicado “la mediación es racional”. En el parafraseo de los términos de Habermas, de qué modo ha de entenderse o manejarse los principios de la mediación en el derecho.

A partir de los paradigmas jurídicos y su análisis, se propone llegar también a la racionalidad de la mediación juridizada. Se presentan, pues, a partir de ahora los caracteres fundamentales de una tentativa reconstrucción filosófico-jurídica del proceso de regulación de la mediación como hecho social hasta su institucionalización como un procedimiento jurídico propio del Estado de derecho contemporáneo.

¹²Mejía Quintana, 1997, págs. 46 y 47.

¹³Habermas dedica el capítulo IX de su obra *Facticidad y Validez* al estudio de los diferentes paradigmas históricos del derecho. Habermas, 1998, págs. 469 a 532.

¹⁴Habermas, 1998, pág. 264.

¹⁵Tal y como se ha dicho que se prefiere la expresión *racionalidad* en el apartado 1 de este trabajo.

8.2. El paradigma procedimental del derecho. La mediación entre facticidad y validez

Jürgen Habermas identifica lo que él llama «el paradigma procedimental en el derecho»¹⁶. Asegura que la modernidad, que se ha vuelto consciente de sus propias contingencias, se haya ligada a una razón procedimental, a «una razón capaz de litigar también contra sí misma». En ese paradigma se podría encontrar la mediación regulada por el derecho, la mediación juridizada.

Parece entonces evidente una crisis de la razón práctica, acontecida en el siglo XX¹⁷, que ha puesto en el museo de las ideas al derecho natural como fuente normativa de la sociedad y el Estado.

Y otra crisis de la razón práctica, en la experiencia de que las sociedades modernas se han vuelto mucho más complejas de lo que eran en las postrimerías del siglo XVIII o en el siglo XIX.

Como consecuencia de estas dos crisis, según el paradigma procedimental del derecho, la razón práctica se ha vuelto un concepto menos útil para explicar los fenómenos sociales en el Estado de derecho.

Una alternativa sería que quede reducida a la negación de la razón, tanto en la versión de su crítica postnietzscheana, como en la versión del funcionalismo sociológico, «que neutraliza todo lo que aún pudiese reclamar fuerza vinculante»¹⁸.

Habermas propone todavía un último movimiento intelectual: repensar la razón práctica e iluminar los fenómenos sociales y jurídicos a la luz de la razón comunicativa¹⁹, en vez de la razón práctica.

¹⁶Habermas, 1998, pág. 58.

¹⁷«Tras un siglo que como ningún otro nos ha ilustrado sobre el terror de la sinrazón existente, han quedado destruidos los últimos residuos de confianza esencialista en la razón». Habermas, 1998, pág. 59.

¹⁸Habermas, 1998, pág. 65.

¹⁹Sobre la *razón comunicativa*, posiblemente el concepto más importante o conocido de la filosofía política de Habermas, se han tenido en cuenta en este trabajo las obras de Alvear, 2008; Fabra, 2008; Gómez García, 2006; Mejía Quintana, 1997; Morales, 1999; Muñoz Ruiz, 2009; Prieto Navarro, 2003; Segovia, 2008;

La razón comunicativa se distingue de la razón práctica porque la razón no queda fijada a un individuo o sujeto particular o estatal, sino que la razón es «el medio lingüístico». Y un medio para un fin, para un *telos* representado en el «entendimiento intersubjetivo»²⁰.

Y la razón comunicativa se expresa en acciones comunicativas. Por lo tanto, la razón de la acción comunicativa es la racionalidad de la acción orientada al entendimiento. Habermas parte de una obviedad como que el pensamiento está organizado en proposiciones y que es en la estructura de las proposiciones «donde podemos leer la estructura de los pensamientos». Los miembros de una comunidad de lenguaje comparten los significados del lenguaje y por eso, «hablantes y oyentes pueden entender de forma idéntica una expresión gramatical»²¹.

Habermas escribe así sobre la eficacia social de las presuposiciones normativas de las prácticas jurídicas existentes en el mundo de los hechos, es decir el mundo de la facticidad: las presuposiciones normativas lo son porque la razón comunicativa está orientada al entendimiento. Se puede entender legítimamente que la mediación sea una de estas prácticas jurídicas, en la que la razón comunicativa facilite la identificación de presuposiciones normativas que puedan ser trasladadas desde la facticidad hasta la validez.

Las presuposiciones normativas de la mediación pueden ser los rasgos que se han descrito de ella y que la definen esencialmente, antes ya de ser regulada, cuando se la ha mostrado como un hecho social: la voluntariedad y libertad de las partes de acudir a ella, la intervención del tercero imparcial posiblemente dotado de autoridad social y de reconocimiento comunitario en función de sus estatus colectivo o sus habilidades y, seguramente también, la confidencialidad.

Después, en el proceso de juridificación, estas presuposiciones normativas de la mediación en tanto institución social se someten a la validez a través de la racionalidad procedimental del derecho.

Ureña, 2008.

²⁰Habermas, 1998, pág. 65.

²¹Habermas, 1998, pág. 73.

En la medida en que se desarrolla un marco jurídico aplicado a la mediación se produce una institucionalización jurídica de la mediación y, con ella, la aplicación de una racionalidad jurídica a los mecanismos y relaciones preexistentes. Esta racionalidad se expresa en términos de validez y transforma el mero hecho social de la solución de conflictos por mediación en un nuevo marco general de validez. Validez del procedimiento de mediación, del objeto de la mediación, de los intervinientes, del tercero mediador, de los acuerdos alcanzados por las partes.

8.2.1. El derecho como mediador entre facticidad y validez

Porque el derecho es, para Habermas, un mediador, la categoría de la mediación social entre facticidad y validez²², entonces la mediación como práctica social y jurídica -la facticidad-, al ser regulada por el derecho -el mediador social por antonomasia- se convierte en mediación normada, juridizada -la validez-.

Seguramente, se puede afirmar que el hecho de la intervención de un tercero mediador en los conflictos es una expresión de la facticidad. Que esta realidad fáctica, que se da como hecho social, es juridificada a través del proceso de profesionalización descrito en el capítulo 7 y que se refleja en el articulado de la Ley 5/2012. El hecho social de que las partes elijan un tercero que se interponga entre ellas alcanza validez mediante la juridificación, que es otra forma de denominar el proceso de regulación. Así, para la racionalidad del derecho, el tercero será mediador válido siempre que reúna las condiciones de la institucionalización jurídica: formación especializada y continua, registro público, deontología vinculante, régimen sancionador, cobertura de responsabilidad civil.

Otro ejemplo del paso de la facticidad a la validez es el reconocimiento de los acuerdos de mediación como títulos ejecutivos, con

²²«Propongo considerar el derecho como el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en administrativo.» Habermas, 1998, pág. 217.

valor de *res iudicata*. En el ámbito de la facticidad social, del *mundo de la vida*, los acuerdos se cumplen y se deben cumplir por la propia autoridad de la palabra empeñada por las partes o por la autoridad moral del mediador que ha sido, además, testigo imparcial del acuerdo. Los acuerdos se cumplen en el mundo de la institucionalización social porque eso es lo que se espera de ellos: *pacta sunt servanda*. En la validez de la racionalidad de la mediación regulada, el régimen aplicable a los acuerdos de mediación prevé las eventualidades de su incumplimiento. Esto se verifica a través de la institucionalización jurídica en forma de *imbricación* con el procedimiento de enjuiciamiento civil, como se dijo en el apartado 4.2.

La validez se expresa también en el carácter jurídico de la alternatividad de la mediación al proceso. La mediación alternativa y no oficial en el mundo de la facticidad es juridificada, transformada, en mediación alternativa²³ y complementaria, insertada como institución del derecho procesal civil.

De esta forma, el derecho representa un papel mediador²⁴, ya que «cumple una función de bisagra entre sistema y mundo de la vida, función que es incompatible con la idea de un enquistamiento y encapsulamiento autopoieticos del sistema jurídico.»²⁵

La expresión *mundo de la vida*, o *Lebenswelt* en el original alemán, tiene para Habermas el significado del conjunto de acciones fuera del sistema derecho, fuera del sistema mercado y fuera del sistema administración. «El mundo de la vida está formado de una red de acciones comunicativas, ramificada en el espacio o espacios sociales y en el tiempo o tiempos históricos»²⁶. En las esferas del mundo de la vida, «con *anterioridad a toda juridización*, existen normas y plexos de acción que de modo funcionalmente necesario dependen del entendimiento como mecanismo de coordinación de

²³Se recuerda de nuevo el juego semántico del concepto de “alternativa” que se estudió en el apartado 2.6.3.

²⁴Evidentemente, aquí no se utiliza la expresión mediador como en el resto del trabajo.

²⁵Habermas, 1998, pág. 120.

²⁶Habermas, 1998, Pág. 145.

la acción»²⁷.

Para esa mediación que realiza, el derecho se sirve de formas de comunicación en términos del Estado de derecho. Habermas identifica tres formas de comunicación: las formas de la voluntad política, la producción legislativa y la decisión judicial²⁸. Estas formas de comunicación son partes del proceso de racionalización -la validez- de los mundos de la vida -la facticidad- de las sociedades modernas.

Habermas, además, entiende en términos de la racionalidad procedimental «el derecho como medio de integración social²⁹ y, por cierto, como un medio que permite mantener la autocomprensión de una comunidad solidaria, aun cuando sea en forma altamente abstracta»³⁰. La arquitectura de la integración social se apoya en dos pilares, «los representados por las categorías de sistema y mundo de la vida»³¹.

Así, el derecho como mediador, se encuentra en medio y, de alguna manera, pertenece al mundo de la vida. Y como institución, también pertenece al sistema regulador³².

En esta relación entre facticidad y validez, el derecho es un sistema. Habermas recoge de Niklas Luhmann este concepto. El sistema obedece a una racionalidad funcionalista, en contraposición al mundo de la vida, estructurado por el lenguaje y la comunicación. Mientras los antiguos miembros de la Escuela de Frankfurt -Adorno, Horkheimer, Marcuse- y Weber contraponían razón a razón instrumental, Habermas describe la situación contemporánea como una oposición entre razón comunicativa, frágil, pero no carente de fuerza, y razón funcional, colonizadora, rebosante de sistemas que se engendran a sí mismos, de manera autorreferencial.

Habermas afirma que «[s]i no se mira el derecho como sistema

²⁷Habermas, 1992, pág. 522.

²⁸Habermas, 1998, pág. 67.

²⁹Integración social es entendida por Habermas como estructura de la acción orientada al entendimiento. En Prieto Navarro, págs. 114 y 115.

³⁰Habermas, 1998, pág. 294.

³¹Prieto Navarro, 2003, pág. 110.

³²Prieto Navarro, 2003, pág. 111.

empírico de acción, los conceptos filosóficos permanecen vacíos.»³³

El derecho procura que la tensión de la solidaridad social, la tensión emancipatoria que dirá Santos, no sea desbordada por la tensión sistémica, la tensión regulatoria de Santos³⁴. Porque en el derecho, se expresan todos los modos de integración social³⁵. Habermas define la integración social en forma negativa en cuanto su «contenido ideal choca con los imperativos funcionales de la economía regulada por el mercado y de la administración burocrática»³⁶. «Los mecanismos de integración social son [...] de tipo normativo»³⁷, es decir que los que provienen del mundo de la vida también lo son, pues también producen elementos de integración social.

Para que este conjunto de acciones consistentes en el mundo de la vida no queden aisladas de los sistemas mercado y administración, actúa el sistema de acción Derecho, que pertenece a la componente social del mundo de la vida. El mundo de la vida se reproduce a través de acciones comunicativas y necesita del derecho para reproducirse en forma de instituciones jurídicas más allá de esas acciones.³⁸

Del *mundo de la vida* surgen procesos de formación de consenso, procesos de integración social, como puede ser la mediación en tanto que hecho social. Si bien es cierto que Habermas se refiere a procesos de consenso en un sentido político, de formación de consen-

³³Habermas, 1998, pág. 130.

³⁴«El derecho tiene que mantener su fuerte pretensión de que ni siquiera el subsistema regulado a través del dinero y el subsistema regulado por el poder administrativo pueden sustraerse por entero a una integración social.» Habermas, 1998, pág. 105.

³⁵«El potencial de racionalidad del lenguaje se utiliza [...] para funciones de integración social». Habermas, 1998, pág. 105.

³⁶Habermas, 1998, pág. 105.

³⁷Habermas, 1998, pág. 108.

³⁸«El sistema derecho pertenece, como un orden legítimo que se ha vuelto reflexivo, a la componente social del mundo de la vida. Y así como esta, a una con la cultura y con las estructuras de la personalidad, solo se reproduce a través de la corriente de acción comunicativa, así también las acciones jurídicas constituyen el medio a través del cual se reproducen las instituciones jurídicas simultáneamente con las tradiciones jurídicas intersubjetivamente compartidas y las capacidades subjetivas de interpretación y observancia de las reglas jurídicas.» Habermas, 1998, pág. 146.

tos políticos constitutivos, nada obsta la posibilidad de considerar los procesos de consenso y entendimiento en la gestión de conflictos entre particulares como surgimientos del *Lebenswelt*.

En esa misma escala, así como los procesos de consenso del mundo de la vida en la teoría habermasiana no explican *per se* cómo desde el *mundo de la vida* pueda surgir algo así como el orden social, tampoco el paso de la gestión privada de conflictos hacia un sistema de gestión social de conflictos no puede ser explicado sin el derecho. Para ambos pasos, es necesaria la aportación del derecho. El derecho otorga la validez jurídica y equilibra la tensión con la facticidad y desde Kant, esta validez equilibrante se ha entendido como la conexión que el derecho hace entre coerción y libertad³⁹. Coerción y libertad son los dos componentes de la validez jurídica en la modernidad. El concepto kantiano de legalidad conlleva, según la interpretación de Habermas, que «las normas jurídicas son a la vez [...] leyes coercitivas y leyes de la libertad»⁴⁰. Cuando Santos hable de regulación y emancipación, se estará refiriendo a esa misma tensión de la validez del derecho moderno⁴¹.

El estudio de la validez jurídica ocupa un espacio en las inquietudes de Habermas, aunque lo relevante en este momento es que tal concepto -la validez- es la transposición a la esfera de la eficacia jurídica de las pretensiones sociales y éticas del mundo de la vida. Y en el estudio de la validez, desde el primer momento, es crucial el aspecto procedimental en la producción del derecho y, por ende, de la validez. Habermas dice que «Las condiciones necesarias de la validez jurídica de las normas particulares serían que hayan sido producidas conforme a una constitución [...] y que, tomadas cada una

³⁹Escribe Kant: «si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho) entonces la coacción que se le opone en tanto que obstáculo frente a lo que obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según leyes universales». Kant, 2005, cap. II.

Todo el capítulo II de la *Metafísica de las Costumbres* está dedicado al análisis del principio universal del derecho: «Una acción es conforme a derecho (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal».

⁴⁰Habermas, 1998, pág. 91.

⁴¹Santos y Rodríguez Garavito, 2007b; Santos, 2003, 2009b.

de por sí, muestren un mínimo de eficacia social o de posibilidad de ser socialmente eficaces y, segundo, un mínimo de justificación ética o de susceptibilidad de ser éticamente justificadas»⁴².

Enseguida Habermas relaciona *validez* con *legitimidad*. El principio de validez jurídica, según el procedimiento previsto jurídicamente, convierte a la norma así producida o construida en legítima. Y esta idea de legitimidad es legitimidad democrática, pues viene dada por la validez del derecho del Estado⁴³. En fin, «[e]l concepto mismo de derecho moderno [...] [lleva] ya en germen la idea democrática desarrollada por Rousseau y Kant, a saber, que la pretensión de legitimidad de un orden jurídico construido de derechos subjetivos solo puede desempeñarse o resolverse mediante la capacidad de integración social aneja a la voluntad concordante y unida de todos los ciudadanos libres e iguales»⁴⁴

El paradigma procedimental del derecho moderno es tan fuerte que Habermas afirma que el proceso de producción de normas constituye por tanto en el sistema jurídico el auténtico lugar de la integración social. El modo de producción del derecho es la legitimidad del mismo. Entonces, confluyen los siguientes elementos, la validez del derecho, como equilibrio entre la coerción y la libertad y, en segundo lugar, la legitimidad del derecho, como proceso de producción.

Anteriormente, se ha ilustrado con ejemplos que el proceso de regulación de la mediación incorpora elementos de la validez de la que habla Habermas. También incorpora elementos que se pueden poner en relación con la legitimidad. El mismo proceso de juridificación es un proceso de paulatina legitimidad de la mediación regulada: los pasos iniciales dados por el proceso de regulación en el Consejo de Europa con instrumentos de *soft law* en el camino hacia la normativa de la Unión Europea en forma de directivas y hacia la legislación de transposición en cada Estado miembro.

El modo de producción de la mediación regulada no se ha dado

⁴²Habermas, 1998, pág. 92.

⁴³Del Estado de derecho, más exactamente, dirá después Habermas.

⁴⁴Habermas, 1998, págs. 94 y 95.

de una manera inmediata, en la promulgación de la Ley 5/2012, sino que ha requerido de una construcción de legitimidad durante décadas, en niveles y ámbitos diversos de producción de derecho: supraestatal, estatal y autonómico.

8.2.2. El sentido normativo de la mediación en el paradigma procedimental del derecho

En la mediación se encuentran validez y legitimidad. Estos elementos se pueden aplicar a los acuerdos de mediación válidamente alcanzados según los preceptos de la Ley 5/2012. En esta racionalidad, resulta lógico aceptar la legitimidad con la que los acuerdos de mediación alcanzados merced a la Ley 5/2012 puedan conllevar fuerza ejecutiva de *res iudicata*. Los art. 25, 26 y 27 de la Ley 5/2012 establecen un procedimiento de validez jurídica del acuerdo de mediación. Fundamentalmente, la validez jurídica se obtiene a través de la elevación a escritura pública de los acuerdos. Expresamente, el art. 25.2 dice que «para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho». Así validado el acuerdo de mediación, se convierte en legítimo título ejecutivo accionable ante los jueces y tribunales.

Este ejemplo de los artículos 25 y siguientes de la Ley 5/2012⁴⁵ muestra cómo el lenguaje jurídico ejerce esa función de bisagra:

«El lenguaje del derecho, a diferencia de la comunicación moral, reducida a la esfera del mundo de la vida, puede operar como un transformador en el circuito de comunicación entre sistema y mundo de la vida, que abarca la sociedad global»⁴⁶.

El acuerdo entre particulares que es alcanzado con ayuda de un tercero mediador según la norma pasa a convertirse en un instru-

⁴⁵El Título V de la norma está dedicado a la «Ejecutividad de los acuerdos».

⁴⁶Habermas, 1998, pág. 146.

mento del sistema de la Administración de Justicia, por obra de la regulación.

Jürgen Habermas describe al derecho como un sistema cuya función es evitar el conflicto: «El derecho, mientras lo miremos bajo el aspecto de la función que le es propia, a saber, la de estabilizar expectativas, se presenta como un sistema de derechos»⁴⁷.

Como sistema de derechos, el ordenamiento jurídico positivo presupone, por tanto, «el establecimiento de una administración de justicia estatalmente organizada que haga uso del poder de sanción del Estado para decidir autoritativamente los casos de litigio, y de la capacidad de organización del Estado para proteger, desarrollar, perfeccionar y precisar el derecho»⁴⁸. En el paradigma procedimental de Habermas, pues, parece que la administración de justicia a través del sistema del Estado es un presupuesto de garantía para la protección, el desarrollo, el perfeccionamiento y la precisión del derecho. La administración de justicia se organiza entonces estatalmente, no para «colocarse al lado del derecho, sino que es *presupuesto* del derecho mismo y se establece a sí mismo en formas jurídicas»⁴⁹.

El principio de acceso a la justicia, como finalidad esencial del proceso de regulación de la mediación, expresado en la Ley 5/2012, de 6 de julio y en la forma constitucional española de derecho a la tutela judicial efectiva, es una de las formas jurídicas que presupone el sistema estatal de administración de justicia. Por obra del principio de acceso a la justicia, según el paradigma procedimental de Habermas, la mediación regulada incorpora un sentido normativo.

Este sentido es el que hace afirmar a la Ley 5/2012 que la mediación es un *hábil coadyuvante* de la administración de justicia, es decir cuando afirma en su Exposición de motivos, que la mediación:

«Como institución ordenada a la paz jurídica, contri-

⁴⁷Habermas, 1998, pág. 200.

⁴⁸Habermas, 1998, pág. 201.

⁴⁹Habermas, 1998, pág. 201.

buye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia».

El sentido normativo, pues, es que la mediación así regulada es otro *procedimiento* para el acceso a la justicia. La legitimidad del acuerdo de mediación, por ejemplo, vendrá de seguir las reglas válidas de formación del consenso, a través de los principios de la mediación (voluntariedad, neutralidad, autonomía, confidencialidad). Habermas dirá que el pleno sentido normativo «lo cobra el derecho no *per se* a través de su *forma*, tampoco por un contenido moral dado *a priori*, sino por un *procedimiento* de producción legislativa, que genera legitimidad»⁵⁰.

Dicho de otro modo, la triple caracterización del derecho, en la que cobra especial importancia el componente procedimental que diferencia al derecho de la moral y que designa la *hechura* del derecho, «mucho más concreta cuando se la compara con reglas morales, concierne tanto al contenido, como al sentido de validez de las normas jurídicas y al modo de la producción de esas normas»⁵¹. Habermas habla gráficamente de «construir» normas y no únicamente «descubrirlas»⁵², para enfatizar aquello que de *procedimental* posee el derecho. La moralidad se convierte en la «moralidad de los procedimientos»⁵³.

La mediación regulada por la Ley 5/2012 asume esta razón procedimental del derecho, que en último término es legitimadora⁵⁴

⁵⁰Habermas, 1998, pág. 202.

⁵¹Habermas, 1998, pág. 220.

⁵²Habermas, 1998, pág. 224.

⁵³Prieto Navarro, 2003, pág. 158.

⁵⁴Sobre legitimidad, Habermas no deja de vincularla a lo procedimental. Así, cuando dice que su teoría «explica la legitimidad del derecho con ayuda

cuando afirma su artículo 23⁵⁵ que junto con las prescripciones de tipo formal relativas a la identificación y domicilio de las partes intervinientes, las cláusulas del acuerdo, las firmas y sus copias, el acuerdo de mediación deberá hacer constar que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. *Ese seguir el procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de la Ley 5/2012 es el modo legitimador de construir el derecho a que se refiere el filósofo alemán*⁵⁶.

Es posible descubrir también en la exposición de la razón del paradigma procedimental del derecho, referencias a otro aspecto sustancial de la mediación regulada por el derecho. En este caso,

de procedimientos y presupuestos comunicativos -institucionalizados a su vez jurídicamente- que fundan la presunción de que los procesos de producción del derecho y aplicación del derecho conducen a resultados racionales». Habermas, 1998, pág. 497. En otro lugar: «El derecho positivo no puede obtener ya su legitimidad de un derecho moral que quedase por encima de él, sino solo de un procedimiento de formación presuntivamente racional de la opinión y la voluntad» Habermas, 1998, pág. 656.

⁵⁵El artículo 23 dice literalmente: «El acuerdo de mediación. 1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación. En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. 2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes. 3. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación. El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo. 4. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.»

⁵⁶Para él, en el sentido político con que se expresa, es legítimo «el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes [...] [E]llo tiene por consecuencia para el ejercicio ciudadano de la autonomía política una incorporación al Estado, la actividad legislativa se constituye como un poder *en* el Estado. Con el paso de la “sociación” horizontal de ciudadanos que se reconocen recíprocamente derechos, a la forma organizativa de “sociación” vertical que representa el Estado, la praxis de la autodeterminación de los ciudadanos queda institucionalizada» Habermas, 1998, pág. 202.

la autocomposición y la heterocomposición pueden ser comprendidas dentro del análisis habermasiano de los modos de resolución de conflictos. Sin aludirlas expresamente, Habermas se refiere a ellas cuando analiza los tipos elementales de solución de disputas y de formación colectiva de la voluntad⁵⁷. La «práctica del entendimiento» o conciliación se expresa a través de dos modos que son el «consenso» y el «arreglo» (sinónimo de arbitraje⁵⁸, según Habermas). El consenso se rige por normas y valores que responden la pregunta «de qué *debe* hacerse en caso de disputa»⁵⁹. Habermas identifica pues a la conciliación con el consenso y con el ensamblaje simbiótico de «costumbres, moral y derecho». El arreglo se rige por la conciliación de intereses, «normalmente en forma de indemnizaciones por las desventajas surgidas»⁶⁰. En el ámbito de la conciliación, aparece la figura del tercero como *recurso* para la opción autocompositiva. Este mediador pone en marcha y facilita la conciliación pero «no puede tomar decisiones vinculantes porque no se halla situado *por encima* de las partes. En cambio, la heterocomposición es definida por Habermas en términos de «autoridad» y «compromiso», figuras que «descansan en posiciones sociales de poder»⁶¹.

Esa capacidad de la autocomposición del consenso, que genera conciliación y es generada por ella, es la solidaridad:

«[L]a fuerza sociointegradora que representa la solidaridad [...] ha de poder desarrollarse a través de espacios públicos autónomos extraordinariamente diversos y de procedimientos de formación democrática de la opinión y la voluntad, institucionalizados en términos de Estado de derecho; y a través del medio que representa el derecho ha de poder afirmarse también contra los otros

⁵⁷Habermas, 1998, págs. 207 y ss.

⁵⁸Habermas no está utilizando la concreta semántica jurídico-legal del *arbitraje* que la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, por ejemplo. Para él, *arbitraje* es un modo genérico de designar cualquier forma de arreglo heterocompositiva y alternativa al proceso judicial.

⁵⁹Habermas, 1998, pág. 207.

⁶⁰Habermas, 1998, pág. 208.

⁶¹Habermas, 1998, pág. 208.

dos mecanismos de integración de la sociedad, a saber, el dinero y el poder administrativo»⁶².

La construcción de la integración social se basa en las categorías de sistema y mundo de la vida⁶³. En la bisagra, el derecho como medio, pertenece al mundo de la vida. El derecho como institución, al sistema⁶⁴.

De este modo, según el paradigma teórico habermasiano, en el derecho conviven, desde el principio, dos vocaciones, que se corresponden, estilizadamente, con las dos formas integrativas básicas de las sociedades modernas. El derecho es «instrumento al servicio de los imperativos sistémicos, expediente privilegiado que el poder administrativo y la economía capitalista se sirven para el cumplimiento de sus logros. Pero, al mismo tiempo, el derecho vendría a ser una encarnación de las estructuras de la razón práctica, fundamentalmente moral, y haría valer estas exigencias, incardinadas en el mundo social de la vida, frente a los embates colonizadores de los sistemas diferenciados»⁶⁵. En Habermas, el derecho moderno tiene un «doble rostro de Jano: por un lado acomete funciones estratégico-sistémicas y por otro integra -desde una perspectiva performativa- a la sociedad en su conjunto.»⁶⁶.

La forma en que opera el derecho para llevar a cabo esta doble función es la de las políticas sociales. El derecho se erige en «instrumento ejecutor de políticas sociales, con los riesgos que esto comporta en lo referido a la preservación de su autonomía»⁶⁷.

La teoría del derecho de Habermas trata de colocar al derecho en un lugar preeminente como instrumento de reconciliación social. La sola acción comunicativa no basta para resolver las mediaciones dilemáticas entre mundo de la vida y sistema, sin acudir al derecho. «El giro que representa su propuesta de un paradigma discursivo

⁶²Habermas, 1998, págs. 375 y 376.

⁶³Prieto Navarro, 2003, pág. 110.

⁶⁴Prieto Navarro, 2003, pág. 111.

⁶⁵Prieto Navarro, 2003, pág. 154.

⁶⁶Mejía Quintana, 1997, pág. 50.

⁶⁷Prieto Navarro, 2003, pág. 178.

del derecho constituye el reconocimiento de que los procedimientos jurídicos, en tanto sus contenidos garanticen la multiplicidad de perspectivas del mundo de la vida, puede ser el elemento más eficaz para rehacer el lazo social desintegrado desde una posición dialogal»⁶⁸.

Esta idea expresa que el derecho tiene vocación de resolver los dilemas de la integración que la sola acción comunicativa no consigue hacer.

Por consiguiente, se puede explicar a partir de esta conceptualización habermasiana porqué se ha juridizado la mediación como hecho social del mundo de la vida, caracterizada por utilizar la acción comunicativa y dialógica. Solamente el derecho podría resolver el dilema.

Es decir, si el derecho puede ser concebido como la categoría de mediación social entre hechos y normas o, en otras palabras, entre el mundo de la vida y los subsistemas funcionales económico y político-administrativo, entonces, «la tensión entre facticidad y validez, entre legalidad y legitimidad, entre los ámbitos mundo-vitales y sistémicos solo puede resolverse, en un mundo desencantado post-industrial, a través del derecho, exclusivamente»⁶⁹. El proceso de regulación de la mediación puede ser comprendido, al menos en parte, a partir de este paradigma.

8.2.3. La mediación y la colonización del mundo de la vida a través de procesos de juridificación

En el sistema habermasiano formado por derecho, mercado y administración, hay dos subsistemas regidos por medios, la economía y el Estado, que «penetran con medios monetarios y burocráticos en la reproducción simbólica del mundo de la vida» y lo colonizan.⁷⁰

⁶⁸Mejía Quintana, 1997, pág. 33.

⁶⁹Mejía Quintana, 1997, pág. 34.

⁷⁰Habermas, 1992, págs. 502 y 503.

Las condiciones de posibilidad de la colonización del mundo de la vida son, en primer lugar, la desarticulación de formas tradicionales del mundo de la vida vinculadas a la cultura y la sociedad. Por ejemplo, la crisis del acceso a la justicia, la crisis de la jurisdicción pone al descubierto la falta de articulación de mecanismos de cultura paz y de gestión social de los conflictos entre particulares. Es tan fragmentada la realidad de estos mecanismos y tan separados de una conciencia cotidiana que se puede penetrar por el sistema jurídico.

En segundo lugar, el intercambio entre los subsistemas y el mundo de la vida queda regulado por roles diferenciados y organizados profesionalmente, de lo que es muestra la emergencia de la figura del mediador, como profesión diferente de la del terapeuta, del educador o del abogado. Si los intermediadores para la facilitación de las relaciones entre los subsistemas y el mundo de la vida son profesionales altamente especializados, una de estas relaciones se expresan con las burocracias públicas, como la administración de justicia. La profesionalización, reglamentación y estandarización de los roles y puestos de trabajo es condición de posibilidad de la colonización del mundo de la vida porque provoca la participación meramente formal de los ciudadanos en los procesos y las relaciones de clientela con la burocracia administradora del acceso a la justicia.

En tercer lugar, la separación entre sistema y mundo de la vida, cuya relación es mediada a través los expertos, es compensada mediante «esperanzas privatizadas de autorrealización y autodeterminación», es decir, mediante la administración regulada de medios de autocomposición de gestión de conflictos, que estén retirados del mundo del trabajo y del espacio del proceso jurisdiccional, a través de «los roles de consumidor y cliente». La autocomposición de la mediación regulada se puede convertir en un medio de «consumo de justicia» en vez de un medio de «acceso» a ella. Caracteres del modo de consumo de justicia que puede representar la mediación regulada son la inmediatez y rapidez de la resolución de conflictos, el bajo

coste y la economía de medios en la mediación, por ejemplo.⁷¹

Por lo tanto, esta «colonización del mundo de la vida» se produce a través de un nivel de generalización muy alto y se concreta en evidencias como la que llama «tendencias a la juridización».

