

El marco jurídico: derecho comparado

Aura Esther Vilalta Nicuesa (Universitat Oberta de Catalunya)

Equipo de investigación

Colaboradores:

Pere Fabra Abat; Ramón Casas Vallés

Ayudante de Investigación:

Aina Carod Requesens

Resumen

A partir de una primera aproximación a los datos socio-económicos sobre la mediación en los Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Latinoamérica, Asia y Europa, y de un análisis de las previsiones normativas en materia de mediación existentes en la actualidad, se ha procedido a la identificación de ciertos principios y estándares que han permitido una delimitación progresiva del concepto de mediación desarrollado en la experiencia extranjera –de los distintos Estados nacionales y de los organismos supranacionales e internacionales–. Delimitado el concepto, el estudio aborda una segunda etapa consistente en la comprensión del fenómeno mediador en el contexto de las diversas culturas y tradiciones jurídicas, así como en los diversos contextos socio-económicos en los que la mediación se desarrolla mayormente, identificando los ámbitos de aplicación materiales y orgánicos. Finalmente, tras una atenta identificación del concepto y descripción legal de la mediación existente en España y Catalunya –*tertium comparationis*–, el presente estudio se cierra con un ejercicio de contraste, con objeto de identificar los aspectos transversales y transnacionales que pudieran resultar aplicables en una futura regulación de la mediación en Cataluña.

Palabras clave

Mediación, conciliación, ADR, ODR, justicia relacional, justicia restaurativa, delimitación conceptual, procedimiento, principios, autonomía de la voluntad privada, libertad contractual, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, legalidad, equidad, economía procesal, eficiencia, eficacia, celeridad, transparencia, efectos, homologación, ejecutividad, cosa juzgada, derecho comparado, proceso cognitivo, métodos extrajudiciales, procesos facilitativos.

Índice

1	Introducción	4.3.2	Ámbitos de aplicación material y orgánico
1.1	Elementos metodológicos: el método comparativo	5	Estudio comparativo. Conceptos transversales y transnacionales aplicables en Cataluña
1.2	Posiciones teóricas respecto de la mediación	5.1	Contexto estatal y autonómico
2	Descripción por ámbitos geográficos	5.2	Aportaciones de la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado y de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña
2.1	Estados Unidos	5.3	Ejercicio de contraste
2.2	Australia y Nueva Zelanda	5.3.1	Concepto de mediación
2.3	Latinoamérica	5.3.2	Concepto de acuerdo de mediación
2.4	Asia	5.3.3	Concepto de mediador
2.5	Europa	5.3.4	Principios y estándares aplicables a la mediación
3	Previsiones normativas en materia de mediación	6	Conclusiones
3.1	Delimitación conceptual	6.1	Síntesis: algunas consideraciones conclusivas
3.2	Principios de la mediación	6.2	Recomendaciones finales: ideas prácticas aplicables en Cataluña
3.3	Valor atribuido al resultado de la mediación	7	Bibliografía
4	Fase de “comprensión” del fenómeno mediador		Notas
4.1	Las culturas, tradiciones y sistemas jurídicos		
4.2	El contexto jurídico		
4.3	El contexto socio-económico y formas afines a la mediación		
4.3.1	Formas afines con tipificación social		