La mediación como resolución pacífica de conflictos, antes del proceso de institucionalización y de regulación por el derecho, es un ámbito de integración social y de socialización y, como formas del mundo de la vida, fuera de la organización sistémica jurídica.

La expresión *juridización* se refiere también al modo en que los subsistemas Estado y economía prosiguen la colonización del mundo de la vida, ya que esta juridización es «la tendencia que se observa en las sociedades modernas a un aumento del derecho escrito. En esta tendencia podemos distinguir entre la *extensión* del derecho, es decir, la regulación jurídica de nuevos asuntos sociales regulados hasta el momento de manera informal, y el *adensamiento* del derecho, es decir, la desmenuzación de una materia jurídica global en varias materias particulares»⁷².

Se pueden distinguir, pues, los procesos de juridificación «según conecten instituciones previas del mundo de la vida, sancionando jurídicamente ámbitos de acción socialmente integrados, o se limiten a adensar las relaciones jurídicas constitutivas de ámbitos de acción sistemáticamente integrados»⁷³. O ambas cosas a la vez, no parece una adversativa excluyente.

Se puede afirmar que la mediación sufre un fenómeno de *juridificación de extensión y de densamiento*, porque la regulación abarca la mediación como realidad social previa a la institucionalización jurídica. Y porque la mediación regulada crea una nueva área de conocimiento, una nueva profesión, que inaugura una materia desgajada en parte del derecho procesal, civil y mercantil: el ámbito jurídico de los ADR.

La juridización se ha llevado a cabo de manera ejemplificada e

⁷¹Sobre estos aspectos que permiten distinguir la colonización del mundo de la vida por los subsistemas Estado y economía, en Habermas, 1992, pág. 503.

⁷²Habermas, 1992, pág. 504.

⁷³Habermas, 1992, pág. 517.

histórica a partir de cuatro hornadas globales.⁷⁴ La primera hornada (el Estado burgués) es aquella en que el «Estado constituye a la sociedad civil», representada por el *Leviatán* de Hobbes. «El mundo de la vida es aquello de lo que el derecho privado y la dominación legal emancipan al ciudadano»⁷⁵. La segunda hornada (El Estado burgués de derecho) inaugura una fase en que «el orden del derecho privado burgués queda coordinado de tal modo con el aparato del ejercicio de la dominación, que el principio de legalidad de la administración puede ser interpretado en el sentido de *imperio de la ley*»⁷⁶.

La tercera hornada de juridificación es la del Estado democrático de derecho. En ella, se despliega la función mediadora del derecho en el juego entre facticidad y validez. Los ciudadanos quedan provistos en ella de derechos de participación política y las «leyes solo se consideran válidas cuando cuentan a su favor con la presunción [...] de que expresan un interés general» Para cumplir con esta exigencia es necesario contar con un procedimiento que ligue la regulación a procesos de decisión parlamentaria y a la discusión pública. Es ahí donde se despliega la legitimidad del procedimiento de producción del derecho. La juridización del proceso de legitimación se implanta en forma de los derechos constitucionales de participación política: derecho de voto, universal e igual, y del reconocimiento de la libertad de organizar y pertenecer a asociaciones y partidos políticos.⁷⁷

La tercera y la cuarta (la del Estado social y democrático de derecho) hornadas de juridificación están vinculadas, por tanto con la idea de constitucionalización de derechos fundamentales. Recoger los derechos civiles y políticos en textos constitucionales es el «*pathos* de los movimientos burgueses de emancipación.» Habermas afirma que con la constitucionalización y democratización llevada a cabo por el Estado social y democrático de derecho queda de ma-

⁷⁴Habermas, 1992, págs. 505 y ss.

⁷⁵Habermas, 1992, pág. 506.

⁷⁶Habermas, 1992, pág. 508.

⁷⁷Habermas, 1992, pág. 509.

nifiesto el «carácter inequívocamente garantizador de la libertad»⁷⁸ que tienen las normas jurídicas. Es sobre todo en la cuarta hornada de juridificación donde las normas jurídicas que regulan conflictos y configuran el Estado social tienen, desde la perspectiva de sus beneficiarios y también desde la perspectiva del legislador democrático, un carácter garantizador de la libertad.

Sin embargo, Habermas también detecta una ambivalencia en el carácter emancipador de la juridificación. Tanto puede garantizar la libertad como puede privar de ella. La política social del Estado ha poseído «desde el principio el carácter ambivalente de una garantía de libertad y de una privación de libertad.»⁷⁹

Es en la última etapa de juridificación donde surge la llamada por Habermas «terapeutocracia», una forma altamente burocratizada de colonización del mundo de la vida. La *terapeutocracia* manifiesta con especial claridad la ambivalencia de esta última hornada de juridificación que el Estado social representa. Ambivalencia porque, como juridización, el *derecho-bisagra* sigue en el medio del mundo de la vida y del sistema administrativo. Y la ambivalencia del proceso de juridificación eventualmente se desvía de forma patológica, según muestra Habermas.

La burocratización y monetarización de ámbitos nucleares del mundo de la vida son efectos patológicos de la juridificación. Por ejemplo, podría alegarse que el discurso de la reducción de costes en el acceso a la justicia es la monetarización *indirecta* de la mediación, porque tiende a tejer una red de relaciones de clientela. La estructura dilemática de este tipo de juridización consiste en que las garantías que el Estado social comporta habrían de servir a la integración social y, sin embargo, también «fomentan la desintegración de aquellos contextos del mundo de la vida que a consecuencia de la forma jurídica que la intervención del Estado adopta, quedan desligados del entendimiento como mecanismo de coordinación de la acción y acomodados a medios como el dinero y el poder»⁸⁰. Dicho

⁷⁸Habermas, 1992, pág. 510.

⁷⁹Habermas, 1992, pág. 511.

⁸⁰Habermas, 1992, pág. 514.

en otras palabras, y para expresar la ambivalencia, la juridización transforma la garantía jurídica de la libertad en pérdida de la libertad. El ámbito de la libertad está en el mundo de la vida pues fuera de él no tiene sentido preguntarse si la regulación jurídica garantiza o coarta la libertad. Por eso el proceso de juridificación es ambivalente, ya que proyecta asegurar la libertad expresada en la facticidad del mundo de la vida y, en su tarea, modula esa libertad con medios de control asociados al dinero y al poder.

Otro criterio para detectar las consecuencias de la juridización, como expresión de la colonización del mundo de la vida por el sistema derecho, es atender a la división de las normas respecto de la legitimación formal y procedimental o también material.

Ante la abundancia y la mutabilidad del derecho positivo, los sujetos sometidos a un sistema jurídico aceptan con la legitimación por procedimiento. Es decir, se contentan con el hecho de que se sigan correctamente las reglas de construcción del derecho y renuncian a encontrar una justificación material del derecho. Una justificación material está relacionada con algún modo de entender valores como *justicia, vida buena, bien común*.⁸¹

Esta renuncia a encontrar la justificación material del derecho, también se da en el mismo mundo de la facticidad. La acción comunicativa orientada al entendimiento trata de buscar consensos en el ámbito de la legitimación material. Cuando se abandona esa búsqueda, el derecho sirve como instrumento de organización, para los subsistemas regidos por medios, y deja esos subsistemas autónomos frente a los contextos normativos de la acción orientada al entendimiento.

Para Habermas, el ejemplo de este proceso lo representa la mayoría de las materias del derecho económico, del derecho empresarial, del derecho comercial y del derecho administrativo. Aquí el

⁸¹Sobre la legitimación procedimental y la legitimación material del derecho, Habermas elabora un discurso en diálogo con John Rawls, recogido en Habermas y Rawls, 1998. Estudios de las diferentes concepciones iusfilosóficas contemporáneas, según el énfasis se traslade al aspecto procedimental o al aspecto material de la justificación jurídica, se pueden leer en Muñoz de Baena *et al.*, 2006; Gargarella, 1999; Gómez García, 2006.

derecho queda combinado con los medios dinero y poder de modo que también él adopta el papel de un medio de control.^{82»}

Sin embargo, las instituciones jurídicas se encuentran más allá de los medios. La legitimación procedimental no es suficiente. Para Habermas, las instituciones jurídicas son las normas jurídicas que no pueden quedar suficientemente legitimadas con solo apelar en términos positivistas a su corrección procedimental. Para él, las instituciones jurídicas «pertenecen a los componentes sociales del mundo de la vida.»⁸³ En caso contrario, las normas jurídicas pierden su fuerza constituyente, que es aquella que traslada la facticidad a la validez. Solamente queda en las normas jurídicas la función regulativa. Es la patologización de la *bisagra*, del resorte mediador entre facticidad y validez: la justificación de las instituciones jurídicas ya solo como fieles a una racionalidad procedimental que las legitima, como se ha venido diciendo, y ya apenas congruentes con alguna justificación material y sustantiva de esas mismas instituciones jurídicas que las valide en el mundo de la vida.

La ambivalente justificación de las instituciones jurídicas se patologiza, entonces, a favor de la legitimidad formal o procedimental y en detrimento de la validez material. Es otra forma de decir la colonización del mundo de la vida, según Habermas.

Y esta patologización, la extensión de la *therapeutocracia*, es el síntoma de la «tendencia a la juridificación de esferas del mundo de la vida informalmente reguladas [que] se impone en un ancho frente, cuanto más reconociblemente quedan sometidos [los ciudadanos] al tiempo libre, la cultura, las vacaciones, el turismo, etc., a las leyes de la economía de mercado y a las definiciones del consumo de masas»⁸⁴.

En la racionalidad de la mediación regulada por la Ley 5/2012, cuyas características han tratado de ser descritas en los capítulos anteriores, se puede distinguir esa lógica procedimental habermasiana: el ejemplo singular es la regulación de la figura del mediador,

⁸²Habermas, 1992, pág. 516.

⁸³Habermas, 1992, págs. 516 y 517.

⁸⁴Habermas, 1992, pág. 520.

como si fuera un *terapeuta*⁸⁵ de los litigios. El sentido del principio de imparcialidad estudiado en el apartado 4.3.4, a propósito del art. 7 de la Ley 5/2012, es cercano a este perfil terapéutico del tercero mediador. El mediador es el garante de que las partes intervengan en el procedimiento de mediación con plena igualdad de oportunidades, de que se mantenga siempre el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

Este *mediador-terapeuta* da legitimidad a los acuerdos de mediación a través del cumplimiento de las reglas formales de formación de esos acuerdos. Las reglas para la formación de acuerdos son los principios de la mediación: voluntariedad, libre disposición, confidencialidad, secreto profesional, neutralidad, igualdad de las partes e imparcialidad. En la inclusión de la mediación en la regulación del procedimiento de enjuiciamiento civil, también se puede apreciar la preeminencia de esta racionalidad paradigmática que ha colonizado la mediación, la ha juridificado, a partir de un *factum* social del mundo de la vida.

8.3. El paradigma postmoderno del derecho. La mediación en el agotamiento de la modernidad

En una lectura paralela y alternativa a la de Habermas, Boaventura de Sousa Santos⁸⁶, propone una explicación genealógica sobre el momento contemporáneo del derecho. Santos defiende que la modernidad occidental contenía unas promesas y posibilidades que no ha cumplido. La modernidad planteaba un paradigma en el cual la tensión entre regulación y emancipación era protagonista. Históricamente,

⁸⁵Se puede recordar ahora, el texto citado de Díez-Picazo en el apartado 2.6.2 de este trabajo: «La ciencia del derecho es una ciencia de resolver litigios. El litigio es el fenómeno jurídico patológico. Y el derecho es la ciencia o el arte de curar litigios». Díez-Picazo y Ponce de León, 1957, pág. 78.

⁸⁶Sobre todo en su obra Santos, 2003.

camente, este paradigma fue concebido en una tensión dialéctica entre orden (la tensión regulatoria) y solidaridad (la tensión emancipatoria).

Cuando la trayectoria de la modernidad se imbricó de manera inescindible con el capitalismo, la tensión decayó del lado de la regulación, en forma de «buen orden», en contraposición del «caos» emancipatorio. Al derecho moderno le fue dada la tarea de construir y asegurar ese «buen orden», valiéndose de la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia moderna. El derecho se hizo científico. También el derecho se hizo estatal: la hegemonía del «buen orden» sobre el caos necesitaba un Estado moderno, fuerte y basado en el monopolio de la violencia. «La transformación de la ciencia moderna en la racionalidad hegemónica y en la fuerza productiva fundamental, por un lado, y la transformación del derecho moderno en un derecho estatal científico, por otro, son las dos caras del mismo proceso histórico»⁸⁷.

Así, mientras el liberalismo como pensamiento político de la modernidad se mantuvo independiente del capitalismo, en el siglo XVIII, la tensión dialéctica entre regulación y emancipación contenidas en la ciencia y el derecho modernos fue posible. Antes incluso del liberalismo, el paradigma de la modernidad occidental ya se caracterizó en momentos históricos anteriores: la recepción del derecho romano en Europa (s. XII), el derecho natural racionalista (s. XVI) y las teorías del contrato social (s. XVII y s. XVIII). Hubo épocas en la historia de Occidente de una floreciente tensión paradigmática entre regulación y emancipación. No siempre hubo una identificación del derecho con su potencialidad regulatoria.

Para recuperar las energías emancipatorias de la ciencia y del derecho, Santos propone *despensar* radicalmente ambos, fuera ya del paradigma de la modernidad occidental. Por lo tanto, fuera también de un paradigma procedimental del derecho como es el de Jürgen Habermas, enraizado todavía en la modernidad.

Santos plantea caminar hacia una concepción post-moderna de

⁸⁷Santos, 2003, pág. 134.

la ciencia y del derecho. Como ejemplo de ese camino, Santos propone mirar otras experiencias históricas en que se produjo en el pasado la recuperación de los potenciales transformadores del derecho. Ante una situación jurídica en la Europa del s. XII caracterizada por la fragmentación, complejidad, caos y arbitrariedad de las reglas y ordenamientos jurídicos, la recepción del derecho romano supuso contar con un único corpus de leyes y textos y un lenguaje y método común de erudición. Para Santos, esto significó «regulación social que no perdía de vista objetivos emancipadores». El derecho romano aportó una combinación compleja de autoridad, de razón y de ética. La revolución del derecho romano en Europa supuso, en fin, la «juridización autónoma de la resolución de los conflictos y la centralidad de la argumentación jurídica»⁸⁸.

Esta nueva juridización autónoma de la resolución de los conflictos, con objetivos emancipadores, puede ser característica también de la actual mediación. La juridización de los siglos XII y XIII la hacen «emprendedores racionales»⁸⁹, los juristas, eruditos del derecho. Autónomos y libres en la exégesis y hermenéutica de los textos romanos, los juristas de la recepción son jueces, abogados, diplomáticos, notarios, consejeros, cortesanos. *Mediadores* entre el derecho y la realidad. Y *mediadores* entre los conflictos y su solución. Autonomía e independencia de los operadores jurídicos respecto de «los poderes fácticos envueltos en los conflictos» son condiciones de posibilidad de generación de tensiones emancipatorias en el derecho. Por ello, es central también la capacidad de argumentación jurídica de los juristas, como expresión de esa libertad.

El binomio de la tensión entre regulación y emancipación, formulado de esta manera por Santos, ha sido expresado en términos de horizontes de derechos por Zagrebelsky⁹⁰. Para él, coexisten dos tradiciones en la modernidad occidental: los derechos de libertad y los derechos de justicia. Ejemplifica su teoría con los planteamientos filosóficos y políticos del humanismo laico, que habla de «aque-

⁸⁸Santos, 2003, pág. 138.

⁸⁹Santos, 2003, pág. 138.

⁹⁰Zagrebelsky, 2011, pág. 75 y ss.

llos derechos con cuya violación se frustra la pretensión de libertad del hombre» y los planteamientos del humanismo cristiano y del socialismo, que enfatizan aquellos derechos «con cuya violación se frustra su aspiración a la justicia». Sintetiza Zagrebelsky esta tensión en las dos reducciones en que se muestran ambas tradiciones de derechos. La primera reducción es propia de concepciones radicalmente individualistas: las sociedades justas son aquellas en las que rige la libertad. La segunda es propia de las concepciones holistas: las sociedades libres son aquellas en las que rige la justicia.

A este binomio, Zagrebelsky añade una función de cada uno de los horizontes, que lo relaciona con la tensión bivalente de Santos. Los derechos de libertad tienen una función instauradora, puesto que garantizan el ejercicio de la voluntad que desea ordenar el caos existente, necesitado de perpetua reforma o refundación. Los derechos de justicia tienen una función restauradora, pues asumen un orden originario, un mundo que es más cosmos que caos. Este orden puede ser restaurado por la voluntad, pero no modificado por ella⁹¹.

Estos paradigmas en el recorrido del derecho moderno no parecen ajenos al modo en que la mediación es regulada por ese mismo derecho. El modo en que Santos analiza la idea de regulación social por el derecho en la modernidad occidental sirve como paradigma de la idea de la regulación de la mediación por ese mismo derecho. Ahí se puede indagar la racionalidad jurídica, en tanto que medio de regulación social y en tanto que medio de emancipación social, o de transformación social. La racionalidad con que se ha regulado la mediación en las últimas décadas ha experimentado, al menos en parte, esa tensión entre regulación y emancipación. Las concepciones que entienden la mediación como un instrumento de cambio social, de creación de convivencia y de cultura social de paz. En el apartado 2.4 se ha tratado el asunto de la ambigüedad del término *justicia* y de la mediación para el cambio social. Asimismo, la mediación escolar o la justicia restaurativa presente en la mediación penal, mencionadas por su regulación en 3.1.1, son ejemplos de có-

⁹¹Zagrebelsky, 2011, págs. 84 y 85.

mo la mediación regulada por el derecho puede incorporar elementos de transformación social en el sentido expresado por Santos.

Para analizar mejor la racionalidad jurídica en la modernidad occidental, Santos se apoya en las filosofías de Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau y John Locke. El principio privilegiado que sustenta la regulación social moderna es para Rousseau la comunidad. Para Hobbes es el Estado y para Locke, el mercado. En Rousseau, según Santos, el Estado es secundario por indistinguible de los ciudadanos y hace preeminente el principio de comunidad. Comunidad quiere decir «la comunidad integral a la que corresponde la soberanía del Estado»⁹². Las características de la voluntad general de la comunidad rousseauiana son: horizontalidad, solidaridad, transparencia. El principio de la comunidad se basa en la libertad y la igualdad. El principio del Estado -Hobbes- se basa en la paz y la autoridad. Para Hobbes, el derecho es fruto de la voluntad del soberano y es positivo e instrumental. Dice Santos que en el pensamiento de Hobbes, la tensión entre regulación y emancipación se reduce a una tensión entre guerra y paz.

Este análisis da pie a hacer una lectura política de la mediación. La mediación regulada en la Ley 5/2012 -ya como derecho normado, mediación *juridizada*- puede reunir más bien las características de la razón jurídica hobbesiana que de la rousseauiana: el acuerdo de mediación busca asegurar la paz -función preventiva de conflictos- y por eso es justo. El acuerdo de mediación es la máxima justicia que pueden alcanzar las partes: siempre y cuando, además, se verifique la convalidación judicial -poder estatal- del acuerdo.

La regulación de la mediación puede tender más fácilmente al reduccionismo hobbesiano que al contenido emancipatorio de la regulación social de Rousseau.

En la lectura de Locke que hace Santos, Locke es el adalid del principio de mercado. La llegada hasta esta conclusión transita por el camino de leer a Locke como una antítesis del estatismo hobbesiano: un gobierno es legítimo si y siempre que respete los derechos

⁹²Santos, 2003, pág. 148.

individuales y los proteja. El derecho es entonces, la única garantía contra «los abusos de poder y la tiranía»⁹³ y su objetivo inmediato es resolver por medios pacíficos las disputas que conducirían a la guerra. Su objetivo mediato con la paz y el orden resultantes es la preservación de la propiedad. Propiedad potencialmente ilimitada y legítima, pese a la desigualdad. Y el Estado obligado a protegerla para legitimarse. Obligado por la delegación hecha por el consentimiento general (contrato social) de la prerrogativa de dictar y aplicar las leyes.

Paralelamente a este análisis de la racionalidad del derecho presente en la modernidad histórica, en la mediación practicada puede encontrarse algo más, porque es verdad que no toda la mediación está contenida en la regulación. Y también es verdad que hay elementos de la mediación practicada que han sido trasladados a algunos instrumentos de regulación, como ocurre en la mediación escolar, la mediación penal y penitenciaria. Hay propuestas del uso social de la mediación que la regulación no atiende, o la menos no puede atender y que son mediación. Por ejemplo, la mediación como puro proceso, sin acuerdo final. O la mediación como gestión del conflicto sin resolución del mismo. La mediación natural realizada por *hombres buenos*, sin la participación de terceros mediadores profesionales, sin que estos hayan realizado la inscripción en colegios profesionales, sin que hayan contratado pólizas de responsabilidad civil profesional.⁹⁴

El derecho para Hobbes, Locke y Rousseau es «potencial y simultáneamente, voluntad del soberano, manifestación de consentimiento y auto-prescripción»⁹⁵. Las tres teorías del contrato social moderno son variaciones sobre un mismo tema: el ejercicio de la regulación en nombre de la emancipación. O más exactamente, el ejercicio de justificación del orden social en nombre de la emancipación, frente a la realidad, desigual e injusta. Más adelante, Santos

⁹³Santos, 2003, pág. 151.

⁹⁴Ejemplos de esta mediación practicada se han estudiado en el capítulo 2.4 de este mismo trabajo.

⁹⁵Santos, 2003, pág. 157.

dice que la tensión regulación-emancipación se substituye por «una utopía automática de regulación jurídica confiada al Estado»⁹⁶. Y en esto, la mediación del derecho normado, también puede participar. El proceso de regulación de la mediación puede convertirse en parte de ese proceso de substitución: una utopía. La mediación normada como la forma que adopta el derecho estatal para colonizar, como se estudió a propósito del paradigma procedimental del derecho, el *mundo de la vida*:

«La manejabilidad del derecho estatal presuponía la maleabilidad de los dominios sociales a regular jurídicamente. Siempre que la práctica social no pudo validar este supuesto, el resultado fue el que Habermas designó como “colonización del mundo de la vida”, esto es, la destrucción de las relaciones sociales sin la creación de adecuados equivalentes jurídicos funcionales»⁹⁷.

En el paradigma del derecho propuesto por Santos, los elementos de la regulación son tres: instituciones, reglas y procesos⁹⁸. El proceso de regulación estudiado anteriormente permite afirmar que, precisamente, estos también son los elementos de la mediación normada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Las instituciones son la autocomposición, el acceso a la justicia y la figura del tercero mediador profesional. Las reglas son los principios de la mediación en la Ley 5/2012: voluntariedad y libre disposición, confidencialidad, neutralidad, imparcialidad e igualdad de las partes, autonomía. Los procesos son los elementos de carácter procedimental y procesal que han sido tomados en cuenta por la Ley 5/2012: elevación a públicos y ejecutividad de los acuerdos, suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones, plazos y términos del procedimiento de mediación, causas de revocación o recusación del mediador, régimen de formación, registro y responsabilidad civil del mediador y seguro obligatorio.

⁹⁶Santos 2003, pág. 157.

⁹⁷Santos, 2003, pág. 171

⁹⁸Santos, 2003, pág. 173.

En este punto, es posible ya la tentativa de caracterizar la racionalidad de la mediación regulada por el derecho, cosa que se tratará de presentar a continuación en el siguiente apartado.

8.4. Las características de la racionalidad de la mediación regulada por el derecho

Los dos paradigmas jurídicos expuestos pueden dar la medida de la racionalidad intrínseca en el proceso de regulación de la mediación que es objeto de estudio desde los capítulos anteriores del presente trabajo. Esta racionalidad de la regulación de la mediación o racionalidad mediadora, vista con ayuda de las propuestas de análisis teórico del derecho de Habermas y Santos, también puede ser caracterizada. Las características de esta racionalidad no se pueden desligar de la regulación, pues en ella la racionalidad se expresa de algún modo. Por ello, en la exposición de las características, la referencia seguirá siendo la norma positiva que ha sido elegida como justificación de este trabajo: la Ley 5/2012, de 6 de julio.

8.4.1. La racionalidad mediadora como modo de la razón práctica

Modo de la razón es en este trabajo expresión sinónima de *una razón* concreta. Así, si la racionalidad en la mediación es *algún modo* de la razón práctica, se quiere significar también de manera equivalente, que es *una* racionalidad *parte*, entre otras, de un *todo* que es la razón práctica. Es evidente la primera característica de la racionalidad mediadora. Pues no se trata de una facultad de la razón pura especulativa, sino que tiene que ver con capacidad de usar de la libertad y la autonomía de la voluntad, expresada en las acciones. En el caso de la racionalidad de la regulación de la me-

diación, la existencia, las causas y las consecuencias del conflicto se pueden intervenir y revertir a través de las acciones impulsadas por la razón.

La razón jurídica que regula la mediación es un modo de la razón práctica que *impone la necesidad* de gestionar los conflictos. Aunque un principio de la mediación de conflictos es la voluntariedad, se dice que la regulación por el derecho impone la necesidad puesto que, como modo de la razón práctica, la libertad se introduce *al comparecer la ley moral que nos es impuesta por la razón práctica*, en el sentido kantiano de libertad condicionada fenoménicamente. El discurso, que trasluce el tenor legal de la regulación positiva de la mediación, sobre la *necesidad moral* de gestionar adecuadamente los conflictos, de superarlos, expresa esta necesidad de la racionalidad mediadora como razón práctica.

La Ley 5/2012 lo expresa en su exposición de motivos, cuando se refiere a la necesidad de acudir a mecanismos de acceso a la justicia, lo cual «implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja.»⁹⁹

Las apelaciones a la desjudicialización y al carácter autocompositivo de la mediación que hace el segundo párrafo del Preámbulo de la Ley 5/2012¹⁰⁰ inciden también en que la gestión de conflictos a través de la mediación expresa la autonomía de la razón pura práctica, o sea, la libertad¹⁰¹. En palabras de Immanuel Kant, la razón práctica «tiene por objeto la libertad del arbitrio (del ser racional)»¹⁰². Como parte de la razón práctica, la racionalidad de la regulación de la mediación se ocupa de los fundamentos que determinan a la voluntad, y, como aquella, supone o bien una capacidad

⁹⁹En el primer párrafo del Preámbulo.

¹⁰⁰«[...] [L]a desjudicialización de determinados asuntos, que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal. La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible.»

¹⁰¹Kant, 2013, A59.

¹⁰²Kant, 2005, § 216.

para producir objetos que se correspondan con las representaciones, o bien una capacidad para autodeterminarse hacia la realización de dichos objetos, o sea la capacidad para determinar su causalidad¹⁰³. Si la libertad se presenta por Kant como concepto de causalidad de la razón práctica¹⁰⁴, la voluntariedad es presentada -al menos legalmente-¹⁰⁵ como concepto de la causalidad de la razón de la regulación. Esta ley de causalidad por voluntariedad sería un principio mediador puro y un punto de partida insoslayable¹⁰⁶ para la mediación y para su regulación.

Finalmente, la racionalidad de la regulación de la mediación, en cuanto modo de la razón práctica y como ella, expresa un irrevocable, equivalente al de la razón práctica kantiana: no debe haber guerra¹⁰⁷. Es decir, en términos de la regulación de la mediación: el ámbito de aplicación más amplio posible del procedimiento de mediación. Eso provoca que la Ley 5/2012 no se limite a transponer meramente la Directiva europea 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, que estaba restringida inicialmente a los conflictos transfronterizos, sino que amplía decisivamente su ámbito de acción a los conflictos civiles y mercantiles en sentido general¹⁰⁸. El de la racionalidad de la regulación de la mediación en realidad no puede ser un imperativo práctico-moral, deóntico, en la forma kantiana, sino un imperativo procedimental-empírico: la regulación de la mediación está para crear las condiciones óptimas de posibilidad de la

¹⁰³Kant, 2013, A29.

¹⁰⁴Kant, 2013, A30.

¹⁰⁵En el artículo 6 de la Ley 5/2012: «Voluntariedad y libre disposición. 1. La mediación es voluntaria. 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 extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo».

¹⁰⁶Kant, 2013, A32 in fine.

¹⁰⁷Kant, 2005, § 354.

¹⁰⁸El artículo 2. «Ámbito de aplicación. 1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.»

solución del conflicto.

8.4.2. La racionalidad mediadora como modo de la razón dialógica orientada a fines y a valores

Jürgen Habermas, al presentar su teoría de la acción comunicativa¹⁰⁹, recurre a aspectos de la razón de las acciones que tematiza, por lo general, bajo el aspecto de razón «con arreglo a fines» en la elección de medios. Es decir, «cómo hubiera discurrido la acción si se hubieran conocido todas las circunstancias e intenciones de los implicados y se hubiera efectuado una elección de los medios rigurosamente racional con arreglo a fines»¹¹⁰. Se presenta la acción racional orientada a los fines como un modelo teleológico de acción. Esta caracterización lleva a pensar que este es el punto de vista de la razón instrumental.

Habermas explica que cuando aplicamos el modelo de acción racional con arreglo a fines a un determinado contexto, en este caso, el contexto de la regulación de la mediación, no solamente se hace una descripción sino que enjuicamos también ese contexto a la luz de una idealización¹¹¹. Tal idealización aparece como el marco irreal al cual se refieren los fines, diríamos que de forma contrafáctica. Es decir, el marco de una teoría de la justicia abstracta e idealizada que se aplica a la realidad para que esta se acomode a aquélla. O también, una teoría de la superación del conflicto que se aplica al contexto del procedimiento de mediación y resulta ser también idealización contrafáctica.

En el contexto de la mediación, la idealización puede estar presente en el debate acerca de la función final de la mediación: prevenir, gestionar, transformar o resolver conflictos. En cada una de estas maneras en que se ha descrito la posible función ideal de la mediación, y que han sido estudiadas en el apartado 2.6.3, están

¹⁰⁹Habermas, 1987, 1992, 1997; Habermas y Rawls, 1998; Habermas, 2000.

¹¹⁰Habermas, 1997, pág. 370.

¹¹¹Habermas, 1997, pág. 370.

en juego valores. La racionalidad que ha regulado la mediación de podido tener en cuenta todos o algunos de esos valores.

En esta lógica, Habermas escribe que toda descripción de procesos de racionalización incluye una valoración, en lo que podría ser una verificación de la entrada en escena de la idealización. Habermas describe tres aspectos de racionalidad distintos¹¹²: racionalidad instrumental (orientada a fines), como solución de tareas técnicas según saberes técnicos empíricos. Racionalidad estratégica (orientada a fines y a valores), como decisión entre elecciones posibles según las decisiones de oponentes racionales. Racionalidad normativa (orientada a valores), como solución de tareas prácticas según principios morales.

La racionalidad de la regulación de la mediación es un modo de la razón práctica cuyas acciones son orientadas a fines y a valores por la racionalidad estratégica. Pero una vez regulada la mediación, su racionalidad, puede ser definida también como razón normativa. Porque a través de la racionalidad de la regulación, también se pueden producir soluciones dadas a los litigios según principios morales predeterminados. Lo que caracteriza a la racionalidad de la mediación regulada es el catálogo de principios morales rectores, como el de libre disposición y voluntariedad, el de confidencialidad, el de imparcialidad del tercero mediador. Además, acepta como principio regulador aquel *telos* originario proveniente del paradigma procedimental del derecho que se estudió a propósito de la obra de Habermas: hay que crear las condiciones formales de posibilidad para la gestión *acceptable* y lo más duradera posible de los litigios. Que esa gestión se materialice en un sentido o en otro, no atañe a la racionalidad mediadora de la regulación, excepto por el límite de que el contenido de la mediación no debe sobrepasar el de los derechos disponibles por las partes.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, lo dice en su Preámbulo de dos maneras diferentes, al consagrar el principio de libre disposición de las partes, al que identifica con un eje llamado de *deslegalización*,

¹¹²Habermas, 1997, pág. 377.

y al no condicionar el resultado del procedimiento de mediación, aspecto al que identifica con un eje de *desjuridificación*:

«Es aquí donde se encuentra, precisamente, el segundo eje de la mediación, que es la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto [...] En la regulación del acuerdo de mediación radica el tercer eje de la mediación, que es la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio [...] [S]iempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto.»

También la nota de gestión aceptable del conflicto, que *mejora relaciones*, que evita la aparición o la escalada de la violencia, viene a informar de un contenido normativo y por ello, también la racionalidad de la mediación regulada está orientada a ese principio-valor. Para Habermas, las ideas morales y jurídicas nacen de la acción regulada por normas, es decir con arreglo a valores¹¹³. La racionalidad de la mediación presenta una racionalización orientada tanto al éxito como al entendimiento¹¹⁴. Parece característico de la racionalidad de la mediación regulada orientarse según un fin objetivo y somete a cálculo las circunstancias de la acción como condiciones secundarias del éxito al que aspira: la gestión aceptable del litigio. La acción mediadora es estratégica porque va asociada a interacciones sociales, ya que no se puede dar el conflicto fuera de la interacción intersubjetiva. Con la regulación, traída la mediación a la esfera de la institucionalización jurídica, el derecho trata de orientar las acciones en el contexto de la mediación al entendimiento en

¹¹³Habermas, 1997, pág. 392.

¹¹⁴Habermas, 1997, págs. 385, 499 y ss.

vez de hacerlo solamente al cálculo egocéntrico de los intereses de las partes en el conflicto.

Resultado de todo lo anterior es que es posible afirmar que la racionalidad de la regulación trata de institucionalizar jurídicamente un modo de razón dialógica. Razón dialógica presente en la racionalidad comunicativa descrita por Habermas en el paradigma procedimental del derecho: capacidad de aunar sin coacciones y de fundar consenso¹¹⁵, capacidad que queda muy cerca de la lógica de la regulación. Seguramente, el hecho de la ausencia de *coacciones* es aquello que distancia la racionalidad de la mediación regulada de la razón dialógica caracterizada por Habermas. No es posible entender una *ausencia absoluta de coacciones* en un sistema de institucionalización jurídica de la mediación en que un tribunal es el órgano competente para hacer ejecutar los acuerdos alcanzados en una mediación:

«La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo. Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»¹¹⁶

Eso no obsta a que en la regulación de la mediación se muestre una racionalidad propia en que, eventualmente, no sea necesario el uso de la coacción. Esta ambivalencia de la racionalidad de la mediación regulada se muestra en la falta de obligatoriedad para llegar necesariamente a acuerdos, como se ha citado anteriormente en los textos del Preámbulo de la Ley 5/2012 o en la fuerza del principio de voluntariedad: «Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.»¹¹⁷

¹¹⁵Habermas, 1997, pág. 506.

¹¹⁶Art. 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

¹¹⁷Art. 6.3 de la Ley 5/2012.

En eso radicaría un valor de la mediación, que al ser regulada ha mantenido especificidades de su desarrollo como hecho social. La descripción de la razón dialógica aplica a la mediación, ya que esta razón se configura como un espacio de lo público con poder cohesionador. Esta capacidad de cohesión se realiza por medio de una argumentación al servicio de la unidad y la paz sociales. Hay que recordar que el Preámbulo de la Ley 5/2012 define la mediación como una «institución ordenada a la paz jurídica». En la diferencia entre paz *social* y paz *jurídica* puede estar en parte una nota de especificidad de la racionalidad de la mediación regulada. Es decir, aunque lo substantivo es la paz, la Ley 5/2012 la adjetiva de *jurídica* ya que la juridifica como elemento dentro del sistema de acceso a la justicia de los tribunales, para intentar resolver litigios, o sea conflictos jurídicamente relevantes.

Las caracterizaciones de la razón dialógica, como la de Julio César Alvear se aproximan también a las formas en que la Ley 5/2012 regula los principios de voluntariedad y libre disposición, pues «[L]a razón dialógica propone un consenso voluntario de formación discursiva racional, donde todos los involucrados alcanzan acuerdos, o tienen la opción de hacerlo, sin el uso de la fuerza.»¹¹⁸ El art. 6.3 no solo consagra legalmente la libertad de las partes a abandonar la mediación en cualquier momento, sino la libertad de que nadie está obligado a concluir un acuerdo de mediación.

Por lo tanto, se puede considerar la expresión del preámbulo y el art. 6.3 de la Ley 5/201 como ejemplos de que la racionalidad de la mediación regulada también participa de la razón dialógica.

8.4.3. La racionalidad de la mediación como modo de la razón jurídica moderna

La racionalidad con que es regulada la mediación es asimismo racionalidad jurídica. Al menos, en el sentido kantiano, el fin de la racionalidad de la mediación regulada y el fin del derecho se pueden

¹¹⁸Alvear, 2008, pág. 156.

identificar: crear las condiciones de posibilidad de la paz universal y duradera. Esta «es la totalidad del fin final de la doctrina del derecho, dentro de los límites de la mera razón»¹¹⁹. El estado de paz es el único en el que están garantizadas mediante leyes «lo mío y lo tuyo», dice Kant. En el formalismo kantiano de la formulación del imperativo categórico¹²⁰, se encierra parte de la substancia de la racionalidad de la mediación. Así como en la definición kantiana formal del derecho, que consiste en «el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad»¹²¹. Y que consiste en la formulación de una razón típicamente moderna.

Hay formulaciones innumerables de lo moderno. No solamente desde el prisma de lo jurídico, como se ha expuesto en el asunto de los paradigmas jurídicos analizados por Jürgen Habermas y Boaventura de Sousa Santos. El mismo Habermas afronta también un diálogo de la modernidad consigo misma y con el post-estructuralismo¹²². Hannah Arendt debate con el *homo faber* sobre la caracterización de la razón moderna¹²³. La teoría del valor que se vertebra en el Marx más maduro de *El Capital*; ¹²⁴la superación de la metafísica que será la ontología del *Dasein* de Martin Heidegger¹²⁵, el *Übermensch* del Zaratustra de Friedrich Nietzsche¹²⁶ y las obras de la Escuela de Frankfurt¹²⁷ son más formulaciones sobre lo inacabado y lo insuficiente de la modernidad.

En la interpretación de la modernidad, y para comprender mejor la racionalidad de la regulación de la mediación, el tema que ocupa este trabajo, se propone tomar el camino de la interpretación llevada a cabo por Felipe Martínez Marzoa¹²⁸. El concepto de

¹¹⁹Kant, 2005, § 355.

¹²⁰Kant, 2005, § 225.

¹²¹Kant, 2005, § 230.

¹²²Es parte importante del esfuerzo del filósofo alemán en Habermas, 2008.

¹²³Arendt, 2011.

¹²⁴Marx, 2014.

¹²⁵Heidegger, 2016.

¹²⁶Nietzsche, 2011.

¹²⁷Adorno, Theodor y Horkheimer, 1988; Marcuse, 2010.

¹²⁸Felipe Martínez Marzoa hace una lectura de la razón jurídica moderna a

lo moderno contempla un postulado fundamental y fundacional¹²⁹: no puede haber límite absoluto a la posibilidad de expresar los fenómenos en términos de operaciones matemáticas. Será característica de la modernidad precisamente la ausencia de límite absoluto a la calculabilidad de las cosas. Marzoa dirá que como corolario de ese postulado, "toda cosa determinada es alienable" todo contenido particular es algo de lo cual cabe desligarse, no hay contenidos vinculantes. Un concepto clave en la racionalidad mediadora es el de la neutralidad.

Para la razón moderna, la neutralidad es hija de la ilimitación, hay neutralidad por el mismo hecho de la calculabilidad ilimitada de las cosas. Por ello, la neutralidad de la cosa se define como disponibilidad de principio, una ausencia a priori de límite absoluto en su calculabilidad¹³⁰. Para la regulación de la mediación, significativamente en la Ley 5/2012, también la neutralidad del mediador significa que el mediador no condiciona un objetivo concreto de la resolución del conflicto a través de la mediación, ningún objetivo está determinado *a priori* por la presencia de la cosa misma, el conflicto mismo, o dicho con otras palabras, ningún objetivo puede ser necesario, ningún objetivo es necesariamente común. Para la razón moderna, el conocimiento no determina fines ni objetivos, es decir «no determina qué hemos de hacer o qué queremos hacer, puesto que el conocimiento capacita para hacer x como para hacer lo contrario de x . Determina solo qué hemos de hacer en el caso de que lo que queramos conseguir sea tal o cual. Reside en el conocimiento el cálculo de estrategias para lograr unos u otros objetivos.»¹³¹

El mediador se limita, por la propia neutralidad, a garantizar unos medios en el procedimiento, con independencia del objetivo o finalidad a que sean capaces de llegar las partes *por sus propios medios*. El artículo 8 de la Ley 5/2012, lo expresa así cuando di-

través de la obra de Thomas Hobbes, más en concreto, el *Leviatán*. Martínez Marzoa, 2008, 2003.

¹²⁹Martínez Marzoa, 2008, págs. 34 y 35.

¹³⁰Martínez Marzoa, 2008, pág. 40.

¹³¹Martínez Marzoa, 2008, pág. 40.

ce: «Neutralidad. Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación». Ya se ha visto anteriormente que el *acuerdo* tampoco es un objetivo ineludible de la mediación; este puede darse o no darse.

La misma neutralidad lleva aparejada la falta de seguridad, pues la calculabilidad ilimitada lleva a la pregunta sobre si entonces podemos estar seguros de algo. «Si la neutralidad excluye aparentemente que haya un interés común, no podemos en general contar con algo. Ese contar con algo será la exclusión de la precariedad absoluta a la que la ilimitada calculabilidad de la cosa nos arrastra. De ahí que Hobbes plantee un *tiempo de paz*, un momento en el que haya garantías»¹³². Lo inherente a que haya en general garantías, sin prejuzgar el contenido de estas es la previsibilidad, que haya reglas, que tienen el carácter lógico universal¹³³.

De esta manera, se cierra el círculo de la calculabilidad radical como postulado de la modernidad. Según Martínez Marzoa, Hobbes salva el postulado moderno poniendo encima de la mesa la previsibilidad de las reglas dadas por *Leviatán*, la máquina del poder. «Esto es válido solamente desde Hobbes y desde Kant. La garantía y el derecho comportan la universalidad, lo cual exige que haya de ser garantizado aquello que pueda serlo de manera universal, que prohibido solo pueda ser aquello que esté en contradicción con la posibilidad de que otro, bajo las mismas condiciones, pueda también hacerlo»¹³⁴. En este sentido, y provocativamente, Martínez Marzoa define el concepto mismo del derecho como «[y]o hago lo que me da la gana», lo que resulta una consecuencia una forma de imperativo categórico de la razón moderna. El imperativo categórico de la razón moderna, o sea, la misma noción de conocimiento deja fuera la decisión, la determinación de objetivos de la racionalidad mediadora: hay que crear las condiciones óptimas de posibilidad de la solución de los litigios. Esa es la racionalidad de la regulación de

¹³²Martínez Marzoa, 2008, pág. 41.

¹³³Martínez Marzoa, 2008, pág. 43.

¹³⁴Martínez Marzoa, 2008, pág. 49.

la mediación, la forma de la determinación práctica de la solución del conflicto, como se ha dicho. Y como muestra Martínez Marzoa, «en Kant, la forma no es contenido alguno»¹³⁵. De aquí se sigue la imposibilidad de discriminación material y ética de las conductas que hace la racionalidad de la mediación regulada, paradigmáticamente expresada en el principio de voluntariedad absoluta de la mediación regulada: «Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo»¹³⁶. Por tanto, se apunta de forma plausible a una incompetencia ética inherente a la racionalidad de la mediación regulada, que se pone en relación con la esfera de lo mediable en el conflicto. Esto es, todo conflicto será mediable según la racionalidad regulada siempre que los litigios objeto de mediación «no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.»¹³⁷

La *disposición sobre los derechos subjetivos* sería el principio-límite de lo mediable, constituyendo un criterio formal y procedimental, a partir del cual se desarrolla el procedimiento de mediación en el seno de una estricta neutralidad ética.

8.5. Recapitulación

En el capítulo precedente, se ha estudiado cómo el proceso de regulación sufrido por la mediación ha sido un proceso de juridificación, de extensión de la normatividad jurídica a la mediación. Toda juridización se basa en algún presupuesto paradigma jurídico. Un paradigma jurídico no es otra cosa que la expresión de una racionalidad jurídica. Asimismo, la mediación regulada o juridizada también puede ser mirada desde el prisma de un paradigma jurídico en el que descubrir la racionalidad de la regulación de la mediación, descubrir el sentido posible de la afirmación «la mediación es racional».

¹³⁵Martínez Marzoa, 2008, pág. 51.

¹³⁶Art. 6.3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

¹³⁷Art. 2.1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

Para ello, se han estudiado dos paradigmas jurídicos de la mano de las formulaciones de Jürgen Habermas y de Boaventura de Sousa Santos. El primero, el paradigma procedimental del derecho; el segundo, el paradigma postmoderno.

Según el paradigma procedimental del derecho, este se configura como una *bisagra* entre facticidad y validez. La facticidad de los hechos del mundo de la vida alcanza validez en los sistemas administrativo, estatal y económico a través de los procesos de juridificación que procura el derecho. La mediación se ha propuesto como uno más de los hechos del mundo de la vida sometido a un proceso de juridificación que ha dado lugar a la mediación regulada por la ley.

Por ello, la mediación ha alcanzado un sentido normativo válido expresado en su finalidad de promoción de acceso a la justicia, la ejecutividad de los acuerdos de mediación, la autocomposición del litigio, los procedimientos a seguir durante la mediación.

En ese sentido normativo se ha tratado de describir una función de integración y reconciliación social que conlleva el empleo del *derecho-bisagra* sobre los fenómenos sociales del mundo de la vida, como la mediación practicada.

Sin embargo, también son posibles desvíos de esas funciones antedichas. El proceso de juridificación provoca la *colonización del mundo de la vida* por el derecho y Habermas describe las patologías que provoca. Entre ellas: la desarticulación social y una consiguiente profesionalización y expertización de las funciones de integración y reconciliación sociales. Habermas la denomina plásticamente como *terapeutocracia*: un sistema altamente burocratizado y juridizado que, en aras a asegurar la libertad, la suprime *de facto*.

En el segundo paradigma jurídico estudiado, el paradigma postmoderno de Boaventura de Sousa Santos, se ha mostrado la tensión existente en el mismo derecho moderno entre la tendencia a la regulación, al control, y la tendencia a la emancipación, a la liberación.

Para concluir, el capítulo ha tratado de iniciar la caracterización de la racionalidad de la mediación como modo de participación en

la razón práctica kantiana, en la razón dialógica orientada a fines y a valores y en la razón jurídica moderna.

El siguiente capítulo intenta culminar el propósito de caracterización iniciada, relacionando los dos paradigmas jurídicos estudiados con las características de la racionalidad de la mediación regulada según los modos de la razón y con el proceso empírico de regulación llevado a cabo en España hasta la promulgación de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

Capítulo 9

La racionalidad de la mediación: alcance, problemas y posibilidades

Este trabajo se ha propuesto recorrer hasta ahora el camino seguido por la regulación estatal de la mediación y la racionalidad jurídica contenida en ella. Esto ha significado no solamente el estudio de la Ley 5/2012 sino también en sus antecedentes europeos, de los que trae causa directa e indirecta. Y esto ha significado no únicamente una lectura de la letra de la ley o de los dictados positivizados del derecho normado, sino también la interrogación sobre el significado de ese derecho normado y del examen del derecho practicado, del cual se ha obtenido respuesta por vía de los mediadores y operadores jurídicos que actúan sobre los conflictos con la mediación y sobre la que ellos también han teorizado.

Se ha obtenido información valiosa sobre el derecho practicado en relación con la mediación merced a los trabajos doctrinales de los mismos mediadores o merced a las sistematizaciones de las existentes prácticas mediadoras contenidas, por ejemplo, en el Libro Verde de la Unión Europea o en el Libro Blanco de la Mediación en Cataluña.

Fruto de este examen ha sido descubrir cómo el proceso de regulación de la mediación ha enfatizado de forma recurrente algunos

principios fundamentales. Principios que ya estaban presentes en el derecho practicado y preexistente a la regulación, pero que la regulación toma y rediseña jurídicamente. Conceptos ligados a libertad, autonomía y voluntariedad, a alternatividad y complementariedad al proceso judicial, a intervención necesaria de un tercero, ya eran las notas presentes en las prácticas mediadoras citadas en los trabajos sobre mediación de los años 70 del s. XX.

En el final de este camino, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles reproduce un esquema legislativo basado en principios de mediación. Un esquema que ya habían tomado las recomendaciones del Consejo de Europa y las directivas de la Unión y todas las leyes autonómicas españolas que antes de 2012 habían sido promulgadas. No es un esquema original el de la ley estatal, por tanto. Sin embargo, es en cierto modo definitivo, pues se trata de la primera ley de ámbito estatal en tratar de la mediación civil, familiar y mercantil y la que incorpora decididamente la mediación al ordenamiento del enjuiciamiento procesal civil.

La mediación, pues, se ha institucionalizado jurídicamente a través de la regulación y de la práctica institucional llevada a cabo por la administración pública, fundamentalmente los jueces y tribunales, y por el proceso de institucionalización en que se convierte la paulatina profesionalización del tercero mediador. Se ha llegado a decir que la mediación que se genera constantemente «en la vida social, espontánea e informal» no es merecedora ya de la atención de las instituciones si no es porque ha sido objeto de regulación normativa que configure y diseñe la creación de «centros de mediación», en los que se encuentren expertos profesionales, con «medios adecuados» para ejercerla.¹

Sin embargo, la realidad mostrada hasta ahora desborda esa afirmación, ya que no solamente merecen atención de la regulación los centros de mediación, sino los propios mediadores y el procedimiento mismo que ellos deben desarrollar. Es decir, la mediación como hecho social en su conjunto *merece* la atención de la regula-

¹Corsón Pereira y Gutiérrez Hernanz, 2014, pág. 36.

ción, aunque el modo en que se ha *fijado* la atención de la regulación se refiera centralmente a mediadores y a centros de mediación.

9.1. Las fases del proceso de regulación

El proceso de regulación ha durado varias décadas. No es un proceso cerrado, pues la mediación «es una institución que todavía espera su construcción jurídica plena»², aunque la Ley 5/2012 ha sido realmente culminante, como se ha dicho anteriormente³, tanto el final de un camino como el principio de otro.

A continuación, se va a hacer un seguimiento por la evolución de la razón jurídica incorporada en la mediación institucionalizada jurídicamente.

9.1.1. La regulación de un hecho social, la mediación. Del uso *social* al uso *legal* de la mediación

El presente trabajo ha tratado de constatar históricamente la realidad social, cultural y lingüística de la institución de la mediación. Se ha mostrado cómo esta realidad es prejurídica y forma parte de las instituciones de integración social del mundo de la vida⁴, del que habla la teoría de la acción comunicativa. Esa realidad

²Porque «no hay, como en el caso de la teoría jurídica, una base teórica suficiente que todos puedan compartir [...] Lo que se precisa es la misma atención a los problemas y la misma visión global de la sociedad y del estado que tuvieron los juristas romanos, los medievales, los renacentistas, los ilustrados y los liberales que pusieron los cimientos del estado de derecho. No es necesario cambiar mucho: solo tenemos que hacer bien nuestro trabajo» En Casanovas, 2011, pág. 449.

Hay que hacer notar, de todos modos, que la apelación a la falta de «construcción jurídica plena» de la mediación la hace Pompeu Casanovas en 2011, cuando todavía no se había aprobado la Ley 5/2012 y en medio de la parálisis legislativa del primer Anteproyecto de Ley de Mediación del año 2010.

³En el capítulo 2.

⁴El *Lebenswelt* del que escribe Jürgen Habermas y que ha sido mostrado en su caracterización en el capítulo anterior.

social e histórica es aquello que ha llamado la atención de la regulación, en el final del siglo XX.

La mediación, como ya se vio en el capítulo 2, es un hecho histórico y social previo a la regulación. La etimología latina y el uso social de los términos mediación y mediador que han sido recogidos en los sucesivos diccionarios muestran hasta qué punto la mediación no es una institución ajena a la realidad social: desde hace siglos los particulares han tratado de resolver sus diferencias a través de la ayuda de un tercero.

En cambio, cuando la Ley 5/2012 afirma en su preámbulo, que «desde los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación», ya no solamente se está refiriendo al uso histórico y social sino que parte de la base de que un *nuevo* uso legal de la mediación empezó a hacerse un hueco en el imaginario de la resolución de conflictos desde los años setenta. Este imaginario se alimentó de los llamados ADR, o sistemas de resolución alternativa de los conflictos.

En la distinción entre usos social y legal del término mediación resultan útiles los conceptos de mediación normada y mediación aplicada, tomados analógicamente de los de derecho normado y derecho practicado. En la mediación aplicada, se incluye el uso social; en la mediación normada, se incluye el uso legal, el de la regulación.

En el momento en que los mecanismos ADR se definen como alternativa, lo hacen en relación a aquello a lo que resulta una alternativa: la solución judicial de los conflictos. Por consiguiente, el uso legal de la mediación se refiere, por oposición alternativa, a la sentencia o resolución judicial del conflicto. Es por ello que en el *nuevo* uso legal, se define la mediación como un procedimiento que resuelve un conflicto entre dos *con un acuerdo justo y legal*, obtenido de un diálogo mantenido de forma voluntaria y moderado por un mediador imparcial y neutral, provisto de autoridad moral y privado de potestad coercitiva. En el incipiente uso legal, la connotación del sentido de la mediación refuerza el resultado de la mediación

como proceso de búsqueda del *acuerdo de mediación*. Por otro lado, el uso social mantiene todavía una connotación que refuerza el sentido de la mediación como proceso que signifique un cambio social, y desvinculándola necesariamente de un hipotético acuerdo de mediación. En el uso legal, esta segunda connotación del sentido de la mediación queda debilitada, aunque no excluida, en comparación con la primera connotación.

Durante el recorrido de los años que ha seguido este trabajo ha sido mostrada cuán clara es la continuidad en la racionalidad de la mediación: apenas han variado los principios y los procedimientos. Simplemente, de un paso a otro del proceso de regulación, de lo esencial se hace un subrayado o se enfatiza algún aspecto. En el proceso de regulación que ha sido tomado como objeto de estudio aquí, el que desemboca en la Ley 5/2012, el énfasis se ha dirigido a la figura del mediador y a su profesionalización, además de a la mencionada anteriormente imbricación de la mediación con el proceso judicial y con el sistema de enjuiciamiento civil. Estos dos énfasis son ejemplos de la juridificación estatal de la mediación que explican para qué se utiliza la mediación y por qué se fomenta por los poderes públicos esta utilización: la resolución de litigios y el alivio de la carga de trabajo de jueces y tribunales.

9.1.2. La regulación de la mediación, del *soft law* al *hard law*

Desde los años 70 del siglo XX comienza en Europa un proceso de regulación de la mediación que recoge las experiencias previas y contemporáneas de mediación. La iniciativa del proceso de regulación corre a cuenta del Consejo de Europa, quien a través de mecanismos de *soft law*, las sucesivas Recomendaciones sobre ADR y mediación, sienta las bases de lo que pocos años después la Unión Europea regulará en su seno, a través de no únicamente *soft law* sino de *hard law*, Directivas y Reglamentos. Finalmente, en España, el proceso de regulación incorporará el bagaje del Consejo de

Europa y de la Unión Europea, primero a través de la legislación autonómica y posteriormente a través de la legislación de ámbito estatal, que culmina en 2012 con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

El camino de la regulación ha ido de Europa a los Estados y del *soft law* al *hard law*. Treinta años transcurren entre las recomendaciones del Consejo de Europa y la Ley 5/2012. La legislación autonómica española ha hecho función de *soft law* en la elaboración de la Ley 5/2012, pues esta ha recogido el modelo de regulación basado en principios y fines. Además, de las Comunidades Autónomas han surgido elementos que han alimentado este panorama de *soft law*: compendios de buenas prácticas⁵, el Libro Blanco de la Mediación de Cataluña⁶, bancos de pruebas regionales⁷.

Se muestra gráficamente en el Cuadro 9.1 la evolución desde 1981 a 2015 de las principales normas estudiadas en el proceso de regulación y cómo se pasa paulatinamente de mecanismos de *soft law* a mecanismos de *hard law*.

Gracias a su carácter de alternatividad al *hard law*, el *soft law* se convirtió en un instrumento idóneo para introducir en Europa la racionalidad jurídica, precisamente, de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La elección de instrumentos de *soft law*, las recomendaciones, por parte del Consejo de Europa con el fin de fomentar y sentar las bases de la mediación desde 1981 es muestra de ello.

El contenido de aquellas recomendaciones del Consejo de Europa se fue reproduciendo sucesivamente, resaltando el elenco de principios esenciales de los ADR y de la mediación: voluntariedad, neutralidad, confidencialidad y también autocomposición, acceso a la justicia, tercero mediador. Con la perspectiva del tiempo transcurrido se establece claramente una continuidad entre ese incipiente *soft law* y aquello que, pocas décadas después, ha dado lugar a la culminación de un proceso de regulación en la Directiva 52/2008/CE

⁵En Puntos y Munné, 2005.

⁶Lauroba *et al.*, 2011c.

⁷En Belloso Martín, 2007.

Cuadro 9.1: Cronología de las principales normas en el proceso de regulación de la mediación

Años	Instrumento	Mecanismo
1981 a 1985	R(81)7 ⁸ , R(85)11 ⁹	<i>soft law</i>
1986 a 1990	R(87)18 ¹⁰ , R(87)20 ¹¹ , R(87)21 ¹² , R(88)6 ¹³	<i>soft law</i>
1991-1995	R(92)16 ¹⁴ , R(95)12 ¹⁵	<i>soft law</i>
1996-2000	R(98)1 ¹⁶ , R(99)19 ¹⁷	<i>soft law</i>
2001-2005	R(02)10 ¹⁸ , Decisión marco UE 15/03/2001, Libro Verde UE 2004, Ley catalana 1/2001	<i>soft law, hard law</i>
2006-2010	Directiva 2008/52/CE, Ley catalana 15/2009	<i>hard law</i>
2011-2015	Directiva 2012/29/UE, Directiva 2013/11/UE, Reglamento (UE)524/2013, Ley 5/2012, RD 980/2013, Ley 4/2015	<i>hard law</i>

Fuente: elaboración propia

⁸ Sobre el uso de ADR.

⁹ Sobre posición de la víctima en el proceso penal.

¹⁰ Sobre simplificación de la justicia penal.

¹¹ Sobre reacciones sociales a la delincuencia juvenil.

¹² Sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización.

¹³ Sobre reacciones sociales a la delincuencia juvenil entre jóvenes migrantes.

¹⁴ Reglas europeas sobre sanciones y medidas en la comunidad.

¹⁵ Sobre administración de la justicia penal.

¹⁶ Sobre mediación familiar.

¹⁷ Sobre mediación en asuntos penales.

¹⁸ Sobre mediación en asuntos civiles.

o en la Ley 5/2012, de 6 de julio.

9.1.3. La mediación regulada: autocomposición para el acceso alternativo a la justicia con intervención de un mediador profesional

En todo este proceso de regulación, la mediación pasa de ser una institución solamente social a convertirse en una institución jurídica de derecho normado. Y en este proceso de regulación, la mediación es definida por el derecho normado a través de sus principios esenciales y de sus fines, que son identificados y definidos por el derecho casi sin variación desde los años del decenio de 1970 hasta la actualidad. De forma reiterada, la atención de la regulación se ha detenido en tres de estos aspectos esenciales de la mediación, que han llegado hasta la regulación española efectuada por la Ley 5/2012: el carácter autocompositivo de la mediación, su servicio al principio de acceso a la justicia y la centralidad de la figura del tercero mediador.

Por ello, este trabajo propone una definición de la mediación a partir de los elementos centrales en la racionalidad de la regulación que el derecho ha utilizado para llevarla a cabo. Así, mediación es aquel procedimiento de autocomposición de conflictos con el fin de acceder a la justicia con la intervención de un mediador profesional.

Desde el punto de vista de la razón jurídica se puede explicar la mediación por los enunciados siguientes.

El primero es que *la mediación es un procedimiento autocompositivo de gestión de conflictos*. El trabajo ha recorrido el sentido de la autocomposición, su implicación con el principio de libertad y de autonomía de la voluntad. Para la racionalidad jurídica con la que se ha juridizado la mediación, ha sido fundamental asentar el procedimiento de mediación a partir de los principios legales voluntariedad y de libre disposición sobre el objeto del litigio.

El segundo es que *la mediación sirve al acceso alternativo a la justicia*, tal y como repite la regulación desde el inicio del proceso

regulatorio. Cómo se ha entendido el acceso *alternativo* a la justicia desde los años 70 y cómo se ha modificado su sentido en las fases finales del proceso de regulación, ha sido objeto de estudio por este trabajo en el capítulo 6. En la parte final del proceso de regulación, la racionalidad jurídica ha entendido la *alternatividad* de la mediación en un sentido técnico-jurídico diferente del uso social que presenta la mediación como procedimiento *alternativo*, independiente del cauce oficial, jurisdiccional y procesal.

Finalmente, *la figura del tercero mediador* siempre ha sido un elemento configurador ineludible de la mediación, que no se entiende sin el componente de *terceridad* que esencialmente conlleva. El proceso de regulación asume una racionalidad jurídica en la que la importancia del mediador es central. De tal manera, que coloca al mediador como eje del procedimiento, de tal forma que la figura del mediador sufre una progresiva profesionalización. Se regula especialmente, al principio a través de *soft law*, la necesidad de formación y la serie de deberes éticos del mediador, basados fundamentalmente en los principios informadores de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. Con posterioridad, en la fase de regulación en que se usan mecanismos de *hard law*, el derecho atenderá a otros aspectos deontológicos y sobre todo a la responsabilidad del mediador. Este proceso de regulación culmina con la reglamentación de la obligación de contratación de una póliza de aseguramiento de la responsabilidad civil a cuenta de cada mediador. Es el final del camino de la definición de un completo estatuto legal del mediador con formación superior especializada, experto y profesional.

9.2. El balance de la regulación de la mediación

Una vez se ha detenido el trabajo en los tres principios esenciales sobre los que la racionalidad del derecho construye el edificio de la regulación de la mediación, también se ha dicho con anterioridad

que esta regulación se refiere a la mediación definiéndola en sus principios y también en sus fines. En el comentario sobre los fines, el análisis se detiene al valorar los logros y tratar de hacer un balance de la regulación de la mediación, sobre todo a través de la Ley 5/2012.

Recuérdese que la propia Ley 5/2012 proclama que uno de los fines que persigue, y que ya ha sido estudiado anteriormente, es el de la *desjudicialización* de los conflictos. En una lectura crítica del balance de la regulación, hay voces que se alzan para sostener que se es testigo de un fracaso de la mediación y, además, fracaso que el otro fracaso de su regulación ha impedido rectificar. «Pese a los esfuerzos realizados, todo apunta a que el nuevo marco jurídico no conllevará la deseada *desjudicialización* de conflictos en España, al menos, en materia civil, debiendo preguntarnos el porqué [...] sin embargo no somos capaces de abordar sin miedo las causas por las que la mediación corre el riesgo de seguir fracasando en España»¹⁹.

En la lectura global propuesta por Boaventura de Sousa Santos, es discutible el efecto que la regulación de la mediación ha tenido realmente en la desjudicialización de los litigios. Aunque reconoce que el número de litigios se haya podido estabilizar²⁰, «[e]n general, podemos afirmar que en los países centrales el aumento drástico del litigio [...] tuvo una cierta tendencia a estabilizarse. Varios factores

¹⁹Gil Vallejo, 2013, pág. 78.