1 Introducción

1.1 Elementos metodológicos: el método comparativo

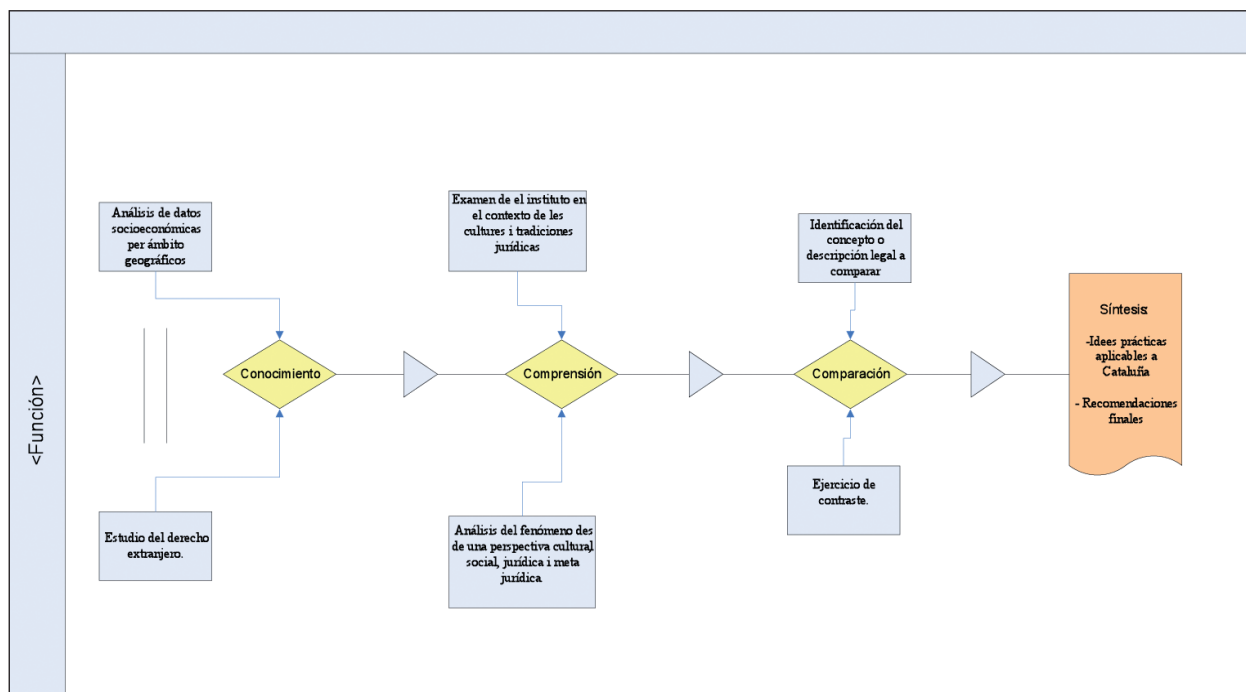
Es objeto de este trabajo, en el marco del Libro Blanco de la mediación en Cataluña, exponer los resultados del estudio comparativo de los datos socio-económicos y jurídicos atinentes a la actividad mediadora desarrollada en el ámbito internacional y español, con objeto de analizar los conceptos, los elementos identificativos y otros aspectos que puedan resultar de interés en una futura regulación del sistema de mediación en Cataluña. Existen dos claras dimensiones de lo que viene en denominarse “justicia relacional” (Casanovas i Poblet, 2008; Vilalta, 2009), concepto que integraría los mecanismos extrajudiciales de prevención y resolución de conflictos. Una primera dimensión lo constituirían todas las expresiones consensuales o autocompositivas de resolución en cuyo seno la mediación resultaría el paradigma, como modalidad que goza de mayor implantación respecto del resto. Conforman un nivel básico, extenso y heterogéneo que aglutina procesos que fluyen desde la negociación o transacción, hasta la mediación y la conciliación. La segunda dimensión o plano, en el citado contexto, lo constituirían aquellas expresiones o métodos heterocompositivos, en virtud de los cuales las partes encomiendan a un tercero la tarea de resolver por ellos, y de los que resulta claro exponente el arbitraje en sus diversas modalidades. Finalmente, hallaríamos una tercera dimensión o plano, el constituido por la justicia de los tribunales, de naturaleza eminentemente inquisitorial. El presente trabajo centra su análisis, en consecuencia, en el primer plano o dimensión.

En esta aproximación comparativa y jurídica de la mediación se ha procurado superar algunas dificultades manifestadas en la comparatística en los últimos tiem-

pos, motivadas por, la tendencia hacia un cierto eurocentrismo, la adopción de una perspectiva occidental, el énfasis excesivo en el derecho privado y la reducción del análisis al propio sistema legal y la escasa solidez de los fundamentos metodológicos que se siguen en estos procesos (Nottage, 2002)¹. Para ello se ha recurrido, en parte, al método comparativo de Constantinesco, fundamentado en una actividad cognitiva articulada a través de la clásica tripartición de “las tres C”: conocer para comprender, y comprender para comparar. Consiste en el conjunto de fases o actos racionalmente dispuestos, dirigidos a conducir el pensamiento jurídico para constatar, a través de un proceso ordenado, metódico y progresivo de contraste, las semejanzas, divergencias y las relaciones existentes entre estructuras y funciones de términos pertenecientes a una pluralidad de ordenamientos jurídicos. El proceso comparativo que se lleva a cabo en este trabajo es de naturaleza horizontal o sincrónica, esto es, entre ordenamientos y sistemas cercanos en el tiempo, aunque distantes en el espacio.