²⁰En España, entre 2012 -el año de la entrada en vigor de la Ley 5/2012- y 2017, sí que se observa una tendencia a la estabilización de la judicialización, conclusión que se extrae del análisis de las estadísticas publicadas por el CGPJ. Algunos datos estadísticos hablan de reducción de la carga de trabajo en los tribunales, como la tasa de litigiosidad, es decir, el número de asuntos ingresados por cada 1.000 habitantes. En 2012, era de 189,8; en 2017 fue de 126,1 asuntos. Otros datos hablan de un aumento de carga de trabajo, como las tasas de pendencia y congestión: en 2012 habían sido de 0,32 y 1,32 respectivamente, mientras que en 2017 habían aumentado a 0,41 y 1,41. En 2012, el 14,6 % de las sentencias era recurrido; en 2017, lo fue el 15,5 %. Se pueden consultar los diversos indicadores estadísticos en <http://www.poderjudicial.es/>.

Por lo que, en España, también es posible hacer la lectura que Santos hace a nivel global. Se puede recordar que la desjudicialización se puede atribuir también a la acción combinada de la publicación de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, así como de las reformas procesales de la segunda instancia (Ley 41/2015) o del recurso de casación (LO 7/2015).

contribuyeron a ello: en primer lugar, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos desviaron de los tribunales algún litigio, pese a ser debatible hasta qué punto lo hicieron»²¹.

Para Gil Vallejo, «la única aportación de la LMCYM²² es dar carta de naturaleza estatal a una profesión ya existente en la mayoría de las CCAA». Añade que la Ley 5/2012 «es un *totum revolutum* que difícilmente conseguirá el objetivo previsto»²³.

La conclusión más constructiva que se puede extraer del punto de vista de Gil Vallejo es que la Ley 5/2012 se trata de una ley que regula más la profesión de mediador que una ley que regule la mediación. En ese único punto, este trabajo parece corroborar dicho punto de vista. Aunque ahora, en 2017, parece arriesgado afirmar categóricamente que el éxito de la regulación de los mediadores conlleve el fracaso de la regulación de la mediación. Puede que ocurra, pero solamente se puede formular tal cosa como hipótesis. Los datos objetivos empíricos sobre implantación de la mediación que son accesibles y están sistematizados realmente no parecen conceder alas al optimismo, sino que parecen dar la razón a Gil Vallejo.

El Consejo General del Poder Judicial publicó datos correspondientes a 2017²⁴ sobre mediación intrajudicial en el ámbito civil y familiar, cinco años después de la entrada en vigor de la Ley 5/2012. En estos datos, se mide el número de conflictos derivados a mediación por los órganos judiciales, el número de mediaciones iniciadas y el número de mediaciones terminadas con acuerdo y sin acuerdo. Los resultados son muy bajos, como el propio CGPJ afirma en la introducción a la publicación de los mismos²⁵.

²¹Santos, 2018, pág. 32.

²²En la obra de la autora, el acrónimo para la Ley de Mediación Civil y Mercantil.

²³Gil Vallejo, 2013, pag. 82.

²⁴Datos accesibles en la página web del CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/>

²⁵Dice así: «Ciertamente nuestros resultados son más bajos que los que se ofrecen desde otras instituciones. Ello obedece a dos tipos de razones: 1. En primer lugar, obedecen a la forma de cómputo. Los demás computan para ver el índice de éxito de las mediaciones desde que se celebra la primera sesión informativa, mientras que nosotros lo hacemos desde la derivación [...] 2. En segundo lugar, al contexto donde se lleva a cabo la mediación. Es más difícil obtener acuerdos cuando las partes ya han decidido abandonar la vía del diálogo y acudir a la ju-

Cuadro 9.2: Datos de mediación intrajudicial. Año 2017

	Mediación familiar	Mediación Civil	Total	%
Derivaciones	5.563	1.449	7.012	
Mediaciones efectuadas	3.831	942	4.773	68,07
Terminadas con acuerdo	615	176	791	16,57
Terminadas sin acuerdo	3.216	766	3.982	83,43

Fuente: CGPJ

Los datos mostrados en el cuadro 9.2 contrastan con los datos de mediadores registrados. Según datos facilitados en abril de 2018 por la Dirección General de los Registros y del Notariado²⁶, de quien depende orgánicamente el Registro de Mediadores previsto por la Ley 5/2012, de 6 de julio, desde la creación de dicho registro se han recibido casi 8.400 solicitudes de inscripción de personas físicas mediadoras, de las que finalmente un 52 % acaba en inscripciones efectivas, en el periodo 2013-2018. Por su parte, en el mismo periodo y Registro, se recibieron más de 200 solicitudes de inscripción de instituciones de mediación verificándose casi el 65 % de inscripciones. La DGRN no especifica las razones por las que no todas las solicitudes dan lugar a inscripciones efectivas. Se puede deducir que la diferencia numérica se debe a que muchas solicitudes son rechazadas por falta de acreditación de los requisitos de titulación, experiencia o cobertura de la responsabilidad civil, por ejemplo.²⁷ Es decir, que

risdicción para resolver sus controversias. Iniciado ya el proceso judicial es más complicado lograr una solución consensuada.»

²⁶El portal del registro de mediadores regulado por la Ley 5/2012 y mantenido por la DGRN, tan solo provee de un buscador en el que se debe identificar alguno de los datos de identificación personal del mediador o mediadora en cuestión y no publica listados o datos estadísticos: <http://remediabuscar.mjusticia.gob.es>

Para disponer de los datos de mediadores registrados fue necesario iniciar, a instancia de parte, un procedimiento administrativo de acceso a la información pública al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Con la respuesta de la DGRN se ha confeccionado el Cuadro 9.3.

²⁷También puede deberse, en algunos casos, a desistimiento del solicitante, no a un rechazo explícito de inscripción por parte del Registro.

la inscripción en el Registro de Mediadores no es automática, sino que cada solicitud es examinada y puede ser o admitida o rechazada.

Cuadro 9.3: Datos de mediadores inscritos en el periodo 2013-2018

<i>Mediadores</i>	
Solicitudes (total)	8.399
Mediadores inscritos	4.418
<i>Instituciones</i>	
Solicitudes (total)	206
Instituciones inscritas	133

Fuente: DGRN

En el doble registro de mediadores del Centro de Mediación en Derecho Privado, gestionado por la Generalidad de Cataluña, podíamos encontrar, a mediados de 2017, un total de 2.593 mediadores y mediadoras, solamente para el ámbito geográfico de los partidos judiciales de Cataluña²⁸.

A la hora de realizar un balance sobre la consecución de los fines formulados por la propia regulación, en el momento presente no se puede ser concluyente, por la falta de datos disponibles. Se presentan dos posibles escenarios: o conceder un tiempo mayor al plazo

²⁸Exactamente, 1.400 mediadores familiares y 1.193 mediadores en derecho civil privado. Los datos del registro son accesibles en <http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents> y en <http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/>. En menos de un año, la cifra de mediadores reconocidos por el Centro de Mediación de la Generalidad catalana se había reducido en más de 800 profesionales, hasta los 1.781 mediadores (949 mediadores familiares y 832 mediadores en derecho civil privado) registrados en fecha 12 de febrero de 2018.

El Registro de Mediadores llevado por la Generalidad de Cataluña está regulado en su funcionamiento en el Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. Este reglamento prevé en sus arts. 21 y 22 que los mediadores serán declarados, de oficio por el Centro de Mediación, en baja de actividad si en un bienio no acreditan haber participado activamente en un mínimo de 40 horas de seminarios, jornadas y otras actividades de formación, docencia, supervisión, investigación o publicaciones sobre mediación. Una de las posibles razones por las cuales el número de mediadores registrados haya descendido más de un 30 % en Cataluña es hipotéticamente consecuencia del incumplimiento del deber de formación continua el bienio anterior.

actual de casi seis años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, o preguntarse las razones por las que la escasez de información oficial es tan evidente tantos años después de la promulgación de la ley. Es fácil pensar que si la mediación auspiciada desde 2012 por la regulación estatal hubiera alcanzado una implantación generalizada en la administración de justicia, como autocomposición de conflictos para el acceso alternativo a esa justicia, los organismos supervisores de esa implantación, como el CGPJ o el Ministerio de Justicia, habrían ocupado un mayor esfuerzo en publicar las bondades de la mediación regulada, las estadísticas de permeabilización de la mediación en el sistema judicial y la cuantificación del éxito de esta *nueva* alternativa de resolución de conflictos y acceso a la justicia.²⁹

En definitiva, en la actualidad un balance posible, aunque todavía cauteloso, de la regulación de la mediación puede dar como resultado un relativo éxito de los mediadores registrados y un relativo fracaso de las mediaciones³⁰ realizadas según la Ley 5/2012. Es decir, que aquello que ha tenido verdadero éxito ha sido el crecimiento del número de mediadores y que lo que no lo ha tenido tanto es el crecimiento del número de mediaciones³¹. El proceso de regulación de la mediación ha sido más un proceso de regulación del mediador, figura que ha sido *re-regulada* desde los inicios del proceso que se ha estudiado durante el transcurso de este trabajo,

²⁹La situación mostrada del hiato entre el número de mediadores registrados en Cataluña y el número de mediaciones intrajudiciales en 2015 en España puede recordar el juicio de Remo Entelman acerca de la mediación en la Argentina, parafraseándolo de esta manera para la actual situación española: «mediadores en busca de conflictos». El título del artículo de Entelman contiene la expresión «conflictos en busca de mediadores», en Entelman, 2002a. El inocente juego de palabras sugerido aquí puede ser también la metáfora de alguna de las conclusiones que se vienen adivinando en el presente trabajo: la regulación de la mediación por la Ley 5/2012 ha sido más una regulación de los mediadores que de la mediación propiamente dicha.

³⁰Y fracaso de la desjudicialización de los conflictos.

³¹La escasez de mediaciones es causa de que los estudiantes de mediación se encuentren con un déficit formativo, al no poder participar en prácticas reales de mediación, por ejemplo. La vinculación entre formación de mediadores profesionales y el exiguo número de mediaciones la trata Elena Lauroba, en Lauroba, 2018, pág. 34.

mientras que el acceso a la justicia a través de la mediación ha sido *des-regulado*, o *desjudicializado*, *desjuridificado*, en las palabras usadas por la propia Ley 5/2012, de 6 de julio, en su Preámbulo.

Por consiguiente, parece que, en conjunto, se ha impuesto en el proceso de regulación una racionalidad que *regula y des-regula* selectivamente. Regula el acceso a la nueva profesión de mediador y des-regula, al menos parcialmente, el acceso a la justicia, como proclama la misma Ley 5/2012.

9.3. Los procesos de regulación y de *des-regulación* selectivas: el criterio de la economía de la mediación

En el apartado 4.1, del capítulo 4, se ha expuesto cómo uno de los fines de la mediación expresados en la Ley 5/2012 era el de la *deslegalización* o la «pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto». Entonces se ha planteado la paradoja de que esta *deslegalización* del procedimiento de mediación va acompañada de una *re-legalización* del acuerdo final de mediación, del grado de validez y de eficacia jurídicas del acuerdo, la ejecución judicial de los acuerdos en caso de incumplimiento.

En el contexto de Estado social de derecho contemporáneo en el que se puede incluir formalmente a España, zonas *desreguladas* conviven con otras de nueva regulación, zonas que no habían sido objeto de regulación alguna en el pasado y con otras «re-reguladas.»³² Este fenómeno ha sido descrito en el sentido en que el Estado recupera competencias políticas que habían sido desreguladas, sobre todo cuando estas competencias inciden en el campo económico, y es entonces cuando *re-regula* el ejercicio de esos derechos económicos:

«El derecho [...] amplía su alcance atribuyendo a los

³²Santos, 2003, pág. 183.

particulares nuevos derechos a la justicia, cuando es jurídicamente posible, y, cuando no lo es, atribuyendo al Estado nuevas y en otro tiempo impensables competencias de regulación»³³.

El proceso de regulación de la mediación muestra una ambivalencia, como un dios Jano de dos rostros, aspecto que se ha estudiado a propósito del paradigma procedimental del derecho³⁴, de Jürgen Habermas. En la regulación de la mediación, se muestra que un único fenómeno social institucionalizado jurídicamente presenta aspectos de *des-regulación* y aspectos de *re-regulación* selectivas. Es decir, la regulación proclama la desjudicialización de los conflictos por gracia de la mediación.

Al mismo tiempo, el derecho, al regular la mediación, realiza un proceso de materialización, de sobrecarga, interiorizando el mundo de la vida. Se apropia del mundo de la vida. La regulación de la mediación provee de los medios de juridificación de los conflictos por gracia de la mediación.

Los medios de la desjudicialización como de la juridificación son las instituciones³⁵ de la mediación -autocomposición, acceso alternativo a la justicia y tercero mediador profesional- procedimentalizadas, según procesos predeterminados con efectos jurídicos.

Los efectos de la juridificación ya han sido expuestos a través de la filosofía habermasiana en términos de colonización por el derecho del mundo de la vida. Es el papel del Estado-Providencia, «sus efectos políticos y sociales, su amplitud y forma, su desarrollo y sustentabilidad»³⁶.

El sujeto que arbitra la *re-regulación* y la *des-regulación* selectivas es para Santos el Estado, a través del uso del derecho, que pretendidamente iba a ser monopolísticamente ejercido. Ese monopolio es ciertamente pretendido, pero nunca real. Alejandro Nieto escribe que sí que el Estado ejerció un monopolio del derecho nor-

³³Zagrebelsky, 2011, págs. 99 y ss.

³⁴En el apartado 8.2.3.

³⁵En el sentido que da Santos a esta expresión, como en el apartado 8.3.

³⁶Santos, 2003, pág. 184.

mado, pero no del derecho practicado³⁷. Santos habla de que hubo un derecho estatal, ese sí monopolizado largamente por el Estado, pero también habla de la existencia de otros dos derechos (infraestatal y supraestatal) que siempre escaparon al ansia estatal de dominio. Nieto habla de derecho de los juristas -profesores, abogados, notarios- y derecho judicial -de los jueces-³⁸ como ejemplos de que el derecho no solamente fue y es el derecho estatal. Ambos autores expresan de dos formas diferentes la misma crisis del pretendido monopolio estatal sobre el derecho: Santos enfatiza los derechos locales, indígenas, de minorías (mirada sociológica)³⁹. Nieto enfatiza los derechos de los profesionales del derecho (mirada jurídica)⁴⁰.

En definitiva, la presencia de elementos de pluralidad jurídica fuera del Estado se mueve entre la tolerancia y la impotencia estatales. Es decir, de nuevo se advierte una tensión en la que el Estado selecciona los ámbitos que regula y los que no regula. Los ámbitos no regulados estatalmente pueden deber su existencia a una actitud entre tolerante e impotente del Estado. Los derechos locales, los indígenas, de «legalidad insurgente y subalterna»⁴¹, como describe Santos, pueden ser observados desde la impotencia del Estado para imponer su dominio jurídico literalmente *erga omnes*.

Los derechos profesional y judicial pueden ser observados desde la actitud de cierta tolerancia del Estado, quien permite la convivencia de estos derechos con el estatal, siempre y cuando este último no pierda la centralidad en el ordenamiento jurídico.

Ante esta realidad mucho más poliédrica de lo que la tesis de un derecho monopolizado por el Estado podría dar a entender, es por lo que se impone *des-pensar*⁴² el derecho, tarea en la que la regulación

³⁷Nieto García, 2007, pág. 129 y ss.

³⁸Nieto García, 2007, pág. 153 y ss.

³⁹Santos, 2003, pág. 194.

⁴⁰Nieto García, 2007, pág. 87 y ss.

⁴¹Concepto que se repite a lo largo de la obra de Boaventura de Sousa Santos, aunque dedica un desarrollo específico a la cuestión en Santos y Rodríguez Garavito, 2007a.

⁴²Dice Santos: «Me sirvo del neologismo *des-pensar* -en inglés, *unthinking*- para significar el proceso analítico por el cual el derecho es sometido a un cuestionamiento radical, en lo que se refiere, sobre todo, al autoconocimiento producido por

de la mediación y su racionalidad también pueden tener algo que aportar.

El paradigma del derecho de Boaventura de Sousa Santos parte de la base del agotamiento del proyecto de la modernidad⁴³. Se propuso este paradigma de forma complementaria al de Jürgen Habermas, que partía de la base de que el discurso de la modernidad no está aún agotado, sino que las promesas incumplidas de la modernidad todavía pueden ser completadas.

En el paradigma que analiza y propone Santos, destaca una tarea primordial. Él, como se ha dicho poco más arriba, propone *des-pensar* el derecho. Cuando dice esto, habla de asumir que *lo otro jurídico* no estatal también es derecho⁴⁴. De forma semejante, aunque no equivalente, Alejandro Nieto habla de que la razón jurídica *desviada* (la que afirma el monopolio del Estado sobre el derecho) debe ser conducida a razón jurídica *recta*⁴⁵. Ambos proponen *des-pensar* y *re-pensar*⁴⁶ el derecho.

Nieto, más concretamente, afirma la necesidad de repensar la razón jurídica rectamente. Eso significa que es condición necesaria del repensar la separación entre derecho y Estado. Sin embargo, la propuesta de Nieto puede ser una condición necesaria, pero no suficiente, porque es relativa: no cuestiona el papel central del derecho estatal en el sistema jurídico. Porque asume que el derecho estatal se rodea de otros derechos periféricos, manteniendo la centralidad. Y esta asunción no es suficiente para el *des-pensar* más radicalmente el derecho que propone Santos.

Una idea de Santos, que va más allá en su análisis que Nieto, es que además de que el Estado nunca monopolizó el derecho aunque persiguió incesantemente ese objetivo, el Estado tampoco se dejó monopolizar por el derecho. Es decir, tampoco aceptó ser condicio-

los juristas, el llamado *pensamiento jurídico* y la *dogmática jurídica*.» En Santos, 2003, pág. 134.

⁴³Tesis expuesta extensamente en Santos, 2003, 2009b.

⁴⁴Santos, 2003, págs. 186 y ss.

⁴⁵Nieto García, 2007, págs. 30 y ss.

⁴⁶Jürgen Habermas propone a su vez una exhaustiva *reconstrucción interna* del derecho. En Habermas, 1998, págs. 147 a 262.

nado por el derecho de forma absoluta, ya que utilizó medios legales e ilegales, también⁴⁷.

La mediación regulada en la Ley 5/2012 parece que asume la centralidad del derecho estatal, por su inserción en el derecho procesal civil del acuerdo de mediación en la forma de contrato transaccional y con los modos de influir en el proceso civil⁴⁸. Tal y como está regulada entonces la mediación, es un cuestionamiento necesario el hecho de preguntarse si es un *satélite* jurídico del proceso judicial, una forma de producción de resolución de litigios, pero subsidiaria del derecho procesal civil estatal y bajo tutela administrativa y judicial⁴⁹.

Las necesarias convalidaciones u homologaciones notarial⁵⁰ y judicial⁵¹ para que el acuerdo sea ejecutivo, la supervisión administrativa a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dependiente del Ministerio de Justicia⁵², del procedimiento de mediación, el control del acceso a la acción mediadora, la profesionalización del mediador, la estandarización y obligatoriedad de

⁴⁷Santos, 2003, pág. 194.

⁴⁸Hay que recordar simplemente que la Ley 5/2012, de 6 de julio, modifica a través de su Disposición Final Tercera los siguientes artículos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: 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, incorporando de pleno derecho la institución de la mediación regulada en el proceso civil.

⁴⁹Remo Entelman analiza precisamente la juridización de la mediación en la Argentina, proceso en el cual detecta algunos errores. Estos errores han provocado, a juicio del autor, la frustración de «los objetivos de pacificación social» que implica la mediación. Uno de los errores fundamentales en la Argentina fue diseñar la mediación como obligatoria, previa a la interposición de una demanda judicial. La obligatoriedad en la regulación argentina ha provocado la unión simbólica al proceso judicial. Se ha convertido en un satélite judicial más, un servicio prestado por abogados. Entelman incide en otros problemas asociados a la mediación obligatoria prejudicial en la Argentina: se exageró la capacidad real de la mediación de reemplazar a los tribunales. Además, se instrumentalizó la mediación dentro de un mercado de enseñanza que requería la formación de miles de mediadores para atender los requerimientos de la obligatoriedad impuesta. La mediación pasó a ser así, «obligatoria, prejudicial y reservada solo a los abogados en la jurisdicción nacional.» En Entelman, 2002a, pág. 1.

⁵⁰Art. 23.3 de la Ley 5/2012.

⁵¹Art. 25.4 de la Ley 5/2012.

⁵²Art. 10.2 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.

su formación inicial y continuada, la responsabilidad civil profesional del mediador y el aseguramiento pecuniario de la actividad mediadora lesiva o negligente, el reconocimiento de las instituciones o centros de mediación⁵³. Estos aspectos de la mediación regulada en la Ley 5/2012 hablan de la plena inserción de la mediación en el derecho estatal⁵⁴ y sobre todo, de la figura del mediador profesional en todo el sistema. Y hablan por tanto del protagonismo de la esfera estatal regulatoria en el proceso de institucionalización jurídica de la mediación.

Nótese que en los aspectos anteriormente enumerados, aparece un evidente contenido económico de la mediación. Por ejemplo, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, establece el modo en que se deberán calcular los honorarios notariales para las escrituras públicas de formalización de acuerdos de mediación⁵⁵. En relación con los honorarios de mediadores, no existe una norma estatal que fije u oriente estos honorarios, en consonancia con los principios de libre mercado y libre competencia que rigen las actividades de los profesionales liberales, entre los cuales se puede contar ya a los mediadores, como se viene diciendo. En Cataluña, para las mediaciones realizadas en el seno del Centro de Mediación de Derecho Privado del gobierno autonómico, existen unas tarifas públicas⁵⁶. El seguro obligatorio de responsabilidad civil es otra de

⁵³Disposición Adicional Primera de la Ley 5/2012.

⁵⁴En el capítulo dedicado al principio de acceso a la justicia, este trabajo ha tratado esta cuestión.

⁵⁵«Disposición adicional tercera. Escrituras públicas de formalización de acuerdos de mediación. Para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de mediación se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del anexo I del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios.» El Real Decreto 1426/1989 establece el arancel en 36,06 €.

⁵⁶La Resolución de la Consejería o Departamento de Justicia JUS/2896/2012, de 17 de diciembre, por la que se fijan las tarifas en los procedimientos de mediación de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, establece que son las siguientes: «Mediaciones con dos partes intervinientes: 40,00€ por cada una de las partes participantes y sesión. Mediaciones de tres a cinco partes intervinientes: 30,00€ por cada una de las partes participantes y sesión. Mediaciones con más de seis partes intervinientes: 120,00€ por sesión conjunta. Sesiones individuales con alguna de las personas participantes

las manifestaciones evidentes del contenido económico de la mediación y de la razón jurídica que se le aplica: el 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, establece en su artículo 28 los extremos sobre la suma que debe asegurar cada mediador en ejercicio de su profesión⁵⁷. Esta preocupación económica en el proceso de juridificación de la mediación ha sido asumida por la razón jurídica inserta en ese proceso.

Y el contenido económico de las instituciones es un indicador de *re-regulación* por el Estado, precisamente, como se ha dicho más arriba. Es lo que ha ocurrido en el caso de la regulación de la mediación.

Santos va más allá y engarza también una crítica económica a otra política en su análisis de lo que puede ser el equivalente al análisis del contenido económico de la racionalidad de la mediación: la cesión estatal es cesión del ejercicio del poder⁵⁸. El Estado posee el poder cuya ejecución cede. Privatiza el ejercicio del poder y lo cede a la «lógica del lucro»⁵⁹. Y en segundo lugar, la ejecución del poder así privatizado, ya no está sometida al control de las garantías y mecanismos democráticos propios del Estado, según Santos.

Es decir, la regulación proclama la desjudicialización de los conflictos mediante la mediación y, al mismo tiempo, el derecho, al re-

en la mediación: 40,00€ por sesión.»

⁵⁷Si bien no se fija una cuantía fija, ni mínima, no por ello se debe entender *desregulada* esta cuestión por el derecho. El artículo 28 del RD 980/2013 dice: «Suma asegurada. La suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga. El mediador informará a las partes, con carácter previo al inicio del procedimiento, de la cobertura de su responsabilidad civil, dejando constancia de la misma en el acta inicial.»

En el capítulo 7 se ha mencionado la póliza de responsabilidad civil de la Asociación Española de Mediadores, que ofrece una cobertura total de 150.000 euros.

⁵⁸Para una definición de *ejercicio de poder*, la de Hannah Arendt: "El poder brota de la capacidad humana, no de actuar o hacer algo, sino de concertarse con los demás para actuar de común acuerdo con ellos". En Arendt, 2005, pág. 60.

⁵⁹Santos, 2003, pág. 198. Expresión de Santos con claras reminiscencias habermasianas al sistema de mercado basado en el dinero que se reproduce jurídicamente a partir del proceso de juridificación del *Lebenswelt*.

gular la mediación, realiza un proceso de apropiación e interiorización del mundo de la vida: provee de los medios de juridificación de los conflictos mediante la mediación. Los medios de la desjudicialización como de la juridificación son los principios de la mediación-autocomposición, acceso a la justicia y tercero mediador- procedimentalizados.

Los aspectos estudiados⁶⁰ son las especificidades concretas de la *juridificación* de la mediación regulada en la Ley 5/2012 hablan de la plena inserción de la mediación en el derecho estatal y sobre todo, de la figura del mediador profesional en todo el sistema.

Desjudicialización y juridización selectivas cuyo criterio de selección es el contenido económico de la mediación. Se desjudicializa aquello que genera un coste y una carga económica para el Estado: el acceso a los tribunales, que deben ser descongestionados de su colapso. Es juridizado aquello que puede ser encargado a la iniciativa privada generando un mercado de provisión de soluciones a los conflictos: el mercado de formación de mediadores, por ejemplo, es privado.

A este respecto, valga de ilustración la siguiente anécdota parlamentaria. En el proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles presentado por el gobierno en marzo de 2012, aparecía el art. 11.2 que concretaba que la formación específica que permitía el acceso al ejercicio de la mediación se adquiriría mediante la realización de uno o varios cursos específicos «impartidos por instituciones debidamente acreditadas». El grupo parlamentario de La Izquierda Plural, en su enmienda 13 al proyecto de ley, proponía añadir un nuevo párrafo como sigue: «Las administraciones públicas garantizarán el acceso a esta formación a través de organismos

⁶⁰Convalidaciones u homologaciones notarial y judicial para que el acuerdo sea ejecutivo; la supervisión administrativa a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dependiente del Ministerio de Justicia, del procedimiento de mediación; el control del acceso a la acción mediadora; la profesionalización del mediador; la estandarización y obligatoriedad de su formación inicial y continuada; la responsabilidad civil profesional del mediador y el aseguramiento pecuniario de la actividad mediadora lesiva o negligente; el reconocimiento de las instituciones o centros de mediación.

o instituciones públicas.» En su justificación, los diputados proponentes pretendían «garantizar el acceso a la formación a través de organismos e instituciones públicas, y no exclusivamente a través de instituciones privadas [...]» Sin embargo, la enmienda fue rechazada y el texto final de la Ley 5/2012 reprodujo el art. 11.2 del Proyecto de Ley.⁶¹

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, establece el modo en que se deberán calcular los honorarios notariales para las escrituras públicas de formalización de acuerdos de mediación⁶². Los honorarios de mediadores o el seguro obligatorio de responsabilidad civil son otras de las manifestaciones evidentes del contenido económico de la mediación: el 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, establece en su artículo 28 los extremos sobre la suma que debe asegurar cada mediador en ejercicio de su profesión.

En el análisis del contenido económico de la racionalidad de la mediación se muestra otro aspecto de la racionalidad de la regulación: la cesión estatal es cesión del ejercicio del poder. El Estado privatiza selectivamente el ejercicio del poder -la desjudicialización- y lo cede a la «lógica del lucro», como se ha dicho anteriormente.

En las fases de institucionalización jurídica de una realidad social, como la mediación, se pueden identificar dos elementos: el primero es la conveniencia gubernamental de buscar sistemas alternativos de acceso a la justicia que faciliten la reducción de cargas estatales. El segundo es el interés económico que despierta la mediación⁶³. Este interés económico no debe entenderse únicamente

⁶¹Se han citado ya las fuentes de los textos publicados en el BOCG en el apartado 3.2, al que se remite ahora.

⁶²«Disposición adicional tercera. Escrituras públicas de formalización de acuerdos de mediación. Para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de mediación se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del anexo I del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios.» El Real Decreto 1426/1989 establece el arancel en 36,06 €.

⁶³Madrid Pérez, 2001, pág. 28.

referido al Estado, sino también puede expresarse como interés de las partes, o de alguna de las partes, en el conflicto, ya que la mediación puede resultarles más ventajosa que un largo, doloroso y costoso proceso judicial. En consecuencia, hay en la regulación jurídica de la mediación un interés de configurarla como «un recurso útil que favorece la reproducción de la economía de mercado»⁶⁴.

9.4. La racionalidad de la mediación, la legitimación del poder y la debilidad social

Como se expuso también al analizar el paradigma del derecho formulado por Jürgen Habermas, cuando los coadyuvantes económico y burocrático de la esfera del sistema estatal regulatorio adquieren un protagonismo relevante lo hacen en detrimento de la esfera comunitaria del mundo de la vida. Detrimento quiere decir que la tensión entre facticidad y validez deja de serlo, se desequilibra hacia el lado de la validez.

Hay un peligro de que la dimensión comunitaria del mundo de la vida, que puede ser tanto como decir la dimensión que abarca el derecho practicado efectivamente por las partes en conflicto y por los mediadores y la mediación no todavía juridizada, sea neutralizada por los imperativos económicos y las disposiciones burocráticas estatales, a los que Habermas y Santos se refieren. Si esta hipótesis fuera así tal y como se acaba de formular, al igual que ocurre en otros procesos de regulación por el derecho normado, la mediación «no actuaría como un mecanismo de fortalecimiento de la sociedad civil, de incremento de su poder, sino como un instrumento de transmisión de poder desde los individuos hacia las instituciones estatales y económicas. Sería al fin de la calle, por paradójico que pueda parecer, un mecanismo de debilitación social»⁶⁵.

⁶⁴Madrid Pérez, 2001, pág. 29.

⁶⁵Madrid Pérez, 2010, págs. 198 y 199.

La mediación, sujeta a la iniciativa estatal de su proceso de regulación en la Ley 5/2012 puede significar lo contrario de lo que la propia ley afirma buscar en ella: autocomposición de los ciudadanos para acceder ellos mismos a justicia, sin necesidad de acudir a los tribunales.⁶⁶

Lo contrario significa aquello que Madrid denomina «debilitación social» y Santos bautiza como «el desarme social y político de los ciudadanos»⁶⁷. Santos afirma que una gran parte de las propuestas que pretenden dotar de poder a la sociedad civil, son promotoras de lo contrario: «el poder que aparentemente se quita al Estado para darlo a la sociedad civil continúa siendo, de hecho, ejercido bajo la tutela última del Estado, sustituyendo en su ejecución directa la administración pública por la administración privada y, consecuentemente, haciendo desaparecer el control democrático al que la administración pública está sujeta»⁶⁸.

En el proceso de regulación de la mediación, la primera parte del análisis de Santos parece que se cumpla. La gestión de los conflictos se cede a los particulares, desjudicializándola. La propia Ley 5/2012 hace gala de esta cesión de poder estatal a los ciudadanos:

«El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes. El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes [...] Es aquí donde se encuentra, precisamente, el segundo eje de la mediación, que es la deslegalización

⁶⁶El punto II del Preámbulo de la Ley 5/2012: «La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes».

⁶⁷Santos, 2003, pág. 197.

⁶⁸Santos, 2003, pág. 198.

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»⁶⁹.

Por tanto, según la regulación, son las propias partes en conflicto quienes se hacen cargo de su conflicto y tratan de resolverlo con asistencia de un profesional experto.

En consecuencia, el proceso de regulación de la mediación tiene cuidado en fijar como principio fundamental la neutralidad del mediador. Sin embargo, para que se ponga en juego prácticamente el principio de neutralidad del mediador es imprescindible la concurrencia de los requisitos de formación, aptitud, registro y aseguramiento de ese mediador⁷⁰, que se erige en un sujeto cercano a las atribuciones de jueces, árbitros o cualesquiera otros de los operadores jurídicos expertos en la resolución jurídica de los conflictos⁷¹. De este modo, a través de la intervención del mediador y conceptualizado este como un ente intermedio y necesario, tiene la regulación de la mediación espacio suficiente en el paradigma de desarme de poder del ciudadano que configura y denuncia Santos. El eje de la regulación de la mediación, a la postre, puede no haber sido tanto la cesión de poder a las partes como configurar y fortalecer la figura del mediador profesional⁷², como aliado del sistema juridizado de

⁶⁹Cita del Preámbulo de la ley.

⁷⁰El Preámbulo de la Ley 5/2012 lo dice claramente: «La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar». Como desarrolla en el articulado la ley, los requisitos citados son los que conciernen a los mediadores.

Hay que recordar que el estatuto legal del mediador ocupa todo el Título III de la Ley 5/2012 y que el Título IV, el encargado de regular el procedimiento de mediación, lo hace bascular alrededor de la figura del mediador: por ejemplo, nótese el uso lingüístico que hace la ley de la forma verbal y del sujeto de las acciones del art. 21. «Desarrollo de las actuaciones de mediación. 1. El mediador *convocará* a las partes para cada sesión [...], *dirigirá* las sesiones y *facilitará* la exposición de sus posiciones [...] 3. El mediador *comunicará* a todas las partes la celebración de las reuniones [...] El mediador *no podrá ni comunicar ni distribuir* la información o documentación [...]» La cursiva es del autor, no aparece en la ley.

En estos dos títulos del cuerpo legal, en que el mediador es el protagonista neto de la regulación de la mediación, se ocupan catorce artículos de un total de veintisiete que tiene la ley.

⁷¹Como abogados, procuradores o fiscales.

⁷²Conclusión a la que llega Beatriz Gil Vallejo en su análisis de la Ley 5/2012

resolución de litigios.

Frente a esta constatación que define la mediación regulada más bien a partir del papel y de la condición del mediador y no tanto del papel y la condición autocompositivos de las partes, el estudio de la mediación como hecho social en el mundo de la vida, produce propuestas que pueden divergir de lo anteriormente observado. En palabras de Carme Boqué⁷³, la mediación puede producir o provocar «crecimiento moral» en las partes que participan del procedimiento, por el hecho de que mejora la comunicación interpersonal de actitudes positivas a través del diálogo y porque promueve la adopción de compromisos acordes a principios éticos compartidos⁷⁴.

Por consiguiente, en la racionalidad de la regulación⁷⁵, la garantía de la eficacia de la mediación está tanto en la potencialidad del diálogo, en el protagonismo de las partes para buscar soluciones dentro de un marco institucionalizado y juridizado como lo está también en la fuerza ejecutiva de sus acuerdos legalmente establecida.

Los mediadores profesionales son hacedores⁷⁶ de los acuerdos de mediación, es decir de los títulos ejecutivos y, por consiguiente, deben estar supervisados por el Estado ellos y el procedimiento por el que se alcanzan dichos acuerdos. Los mediadores profesionales conforman una profesión y por eso tienen su propia responsabilidad civil.

Sobre la profesionalización creciente de la mediación en un contexto en que otros hechos sociales han sido sujetos a procesos de

tras su promulgación y que se ha expuesto anteriormente a propósito del *balance* de la regulación de la mediación. En Gil Vallejo, 2013, pág. 82.

⁷³Palabras de alguien alejado de la racionalidad de la regulación de la mediación, por lo que pueden expresar el modo de ser de la mediación practicada, no aun regulada. Boqué es mediadora y pedagoga, experta en mediación escolar.

⁷⁴Boqué Torremorell, 2003, pág. 57 y ss.

⁷⁵De la cual encuentra inspiración Silvia Barona, jurista ejerciente.

⁷⁶«Facilitadores», dice la Ley 5/2012. En el Epígrafe I del Preámbulo: «La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes» y en el art. 21: «El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.»

regulación por el derecho⁷⁷ escribe Habermas que «los efectos contraproducentes de la política social del Estado en especial, sobre la profesionalización y cientifización de los servicios sociales, han llamado la atención sobre unos hechos que algo dejan claro: los medios jurídico-administrativos de la ejecución de los programas del Estado social no suponen en modo alguno un medio pasivo neutral. Antes bien, con estos programas aparece unida una praxis de hechos singulares, normalización y vigilancia [...] Las configuraciones de un mundo vital reglamentado, despedazado, controlado y tutelado son, sin duda, más sublimes que las formas palpables de la explotación material y la miseria»⁷⁸.

La reflexión sobre los medios de regulación y de control lleva a Habermas a concluir la superación de la acción comunicativa tendente al entendimiento. Los medios de control son mecanismos para la transmisión de mensajes, despojados de referencias a la comunicación ordinaria. Habermas defiende que los mecanismos de regulación o control discurren a «espaldas de la voluntad real y consciente de los sujetos.» En palabras del filósofo alemán, representan una «exoneración de la acción comunicativa»⁷⁹.

En las fases del proceso de regulación de la mediación fue estu-

⁷⁷Antonio Madrid estudia cómo el voluntariado y los movimientos espontáneos de solidaridad se burocratizan y profesionalizan en los servicios sociales administrados por el Estado. En Madrid Pérez, 2001. Este proceso puede ser paralelo al de otras profesiones sociales, orientadas a la ayuda o la asistencia a las personas, que desemboca en un *gobierno* de la cotidianeidad a través de expertos profesionales de lo social, que, al modo de los médicos, atienden las enfermedades sociales, como pueden ser los conflictos: «*It is easy to see how society came to be governed by doctors, social workers, psychiatrists, juvenile court judges, criminologists, etc. [...] The "helping professions" during the first third of this century came to see themselves as doctors to a sick society.*» Freeman, 1995, pág. 373. En este sentido, Freeman apunta a que la *medicalización* del conflicto provocó la profesionalización exagerada de los *trabajadores del bienestar personal y social (welfare professionals)*: «*The victory of the medical model has meant the elevation of the expert [...] there has been an unjustified professionalization of issues that are "in fact beyond the present reach of expert understanding"*». Freeman, 1995, pág. 375. En sentido parecido, el estudio sobre las profesiones de intermediación en servicios de salud y la interacción de médicos y abogados, en tanto que *welfare professionals*, en Kellogg, 2014.

⁷⁸Habermas, 2002, págs. 172 y 173.

⁷⁹Prieto Navarro, 2003, pág. 116.

diado el caso de las comunidades autónomas españolas. Del estudio de la regulación autonómica se pudo concluir que la mediación se trataba, en su diseño legal, de un servicio social más, sobre todo vinculado a la mediación en conflictos familiares, en los que se pueden ver implicados más fácilmente colectivos de personas vulnerables y/o vulnerabilizadas.⁸⁰ También el acento actual de los ADR y el principio de acceso a la justicia se pone en su vertiente de *desregulación*: extrajudicialidad, informalidad de los procedimientos. Mientras la gestión de los conflictos particulares se pueda dejar en manos de una regulación del Estado de bienestar y de sus servicios sociales, se puede confiar, en parte, en la autocomposición. Es decir, no se produce una desvinculación absoluta del Estado por los resultados de esa gestión de los conflictos, al contrario, se normalizan aspectos de control, vigilancia y tutela. El papel del mediador en la Ley 5/2012, incluso en la normativa autonómica más hermanada con el sistema de bienestar social, es un ejemplo de esta configuración de normalización del control, la vigilancia y la tutela de los ciudadanos envueltos en sus conflictos.

Otro aspecto ilustrativo de lo anterior es el del control de legalidad de los acuerdos de mediación. Afirma Santos que la sustitución del Estado por los particulares en la gestión y administración del conflicto hace desaparecer el control democrático sobre esa gestión y, eventualmente, también sobre el resultado de esa gestión del conflicto, sobre la solución final del conflicto⁸¹.

En la línea argumental que se está siguiendo, aparentemente se reproduce de nuevo la paradoja: la regulada cesión del Estado de la gestión de los conflictos en los particulares que los padecen se vuelve en la regulación también una reapropiación del control de los acuerdos de esos mismos particulares para fiscalizar su ajustamiento al derecho estatal.

⁸⁰ Además del colectivo más evidente, el de los menores de edad, otros colectivos de personas vulnerabilizadas con discapacidad física o psíquica, personas con capacidad modificada judicialmente y mujeres que han sufrido violencia de género. Sobre *vulnerabilización*, véase Madrid Pérez, 2013, pág. 124 y ss. y Young, 2011.

⁸¹ Santos, 2003, pág. 198.

En la sugerente tesis de la *debilidad social* parece, pues, que se encuentra en juego la autonomía y el elemento autocompositivo, esenciales en la definición de la mediación regulada.

La dinámica de la mediación antes de ser regulada ha sido afectada por el proceso de regulación. La intervención del Estado regulando crea «disfunciones»: *sobrejuridización* de la sociedad o *sobresocialización* del derecho.

Los problemas de «discrepancia entre derecho escrito y derecho aplicado, demoras y costos de la justicia, congestión de los tribunales»⁸² no son problemas técnico-jurídicos, son problemas políticos. Y son la justificación política del impulso de la regulación de la mediación.

La racionalidad de la mediación usada en la regulación, cuando configura el estatuto legal del mediador, sus atribuciones, competencias y el modo de acceso está produciendo «estructuras que someten la conciencia cotidiana a los estándares de unas culturas de expertos profesionales, excluyentes y desarrolladas conforme a sus propios criterios internos»⁸³.

Mediación aplicada según la racionalidad de los profesionales que conocen y dominan la mediación normada y que generan «una creciente dependencia»⁸⁴. Los mediadores profesionales expertos son los *terapeutas del conflicto*. Y «la sustitución del juez por el terapeuta no es ningún remedio; el asistente social no es más que otro experto más, que no libra a los clientes de las burocracias del Estado benefactor de su posición de objetos.» Se produce una «reconversión del derecho de tutela en medidas terapéuticas.»⁸⁵

Cuestión especialmente importante en relación con la cuestión de la figura del mediador en la regulación de la mediación es el acuerdo que pueda alcanzarse y, sobre todo, su fuerza jurídica. Si el acuerdo de mediación es un contrato, el incumplimiento contractual exige de un proceso posterior y puede hacer ineficaz el esfuerzo

⁸²Santos, 2003, pág. 182.

⁸³Habermas, 1992, pág. 502.

⁸⁴Habermas, 1992, pág. 523.

⁸⁵Habermas, 1992, pág. 524.

y las energías de la mediación. «El acuerdo de mediación debe tener fuerza ejecutiva. Para ello, el Estado debe preservar que la obtención de este título ejecutivo se alcance con las garantías de procedimiento y de profesionalidad necesarias. De no atribuirle este valor de título ejecutivo la efectividad de la mediación quedará mermada»⁸⁶. Ya fue expuesto cómo la Ley 5/2012 prevé que los acuerdos de mediación alcancen fuerza ejecutiva.

No es la de la Ley 5/2012 una sustitución del Estado por los particulares tal que haga desaparecer el control democrático. Hay un control prevenido en la regulación de la mediación, que insiste en que tanto la labor del mediador, como el acuerdo final sufren un control de legalidad, capacidad de acuerdo dentro del orden público y no pueden darse *contra legem*. Ese control lo debe llevar a cabo, según la Ley 5/2012, de 6 de julio, el propio mediador, el notario que eleva a público el acuerdo de mediación y el juez que convalida el acuerdo o que ordena su ejecución forzosa⁸⁷.

9.4.1. La racionalidad de la mediación, la autonomía y la sociedad civil

En el estudio de la racionalidad de la regulación de la mediación se ha descubierto la importancia esencial de la autocomposición. La autocomposición podría ser el concepto que mantiene a la mediación en el polo del hecho social *prejuridizado*, en el polo del mundo de la vida. La autonomía de la voluntad de las partes es juridizada por el derecho a través del diseño de un procedimiento regulado y

⁸⁶Barona Vilar, 2011a, pág. 210.

⁸⁷La Ley 5/2012 establece estos tres controles de legalidad y adecuación de la mediación y su acuerdo al derecho: art. 23.3: «El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo»; art. 25.2: «Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho»; y art. 25.3: «Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

autocompositivo de mediación. Es la aplicación práctica del sentido de *bisagra* que presenta el derecho en la forma paradigmática presentada por Habermas y expuesta en páginas anteriores.

En la tesis de Boaventura de Sousa Santos, este binomio entre autonomía de los ciudadanos y regulación por el derecho introduce su análisis de la relación entre el derecho y la sociedad política. Según Santos, cuanto menos separación jurídica hubo entre la sociedad política y el Estado, más se separó políticamente el Estado de la sociedad nacional.

Esta separación entre Estado y sociedad civil, a juicio de Santos, representa la asunción por la racionalidad jurídica estatal de una concepción hegeliana de *nación*. Para Hegel, la nación es un equivalente racional del Estado. La nación significa la base social de la legitimidad y de la coerción del derecho estatal. Con el fin de que se constituya en la base del poder del Estado, Hegel considera que la nación tiene que estar privada de todo poder que no sea el poder del Estado sobre ella. Santos interpreta de esta manera la tesis dialéctica de Hegel entre atribución de poder y privación de poder que acabó cristalizando en un dualismo Estado/sociedad civil que inspiraría la razón jurídica en el siglo XIX.⁸⁸

El problema de este dualismo es que es falso, según Santos, es una ilusión: ambas entidades son parte integrante una de otra y no pueden ser concebidas como entidades separadas, es decir concebir la sociedad civil como lo otro del Estado. Santos afirma que en la mayor parte de los países del mundo -excepto en algunos de los países centrales del liberalismo europeo- el Estado creó su sociedad civil, artificialmente.

Por lo que los fenómenos sociales de los que fue excluida esta sociedad civil abstracta y, por ello, casi inexistente, fueron explicados por la ideología dominante como muestras de la *debilidad* de la sociedad civil. Esto comporta la reducción del poder político al poder del Estado. Y por consiguiente, las promesas emancipadoras de la modernidad se fueron reduciendo a la promesa de la democratiza-

⁸⁸Santos, 2003, pág. 196.

ción del Estado, focalizando así el depósito estatal del poder político y despolitizando la sociedad civil⁸⁹.

Esto significa que los discursos apelantes a la sociedad civil que gestiona sus propios conflictos a través de la mediación pueden enmascarar la despolitización de la sociedad civil misma, pues el núcleo del poder está en el Estado, al igual que el derecho. En la suposición de que el Estado concibe la sociedad civil sin poder político, que él sí encarna, y sin verdadero derecho, que él sí produce y regula, este Estado tendrá que hacer frente a la despolitización a través de la generación de confianza en la sociedad.

En la generación de confianza, la racionalidad de la mediación tiene algo que decir, pues la regulación de la mediación puede servir a este objetivo: que los ciudadanos confíen en la capacidad del Estado de resolver los conflictos y de ejercer la salvaguarda de los derechos a través del derecho.

El derecho se erige en «instrumento ejecutor de políticas sociales, con los riesgos que esto comporta en lo referido a la preservación de su autonomía»⁹⁰. Desde este punto de vista puede ser interpretada la regulación autonómica de la mediación en España, que como se estudió en el apartado 3.1.7, atribuye a la mediación una racionalidad de servicio o recurso a disposición de los ciudadanos dentro de la cartera general de las políticas sociales y de asistencia social.

No se trataría entonces solamente de justificar esta atribución de una función social a la mediación a través de razones técnico-jurídicas vinculadas a la competencia constitucional de legislar, como se aventuró en el apartado referido. Sino que es posible que en la racionalidad de la regulación autonómica⁹¹ de la mediación tam-

⁸⁹Santos, 2003, pág. 198.

⁹⁰Prieto Navarro, 2003, pág. 178.

⁹¹A este respecto, parece sintomático que la regulación autonómica de *la mediación como servicio social* no haya sido impugnada, contestada o suprimida por la sucesiva legislación de ámbito estatal; más bien al contrario, esta legislación autonómica ha sido bien acogida y se ha tomado como referencia para la regulación estatal, como la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 proclama. La pacífica convivencia entre regulaciones central y autonómica puede indicar una raíz común en la racionalidad del derecho como ejecutor de políticas sociales generadoras de confianza en el derecho y en el Estado.

bién aparezca la estrategia de generación de confianza que preserve la autonomía del Estado frente a la sociedad civil.

9.4.2. La racionalidad de la mediación y la estrategia de confianza

No parece baladí cómo el camino recorrido hasta ahora lleva a la *confianza*, pues es precisamente confianza o, mejor, la generación de confianza, uno de los objetivos últimos -o primeros- de la regulación de la mediación.

La Recomendación de la Comisión Europea de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, en sus dos primeros Considerandos afirma:

«Para garantizar el nivel de protección de los consumidores y *promover su confianza*, la Comunidad debe garantizarles un acceso a la justicia sencillo y eficaz, y promover y facilitar la solución de litigios en materia de consumo en el marco de procedimientos previos.

El continuo desarrollo de nuevas prácticas comerciales que implican la intervención de los consumidores, como el comercio electrónico, así como el previsible aumento de las transacciones transfronterizas, requieren especial atención para *ganar la confianza de los consumidores* [...] [P]ara que el comercio electrónico alcance su máximo desarrollo, deberá *potenciarse la confianza de los consumidores*, en colaboración con los grupos de consumidores, la industria y los Estados miembros, fomentando el acceso a sistemas alternativos de solución de los litigios.»⁹².

Del mismo modo, la Directiva 2013/11/UE del Parlamento y del

⁹²Los resaltados en cursiva son del autor de este trabajo. Recomendación publicada en el DOUE L109, de 19 de abril de 2001, pág. 56. Accesible aquí: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/>

Consejo, de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE menciona que en su Comunicación de 13 de abril de 2011 titulada «Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza. Juntos por un nuevo crecimiento», la Comisión identificó la legislación sobre resolución alternativa de litigios, incluida la dimensión del comercio electrónico, como una de las doce prioridades para estimular el crecimiento, reforzar la confianza y avanzar en la realización del mercado único.

Es decir, la aplicación de los ADR lleva dentro un sobreentendido de la racionalidad de la regulación: *promover, ganar y potenciar la confianza* de los ciudadanos. Esta estrategia de la confianza a través del uso de los ADR -y por tanto, de la mediación- es de lo que está escribiendo Santos. Ante este fenómeno, puede ser que se esté delante de la reproducción del Estado en forma de sociedad civil.

Porque para no acabar con el dualismo y la dialéctica moderna sociedad civil-Estado, es necesario pues que el Estado se reproduzca como sociedad civil. Santos concluye de nuevo que en esta estrategia del Estado «la mayor parte de las propuestas recientes para conferir poder a la sociedad civil redundan en desarme social y político para la mayoría de los ciudadanos»⁹³.

La mediación como herramienta de la estrategia de confianza del Estado en el control de los riesgos se presenta como una forma de apropiación estatal de la interlegalidad y del pluralismo jurídico⁹⁴. La interlegalidad es un concepto para una «visión post-moderna del derecho». Es la «dimensión fenomenológica del pluralismo jurídico»⁹⁵ La mediación practicada puede ser un ejemplo de la «interlegalidad». El concepto de interlegalidad se puede entender en el sentido de reconocer que el derecho estatal «continúa siendo, en el imaginario social, un derecho central, un derecho cuya centralidad, a pesar de crecientemente debilitada, es aún un factor polí-

⁹³Santos, 2003, pág. 197.

⁹⁴O de «colonización del mundo de la vida», en términos de Habermas.

⁹⁵Santos, 2003, pág. 251.

tico decisivo»⁹⁶. Es ahí donde encaja una mediación como periferia del derecho estatal que conserva su centralidad. Que la mediación sea interlegalidad como quiere Santos es que las formas de derecho que no son estatales -la mediación institucionalizada socialmente, *prejuridizada*- no sean periféricas, pero tampoco centrales, que no haya centro y periferia. Santos afirma la interlegalidad para descentrar el derecho estatal. Su objetivo es «trivializar y vulgarizar el derecho», es decir, «cuestionar y criticar el poder social de los que insisten en la sacralización, ritualización y profesionalización del derecho»⁹⁷. Pues la regulación legal de la mediación por el Estado la ha sacado del sistema de la «interlegalidad» y la ha llevado al centro, donde está el verdadero derecho.

Reconocer que hay una pluralidad de órdenes jurídicos, manifestada en la interlegalidad, y que la mediación está y no está solamente en el orden jurídico estatal y que participa de esa pluralidad es reconocer también que hay una pluralidad de formas de poder y una pluralidad de formas de conocimiento.

Parece que Santos está describiendo el proceso de regulación de la mediación, pues cuando se despoja el Estado de parte de su propio poder para darlo a la sociedad civil, en realidad el Estado se reserva la tutela última de esa concesión de poder. Así con la mediación. Es lo que ocurre cuando la Ley 5/2012, de 6 de julio, atrae a la mediación a un procedimiento con validez⁹⁸ propia adentro del proceso de tutela judicial de derechos, regulado también por la Ley de Enjuiciamiento Civil: la atracción hacia el proceso judicial es también un modo de mantener bajo tutela la autocomposición de las partes, así como se mantiene bajo tutela estatal el cumplimiento del principio de acceso a la justicia. Además, la validez sería un elemento de generación de confianza en el Estado, como Habermas trata de demostrar⁹⁹.

⁹⁶Santos, 2003, pág. 252.

⁹⁷Santos, 2003, págs. 252 y 253.

⁹⁸En el sentido habermasiano, ya estudiado, con que el derecho traduce la *facticidad* del mundo de la vida a *validez*.

⁹⁹A lo largo de Habermas, 1998.

Existen tres estrategias del Estado para hacer hegemónico su modelo de cambio social basado en una utopía jurídica generada por el Estado: la acumulación, la hegemonía y la confianza. En la tercera estrategia, la de la confianza, está expresada la racionalidad de la mediación regulada jurídicamente¹⁰⁰.

Las estrategias de confianza son las más «autónomas» de todas las estrategias, ya que permiten al Estado actuar en nombre de toda la sociedad y asumir, casi en exclusiva, la responsabilidad de garantizar la preservación de su integridad.¹⁰¹

La estrategia de confianza presupone no únicamente una cesión de la gestión de los conflictos por parte del Estado, manteniendo cuotas en el ejercicio del derecho a reconocer a los decisivos mediadores que intervienen en esa gestión o a reconocer jurídicamente el acuerdo de mediación alcanzado, sino que también presupone un concepto de confianza ligado a la existencia de riesgo, de peligro, de evitación del conflicto¹⁰². El Estado moderno se convirtió en el principal garante de la confianza social durante la modernidad¹⁰³; el Estado es el mejor y mayor gestor del riesgo¹⁰⁴. Esta gestión del riesgo incluye la definición y el reparto de los riesgos producidos así como la prevención, gestión y resolución de los conflictos asociados a ellos.¹⁰⁵. En la propuesta sociológica de Beck, el Estado aprove-

¹⁰⁰Santos, 2003, pág. 203.

¹⁰¹Santos, 2003, pág. 204.

¹⁰²«Así es como una sociedad basada en el conocimiento, la información y el riesgo, abre un amenazante espectro de posibilidades. Todo cae bajo el imperativo del evitar. El día a día se vuelve así una involuntaria lotería de desgracias». En Beck, 2005, pág. 14.

Donde Ulrich Beck habla de «desgracias», bien se puede decir «conflictos», por el sentido de los usos social y natural de la palabra *conflicto* que ha sido estudiado en los capítulos iniciales del presente trabajo y que asocian a conflicto significados de desgracia, sufrimiento, algo que debe ser evitado.

¹⁰³Para Beck, la sociedad del riesgo es el «estadio de una *modernidad radicalizada*». En Beck, 2005, pág. 193.

¹⁰⁴Para ello, según Beck, el Estado utiliza una estrategia de negación: «No hay mejor abono para los riesgos que el negarlos». Beck, 2005, pág. 15.

¹⁰⁵«En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica» Beck, 1986, pág. 3.

cha la característica *democratizadora* y *globalizadora* del riesgo, para globalizar también la prevención, gestión y resolución del conflicto¹⁰⁶. Puesto que las «sociedades del riesgo no son sociedades de clases [...] Contienen en sí una dinámica de desarrollo que hace saltar las fronteras y es democrática de base, y que además obliga a la humanidad a unirse en la situación de las autoamenazas civilizatorias. En consecuencia, la sociedad del riesgo dispone de nuevas fuentes del conflicto y del consenso. En lugar de la supresión de la carencia aparece la supresión del riesgo»¹⁰⁷.

La propia esencia globalizadora del fenómeno *riesgo* es usada por el Estado para descargarse de la responsabilidad de resolver todos los conflictos, ya que en la actual sociedad, «nadie es responsable por los riesgos»¹⁰⁸. O sea que nadie, y tampoco completamente el Estado, es políticamente responsable. El Estado decide los conflictos de los que puede desentenderse limitadamente, cosa que hace a través del derecho. Dice Beck que las sociedades industriales han desarrollado una reglas y unas instituciones para controlar genéricamente las consecuencias y los riesgos futuros no comprendidos en el presente. Para la construcción de esos controles, el Estado favorece un modelo que responda a la pregunta de «cómo se puede responder a riesgos espacial, temporal y socialmente *limitados* en forma colectiva e institucionalizada»¹⁰⁹.

El procedimiento para ello es que la racionalidad del derecho emprenda procesos de juridificación que atribuyan a través de normas jurídicas. Los principios de aseguración y de responsabilidad colectiva son necesarios para la implantación de este modo de racionalidad del derecho, hecho constatado ya en páginas anteriores a propósito del estatuto legal de la responsabilidad profesional de

¹⁰⁶«[O]bjétivamente los riesgos despliegan dentro de su radio de acción y entre los afectados por ellos un efecto igualador. Ahí reside precisamente su novedosa fuerza política. En este sentido, las sociedades del riesgo no son sociedades de clases; sus situaciones de peligro no se pueden pensar como situaciones de clases, ni sus conflictos como conflictos de clases» Beck, 1986, pág. 13.

¹⁰⁷Beck, 1986, pág. 21.

¹⁰⁸Beck, 2005, pág. 184.

¹⁰⁹Beck, 2005, pág. 184.

los mediadores en la Ley 5/2012.

La generación de confianza en los consumidores, como se afanan en proclamar las declaraciones del mercado único europeo anteriormente citadas, no parece ir en otra dirección que el de la protección del intercambio en el mercado interior europeo, al modo de intercambio capitalista y neoliberal de ese mercado y su tráfico mercantil. Se debe recordar que la mediación regulada en la Unión Europea se ha dirigido a regularla en los litigios transfronterizos, en el ámbito de consumo, en el derecho mercantil y concursal, como es de ver solamente al examinar las normas y directivas fundamentales en la materia que han sido objeto de estudio en capítulos anteriores¹¹⁰.

La generación de confianza es una de las posibles consecuencias de la regulación jurídica de la mediación. Instrumentos de derecho comunitario de la Unión Europea explicitan la promoción y potenciación de la confianza de los consumidores y clientes como resultado del ejercicio de mecanismos de ADR.

Conseguir este resultado es un sobreentendido de la racionalidad de la regulación: *promover, ganar y potenciar la confianza* de los ciudadanos. Esta estrategia de la confianza a través del uso de la mediación es otro trasunto del diseño del Estado en que «la mayor parte de las propuestas recientes para conferir poder a la sociedad civil redundan en desarme social y político para la mayoría de los ciudadanos»¹¹¹.

La generación de confianza en los consumidores va en la dirección de la protección del intercambio en el mercado interior europeo, del modo de intercambio capitalista y neoliberal de ese mercado y su tráfico mercantil. Por eso, la mediación regulada por *hard law* en la Unión Europea se ha dirigido a los litigios transfronterizos, en el ámbito de consumo, en el derecho mercantil y concursal.

¹¹⁰Puede ser útil consultar el Cuadro 3.2. de este trabajo, cuadro sinóptico de los principios de la mediación en la regulación de la Unión Europea. Solamente la Directiva 2012/29/UE, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal ha desarrollado en forma de *hard law* el largo y profundo proceso de recomendaciones del Consejo de Europa sobre mediación penal y justicia juvenil restaurativa.

¹¹¹Santos, 2003, pág. 197.

Finalmente, la regulación de la mediación puede incorporar una racionalidad que trate de generar confianza en el proceso judicial y en las funciones instrumentales, políticas y simbólicas de los tribunales. Ya se ha mostrado el debate sobre la crisis del proceso judicial que provoca la búsqueda de salidas en la autocomposición, en los ADR, en acceso alternativo a la justicia. Cuando la regulación presenta la mediación como un medio alternativo, equivalente y confiable para la resolución de litigios no solamente está desviando la resolución de conflictos de los tribunales a los particulares. También puede estar desviando otras funciones que pertenecen al proceso judicial al procedimiento de mediación. En la medida en que la mediación tenga éxito en el cumplimiento de las funciones atribuidas, también genera confianza en las funciones del sistema judicial y del acceso a la justicia.

Dice Santos que en «las sociedades contemporáneas los tribunales desempeñan diferentes tipos de funciones. Distinguimos los tres principales: funciones instrumentales, funciones políticas y funciones simbólicas.»¹¹² Siguiendo esta categorización, las funciones instrumentales de los tribunales son las siguientes: «resolución de conflictos, control social, administración y creación del derecho, [...] La función de control social de los tribunales atañe a su contribución específica al mantenimiento del orden social y a su restauración siempre que se viole este.»¹¹³ Santos hace un recorrido histórico en el seno de la modernidad para afirmar que la respuesta a cómo mantener el orden social «se halló en el derecho, en la existencia de una normatividad única, universal, coherente, en consonancia con los objetivos de desarrollo de la sociedad burguesa y susceptible de poder imponerse por la fuerza, siendo los tribunales a la que se confió dicha imposición [...] la resolución de conflictos llevada a cabo por los tribunales configura, en sí misma, una función de control social.»¹¹⁴ Así pues, la función de resolución de conflictos no es una *mera* resolución de conflictos sino que esta función del

¹¹²Santos, 2018, pág. 47.

¹¹³Santos, 2018, pág. 48.

¹¹⁴Santos, 2018, pág. 48.

poder judicial llevaba atribuida, además, una función instrumental secundaria de control social.

Otra función instrumental del proceso judicial es la de creación del derecho. Santos argumenta que la función de creación del derecho se desarrolla cuanto menos vinculada está la resolución del conflicto a la predeterminación de la ley. Es decir, en palabras de la Ley 5/2012, cuando la resolución de conflictos está más *deslegalizada*¹¹⁵. Esta creación del derecho si bien es «una creación precaria, intersticial y caótica», prospera desde los años 80 del siglo pasado ante el cada vez mayor colapso de «los principios de subsunción lógica en la aplicación del derecho.» El colapso se debe a «la emergencia de normatividad particularista y negociada [...] y la presión formal o informal sobre los jueces para actuar más como mediadores que como juzgadores.»¹¹⁶ La deslegalización y la autocomposición de conflictos sobre derechos disponibles provoca menos aplicación judicial del derecho y más creación judicial del derecho, si se sigue el razonamiento de Santos y se aplica al análisis de la racionalidad de la mediación normada.