A lo largo de la primera fase, la correspondiente al “conocimiento”, se ha procedido a explorar la mediación como “instituto” que constituye objeto de estudio, la mediación, desde una perspectiva interdisciplinar, con objeto de abarcar el vasto universo de manifestaciones y procesos; si bien luego, en las fases sucesivas, se ha ido circunscribiendo dicho estudio, progresivamente, a los ámbitos materiales en los cuales la mediación se halla mayormente implantada y se ha centrado el análisis en aquellos aspectos que pueden llegar a adquirir alguna relevancia jurídica. En este proceso se han observado las distintas realidades en torno a la mediación por ámbitos geográficos (EEUU, UE, Asia, Latinoamérica, Oceanía), haciendo particular referencia a los ordenamientos que aportaban mayor riqueza por contar con un mayor desarrollo o por manifestar peculiaridades a tener en cuenta; y procurando asimismo que obraran modelos pertenecientes a tradiciones jurídicas diferentes, pues todo ejercicio comparativo exige una selección

Diagrama 1. Fases del proceso comparativo descrito



de ordenamientos. La distancia o pertenencia a culturas, familias o tradiciones distintas no sólo enriquece, sino que aporta, sin duda, un resultado mucho más fecundo desde la perspectiva comparatista.

En esta primera fase, la observación del lenguaje que ha generado la práctica de la mediación –rico y complejo debido a la profusión de experiencias en todos los ámbitos materiales– y la identificación de los términos que permiten describir la institución desde una perspectiva jurídica, junto con la exposición de su contenido, estructura, función y efectos en el derecho extranjero, han sido actividades imprescindibles². Lo que ha interesado en el presente estudio y ha constituido su hilo conductor, no ha sido tanto el registro lingüístico, como el contenido jurídico, factor que ha permitido identificar con nitidez el objeto de estudio y la posterior transferibilidad de los datos. Se ha procedido asimismo a identificar los diversos factores que inciden sobre el objeto de estudio y sobre los cuales se desea llevar a cabo un ejercicio comparativo, algo crucial en orden a coordinar esfuerzos y contrastar resultados.

Se han tenido en cuenta ciertas reglas metodológicas: se ha examinado el término a partir de las fuentes normativas de cada ordenamiento jurídico –teniendo en cuenta, como es natural, la jerarquía de las fuentes allá donde este criterio obra– y se ha procurado sortear algunos obstáculos, tales como la dificultad de acceso a las

fuentes originales del derecho extranjero o el uso dispar de la terminología jurídica. Otra cuestión que ha debido ser considerada es la pluralidad y complejidad de las fuentes pese a la unidad de los ordenamientos jurídicos, un aspecto particularmente relevante en el espacio europeo. Es por ello que se ha procedido asimismo a analizar el Derecho europeo, de forma separada al del correspondiente a la Unión Europea. En el análisis ha sido preciso observar y analizar la efectiva aplicación práctica de las normas relativas a la mediación y el modo en el cual se aplican. Para ello se han estudiado las muy diversas experiencias mediadoras y se ha tenido en cuenta, asimismo, la doctrina emanada, ciertamente reciente pero rica en puntos de vista y perspectivas.

En la segunda fase de esta actividad cognitiva se ha procedido a una operación inversa, consistente en comprender y reintegrar la mediación a su sistema. Ello ha comportado adoptar una perspectiva distinta, un ángulo a través del cual puede contemplarse la mediación y sus elementos en su contexto jurídico, cultural, social y económico y de los institutos análogos con los que guarda algún punto de contacto, es decir, los factores de naturaleza metajurídica que representan en su conjunto el contexto en el que se desenvuelve la mediación.

A lo largo de la última fase, la consistente en la comparación propiamente dicha, se procede a la identificación

del concepto de mediación que ha sido acogido en territorio español y en Cataluña y, una vez fijado el concepto jurídico y las descripciones que sirven de *tertium genus comparationis*, se realiza un ejercicio de contraste con los resultados obtenidos en las fases precedentes, y se subrayan aquellos aspectos y resultados que, por su utilidad o por su oportunidad pueden resultar sin embargo de interés en una futura conformación y desarrollo de la mediación en Cataluña. Finaliza el estudio con unas breves indicaciones conclusivas y recomendaciones a los efectos de una eventual institucionalización de la mediación en Cataluña.