9.4.3. La racionalidad de la mediación que desmoviliza: los mediadores profesionales y el desarme social

Recapitulando lo dicho hasta ahora, los principios de la mediación, a los que la Ley 5/2012 atribuye un carácter esencial, definitorio de la institución de la mediación, tienen un desarrollo triple a lo largo de la ley. El primer desarrollo corresponde a la autocomposición, como principio constitutivo que vertebra la mediación. La autocomposición es un concepto original del derecho procesal civil aunque incorpora valores y principios jurídicos anteriores y presentes en la historia de la modernidad: libertad, autonomía de la voluntad, derechos disponibles. La voluntariedad como principio pro-

¹¹⁵De la deslegalización se ha tratado al estudiar los fines de la mediación regulada expresados por la Ley 5/2012; en el apartado 4.1.

¹¹⁶Santos, 2018, pág. 49.

cedimental de la mediación está también relacionada con la auto-composición.

El segundo desarrollo corresponde al principio de acceso a la justicia, como finalidad declarada de la incorporación de la mediación al ordenamiento jurídico a través de la regulación.

El tercer desarrollo corresponde al principio de intervención de un tercero mediador neutral e imparcial, experto formado profesional, que facilite la comunicación y el acuerdo, que asegure la adecuación del procedimiento a lo prevenido legalmente y que responda personalmente por las deficiencias y fallas en su desempeño profesional. Los centros o entidades de mediación operan en la ley de igual manera pero en tanto que personas jurídicas¹¹⁷.

En la actualidad, el Estado está «perdiendo el estatuto de unidad privilegiada de análisis y de práctica social»¹¹⁸. Es el propio Estado el que interviene proponiendo instituciones, reglas y procesos con el fin de reducir su propio protagonismo en la producción de bienestar social, tarea que fue propia del Estado desde el siglo XIX hasta el inicio de la década de los setenta. Algunos de los fenómenos mencionados por Santos son: desregulación, privatización, mercado interno del Estado, coparticipación en los costos,

¹¹⁷El art. 5 de la Ley 5/2012 se dedica a regular las instituciones de mediación: «1. Tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación. Si entre sus fines figurase también el arbitraje, adoptarán las medidas para asegurar la separación entre ambas actividades. La institución de mediación no podrá prestar directamente el servicio de mediación, ni tendrá más intervención en la misma que la que prevé esta Ley. Las instituciones de mediación darán a conocer la identidad de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, informando, al menos, de su formación, especialidad y experiencia en el ámbito de la mediación a la que se dediquen.

2. Estas instituciones podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias.

3. El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes velarán por que las instituciones de mediación respeten, en el desarrollo de sus actividades, los principios de la mediación establecidos en esta Ley, así como por la buena actuación de los mediadores, en la forma que establezcan sus normas reguladoras.»

¹¹⁸Santos, 2003, pág. 175.

mercantilización, ciudadanía activa y resurgimiento de la comunidad. También la mediación: el bienestar social en manos de los particulares, resolviendo sus propios conflictos autocompositivamente e inhibiendo, en parte importante, la responsabilidad del Estado en ellos, a través de la interposición de la figura de mediadores expertos y profesionales.

Además, se observa por Santos la revitalización del principio de comunidad, la recuperación de las formas autónomas y tradicionales de solidaridad, reciprocidad y ayuda mutua que el Estado ya no suministra. El Estado-Providencia ya no lo es y no es el suministrador de bienestar social que la colectividad necesita.¹¹⁹ Pero la intervención del Estado regulando, por culpa de la naturaleza dilemática del Estado-Providencia, produce las manifestaciones de «colonización» de la sociedad. «La regulación jurídica destruye la dinámica orgánica y los patrones internos de autoproducción y autorreproducción de las diferentes esferas sociales»¹²⁰.

La dinámica orgánica de la mediación antes de ser regulada ha sido afectada por el proceso de regulación. La intervención del Estado regulando crea «disfunciones»: *sobrejuridización* de la sociedad o *sobresocialización* del derecho.

Los problemas de «discrepancia entre derecho escrito y derecho aplicado, demoras y costos de la justicia, congestión de los tribunales»¹²¹ no son problemas técnico-jurídicos, son problemas políticos para Santos. Y son la justificación política del impulso de la regulación de la mediación.

La racionalidad de la mediación usada en la regulación, cuando configura el estatuto legal del mediador, sus atribuciones, competencias y el modo de acceso está produciendo «estructuras que someten la conciencia cotidiana a los estándares de unas culturas de expertos profesionales, excluyentes y desarrolladas conforme a sus propios criterios internos»¹²².

¹¹⁹Santos, 2003, pág. 178.

¹²⁰Santos, 2003, pág. 178.

¹²¹Santos, 2003, pág. 182.

¹²²Habermas, 1992, pág. 502.

El conflicto como conciencia cotidiana de hecho social y su gestión como una estructura estandarizada según la lógica de profesionales mediadores, que siguen los criterios internos de la mediación normada es el peligro que conlleva la imposición de la racionalidad subyacente a regulaciones como la de la Ley 5/2012. Mediación aplicada según la racionalidad de los profesionales que conocen y dominan la mediación normada es la forma en que se manifiesta en la racionalidad de la mediación la dialéctica sistema-mundo de la vida, en la que el sistema cosifica, es decir fragmenta, dispersa la conciencia, el conocimiento y la acción. Esto permite la creación de condiciones para la colonización del mundo de la vida.

Las intervenciones del Estado generan ventajas, pero también y simultáneamente, generan «una creciente dependencia»¹²³.

Frente a esta tendencia a la juridización y lo que conlleva para la gestión de los conflictos, la solución siempre ha sido la desjudicialización de los mismos, retirar al juez prerrogativas del espacio de decisión, las iniciativas han tratado de no seguir ampliando las intervenciones del juez. Pero «la sustitución del juez por el terapeuta no es ningún remedio; el asistente social no es más que otro experto más, que no libra a los clientes de las burocracias del Estado benefactor de su posición de objetos.» Se produce una «reconversión del derecho de tutela en medidas terapéuticas»¹²⁴.

Es una paradoja, pues aunque Habermas propugna que «el uso del derecho como *medio* debe sustituirse por procedimientos de regulación de los conflictos, que se ajusten a las estructuras de la acción orientada al entendimiento», el problema se suscita cuando esos mismos procedimientos, como la mediación-hecho social, quedan atrapados ellos mismos por la juridización del derecho como medio. Habermas está pensando en la mediación de conflictos como alternativa a las tendencias de colonización del mundo de la vida, pues la mediación mantiene estructuras y procesos de formación discursiva de la voluntad individual y colectiva y de negociación y

¹²³Habermas, 1992, pág. 523.

¹²⁴Habermas, 1992, pág. 524.

decisión orientados hacia el consenso.¹²⁵

La mediación controlada por la justicia y la administración puede convertirse en un «instituto» del Estado benefactor, que organiza y distribuye la resolución de conflictos como una prestación social más. La exigencia es desjusticializar y desburocratizar la mediación¹²⁶.

La estructura paradójica de la juridización provoca movimientos que tratan «de impedir que los ámbitos sociales que dependen de modo funcionalmente necesario de una integración social a través de valores, normas y procesos de entendimiento, queden a merced de los imperativos sistémicos de los subsistemas Economía y Administración, que tienden a la expansión en virtud de su propia dinámica interna, y que a través del medio de control *derecho* esos ámbitos queden asentados sobre un principio de socialización que les resulta disfuncional»¹²⁷.

Finalmente, en la fase actual del proceso de regulación existe un debate¹²⁸ abierto acerca de la obligatoriedad o no de acudir a la mediación, como requisito previo de admisibilidad de una demanda judicial.¹²⁹ El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña afirma el

¹²⁵Habermas, 1992, pág. 524.

¹²⁶Habermas, 1992, pág. 527.

¹²⁷Habermas, 1992, pág. 527.

¹²⁸El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña muestra ese debate en el seno del colectivo de trabajadores de la Administración de justicia en Cataluña, en Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 1108 y ss.. En la pág. 1.127, concluye en «establecer la mediación obligatoria previa a la judicialización del caso, ya que si no hay una obligación legal de imponer una mediación previa no se avanzará en su implantación.»

¹²⁹Situación que ya se da en países como la Argentina, merced a la Ley de Mediación y Conciliación núm. 24.573; en Chile, Ley núm. 19.968, de Tribunales de Familia; en el Perú, Ley de Conciliación Extrajudicial núm. 26.872; en algunos Estados de EEUU, como Maryland, Michigan o Wisconsin; en Canadá en el Estado de Ontario; en Australia, en Japón. Se puede contrastar y ampliar esta información en el estudio de derecho comparado de Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 137 a 146.

En España, un método ADR hermanado con la mediación, la conciliación laboral ya es obligatoria por obra del artículo 63 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: «Conciliación o mediación previas. Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos

carácter abierto del debate:

«La mediación institucionalizada como obligatoria o paso previo necesario a la jurisdicción (*mandatory mediation*) puesta en práctica en algunos sistemas jurídicos ofrece todavía datos ambivalentes en términos de eficiencia, de forma que este concreto aspecto exige cierta prudencia.»¹³⁰

El debate sobre la obligatoriedad, sobre la mediación forzosa, genera incertidumbre, por ejemplo en el Libro Blanco de la Mediación: «la mediación establecida como obligatoria como paso previo a la jurisdicción obligaría a un minucioso estudio de los supuestos y las materias en los que, efectivamente, la mediación resulta apropiada y conveniente. La experiencia italiana, de tradición y cultura jurídica muy próxima a la nuestra podrá ofrecer, en un futuro próximo, información preciosa a estos efectos, si se tiene en cuenta que ha instaurado la mediación obligatoria a gran parte de las controversias civiles y mercantiles»¹³¹.

En el debate, Gil Vallejo defiende introducir la obligatoriedad de la mediación previa en la regulación española cuando el conflicto se

interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como mediante los acuerdos de interés profesional a los que se refieren el artículo 13 y el apartado 1 del artículo 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo.»

Sobre mediación previa obligatoria en materia de consumo en Cataluña, se trató en el apartado anterior 4.3.1.1 el Código de Consumo catalán y la obra de M.^a Esperança Ginebra y de Jaume Tarabal que comenta el supuesto, en Ginebra Molins, 2018; Ginebra Molins y Tarabal Bosch, 2014, 2013.

¹³⁰Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 46.

¹³¹Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 178. La incertidumbre provocada por la posibilidad de una mediación impuesta y preceptiva -por la fuerza del derecho- puede dar lugar a imprevisibilidad y arbitrariedad. En su análisis de la violencia, Hannah Arendt subraya la relación intrínseca entre violencia y arbitrariedad. «como los resultados de la acción del hombre quedan más allá del control de quien actúa, la violencia alberga dentro de sí un elemento adicional de arbitrariedad.» «No existe certidumbre en estas materias» (los asuntos humanos). La perfección y la eficacia técnicas de los modernos medios para la guerra hacen que sea inútil el uso mismo de la guerra, lo que resulta un «irónico recuerdo de esa imprevisibilidad absolutamente penetrante que hallamos en el momento en que nos acercamos al dominio de la violencia.» En Arendt, 2005, págs. 11 y 12.

haya judicializado, la «intervención de la mediación desde el propio proceso judicial»¹³². Recoge el sentido que se desprende de la lectura de la Directiva 2008/52/CE en donde el juez aparece como mediador «siempre que no sea el responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto del litigio»¹³³.

Entelman habla del proceso argentino de regulación que acaba imponiendo la mediación obligatoria: es un error¹³⁴. En algunos estados de los Estados Unidos de América, la mediación es obligatoria (*mandatory mediation*), cuestión que también ha suscitado un debate sobre sus beneficios y sus perjuicios, en el que los segundos parecen más ser más y más consistentes, como los relativos a la influencia negativa de la obligación de mediar en la capacidad autocompositiva de alguna de las partes, aquella que se encuentra en una posición inicial de subordinación.¹³⁵

Lo que parece relacionado en este punto es que la eventual obligatoriedad de una mediación forzosa conlleva la demanda de un

¹³²Gil Vallejo, 2013, pág. 81.

¹³³Considerando 12 de la Directiva.

¹³⁴En nota anterior, se ha reproducido en texto literal la opinión de Remo Entelman acerca del proceso argentino de regulación que acaba imponiendo la mediación obligatoria en sede judicial y que califica de «error». En Entelman, 2002a, pág. 1.

¹³⁵Una lectura feminista de la desigualdad en la mediación familiar se puede hacer a través del análisis de Trina Grillo de la mediación en California, obligatoria desde el año 1981. Para esta autora, la subordinación de la mujer está presente en muchas relaciones familiares y la obligatoriedad de la mediación familiar prejudicial es contraproducente: «*While some of mandatory mediation's dangers affect men and women equally, others fall disproportionately on women. A study that compared people who close to mediate with those who rejected the opportunity found that 44% of the reasons given by women who rejected mediation services offered to them centered around their mistrust of, fear of, or desire to avoid their ex-spouse. [...] Thus, the requirement of mandatory mediation that the parties meet personally with one another, usually without a lawyer present, presents troubling issues for women. Feminist analyses, looked at alone and together, clarify why is so. [...] [M]andatory mediation is specially harmful: its messages disproportionately affect those who are already subordinated in our society, those to whom society has already given the message, in far too many ways, that they are not leading proper lives.*» En Grillo, 1991, págs. 1601 y 1607.

Finalmente, en una mirada etnográfica, son minoría las sociedades y culturas que hayan obligado a las partes a acudir a mediación y siempre con el fin de servir al orden social: «*several societies force mediation on disputants to retain order in their community*», en Wall y Lynn, 1993, pág. 165 y en Wall *et al.*, 2001, pág. 372.

cuerpo más numeroso de mediadores profesionales. Cuando se representa el escenario de la mediación obligatoria, el Libro Blanco de la Mediación no puede dejar de plantear el aumento de recursos, en forma de formación de operadores jurídicos como cuadros mediadores. Habla literalmente, de «dotar de medios materiales suficientes a toda iniciativa tendente a la institucionalización de un sistema de mediación, acompañada de políticas de impulso desde las propias Administraciones -campañas informativas- e inclusión de un programa de formación adecuado de los operadores, con adaptación de los Estudios de Derecho»¹³⁶.

Los intentos de introducir la mediación obligatoria son una forma de «condenarla al ostracismo», según Silvia Barona. «Convertir la mediación en obligatoria refuerza su condena al fracaso y otorga a la misma un valor de tutela controlada por el Estado, dirigida por el mismo y que pierde la fuerza de la libertad que la hizo nacer y perdurar»¹³⁷. Para Barona, la imposición por la regulación de la mediación forzosa podría llegar también a significar el *desarme de la mediación* y, por ende, el *desarme social* de las personas participantes en el procedimiento de mediación, tal y como muestra la racionalidad de la mediación regulada que ha sido sometida a examen en este trabajo. Si bien la Ley 5/2012, de 6 de julio, no ha establecido la mediación como obligatoria¹³⁸, nada obsta que en el futuro una reforma legal posterior lo haga.

Esta reforma puede no estar muy lejos, pues estudios¹³⁹ sobre

¹³⁶Lauroba *et al.*, 2011c, pág. 178.

¹³⁷Barona Vilar, 2011a, págs. 207 y 208.

¹³⁸Aunque la ley española asume que otros países de la Unión Europea la hagan obligatoria, pues el art. 3, relativo a los conflictos transfronterizos menciona el hecho de que «[u]n conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable.» Por lo tanto, la falta de obligatoriedad de la mediación en la ley española no se debe a un descuido o a un olvido, sino que ha sido querida así expresamente en la regulación de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

¹³⁹Uno de los más vehementes de estos estudios es el del Giuseppe De Palo, quien como única respuesta a la paradoja de la poca implantación de la mediación, a pesar de todas sus ventajas, esgrime la obligatoriedad. En De Palo y Canessa, 2015, págs. 713-730.

la aplicación de la Directiva 2008/52/UE proponen abiertamente la mediación previa obligatoria con el fin de que sea más utilizada en los Estados miembros.

9.5. Las perspectivas de la racionalidad de la mediación

La mediación regulada no parece que haya puesto en peligro la reproducción de las estructuras económicas, políticas y jurídicas hegemónicas: no se ha confundido con una práctica radicalmente transformadora de la realidad social.

En esta línea, la mediación regulada por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, supone en parte la transformación social administrada por el derecho estatal, la emancipación regulada por el derecho estatal y una parte del mundo de la vida colonizado por el derecho estatal.

En los apartados finales de este trabajo se propone indagar en algunas perspectivas posibles de la racionalidad de la mediación que reorienten los posicionamientos racionales del proceso de regulación de la mediación llevado a cabo por la Ley 5/2012.

9.5.1. El *despensar* la racionalidad de la mediación

Boaventura de Sousa Santos invita a *des-pensar* el derecho, asumir que *lo otro jurídico* no estatal también es derecho, es decir, que des-pensar el derecho «debe forzosamente comenzarse por separar el Estado del derecho»¹⁴⁰. Esta tarea significa para Santos proponer un nuevo conocimiento sobre el derecho cuyo lugar epistemológico esté fuera del Estado¹⁴¹. Puesto que la identificación en la moder-

¹⁴⁰Santos, 2003, págs. 186 y ss.

¹⁴¹En Santos, 2003, pág. 232, afirma que «al contrario de lo que pretende la filosofía política liberal y la ciencia del derecho que sobre ella se constituyó, circulan en la sociedad, no una, sino varias formas de derecho o modos de juridicidad. El

nidad entre derecho y Estado ha sido la dominante, Santos prefiere pensar el derecho a través de un pensamiento «no hegemónico»¹⁴². La herramienta de que se vale Santos para este fin es la que él llama *cartografía simbólica* del derecho o *sociología cartográfica* del derecho, una «cartografía para desarrollar una concepción del derecho en tanto mapa cognitivo de los espacios de orden y desorden en que nos movemos cotidianamente»¹⁴³. La cartografía simbólica del derecho permite pensar un concepto más sociológico y autónomo del derecho que se desvincule de la racionalidad jurídica estatal y que, de esta manera, cuestione «radicalmente algunos de los postulados filosóficos y políticos de la teoría liberal del Estado y del derecho modernos»¹⁴⁴.

Una invitación complementaria, tomada prestada del planteamiento de Santos y que propone el presente trabajo como tarea pendiente es *despensar* la racionalidad de la mediación regulada por el derecho tal y como ha sido descrita a través del proceso que antecede y provoca la promulgación de la Ley 5/2012, de 6 de julio. El mismo autor ya deja abierta la posibilidad del uso de su teoría para el *des-pensar* otras instituciones jurídicas o sociales, en este caso, la mediación. El marco metodológico de la *cartografía simbólica* puede ser aplicado a formas institucionalizadas socialmente, provenientes de la religión, de la educación, de la salud, de la moda, de las fuerzas armadas, del movimiento sindical.¹⁴⁵ Esta invitación conlleva a pensar la mediación sin depender exclusivamente de las

derecho oficial, estatal, que está en los códigos y es legislado por el gobierno o por el parlamento, es apenas una de esas formas, aunque, tendencialmente la más importante.»

¹⁴²Santos, 2003, pág. 213. Para Santos, *des-pensar* «es una tarea epistemológicamente compleja porque implica una deconstrucción total, mas no nihilista, y una reconstrucción discontinua, aunque no arbitraria». Tarea que Santos se encarga de ejemplificar en la ciencia y el derecho modernos.

¹⁴³Santos, 2003, págs. 221 y 223.

¹⁴⁴Santos, 2003, pág. 226.

¹⁴⁵Santos se detiene en el ejemplo del proceso educativo de gran escala, que tiene lugar «de modo informal y cotidiano en el seno de la familia, del grupo de referencia, o de la comunidad local. Este proceso no coincide con el proceso educativo de pequeña escala en el ámbito del sistema educativo formal, nacional (público o privado), aún cuando los dos procesos inciden, en apariencia, sobre los mismos tópicos y sobre los mismos alumnos.» En Santos, 2003, pág. 238.

formas de auto-conocimiento producidas por cuadros profesionales que las sirven (los mediadores), sino de las partes en el conflicto que participan de la mediación y construyen autocompositivamente el acuerdo. El silencio de las partes en la mediación acerca de la racionalidad subyacente en ella es significativo de la necesidad de *despensar* el conocimiento de la mediación sobre sí misma.

También significa atender a la materialidad de la mediación, o sea, a las «reglas específicas de su eficacia.» Esto significa no centrarse (solamente) en los intereses sociales o grupales para la mediación, ni en el impacto social de la mediación, ni en el impacto económico, la relevancia gremial o sus beneficios en la generación de un mercado, ni en el resultado instrumental de la mediación en relación con la crisis de la jurisdicción, sino centrarse en la mediación instituida, en la mediación aplicada. Esto conlleva de nuevo atender al modo de conocimiento que sobre la mediación pueden aportar las partes mediadas. Esto conlleva el *des-pensar*, por ejemplo, el acuerdo de mediación de su clave procesal-civil.

Finalmente, supone combinar el análisis estructural y el análisis fenomenológico de la mediación, la «experiencia [mediadora] vivida»¹⁴⁶.

Es posible que en este proceso de conocimiento sobre la mediación y su racionalidad se produzcan cambios epistemológicos que sean percibidos como pérdidas de la capacidad técnico jurídica de la mediación, de su eficacia procesal, de su equivalencia al proceso jurisdiccional, de sus garantías de ejecutividad judicial. Es posible que esta percepción sea compartida por los mediadores en tanto que nueva profesión de expertos formados en la gestión de los conflictos. Santos advierte la plausibilidad de estos cambios y la asume como una de las características del *des-pensar*: «la cartografía simbólica del derecho pretende contribuir para vulgarizar y trivializar el derecho con la intención de abrir camino para un nuevo sentido común jurídico»¹⁴⁷.

¹⁴⁶Santos, 2003, pág. 338.

¹⁴⁷Santos, 2003, pág. 250.

Despensar la racionalidad de la mediación para incorporar en ella, o construir sobre ella nuevas epistemologías insurgentes y subalternas, desde abajo¹⁴⁸, desde las mismas personas en conflicto que confían en la mediación para construir relaciones duraderas basadas en el entendimiento, el consenso y la paz.

Decía Carnelutti en 1940, cuando debatía sobre la presencia intrínseca de la fuerza compulsiva en el derecho:

«*Siempre más Derecho*, se podría decir que ha sido y es todavía la divisa, no tanto de los prácticos como de los científicos; pero esto es un trágico error. *Siempre menos Derecho*, se debería decir si se quisiera penetrar en el fondo de las cosas. Lo cual no significa no poner nada en el puesto del Derecho, o sustituir el orden por la anarquía *sino crear las condiciones para que pueda confiarse cada vez menos en la fuerza y cada vez más en la bondad para la función de la paz*»¹⁴⁹.

9.6. Recapitulación

El capítulo ha querido profundizar y explicitar las imbricaciones entre los paradigmas jurídicos estudiados y el proceso de regulación de la mediación. La finalidad es dar por concluida en la medida de lo posible la caracterización de la racionalidad de la mediación regulada, sus posibilidades y sus problemas. Para ello, el capítulo ha realizado una lectura, en clave de racionalidad de la mediación, de las diferentes fases del proceso de juridificación de la mediación.

En segundo lugar, se ha aventurado a la luz de esa lectura racionalizadora una posible identificación de la mediación regulada con la autocomposición para el acceso alternativo a la justicia, con la asistencia de un tercero mediador profesional.

¹⁴⁸Al modo del derecho subalterno e insurgente propuesto por Santos en el último capítulo de Santos, 2009b o en Santos y Rodríguez Garavito, 2007a, págs. 7 a 28.

¹⁴⁹Carnelutti, 1940, pág. 49.

En tercer lugar, desde la altura temporal del momento en que se elabora el trabajo, se ha tratado de hacer un balance del proceso de regulación. Este balance, que después de los escasos datos empíricos disponibles es desigual o incluso contradictorio: se puede afirmar un balance pobre o negativo en cuanto a la mediación como institución y un balance rico o positivo en cuanto a los mediadores como profesión.

Ante esa paradoja el capítulo ha concluido con el estudio de la relación entre el proceso de juridificación de la mediación y las evidencias de *re-regulación* como de *des-regulación* selectivas. Es decir, en la mediación regulada se advierten fenómenos de *re-regulación* como de *des-regulación*.

En cualquier caso, más allá de este apartado de recapitulación, el propio capítulo tiene ya un sentido de recapitulación, interrelación de lo estudiado anteriormente y de enriquecimiento de todo lo puesto de manifiesto en el desarrollo del trabajo que permita alcanzar algunas conclusiones con las que finalizar la tarea. Cosa que se procura a continuación.

Capítulo 10

Conclusiones

Primera

La mediación, como hecho presente en la sociedad, muestra una racionalidad social basada en el entendimiento, en la comunicación y el diálogo, con el fin de transformar las relaciones interpersonales y alcanzar el cambio social tendente a la paz y la convivencia pacífica. La racionalidad social de la mediación no excluye, sin embargo, la función de la mediación como medio de contención y equilibrio en el conflicto concreto entre partes. La intervención de mediadores naturales o coyunturales de las tradiciones religiosas grecorromanas y cristianas, tradiciones culturales o manifestaciones literarias muestran esta racionalidad con doble cara. Es decir, la racionalidad de la mediación como hecho social procura servir no solamente a las partes implicadas en el conflicto sino reproducir valores de cambio social hacia el resto de la sociedad. La mediación, institucionalizada socialmente, procura tanto la contención y el control de los conflictos individuales como una cultura de paz y entendimiento en la comunidad.

Segunda

La regulación jurídica en ocasiones ha mostrado atención en juridificar los aspectos referidos a la transformación y el cambio social, por ejemplo cuando el Consejo de Europa recomienda herra-

mientas de mediación en y con el pueblo gitano, en desventaja social, económica y cultural. O más expresamente, cuando la normativa autonómica española ha optado por entender que el principio de acceso a la justicia tiene un sentido más allá del estricto acceso a la vía judicial de dirimir disputas y adscribe la mediación a la caracterización de un servicio social, dentro de la cartera que ofrecen los poderes públicos a la consecución del bienestar colectivo. En cualquier caso, estas aproximaciones de la regulación de forma expresa a los valores e ideales de justicia y cambio social de la mediación son residuales y marginales en el resto del proceso de regulación y se manifiestan principalmente al servicio de la instrumentalización de la mediación para los fines de la desjudicialización de los litigios.

Tercera

Aunque la mediación es un hecho social desde antiguo, el proceso de regulación e institucionalización jurídica de la mediación que da lugar a la Ley 5/2012 comienza hace no más de 40 años. Desde su inicio, sigue los siguientes patrones: define siempre la mediación a partir de sus fines y principios, utiliza al principio herramientas de *soft law* y posteriormente de *hard law* y la incluye en el sistema de administración de justicia, a partir de su inserción en el proceso civil y mercantil y su relación con el sistema judicial, al que complementa.

Cuarta

Fruto del proceso de regulación, la definición de la mediación regulada estatalmente consiste en un procedimiento autocompositivo de resolución de conflictos para favorecer el acceso alternativo al sistema judicial con la intervención de un tercero experto y profesional. Para que el derecho permita llegar a esta síntesis, la mediación ha sufrido un proceso de institucionalización jurídica desde el mundo de la facticidad social al de la validez jurídica, con las características de racionalidad que esta institucionalización conlleva.

Quinta

La racionalidad jurídica, a través del proceso de regulación e institucionalización de la mediación, ha tratado de apropiarse incesantemente de la potencialidad transformadora de la mediación, modificándola. En concreto, la regulación que se ha desarrollado utiliza la institución social de la mediación para resolver las disfunciones y los problemas del sistema judicial de resolución de conflictos, que no da respuesta satisfactoria a la garantía efectiva del acceso a un sistema adecuado de protección de derechos e intereses. La lógica de la racionalidad jurídica del Estado es apropiarse de la mediación atrayéndola al sistema procesal jurisdiccional, como una herramienta más de este sistema, complementaria y equivalente. En ese camino, atribuye a la mediación las características de su propia racionalidad: procedimentalidad, previsibilidad, seguridad, validez, eficacia, control del riesgo, generación de confianza.

Sexta

La primera característica de la racionalidad jurídica con que se regula e institucionaliza la mediación es la de la procedimentalización. La mediación experimenta un progresivo proceso de formalización que acabe legitimando su función.

Por eso el énfasis de la racionalidad jurídica se encuentra más en la resolución de los conflictos que en su prevención o transformación. Es decir, a la racionalidad jurídica le importan los acuerdos de mediación alcanzados según el procedimiento de mediación que lleva a esos acuerdos. Es decir, para la racionalidad de la mediación regulada, la importancia del procedimiento de mediación estriba en su vinculación a la capacidad de llegar a acuerdos, de resolverlos finalmente. Esto explica que el derecho incida especialmente en la regulación de los acuerdos de mediación, en aras a juridificar su validez: la forma escrita del acuerdo, la convalidación u homologación notarial y judicial, la suspensión de los plazos en el proceso judicial, la fuerza ejecutiva del acuerdo y su proceso de ejecución forzosa.

Séptima

La desjudicialización que persigue la mediación regulada jurídicamente busca aliviar la carga litigiosa de los tribunales preservando el sentido del principio de acceso a la justicia como derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Pero también esta misma intención *desjudicializadora* ha configurado el principio de acceso a la justicia en el sentido de dejar ese acceso libre a clases sociales más o menos empobrecidas y sin recursos culturales, sociales y económicos, que no pueden costearse la vía jurisdiccional de acceso a la justicia.

Cuando en los años 70 se debatía sobre el principio de acceso a la justicia, se propusieron tres fases en la capacidad de ampliar y mejorar ese acceso. La tercera era la introducción de los ADR, como la mediación. Los otros dos tenían que ver con asistencia jurídica gratuita y justicia para personas empobrecidas y vulnerables y con la asistencia a intereses difusos y colectivos. La conclusión después de 40 años es que la racionalidad de la regulación de la mediación ha organizado el principio de acceso a la justicia precisamente a través de una conjunción de las tres fases anteriores: mediación como vía de justicia gratuita o a bajo coste para personas pobres y/o vulnerables, como lo pueden ser los consumidores en conflictos transfronterizos u otros conflictos civiles y mercantiles en que se ven involucradas personas físicas con personas jurídicas, sociedades, corporaciones y empresas.

Para la racionalidad jurídica del derecho normado, el principio de acceso a la justicia está vinculado a un concepto de *justicia* como administración de vías judiciales de resolución de conflictos y vinculado a principios constitucionales y legales como la tutela judicial efectiva o la preterición de la justicia privada.

El proceso de regulación, en cambio, no ha tomado de la racionalidad social de la mediación todo el contenido de los principios de cambio social hacia el entendimiento, todo el significado de acceso a la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico o como ideal de proyección de la sociedad.

Octava

La institucionalización jurídica de la mediación por el derecho maneja esta ambigüedad del término *justicia* en la expresión *acceso a la justicia* de tal modo que, a menudo, los mediadores desconocen que la *desjudicialización* no consiste en la salida del conflicto del control estatal de la solución de conflictos, sino que consiste en descargar de carga procesal a los jueces y tribunales, pero manteniendo, en esencia, la mediación dentro de la vía jurisdiccional. Esto lo materializa la racionalidad jurídica de la regulación a través de convertir la mediación en mediación intrajudicial, a través de su inserción en el derecho procesal civil. La racionalidad de la mediación regulada jurídicamente caracteriza a la mediación como *coadyuvante, complemento, mecanismo nunca de peor condición*, que no cierra formalmente el derecho de acción judicial en defensa de los derechos e intereses de las partes en el conflicto.

Novena

La regulación de la mediación ha consistido de forma central en la regulación de la figura del mediador, más que en la regulación del procedimiento de mediación: hay una recurrencia enfática por configurar un estatuto legal del mediador, fijar su formación previa, establecer la obligatoriedad de la formación continuada, su código deontológico, su inscripción a un registro público de mediadores, la suscripción a un seguro obligatorio de responsabilidad civil profesional, definir sus tareas en el procedimiento (convocar a las partes, dirigir las sesiones, visar los acuerdos), sus honorarios y retribuciones económicas. El principio de confidencialidad en la mediación pasa a ser entendido por la racionalidad jurídica como *secreto profesional*. Excepto por el hecho de que no existe un colegio profesional, el estatuto legal reúne todas y cada una de las características de las profesiones que operan en el ordenamiento jurídico-procesal. En la racionalidad de la mediación regulada por el derecho es central la figura del mediador.

La mediación profesionalizada, administrada por expertos, queda restringida a un saber especializado, que se convierte en ajeno y lejano a las partes en el conflicto y que puede juridificar y burocratizar en demasía la gestión del conflicto, volviendo esta gestión cada vez menos autocompositiva y más heterocompositiva.

Décima

El aspecto de la creciente profesionalización de la figura del mediador tiene como consecuencia que la mediación regulada mediante el derecho pueda ser juzgada en clave de *fagocitación* del potencial de la mediación como transformador social que posee antes de esa regulación. El caso de la mediación regulada es, en definitiva, un ejemplo de colonización del mundo de la vida por el sistema de derecho.

La mediación objeto de regulación, al profesionalizar la figura del mediador, ha convertido a las partes en el conflicto en *consumidores* o *clientes* de un acceso alternativo a la justicia más amplio, desjudicializado, en el que se ve debilitada la capacidad autocompositiva. La promoción y el fomento de la mediación, tal y como ha sido regulada jurídicamente posee este carácter ambivalente: posibilita la libertad de las partes en la resolución por sí mismas de los conflictos pero al mismo tiempo, priva de libertad a esas mismas partes.

La profesionalización de la mediación y del mediador es un modo de expresión de la racionalidad de la juridificación: el aseguramiento jurídico de la libertad que la mediación en sí contiene se convierte también en pérdida de libertad.

Undécima

Otra consecuencia de la profesionalización de la mediación y de los mediadores es que ha conllevado la colonización de la institución por lógicas de economía de mercado. La racionalidad jurídica con que se ha regulado la mediación considera a las partes media-

das los *nuevos clientes* de la justicia ágil, barata y flexible y regula el estatuto legal del mediador con un evidente contenido económico: formación previa superior, formación especializada, formación continuada y obligatoria, aranceles notariales, honorarios profesionales de los mediadores, primas de seguro de responsabilidad civil. La mediación se ha convertido en un recurso útil que favorece la reproducción de la economía de mercado.

Duodécima

La racionalidad jurídica, una vez asegurada la presencia de una figura profesional y especializada, está en condiciones de devolver la resolución del conflicto a las partes. La racionalidad de la mediación regulada conlleva una lógica bifronte: desregula y regula de forma selectiva. Desregula porque desjudicializa la resolución de conflictos, como dice la Ley 5/2012, y los pone en manos de las partes, pero regula al interponer entre ellas a los expertos mediadores altamente profesionalizados. Para que sea jurídicamente posible la autocomposición de la partes, en donde se juega el principio de libertad y autonomía que caracterizan a la mediación, también como hecho social, el derecho se asegura de que el tercero mediador sea capaz de controlar, dirigir y tutelar a las partes y, eventualmente, dar por acabada la mediación, renunciar o apartarse de ella.

Decimotercera

La mediación juridizada en forma de nueva profesión manejada por expertos, es decir, profesionalizada, se convierte también en una respuesta del Estado a su estrategia de generación de confianza en la evitación del riesgo, en la evitación de la incertidumbre y de los conflictos.

El derecho devuelve el conflicto a las partes, lo desjudicializa, y por tanto retorna la responsabilidad de su gestión a la ciudadanía. Ante el riesgo de proliferación de conflictos, la racionalidad jurídica elimina el riesgo de que su resolución no pueda ser alcanzada judi-

cialmente. Para enmascarar el fracaso de la aplicación de soluciones jurisdiccionales, el derecho estatal traslada la carga de la búsqueda de esas soluciones en las propias partes, corresponsabilizándolas de los fracasos. Aunque, discursivamente, el derecho traslada la responsabilidad en la resolución de los conflictos con la promesa de que la mediación es un procedimiento más flexible, más adecuado, más económico, más rápido.

Decimocuarta

En esa traslación de responsabilidad desde el Estado a la sociedad, el mediador también es sujeto paciente. La figura del mediador se define legalmente como un profesional liberal, con independencia en la práctica profesional, y no como un funcionario de la administración de justicia. Por consiguiente, los riesgos de los que se descarga la administración estatal justifican la exigencia de que estos riesgos han de ser cubiertos por pólizas de seguro de responsabilidad profesional, pues los daños y perjuicios ocasionados por la actuación negligente o fuera de la *lex artis* del mediador ya no serán asumidos por el Estado, sino por el mismo profesional.

Esta descarga no significa un olvido del control de legalidad de los acuerdos de mediación. Los acuerdos finales que resuelven conflictos tienen efectos jurídicos sustantivos y procesales y, en fin, sirven a la vez a la desjudicialización y al mantenimiento de la confianza en la capacidad estatal de preservar la paz social. La racionalidad jurídica encarga la tutela del control de la legalidad de los acuerdos de mediación a los propios mediadores, al igual que a los notarios y a los jueces y tribunales.

Decimoquinta

Por tanto, otra consecuencia del proceso de juridificación de la mediación y de la profesionalización de la figura del mediador es que la mediación regulada se ha convertido en una herramienta de legitimación del poder del Estado. El éxito de la mediación, medido

en el número de casos derivados a mediación, las mediaciones efectuadas y los acuerdos de mediación alcanzados, como proclama el CGPJ, es el éxito del sistema judicial. Si las cifras de mediación no son demasiado altas todavía, el Estado descarga su responsabilidad fuera de él: falta de medios económicos, materiales o humanos, desinformación o desconocimiento de la mediación entre la sociedad o los ciudadanos.

Al contrario de lo que la mediación institucionalizada socialmente trata de proponer con valores de cambio social y *empoderamiento* de la sociedad civil, la regulación que el derecho ha hecho de la mediación comporta no un fortalecimiento de esta sociedad civil, no incrementa su poder, sino que se ha configurado en parte como un mecanismo de debilitamiento social, de desarme social y político de los ciudadanos.

Decimosexta

La mediación institucionalizada jurídicamente dentro del sistema de administración estatal de justicia se ha convertido en un «instituto» del Estado benefactor, que organiza y distribuye la resolución de conflictos como una prestación social más. Dentro de la estructura funcional de la administración judicial y dentro de los mecanismos jurídicos del proceso civil, pero en clave de prestación social. La racionalidad de la regulación convierte y se apropia de la mediación como un recurso más de la *terapeutocracia* contemporánea.

Decimoséptima

Ante la actual situación descrita a lo largo de este trabajo, el futuro del modelo de regulación de la mediación irá muy probablemente, en la dirección de reforzar más aún la figura del mediador con capacidad de intervención en el procedimiento de mediación. Se aventura esta posibilidad ya que las lógicas de profesionalización y desjudicialización hacen que recaiga el éxito o el fracaso de la im-

plantación y de la aplicación de la mediación civil y mercantil en los propios mediadores. Valoraciones positivas de las virtudes de la mediación intrajudicial confirmarán el modelo de profesionalización y desjudicialización. Valoraciones negativas de la implantación de la mediación, también, pues es probable que los análisis se dirijan a afirmar que no se han alcanzado unos niveles suficientes de calidad en la profesionalización y/o de cantidad en la desjudicialización.

Decimoctava

Los debates, inconclusos, sobre la obligatoriedad legal de la mediación prejudicial siguen presentes en el proceso de regulación. En algunos ordenamientos jurídicos ya se han materializado en el sentido de instituir la obligatoriedad previa legalmente, no así en España, a pesar de algunos intentos que han sido analizados en el apartado 4.3.1.1.

Sin embargo, en el futuro del inacabado proceso de regulación, es esperable el retorno del debate sobre la obligatoriedad previa de la mediación. En la lógica de reforzamiento de la profesionalización y de la desjudicialización no parece lejano el momento en que se implante en España la mediación civil y mercantil obligatoria anterior a la admisión a trámite de una demanda judicial, posibilidad que se ha introducido recientemente en el Código de consumo catalán. En la lógica de reproducción de la economía de mercado que ha utilizado la racionalidad de la juridificación, la obligatoriedad del procedimiento de mediación puede resultar un recurso útil para dar cauce profesional y laboral a los miles de mediadores que ya se han formado y fomentar la formación de nuevos de ellos.

Decimonovena

En el futuro del modelo de regulación de la mediación, como ha ocurrido en el pasado, es previsible también un papel determinante de instituciones supraestatales, como la Unión Europea. En este sentido, la lógica presente en la idea de *espacio común europeo de*

libertad, seguridad y justicia tiende a la armonización de las legislaciones procesales y a la cooperación judicial. El objetivo declarado del «reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales» indica que la mediación seguirá siendo incluida como método alternativo, equivalente y complementario en los avances hacia esa estandarización comunitaria de procedimientos de resolución de conflictos.

Vigésima

Finalmente, es posible formular la racionalidad de la mediación recurriendo a los valores de cambio y transformación social que la mediación presenta todavía en el mundo de la vida. Esto significa pensar la mediación sin depender exclusivamente de las formas de autoconocimiento producidas por los cuadros profesionales que las sirven, los mediadores, sino de las partes en el conflicto que participan de la mediación y construyen autocompositivamente el acuerdo. El silencio de las partes en la mediación acerca de lo que puede ser su racionalidad juridizada es significativo de la necesidad de *despensar* el conocimiento de la mediación sobre sí misma, *descolonizarlo*.

Significa también atender a la materialidad de la mediación, o sea, a las reglas específicas de su eficacia. Esto significa no centrarse solamente en los intereses sociales y corporativos para la mediación, ni solamente en el impacto social de la mediación, ni solamente en el impacto económico, la relevancia gremial de los mediadores o sus beneficios en la generación de un mercado, ni en el resultado instrumental de la mediación en relación con la crisis de la jurisdicción -la desjudicialización-, sino centrarse también en la mediación instituida y aplicada socialmente. Esto conlleva de nuevo atender al modo de conocimiento que sobre la mediación pueden aportar las partes mediadas. Esto conlleva el *despensar*, por ejemplo, el acuerdo de mediación de su clave procesal-civil.

Significa, igualmente, combinar el análisis estructural y el análisis fenomenológico de la mediación, es decir, la experiencia de la

mediación vivida por las partes y por los mediadores.

Es posible que en este proceso de conocimiento sobre la mediación y su racionalidad se produzcan cambios epistemológicos que sean percibidos como pérdidas de la capacidad técnico jurídica de la mediación, de su eficacia procesal, de su equivalencia al proceso jurisdiccional, de sus garantías de ejecutividad judicial. Es posible que esta percepción sea también compartida por muchos mediadores en tanto que nueva profesión de expertos formados en la gestión de los conflictos.

Pero es posible también que el resultado sea una caracterización de la racionalidad de la mediación que restaure, en parte, la tensión entre el sistema mundo regulatorio, administrativo, jurídico y económico y el mundo de la vida basado en el entendimiento.

Bibliografía

- Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan (2000). Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*, 54(3):421–456.
- Adorno, Theodor y Horkheimer, Max (1988). *Dialéctica de la Ilustración*. Akal, Madrid.
- Aguirrezábal Grünstein, Maite (2013). Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 20:295–308.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (1970). *Proceso, autocomposición y autodefensa : contribución al estudio de los fines del proceso*. UNAM, México, D.F.
- Alcaraz Varó, Enrique (2012). *Diccionario de términos jurídicos / A dictionary of legal terms*. Ariel, Barcelona.
- Álvarez, Gladys Stella (2003). *La mediación y el acceso a la Justicia*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- Álvarez Ledesma, Mario I. (2014). Acceso a la justicia. *Revista Urbe et Ius*, 1(13).
- Alvear, Julio César (2008). La paz neoliberal: el postulado de la razón instrumental sobre la razón dialógica. *Criterio Jurídico*, 8(2):147–169.
- Alzate Sáez de Heredia, Ramón (2013). *Teoría del conflicto*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

- Amidolare, Ana María (2016). Mediación y violencia. *La Trama, Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, 51.
- Aréchaga, Patricia, Brandoni, Florencia, y Finkelstein, Andrea (2018). *Acerca de la clínica de mediación. Relato de casos*. La trama, Buenos Aires.
- Arendt, Hannah (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus, Madrid.
- Arendt, Hannah (1999). *Eichmann en Jerusalén : un estudio sobre la banalidad del mal*. Lumen, Barcelona.
- Arendt, Hannah (2005). *Sobre la violencia*. Alianza, Madrid.
- Arendt, Hannah (2011). *La Condición Humana*. Paidós, Barcelona.
- Aristóteles (2011). *Ética nicomáquea*. Gredos, Barcelona.
- Aristòtil (1995). *Ètica nicomaquea*. Fundació Bernat Metge, Barcelona.
- Augsburger, David W. (1992). *Conflict mediation across cultures. Pathways and patterns*. Westminster John Konx Press, Louisville.
- Azcárraga Monzonís, Carmen (2013). The boost of mediation in Europe and Spain and the enforcement of mediation agreements in the European Union as enforceable authentic instruments. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (25):12–35.
- Barona Vilar, Silvia (1999). *Solución extrajudicial de conflicto: alternative dispute resolution (ADR) y derecho procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Barona Vilar, Silvia (2005). Fomento de las ADR en España. Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social. *Seqüència: Estudos Jurídicos e Políticos*, 26(51):169–202.

- Barona Vilar, Silvia (2010). Solución extrajudicial de conflictos con ojos de mujer: la incorporación de las ADR en el Ordenamiento Jurídico español. En Etxebarria Estankona, Katixa y Ordeñana Gezuraga, Ixusko, editores, *La resolución alternativa de conflictos*, pp. 31–52. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao.
- Barona Vilar, Silvia (2011a). Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación. *Revista de derecho*, (1):185–211.
- Barona Vilar, Silvia (2011b). *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Tirant lo Blanch, València.
- Barona Vilar, Silvia (2012). De cómo la incorporación de las ADR convierte el derecho procesal en derecho de los medios de tutela del ciudadano. En *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, pp. 193–220.
- Barona Vilar, Silvia (2013). *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*. Tirant lo Blanch, València.
- Barral Viñals, Immaculada (2010). La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR. *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, (11):1–12.
- Barral Viñals, Immaculada (2018a). Imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora. En *Comentarios a la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado y concordantes*, pp. 54–60. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- Barral Viñals, Immaculada (Coord.) (2018b). *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*. Reus, Madrid.

- Baruch Bush, Robert A. y Folger, Joseph P. (1996). *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*. Granica, Barcelona.
- Bastard, Benoit y Cardia-Vonèche, Laura (2001). La institucionalització de la informalitat: la mort d'una bona idea? L'exemple de la mediació familiar. En *La Mediació Familiar*, pp. 55–70. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- Battersby, James L. (1992). Professionalism, Relativism, and Rationality. *Modern Language Association*, 107(1):51–64.
- Beck, Ulrich (1986). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós, Barcelona.
- Beck, Ulrich (2005). Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, 30(97):171–196.
- Belloso Martín, Nuria (2007). Una propuesta de código ético para los mediadores. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho. Universitat de València*, 15.
- Benjamin, Walter (2010). *Contra la violencia. Para una crítica de la violencia*. Biblioteca Nueva, Madrid.
- Benveniste, Emile y Lallot, Jean (1983). *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas*. Taurus, Madrid.
- Bernal Samper, Trinidad (1998). *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Colex, Madrid.
- Blanco Carrasco, Marta (2009). *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Reus, Madrid.
- Bonet Navarro, Ángel (Dir.), 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*. Aranzadi, Cizur Menor.

- Boni, Lamberto, Dominicis, Franca De, Riganti, Alberto, y Rossi, Tiziano (1992). *Enciclopedia de la Filosofía*. Ediciones B, Barcelona.
- Boqué Torremorell, Maria Carme (2003). *Cultura de mediación y cambio social*. Gedisa, Barcelona.
- Botana Castro, Vanesa, Fernández Muiños, Beatriz, y Pereira Pardo, María del Carmen (2013). *La Mediación paso a paso: de la teoría a la práctica*. Dykinson, Madrid.
- Boulding, Kenneth Ewart (1962). *Conflict and defense: a general theory*. Harper Row Publishers, New York.
- Busch, Fred (2005). Teoría del conflicto / Teoría del trauma. *Aper-turas psicoanalíticas: Revista de psicoanálisis*, 20:1–11.
- Calcaterra, Rubén (2002). *Mediación Estratégica*. Gedisa, Barcelona.
- Calcaterra, Rubén (2013). La enseñanza en el grado y la investigación del fenómeno conflicto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. *Academia, Revista sobre enseñanza del derecho*, 21:43–67.
- Calvet, Louis-Jean (1996). *Historias de palabras: etimologías europeas*. Gredos, Madrid.
- Calvo Soler, Raúl (2012). Del alcance de la mediación. En *VII Jornada de Previsió i Mediació Comunitària*, Barcelona. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya.
- Calvo Soler, Raúl (2013). *Aspectos básicos de los procesos negociales*. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona.
- Calvo Soler, Raúl (2014). *Mapeo de conflictos. Técnica para la exploración de los conflictos*. Gedisa, Barcelona.

- Capella, Juan Ramón (2008). *Fruta prohibida : una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*. Trotta, Madrid.
- Cappelletti, Mauro (1993). Alternative Dispute Resolution Process Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement. *Modern Law Review*, 56(3):282–296.
- Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (1983). *El Acceso a la justicia: movimiento mundial para la efectividad de los derechos : informe general*. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata.
- Cappelletti, Mauro, Gordley, James, y Johnson, Earl (1975). *Toward equal justice : a comparative study of legal aid in modern societies : text and materials*. Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York.
- Cappelletti, Mauro, Secombe, Monica, y Weisner, John (1981). *Access to justice and the welfare state*. Sijthoff, Alphen aan den Rijn.
- Carnelutti, Francesco (1936). *Sistema de diritto processuale civile*. Cedam, Padova.
- Carnelutti, Francesco (1940). *Metodología del derecho*. UTEHA, México, D.F.
- Carrasco, Rosa, Perelló, Catherine, y Zanuso, Liliana (2004). *Principios generales de la mediación familiar*. Universitat Ramon Llull, Barcelona.
- Carretero Morales, Emiliano (2014). El estatuto del mediador civil y mercantil. *Revista de Mediación*, 7(1):10–23.
- Carretero Morales, Emiliano (2016). *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*. Dykinson, Madrid.
- Casañas Adam, Elisenda (2011). El Decreto 279/2006: La mediación escolar como proceso educativo de gestión de conflictos. En

- Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, pp. 57–68. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- Casanovas, Pompeu (2011). El diálogo como fuente de derecho. En *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, pp. 433–450. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- Catalán, José Ramón (2008). Boaventura De Sousa Santos: El ineludible compromiso de la razón postmoderna. *Revista Realidad*, (116):247–279.
- Chinkin, C.M. (1989). The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 38(4):850–866.
- Cloke, Kenneth (1994). *Mediation. Revenge and the magic of forgiveness*. Center for Dispute Resolution, Santa Mónica (California).
- Cloke, Kenneth (2001). *Mediating dangerously the frontiers of conflict resolution*. Jossey-Bass, San Francisco (California).
- Cohen, Dori (2006). Making Alternative Dispute Resolution (ADR) less alternative: The need for ADR as both a mandatory continuing legal education requirement and a BAR exam topic. *Family Court Review*, 44(4):640–657.
- Conforti, Franco (2016). *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España*. Tecnos, Madrid.
- Corominas, Joan (1987). *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. Gredos, Madrid.
- Corsón Pereira, Francisco y Gutiérrez Hernanz, Eva (2014). *Mediación y teoría*. Dykinson, Madrid.
- de Armas Hernández, Manuel (2003). La mediación en la resolución de conflictos. *Educación*, (32):125–136.

- de Cervantes Saavedra, Miguel (2004). *El ingenioso hidalgo don Quijote de La Mancha*. Santillana, Madrid.
- de Connan, François (1553). *Commentariorum Iuris civilis*. París.
- de Covarrubias, Sebastián (1611). *Tesoro de la lengua castellana o española*. Luis Sánchez, Madrid.
- de Diego Vallejo, Raúl y Guillén Gestoso, Carlos (2010). *Mediación: Proceso, tácticas y técnicas*. Pirámide, Madrid.
- de Guerón, Eva Josko (1995). La mediación, la negociación y los negociadores. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela*, 96:319–348.
- de Horowitz, Sara Rozenblum (2007). *Mediación: convivencia y resolución de conflictos en la comunidad*. Grao, Barcelona.
- De Palo, Giuseppe y Canessa, Romina (2015). Sleeping? comatose? Only mandatory consideration of Mediation can awake sleeping beauty in the European Union. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, pp. 713–730.
- Deaño, Alfredo (1999). *Introducción a la lógica formal*. Alianza Editorial, Madrid.
- del Campo Jesús, Luis (1985). Violación, rapto y adulterio en el fuero general de Navarra. *Cuadernos de etnología y etnografía de Navarra*, 17(45):17–36.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (1957). *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Bosch, Barcelona.
- Duplá Marín, María Teresa, Álvarez Torres, Manuel, Marí Puget, Eulalia, y Souto Paz, José Antonio (2013). *Mediación familiar: aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales*. Dykinson, Madrid.
- Duplá Marín, María Teresa, Bardají Gálvez, Lola, Enzler Fandos, Sandra, Lázaro González, Isabel, y Serrano Molina, Alberto

- (2012). *El régimen jurídico de la mediación familiar en España. Análisis de la normativa autonómica*. Andavira, Santiago de Compostela.
- Entelman, Remo F. (2002a). Lo permitido vs. lo prohibido. Conflictos en busca de mediadores. *La Trama, Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, 2.
- Entelman, Remo F. (2002b). *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Gedisa, Barcelona.
- Ernout, Alfred, Meillet, Alfred, y André, Jacques (2001). *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine*. Klincksieck, París.
- Esquirol, Josep Maria (2015). *La resistencia íntima. Ensayo de una filosofía de la proximidad*. Acantilado. Quaderns Crema, Barcelona.
- Fabra, Pere (2008). *Habermas: Lenguaje, Razón y Verdad. Los fundamentos del cognitivismo de Jürgen Habermas*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- Farinha, Antonio, Caser, Úrsula, Salberg, Anne C., Canyameres, Manel, Espinós, Fernando, y Olalde, Alberto (2014). Aspectos pertinentes de la conceptualización de la mediación: perspectivas anglo-sajona y latina. *La Trama, Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, 42.
- Farré i Salvà, Sergi (2004). *Gestión de conflictos, taller de mediación: un enfoque socioafectivo*. Ariel, Barcelona.
- Fenández Fustes, M.^a Dolores (2015). El mediador. En *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, pp. 95–132. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Fernández-Guerra y Orbe, Aureliano (1865). *El Fuero de Avilés. Discurso leído en Junta pública de la Real Academia Española*

- para solemnizar el aniversario de su fundación.* Imprenta Nacional, Madrid.
- Fernández-Pacheco Alises, Gloria (2013). La importancia de la mediación en el sistema de Justicia Juvenil: Aportaciones desde un cambio de orientación. *Revista Internacional de Mediación*, (0):93–104.
- Ferrandino, Álvaro (2004). Acceso a la Justicia. En *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina*, pp. 377–408. Consorcio Justicia Viva, Lima.
- Ferrater Mora, José (1994). *Diccionario de Filosofía*. Ariel, Barcelona.
- Ferri Durá, Jaime (2013). Del conflicto a la mediación, un recorrido por la evolución de la política y su ciencia. *Política y Sociedad*, 50(1):13–38.
- Fisas Armengol, Vicenç. (1998). *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Icaria, Barcelona.
- Fisher, Roger., Kopelman, Elizabeth, y Schneider, Andrea Kupfer (1996). *Más allá de Maquiavelo : herramientas para afrontar conflictos*. Granica, Barcelona.
- Folberg, Jay (1999). *Resolving disputes*. School of Law, University of San Francisco, San Francisco (California).
- Folberg, Jay y Taylor, Alison (1996). *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*. Limusa Grupo Noriega Editores, México, D.F.
- Folger, Joseph P. y Baruch Bush, Robert A. (2000). La mediación transformadora y la intervención de terceros: los sellos distintivos de un profesional transformador. En *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos. Perspectivas y prácticas*. Granica, Buenos Aires.

- Folger, Robert (1999). Social Justice in a Diverse Society. *Administrative Science Quarterly*, 44(4):839–842.
- Francioni, Francesco, Aolaín Ní, Fionnuala, Rozitti, Natalino, Scheinin, Martin, Redgwell, Catherine, Storksruub, Eva, Ziller, Jacques, y Brown, Rory Stephen (2007). *Access to Justice as a Human Right*. Oxford University Press, New York.
- Freeman, Michael D.A. (1995). Questioning the Delegalization Movement in Family Law: Do We Really Want a Family Court? En *Alternative Dispute Resolution*, pp. 369–387. Dartmouth Publishing, Aldershot.
- Freidson, Eliot (1994). *Professionalism Reborn. Theory, Prophecy and Policy*. Polity Press, Cambridge UK.
- Galtung, Johan (1965). Institutionalized conflict resolution. A theoretical paradigm. *Journal of Peace Research*, 2(4):348–397.
- Galtung, Johan (1969). Violence, Peace, and Peace Research. *Journal of Peace Research*, 6(3):167–191.
- Galtung, Johan (1978). Conflict as a way of life. En *Essays in Peace Research*. Christian Ejleres, Copenhagen.
- Galtung, Johan (2003a). *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*. Gernika Gogoratz, Centro de Investigación por la Paz, Gernika-Lumo.
- Galtung, Johan (2003b). *Violencia cultural*, volumen 14. Gernika Gogoratz, Centro de Investigación por la Paz, Gernika-Lumo.
- Galtung, Johan (2004). Peace by Peaceful Means. *Journal of Security Sector Reform in Serbia*, pp. 1–3.
- Galtung, Johan (2010). Do Peace Studies Reach Out, Including Others? *Dilemata*, 2(3):129–132.
- Gámez Torres, Nora (2007). El paradigma de la mediación: crítica y perspectivas. *Mediaciones Sociales*, (1):195 – 213.

- García García, Lucía (2003). *Mediación familiar : prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Dykinson, Madrid.
- García Villaluenga, Leticia (2006). *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Reus, Madrid.
- García Villaluenga, Leticia (2010). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 4:717–756.
- García Villaluenga, Leticia, Rogel Vide, Carlos, Fernández Canales, Carmen, y Blanco Carrasco, Marta (2012). *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*. Reus, Madrid.
- García Villaluenga, Leticia, Tomillo Urbina, Jorge, y Vázquez de Castro, Eduardo (2010). *Mediación, Arbitraje y Resolución de Extrajudicial de Conflictos en el Siglo XXI*. Reus, Madrid.
- García Villaluenga, Leticia y Vázquez de Castro, Eduardo (2013). La mediación civil en España: Luces y sombras de un marco normativo. *Política y Sociedad*, 50(1):71–98.
- Gargarella, Roberto (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Paidós, Barcelona.
- Garrido Soler, Salvador (2013). Retrospectiva y retos para los abogados-mediadores. *Revista de Estudios Jurídicos*, 13:1–23.
- Garrido Soler, Salvador y Munuera Gómez, Pilar (2014). Contra la neutralidad. Ética y estética en el modelo circular-narrativo de mediación de conflictos. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (17):139–166.
- Gergen, Kenneth J. (2000). Hacia un vocabulario para el diálogo transformador. En *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos. Perspectivas y prácticas*. Granica, Buenos Aires.

- Ghai, Yash y Cottrell, Jill (2010). *Marginalized Communities and Access to Justice*. Routledge, New York.
- Gil Vallejo, Beatriz (2013). La Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista Internacional de Mediación*, (núm. 0):77–82.
- Giménez Romero, Carlos (2001). Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural. *Migraciones Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, (10):59–110.
- Ginebra Molins, M.^a Esperança (2018). Voluntariedad. En *Comentarios a la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado y concordantes*, pp. 45–53. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- Ginebra Molins, M.^a Esperança y Tarabal Bosch, Jaume (2013). La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación. *InDret*, 4:4–31.
- Ginebra Molins, M.^a Esperança y Tarabal Bosch, Jaume (2014). Mediación obligatoria e inducción a la mediación. En *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil. Actas del III simposio Tribunales y mediación*, pp. 227–234. Huygens, Barcelona.
- Gómez García, Juan Antonio (2006). La estructura filosófica de los modelos procedimentalistas de justicia: los modelos de ética discursiva de Jürgen Habermas y de Karl-Otto Apel. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (40):171–182.
- González Martín, Begoña (2011). Con violencia no hay mediación. En *La violencia de pareja contra las mujeres*, pp. 1–9.
- Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana (1996). *Mediación: una transformación en la cultura*. Paidós, Buenos Aires.

- Greco, Silvana (2016). Violencia. Mediación y Justicia. Cuestiones problemáticas en el sistema actual. *La Trama, Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, 51.
- Grillo, Trina (1991). The Mediation Alternative: Process Dangers for Women. *The Yale Law Journal*, 100:1545–1610.
- Grover Duffy, Karen, Grosch, James W., y Olczak, Paul V. (1996). *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*. Paidós, Barcelona.
- Habermas, Jürgen (1987). *Teoría y praxis : estudios de filosofía social*. Tecnos, Madrid.
- Habermas, Jürgen (1992). *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista*. Taurus, Madrid.
- Habermas, Jürgen (1997). *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Cátedra, Madrid.
- Habermas, Jürgen (1998). *Facticidad y validez : sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta, Madrid.
- Habermas, Jürgen (2000). *Aclaraciones a la ética del discurso*. Trotta, Madrid.
- Habermas, Jürgen (2002). *Ensayos políticos*. Península, Barcelona.
- Habermas, Jürgen (2008). *El discurso filosófico de la modernidad*. Katz Editores, Madrid.
- Habermas, Jürgen y Rawls, John (1998). *Debate sobre el liberalismo político*. Paidós, Barcelona.
- Hart, H.L.A. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*. UNAM, México, D.F.
- Haynes, John M. (1995). *Fundamentos de la Mediación Familiar. Manual práctico para mediadores*. Gaia, Madrid.

- Heidegger, Martin (2016). *Ser y tiempo*. Trotta, Madrid.
- Hobbes, Thomas (2002). *Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*. Alianza Editorial, Madrid.
- Hocker, Joyce y Wilmot, William (1978). *Interpersonal conflict*. Wm. C. Brown, Dubuque (Iowa).
- Hualde Manso, Teresa y Mestrot, Michèle (2013). *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*. La Ley, Madrid.
- Iglesias Canle, Inés Celia y Bonorino Ramírez, Pablo (2014). *Mediación, justicia y Unión Europea*. Tirant lo Blanch, València.
- Illarregui, Pablo y Lapuerta, Segundo (1869). *Fuero General de Navarra*. Diputación Foral de Navarra, Pamplona.
- Infante Rejano, Eduardo (1998). Sobre la definición del conflicto interpersonal: aplicación del cluster analysis al estudio semántico. *Revista de Psicología Social*, 13(3):485–493.
- Jeong, Ho-Won (2010). *Conflict management and resolution. An introduction*. Routledge, Londres.
- Kant, Immanuel (2005). *La metafísica de las costumbres*. Tecnos, Madrid.
- Kant, Immanuel (2013). *Crítica de la razón práctica*. Alianza, Madrid.
- Kawashima, Takeyoshi (1971). Some reflections on Law and Morality in Contemporary Societies. *Philosophy East and West*, 21(4):493–504.
- Kellogg, Katherine C. (2014). Brokerage Professions and Implementing Reform in an Age of Experts. *American Sociological Review*, 79(5):912–941.
- Kelsen, Hans (1986). *Teoría pura del derecho*. UNAM, México, D.F.