1.2 Posiciones teóricas respecto de la mediación

Expresa Ugo Mattei (2007) que en los estudios de derecho comparativo en materia de mediación se tiende a no prestar atención a cuatro aspectos esenciales: el primero de ellos, consistente en la disparidad de poder de las partes; el segundo la necesaria aproximación interdisciplinaria, en diálogo abierto del derecho y los textos con la sociología, la economía, la antropología y las ciencias políticas; el tercero, el problema del excesivo eurocentrismo y la perspectiva occidental de los estudios, porque existen numerosas sociedades que ofrecen acceso a la justicia por mecanismos al margen de los judiciales de las que Occidente puede aprender; y el cuarto y último, la necesaria superación de la barrera existente entre el derecho petrificado en los textos y el derecho vivo.

Debe decirse que el fenómeno de la mediación, de factura reciente pero de antiguas raíces, ha penetrado en los últimos años, como por capilaridad, en todos los ámbitos socioeconómicos y sectores, tanto públicos como privados. Las razones que podrían explicar el creciente interés y la implantación de la mediación son múltiples y heterogéneas y de ellas da cuenta la extensa literatura generada en los últimos años: (i) la rapidez con la cual los individuos pueden abordar sus diferencias, (ii) la posibilidad de que éstos controlen el proceso y su ritmo. Favoreciendo la reducción del tiempo de los procesos; (iii) el auxilio de terceros expertos, (iv) la sensible reducción de los costes, (v) la posibilidad de reducir los riesgos de una solución no satisfactoria y de diseñar una solución a medida, (vi) el control de la información que fluye, (vii) la confidencialidad que brinda el proceso, (viii) la confianza de que la resolución no constituirá precedente, (ix) la preservación de las relaciones futuras, (x) o la descarga de los tribunales de justicia, son algunas de ellas (Galanter & Lander, 1992).

Como ha sido ya considerado en el capítulo 1, el incremento de la litigiosidad, su mayor complejidad, la excesiva duración de los procesos, su coste desproporcionado son factores a considerar³. También la propia estructura del sistema jurídico o de sus instituciones tienden asimismo a desmotivar en muchos casos a los ciudadanos, que acaban por renunciar a acudir a los tribunales⁴.

Paralelamente, se ha puesto de manifiesto también algunas desventajas de la mediación: la desigualdad en el acceso a la información y a servicios de calidad; la pérdida de protección de las clases más vulnerables; la elección de las reglas, que conferiría ventaja a la parte mejor posicionada o a aquella que acude más frecuentemente a estos sistemas de resolución, son algunas. La crítica se extiende también al hecho de que muchos problemas no pueden ser resueltos de manera amistosa por las partes, refiriéndose a los casos en los que existe un desequilibrio estructural. Estos métodos favorecerían las desigualdades distributivas y provocarían en algunos casos conformidades en lugar de promover la diversidad de opiniones⁵.

En una posición intermedia se hallaría una corriente que sitúa a la mediación no como un método alternativo, sino como un sistema complementario y útil, eficaz colaborador de la jurisdicción fundamentado en la actividad de un tercero facilitador, neutral y reequilibrador de las posiciones de las partes (Haley, 1978, Rees, 2010). De este modo, sin idealizar ni elevar al estado y a las instituciones públicas en únicos bastiones en la defensa de los valores, y sin pretender, por otro lado, la reducción de la presencia e intervención de los tribunales exclusivamente a aquellos asuntos donde aparece un claro interés público, se sostiene la conveniencia de integrar la mediación como institución colaboradora de la Administración de justicia (Galanter y Lander, 1992; Cappelletti, 1978-79).

La mediación goza en la actualidad del claro favor de los legisladores en la mayor parte de los países, sin distinción de filiación. En la Unión Europea, concretamente, la mediación y los métodos ADR en general constituyen una prioridad en el marco del Programa de Estocolmo.

También en el sector público la mediación ha tenido una acogida significativa. En el ámbito de los conflictos internacionales que amenazan la paz y la seguridad, por ejemplo, se recurre con frecuencia a los medios diplomáticos de resolución de controversias, entre los que obran la negociación, los buenos oficios, la mediación, la investigación y la conciliación. A través de la misma los Estados establecen las bases para la resolución de sus controversias. La Carta de las Naciones Unidas de 1945, en su artículo

33, expresa que “las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”. Con la expresión “buenos oficios” se designa la acción amistosa que realiza un tercero ante los estados que sostienen una controversia para facilitar la aproximación directa de las partes en el litigio con el fin de que inicien o retomen las negociaciones (Sánchez, 2009).