- Kelsen, Hans (1993). *Qué es justicia*. Planeta-De Agostini, Barcelona.
- Kierkegaard, Søren (2001). *Temor y temblor*. Alianza, Madrid.
- Kressel, Kenneth y Pruitt, Dean G. (1989). *The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention*. Jossey-Bass, San Francisco (California).
- Kriesberg, Louis (1975). *Sociología de los conflictos sociales*. Trillas, México, D.F.
- Landsberger, Henry A. (1955). Interaction Process Analysis of Professional Behavior: A Study of Labor Mediators in Twelve Labor-Management Disputes. *American Sociological Review*, 20(5):566–575.
- Latorre, Angel. (1985). *Introducción al derecho*. Ariel, Barcelona.
- Lauroba, M.^a Elena (2016). Mediación familiar y civil en España. Una institución (reciente) que ha llegado para quedarse. *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales*, 98:47–76.
- Lauroba, M.^a Elena (2018). Personas mediadoras. En *Comentarios a la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado y concordantes*, pp. 31–37. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- Lauroba, M.^a Elena, Barral Viñals, Immaculada, Tarabal Bosch, Jaume, y Viola Demestre, Isabel (2011a). La construcción institucional y jurídica de la mediación. En *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, pp. 827–893. Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Barcelona.
- Lauroba, M.^a Elena, Barral Viñals, Immaculada, y Viola Demestre, Isabel (2011b). La apuesta del legislador catalán: de la mediación familiar a la mediación en el ámbito del Derecho privado. En *Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*,

- pp. 21–31. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona.
- Lauroba, M.^a Elena, Casanovas, Pompeu, y Magre, Jaume (2011c). *Libro Blanco de la mediación en Cataluña*. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona.
- Lauroba, M.^a Elena y Ortuño Muñoz, José-Pascual (2014). *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil. Actas del III simposio Tribunales y mediación*. Huygens, Barcelona.
- Lauroba, M.^a Elena, Viola Demestre, Isabel, y Barral Viñals, Immaculada (2011d). *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona.
- Lázaro Guillamón, Carmen (2013). El acuerdo de mediación de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: algunas notas sobre su eficacia y efectos desde una perspectiva histórico-crítica. *Revista Internacional de Mediación*, (0):83–92.
- Lederach, John Paul (2000). *El abecé de la paz y los conflictos : educar para la paz*. Catarata, Madrid.
- Ledesma Narváez, Marianella (2013). Conflicto, autotutela y control jurisdiccional. *Ius et Veritas*, 46(46):204–219.
- Llevot Calvet, Nuria (2004). Conflictos culturales y mediación: el ejemplo de Cataluña. *Revista de Educación*, 334(1):415–430.
- López Martínez, Mario (2004). *Enciclopedia de Paz y Conflictos*. Universidad de Granada, Granada.
- Lorca Navarrete, Antonio María (2012). *La mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián.

- Lozano Martín, Antonio M. y Orozco Pardo, Guillermo (2013). *Mediación: Proceso, tácticas y técnicas*. Dykinson, Madrid.
- Lozano Martín, Antonio M., Orozco Pardo, Guillermo, Monereo Pérez, José Luis, y González de Patto, Rosa María (2015). *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*. Tecnos, Madrid.
- Luquin Bergareche, Raquel (2008). Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: algunos factores de eficacia de la mediación en conflictos familiares. En *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, pp. 13–66. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Macdonald, Keith M. (1995). *The sociology of the professions*. Sage Publications, Londres.
- Maclean, Mavis y Eekelaar, John (2016). *Lawyers and Mediators. The Brave New World of Services for Separating Families*. Hart Publishing, Portland.
- Madrid Pérez, Antonio (2001). *La institución del voluntariado*. Trotta, Madrid.
- Madrid Pérez, Antonio (2010). *La política y la justicia del sufrimiento*. Trotta, Madrid.
- Madrid Pérez, Antonio (2013). La fundamentación de los DESC (derechos económicos, sociales y culturales) en los procesos de justicia transicional: contribución a una epistemología jurídica del sufrimiento humano. *Vox Juris*, 26(2):107–128.
- Madrid Pérez, Antonio (2014). El indulto como excepción. Análisis de los indultos concedidos por el Gobierno español durante 2012. *Revista Crítica Penal y Poder*, 6:110–133.
- Marcos Martín, Teresa (2013). La normativa sobre mediación familiar en la Unión Europea. *Revista Internacional de Mediación*, 0:31–41.

- Marcuse, Herbert (2010). *El hombre unidimensional*. Ariel, Barcelona.
- Marín López, Juan José (2011). La mediación en los conflictos de propiedad intelectual. En *Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, pp. 211–226. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- Marlow, Lenard (1999). *Mediación familiar: una práctica en busca de una teoría, una visión del derecho*. Granica, Barcelona.
- Marqués Cebola, Cátia (2013). *La mediación*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- Martí Mingarro, Luis (2013). La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio. En *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, pp. 227–240. Lex Nova, Valladolid.
- Martín Diz, Fernando (2010). *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Martín Serrano, Manuel (2007). Dialéctica, comunicación, mediación. En *Teoría de la Comunicación. La comunicación, la vida y la sociedad*, pp. 315–321. McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid.
- Martín Serrano, Manuel (2008). *La mediación social*. Akal, Madrid.
- Martínez de Murguía, Beatriz (1999). *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*.
- Martínez Guzmán, Vicent (2000). Saber hacer las paces : epistemologías de los estudios para la paz. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, 23.

- Martínez Guzmán, Vicent (2001). *Filosofía para hacer las paces*. Icaria, Barcelona.
- Martínez Guzmán, Vicent (2005). *Podemos hacer las paces. Reflexiones éticas tras el 11-S y el 11-M*. Desclée de Brouwer, Bilbao.
- Martínez Marzoa, Felipe (2003). *Historia de la filosofía*. Istmo, Madrid.
- Martínez Marzoa, Felipe (2008). *El concepto de lo civil*. Metales pesados, Santiago de Chile.
- Marx, Karl (2014). *El Capital. Crítica de la economía política*. Fondo de Cultura Económica, México, D.F.
- Mayer, Bernard S. (2008). *Más allá de la neutralidad: cómo superar la crisis de la resolución de conflictos*. Gedisa, Barcelona.
- McBride, Jeremy (2009). *Access to justice for migrants and asylum seekers in Europe*. Council of Europe Publishing, Strasbourg.
- Mejía Quintana, Óscar (1997). La Teoría del Derecho y la Democracia en Jürgen Habermas: En torno a Faktizität und Geltung. *Ideas y valores*, (103):32–52.
- Mejías Gómez, Juan Francisco (1998). Sistemas alternativos de resolución de conflictos. En *Evitación del Proceso*, pp. 299–338. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Melucci, Alberto (1995). El conflicto y la regla: Movimientos sociales y sistemas políticos. *Sociológica*, mayo-agost:225–233.
- Merino Ortiz, Cristina, Fernández Villanueva, Itziar, y Alzate Sáez de Heredia, Ramón (2014). Dilemas éticos en la intervención directa en mediación ante un desequilibrio de poder y violencia familiar. *La Trama, Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, 40.
- Moliner, María (2007). *Diccionario de uso del español*. Gredos, Madrid.

- Moore, Christopher W. (2003). *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*. Jossey-Bass, San Francisco (California).
- Morales, Elda (1999). La Acción Comunicativa de Jürgen Habermas: Modelo Teórico y Proyecto Emancipador. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 4(6):67–81.
- Muñoz de Baena, José Luis, Muínelo Cobo, José Carlos, Gómez García, Juan Antonio, y Gómez Adanero, Mercedes (2006). *Filosofía del derecho : lecciones de hermenéutica jurídica*. UNED, Madrid.
- Muñoz Ruiz, Ana Belén (2009). *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*. Lex Nova, Valladolid.
- Munduate Jaca, Lourdes y Medina Díaz, Francisco José (Coords.) (2005). *Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Pirámide, Madrid.
- Munné, Maria y Mac-Cragh, Pilar (2006). *Els 10 principis de la cultura de mediació*. Graó, Barcelona.
- Munné Catarina, Frederic y Vidal Teixidó, Antoni (2013). *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*. La Ley, Madrid.
- Naciones Unidas, Asamblea General (2003). Resolución 57/18.
- Naciones Unidas, Organización y Asuntos Jurídicos, Oficina (1992). *Manual sobre el arreglo pacífico de controversias entre Estados*. Organización de Naciones Unidas, Nueva York.
- Nader, Laura (1990). *Harmony Ideology. Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*. Stanford University Press, Stanford (California).
- Nieto García, Alejandro. (2007). *Crítica de la razón jurídica*. Trotta, Madrid.

- Nietzsche, Friedrich Wilhelm (2003). *La genealogía de la moral*. Tecnos, Madrid.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm (2011). *Así habló Zaratustra. Un libro para todos y para nadie*. Alianza, Madrid.
- Nino, Carlos Santiago (2001). *Introducción al análisis del derecho*. Ariel, Barcelona.
- Ortuño Muñoz, José-Pascual (2011). La mediación intrajudicial. En *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, capítulo 8, pp. 131–141. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- 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*, pp. 9–18.
- Ortuño Muñoz, José-Pascual y Sáez Valcárcel, Ramón (Dirs.) (2007). *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Orús Andreu, Ruth (1997). La mediación en conflictos. *Papeles De Cuestiones Internacionales*, pp. 181–191.
- Otero Parga, Milagros (2007). Las raíces históricas y culturales de la mediación. En *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, pp. 172–184. Tecnos, Madrid.
- Otero Parga, Milagros (2015). Ética del mediador familiar. En *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, pp. 133–168. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Palau Marginet, Assumpta (2011). Análisis del Decreto 170/2009, de 3 de noviembre, que regula la Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración de

- Cataluña. En *Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, pp. 83–94. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- Palou Loverdos, Jordi (2012). *Mediación en conflictos: hacia un bu-merán armónico*. *Polis, revista Latinoamericana*.
- Parker, Christine (1999). *Just Lawyers. Regulation and Access to Justice*. Oxford University Press, Oxford UK.
- Peña Jumpa, Antonio (1998). *Justicia comunal en los Andes del Perú. El caso de Calahuyo*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Peces-Barba, Gregorio (1986). *Los valores superiores*. Tecnos, Madrid.
- Pérez Martell, Rosa (2008). *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*. Tirant lo Blanch, València.
- Piñeyroa Sierra, Carlos, Valimaña Torres, Susana, y Mateo Martínez de Albornoz, Ana (2011). *El valor de la palabra que nos humaniza. Seis años de Justicia Restaurativa en Aragón*. Asociación Hablamos, Zaragoza.
- Pillado González, Esther (2015). La mediación familiar: regulación, ámbito de aplicación y principios informadores. En *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, pp. 59–94. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Pillado González, Esther y Fariña Rivera, Francisca (Coords.) (2015). *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*. Tirant lo Blanch, València.
- Pipkin, Ronald M. y Rifkin, Janet (1984). The social organization in alternative dispute resolution: implications for professionalization of mediation. *The Justice System Journal*, 9(2):204–227.

- Press, Sharon (2013). Family Court Services: A Reflection on 50 years of Contributions. *Family Court Review*, 51(1):48–55.
- Prieto Navarro, Evaristo (2003). *Jürgen Habermas: acción comunicativa e identidad política*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Puntes, Salvador y Munné, Maria (2005). *Serveis de mediació comunitària. Propostes d'actuació*. Diputació de Barcelona, Barcelona.
- Puy Muñoz, Francisco (2007). La expresión "mediación jurídica": un análisis tópico. En *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, pp. 21–33. Tecnos, Madrid.
- R.A.E. (1726). *Diccionario de Autoridades*. Real Academia Española, Madrid.
- Ramírez, Luisa y Levy, Shery (2010). Sentido común y conflicto: Impacto de las teorías legas sobre relaciones intergrupales. *Universitas Psychologica*, 9(2):331–344.
- Ramsbothan, Oliver, Woodhouse, Tom, y Miall, Hugh (2011). *Contemporary Conflict Resolution*. Polity Press, Cambridge UK.
- Rawls, John (1999). *Justicia como equidad : materiales para una teoría de la justicia*. Tecnos, Madrid.
- Reader, W. J. (1966). *Professional men. The Rise of the Professional Classes in Nineteenth-Century England*. Weidenfeld and Nicolson, Londres.
- Redorta Lorente, Josep (2004). *Cómo analizar los conflictos: la tipología de conflictos como herramienta de mediación*, volumen 12. Paidós, Barcelona.
- Redorta Lorente, Josep (2011). *Gestión de conflictos : lo que necesita saber*. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona.

- Redorta Lorente, Josep (2014). Análisis de conflictos por patrones: la nueva herramienta CAT. *Democracia Digital e Governo Eletrónico*, 10:310–323.
- Ríos Martín, Julián Carlos, Pascual Rodríguez, Esther, y Etxebarria Zarrabeitia, Xabier Karlos (2016). *Mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid.
- Rodríguez-Arana Muñoz, Xaime, de Prada Rodríguez, Mercedes, y Carabante Muntada, José María (2010). *La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Netbiblo, La Coruña.
- Rodríguez Ávila, Nuria (2008). *Manual de sociología de las profesiones*. Universitat de Barcelona, Barcelona.
- Rodríguez Elorrieta, Naiara (2017). *La mediación y el arbitraje laboral. Una perspectiva desde la mediación, civil y mercantil, y el arbitraje común*. Atelier, Barcelona.
- Rodríguez Llamas, Sonia (2010). *La mediación familiar en España. Fundamento, concepto y modelos jurídicos*. Tirant lo Blanch, València.
- Rousseau, Jean-Jacques (1998). *Del contrato social: Discurso sobre las ciencias y las artes; Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Alianza Editorial, Madrid.
- San Cristóbal Reales, Susana (2011). La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 44:277–302.
- Sandefur, Rebecca L. (2009). *Access to Justice*. JAI Press Emerald Group, Bingley UK.
- Santos, Boaventura de Sousa (2003). *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Desclée de Brouwer, Bilbao.

- Santos, Boaventura de Sousa (2006). *Renovar la teoría crítica y reiventar la emancipación social*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Buenos Aires.
- Santos, Boaventura de Sousa (2009a). *Pensar el Estado y la sociedad : desafíos actuales*. Waldhuter, Buenos Aires.
- Santos, Boaventura de Sousa (2009b). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Madrid.
- Santos, Boaventura de Sousa (2010). *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Buenos Aires.
- Santos, Boaventura de Sousa (2012). *Derecho y emancipación*. Corte Constitucional para el Período de Transición. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito.
- Santos, Boaventura de Sousa (2014). *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*. Trotta, Madrid.
- Santos, Boaventura de Sousa (2018). *Las bifurcaciones del orden. Revolución, ciudad, campo e indignación*. Trotta, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Siglo del Hombre Editores, Madrid.
- Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez Garavito, César A. (2007a). El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica. En *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, pp. 7–28. Anthropos, Barcelona.
- Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez Garavito, César A. (2007b). *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*. Anthropos, Barcelona.
- Searle, John R. (2005). What is an institution? *Journal of Institutional Economics*, 1(1):1–22.

- Segovia, Juan Fernando (2008). *Habermas y la democracia deliberativa. Una utopía tardomoderna*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- Sen, Amartya (2007). *India contemporánea : entre la modernidad y la tradición*. Gedisa, Barcelona.
- Sen, Amartya (2010). *La idea de la justicia*. Taurus, Madrid.
- Shaffer, Gregory y Pollack, Mark A. (2010). Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance. *Minnesota Law Review*, 94:706–799.
- Shailor, Jonathan G. (2000). Desarrollo de un enfoque transformador para la mediación: consideraciones teóricas y prácticas. En *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos. Perspectivas y prácticas*. Granica, Buenos Aires.
- Silva, G (2008). La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario. *Prolegómenos: derechos y valores*, XI(22):29–43.
- Simmel, George (1988). Sobre la aventura. En *Ensayos filosóficos*. Edicions 62, Barcelona.
- Soletto Muñoz, Helena y Otero Parga, Milagros (2007). *Mediación y solución de conflictos : habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos, Madrid.
- Stein Cárdenas, Christian (2000). *Manual de enseñanza para conciliadores extrajudiciales*. Centro Bartolomé de Las Casas-Casa Andina, Cusco (Perú).
- Suares, Marinés (2002). *Mediando en sistemas familiares*. Paidós, Buenos Aires.
- Suares, Marinés (2004). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós, Buenos Aires.

- Suares, Marinés (2016). De qué hablamos cuando hablamos de violencia. *La Trama, Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, 51.
- Terrades Saborit, Ignasi (2008). *Justicia Vindicatoria. De la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
- Teubner, Gunther (1993). *Law as an Autopoietic System*. Blackwell Publishers, Oxford UK.
- Tilly, Charles (2007). *Violencia colectiva*. Editorial Hacer, Barcelona.
- Twining, William (1993). Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics. *Modern Law Review*, 56(3):380–392.
- Ureña, Enrique M. (2008). *La Teoría Crítica de la Sociedad de Habermas. La crisis de la sociedad industrializada*. Tecnos, Madrid.
- Ury, William L. (2005). *Alcanzar la paz. Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*. Paidós, Barcelona.
- Valpy, Francis (1828). *An etymological dictionary of the Latin Language*. Longman, Londres.
- Valpy, Francis (1860). *The fundamental words of the Greek language*. Longman, Londres.
- Vázquez, Alejandra (2016). Violencia y mediación: argumentos que fundamentan la incompatibilidad en el abordaje de la violencia intrafamiliar. *La Trama, Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, 51.
- Vico, Giambattista (1981). *Principios de una ciencia nueva sobre la naturaleza común de las naciones*. Aguilar, Madrid.

- Vico, Giambattista (1989). *Antología*. Península, Barcelona.
- Vidal-Folch, M^a Pau, Saltor, Elisabet, Recasens, Francina, Chacón, Cristina, y Martínez, Elena (2011). Los procedimientos de mediación en las empresas de economía cooperativa. En *Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, pp. 69–83. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- Vilas Nogueira, Jose (1994). Identidad cultural, conflicto cultural y violencia. *Revista de Estudios Políticos*, (86):229.
- Villagrasa Alcaide, Carlos (2004). La mediación familiar. Panorama legal a l'actualitat. En *La mediación. L'alternativa multidisciplinària a la resolució dels conflictes*, pp. 39–55. Pòrtic, Barcelona.
- Vinyamata, Eduard (2005). *Conflictología: curso de resolución de conflictos*. Ariel, Barcelona.
- Vinyamata, Eduard (2007). *La conflictología*. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona.
- Viola Demestre, Isabel (2003). *El contrato de transacción en el Código civil*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.
- Viola Demestre, Isabel (2011a). La confidencialidad en el procedimiento de mediación. *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, (11):165–180.
- Viola Demestre, Isabel (2011b). La forma de la mediación y sus acuerdos (especial referencia a su regulación en la Ley 15/2009, de 22 de julio, sobre mediación en el ámbito del derecho privado). En *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, capítulo 29, pp. 411–432. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- Viola Demestre, Isabel (2018a). Concepto y finalidad de la mediación. En *Comentarios a la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio*,

- de mediación en el ámbito del Derecho privado y concordantes*, pp. 19–26. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- Viola Demestre, Isabel (2018b). Disposición adicional primera. En *Comentarios a la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado y concordantes*, pp. 218–220. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- Viola Demestre, Isabel (Dir.), Barral Viñals, Immaculada, y Laura, M.^a Elena (Coords.) (2018). *Comentarios a la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado y concordantes*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- Wall, James A. (1981). Mediation: An Analysis, Review and Proposed Research. *The Journal of Conflict Resolution*, 25(1):157–180.
- Wall, James A. y Dunne, Timothy C. (2012). State of the Art. Mediation Research: A Current Review. *Negotiation Journal*, 28(2):217–244.
- Wall, James A. y Lynn, Ann (1993). Mediation: A Current Review. *The Journal of Conflict Resolution*, 37(1):160–194.
- Wall, James A., Stark, John B., y Standifer, Rhett L. (2001). Mediation: a Current Review and Theory Development. *The Journal of Conflict Resolution*, 45(3):370–391.
- Yarn, Douglas H. (1999). *Dictionary of conflict resolution*. Jossey-Bass, San Francisco (California).
- Young, Iris (2011). *Responsabilidad por la justicia*. Morata, Madrid.
- Zagrebelsky, Gustavo (2011). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trotta, Madrid.

Índice de Autores

- Álvarez, Gladys S., 247, 250
- Adorno, Theodor W., 309
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, 86–90, 215, 220, 221, 226, 228, 251
- Alfonso X, el Sabio, 41
- Alvear, Julio César, 340
- Alzate, Ramón, 95
- Aréchaga, Patricia, 53
- Arendt, Hannah, 209, 256, 341, 367, 392
- Arnaud, André-Jean, 29
- Augsburger, David W., 45
- Barona Vilar, Silvia, 55, 67, 95, 97, 102, 148, 188–190, 194, 196, 202, 203, 206, 221, 223, 233, 271, 272, 282, 394
- Barral Viñals, Immaculada, 122
- Battersby, James L., 263
- Beck, Ulrich, 383
- Benjamin, Walter, 84
- Bernal Samper, Trinidad, 52
- Blanco Carrasco, Marta, 143, 203
- Bonet Navarro, Ángel, 168, 181, 182
- Boqué Torremorell, Carme, 51, 373
- Bush, Baruch, 93
- Calcaterra, Rubén, 51, 70, 83
- Calvo Soler, Raúl, 70, 74
- Capella, Juan Ramón, 100
- Cappelletti, Mauro, 92, 98, 132, 236, 238–243, 245, 247, 249, 254
- Carnelutti, Francesco, 59, 82, 87, 89, 92, 94, 217–220, 228, 398
- Carretero Morales, Emiliano, 258, 270
- Casañas Adam, Elisenda, 114
- Casanovas, Pompeu, 349
- Cervantes Saavedra, Miguel, 42
- Cloke, Kenneth, 52, 53
- Cohen, Dori, 267, 274
- Conforti, Franco, 67, 70, 74, 192, 264, 271, 272
- Corominas, Joan, 69
- Corsón Pereira, Francisco, 56, 60, 66, 74, 80, 203, 208
- Cottrell, Jill, 236, 238
- Covarrubias Orozco, Sebastián, 41

Díez-Picazo, Luis, 87
 de Connan, François, 88
 Deaño, Alfredo, 59
 del Campo Jesús, Luis, 41
 Demp, Alois, 29
 Dilthey, Wilhelm, 29
 Duplá Marín, María Teresa, 50,
 195, 209, 290
 Dworkin, Ronald, 65

 Eekelaar, John, 268
 Entelman, Remo F., 70–74, 78,
 83, 268, 360, 365, 393
 Ernout, Alfred, 38

 Fariña Rivera, Francisca, 60,
 173, 185, 204, 258, 292
 Farinha, Antonio, 52, 246
 Farré i Salvà, Sergi, 67, 197,
 198
 Ferrandino, Álvaro, 249, 250
 Ferrater Mora, José, 29
 Fisas Armengol, Vicenç, 66, 71,
 86
 Fisher, Roger, 186
 Folberg, Jay, 61, 202, 204
 Folger, Joseph, 93
 Freeman, Michael D. A., 374
 Friedson, Eliot, 264

 Galtung, Johan, 53, 67, 71–74,
 76, 82, 83
 García Menéndez, Juan Ramón,
 29
 García San Miguel, Luis, 29

 García Villaluenga, Leticia, 67,
 184, 202, 258, 271
 Garrido Soler, Salvador, 291
 Garrido, Salvador, 287
 Garth, Bryant, 98, 236, 239, 242
 Ghai, Yash, 236, 238
 Gil Vallejo, Beatriz, 85, 357, 372,
 392
 Ginebra Molins, M.^a Esperança,
 193, 194
 Gottheil, Julio, 200, 222, 258
 Grillo, Trina, 267, 393
 Grosch, James W., 76
 Grover Duffy, Karen, 76
 Gutiérrez Hernanz, Eva, 60, 66,
 74, 80, 203, 208

 Habermas, Jürgen, 25, 53, 72,
 152, 249, 298–302, 304–
 307, 309–312, 314, 315,
 317–319, 323–327, 332,
 333, 336–338, 341, 345,
 349, 362, 364, 370, 374,
 376, 378, 381, 382, 390
 Halzapfel, Cristóbal, 29
 Hart, Herbert L.A., 65
 Haynes, John M., 55, 93, 173
 Hegel, George Friedrich Wilhelm,
 378
 Heidegger, Martin, 341
 Hobbes, Thomas, 58, 322, 330,
 331, 343
 Horkheimer, Max, 29, 309

 Ilarregui, Pablo, 39

- Infante Rejano, Eduardo, 70
- Jeong, Ho-Won, 102
- Jiménez Redondo, Manuel, 300
- Justiniano I, el Grande, 88
- Kant, Immanuel, 29, 311, 312, 334, 335, 341, 343, 344
- Kellogg, Katherine K., 268
- Kelsen, Hans, 54, 57, 231
- Kriesberg, Louis, 73, 74, 78
- López Martínez, Mario, 80
- Landsberger, Henry A., 258, 261
- Lapuerta, Segundo, 39
- Lauroba Lacasa, M.^a Elena, 142, 160, 195, 201, 203, 258, 270, 273, 360
- Lederach, John Paul, 51–53, 55, 56, 70, 71, 75, 76, 102, 248
- Locke, John, 58, 330, 331
- Lorca Navarrete, Antonio María, 188, 213, 282, 284
- Luhmann, Niklas, 309
- Luquin Bergareche, Raquel, 264
- Mac-Gragh, Pilar, 51
- Macdonald, Keith, 264
- Macdonald, Keith M., 263
- Maclean, Mavis, 268
- Madrid Pérez, Antonio, 82, 256, 300, 370, 371, 374
- Marcuse, Herbert, 309
- Marlow, Lenard, 272
- Marqués Cebola, Cátia, 226
- Martín Diz, Fernando, 62, 87, 186, 190, 226, 251, 257, 272, 289–291
- Martínez Marzoa, Felipe, 58, 341–344
- Marx, Karl, 341
- McBride, Jeremy, 238, 247
- Medina Díaz, Francisco José, 77
- Mejía Quintana, Óscar, 304
- Mejías Gómez, Juan Francisco, 178–180, 183, 193, 217, 222
- Moliner, María, 46
- Moore, Christopher W., 55, 68, 100, 264, 290
- Muñoz Ruiz, Ana Belén, 57
- Munduate Jaca, Lourdes, 77
- Munné, Frederic, 289
- Munné, Maria, 51, 77
- Nebrija, Antonio, 41
- Nieto García, Alejandro, 29, 31, 57, 59, 62, 63, 66, 89, 243, 362–364
- Nietzsche, Friedrich, 341
- Olczak, Paul V., 76
- Ortega y Gasset, José, 29
- Ortuño Muñoz, Pascual, 143, 144, 191, 253
- Otero Parga, Milagros, 39, 48, 50, 247
- Pásara, Luis, 249
- Pérez Martell, Rosa, 143, 168

- Parker, Christine, 238, 240, 247
 Patton, Bruce, 101
 Peces-Barba, Gregorio, 54, 231
 Pillado González, Esther, 60, 173,
 185, 204, 258, 292
 Pipkin, Ronald, 269
 Press, Sharon, 93
 Puntos, Salvador, 77
 Puy Muñoz, Francisco, 39, 50,
 51, 53, 61, 108, 246
- Ramsbothan, Oliver, 53
 Rawls, John, 231, 324
 Reader, W. J., 264, 266
 Redorta, Josep, 67, 72, 77, 100
 Rifkin, Janet, 269
 Rodríguez Ávila, Nuria, 263
 Rodríguez Elorrieta, Naiara, 190,
 194, 201–203, 205, 282
 Rodríguez Llamas, Sonia, 45,
 93, 98
 Rousseau, Jean-Jacques, 58, 312,
 330, 331
- San Cristóbal Reales, Susana,
 64
 Santos, Boaventura de Sousa,
 26, 29, 53, 58, 65, 66,
 72, 73, 89, 96, 298, 301,
 310, 311, 326–328, 330–
 333, 341, 345, 356, 362–
 364, 367, 370–372, 375,
 378, 381, 382, 386, 387,
 389, 395–397
 Sartre, Jean-Paul, 29
- Schiffrin, Adriana, 200, 222, 258
 Searle, John R., 33, 43
 Sen, Amartya, 231
 Sloterdijk, Peter, 29
 Soleto Muñoz, Helena, 39, 48,
 50, 247
 Stein Cárdenas, Christian, 79
 Soares, Marinés, 43, 67, 72, 203
- Tarabal Bosch, Jaume, 193, 194
 Taylor, Alison, 61, 204
 Teobaldo I de Champaña, 39
 Terradas Saborit, Ignasi, 43, 44,
 237
 Teubner, Gunther, 82
 Tilly, Charles, 84
 Twining, William, 98, 239
- Ureña, Enrique M., 73
 Ury, William, 101
- Valpy, Francis, 69
 Vidal Teixidó, Antoni, 289
 Villagrasa, Carlos, 289
 Vinyamata, Eduard, 67, 101
 Viola Demestre, Isabel, 88, 94,
 114, 177, 195, 197, 214,
 216, 217, 220, 221
- Wall, James A., 45, 48, 263, 266,
 393
 Weber, Max, 309
- Yarn, Douglas H., 97
- Zagrebelsky, Gustavo, 37, 59,
 328, 329, 362

Legislación estudiada sobre ADR y mediación

Directivas de la Unión Europea

- Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Directiva 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.
- 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.
- Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Leyes orgánicas

- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación.

Leyes ordinarias

- Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes.
- Ley 1/2001, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito.
- Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Reales Decretos

- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
- Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, del Sistema arbitral de consumo.
- 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.

Leyes de las Comunidades Autónomas

Andalucía

Ley 1/2009, de 27 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Aragón

Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón.

Asturias

Ley 3/2007, de 23 de marzo de mediación familiar de Asturias.

Canarias

Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar de Canarias.

Cantabria

Ley 1/2011, de 28 de marzo, ley de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria

Castilla-La Mancha

Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio social especializado de mediación familiar.

Castilla-León

Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla-León.

Cataluña

- Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo.
- Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.
- Ley 2/2009, de 10 de julio, de educación.
- Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades de la infancia y la adolescencia.
- Ley 22/2010, del 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña.

Comunidad Valenciana

Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Valenciana.

Euskadi

Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar del País Vasco.

Galicia

Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia.

Illes Balears

Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears.

La Rioja

Ley 3/2011, de 1 de marzo, de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia.

Navarra

- Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista.
- Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

Madrid

Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de Madrid.

Decretos y resoluciones de gobiernos autonómicos

Cataluña

- Decreto 279/2006, de 4 de julio, sobre derechos y deberes del alumnado y la regulación de la convivencia en los centros educativos no universitarios de Cataluña.
- Decreto 170/2009, de 3 de noviembre, que regula la Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración de Cataluña.

- Decreto 171/2009, de 3 de noviembre, por el cual se aprueba el Reglamento de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje frente al Consejo Superior de la Cooperación.
- Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.
- Resolución del Departamento de Justicia JUS/2896/2012, de 17 de diciembre, por la que se fijan las tarifas en los procedimientos de mediación de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.