2 Descripción por ámbitos geográficos

Dado que la taxonomía juega un importante papel en la ordenación, por permitir acomodar y contrastar la producción legal, doctrinal, judicial y la praxis (Mattei, 2007), la presente aproximación a los datos socio-económicos ha sido llevada a cabo por ámbitos geográficos⁶ que responden en cierto modo a la taxonomía tradicional de Civil law (Europa, con alguna excepción y Latinoamérica), Common law (Estados Unidos, Oceanía) y otros desarrollados fuera de la tradición jurídica occidental (Asia).

2.1 Estados Unidos

La mediación, junto con otros medios de resolución extrajudicial de conflictos, goza de una importante presencia en los ámbitos civil, comercial y laboral. La mediación laboral, por ejemplo, lleva practicándose desde hace más de cien años y la comercial desde hace más de treinta. Supera, en uso, al arbitraje o a la conciliación. Los estudios estadísticos atribuyen a la mediación un porcentaje de éxito elevado (superior al 75%), y las razones de tal éxito parecen no ser tan sólo de orden económico sino también de ahorro de tiempo, puesto que la mayor parte de las mediaciones se resuelven en menos de dos días de sesiones presenciales (v. Lipski & Seeber 1998).

Como se sabe, la mayor parte de los Estados pertenece a la tradición jurídica del *Common Law*⁷. En este país las formas alternativas de resolución tomaron fuerza renovada en los años 1960 como respuesta a cambios radicales de la sociedad y a los movimientos de dere-

chos civiles. El incremento del número de reclamaciones judiciales comportó, según el informe de la Comisión de la Administración de Justicia⁸ una notable sobrecarga de los tribunales. De este modo fueron tomando carta de naturaleza reformas en el sistema judicial estadounidense, y el Congreso aprobó programas piloto para el desarrollo de ADRs en Filadelfia, Nueva York, Miami, Columbia y Ohio (Clare, Laney, Little, Walker).

Desde entonces, estos métodos han despertado opiniones muy dispares en el mundo académico y así se desprende de su literatura en los últimos años. Para un sector de la doctrina (véase, por todos, Mattei & Nader 2008), estos medios alternativos de justicia, cuando son adoptados por las élites políticas y económicas, devienen instrumentos funcionalizados, más preocupados en la obtención de justicia corporativa que en la igualdad. Dicha crítica se asienta en la constatación de que tales métodos tienen un fundamento ideológico de tipo liberal. En opinión de Auerbach, ya a finales del siglo XIX los mecanismos arbitrales devinieron un instrumento de control social y una vía para incrementar la eficiencia judicial en materia de conflicto laboral. Para esta corriente los ADR constituyen en general soluciones capitalistas. La mediación tomó forma en Estados Unidos en el año 1968 cuando la “Ford Foundation” empezó a sufragar programas para mediar los conflictos raciales. Dicho organismo fundó el “National Center for Dispute Settlement” con apoyo logístico de la American Arbitration Association (AAA) y algo más tarde, en el año 1970 fundó el Instituto para la Mediación y la Resolución de Conflictos. Un momento clave en el proceso de desarrollo de los ADR en Estados Unidos se sitúa en el año 1976, con la “Pound Conference” liderada por el Presidente de la Corte Suprema, Warren Burger, y el profesor de Harvard Law School, Frank E.A. Sander. Sostiene sin embargo Ugo Mattei que, en realidad, los tribunales en aquel tiempo no estaban experimentando una sobrecarga de trabajo y que las razones de tal impulso obedecían a intereses distintos, porque empezaba a experimentarse un crecimiento de asuntos judiciales en material de derechos civiles. En cualquier caso en el año 1990 se aprueba la *Civil Justice Reform Act* (CJRA) con el objeto declarado de arrostrar los graves problemas derivados del coste y retardo de los procesos judiciales ante los tribunales federales. Posteriormente —en el año 1998— su Congreso procedió a aprobar la *Alternative Dispute Resolution Act* y para el estricto ámbito de la mediación, cuentan además con la *Uniform Mediation Act* de 2001, como enseguida veremos⁹.

Características. Un elemento sobre el que pivota la mediación en Estados Unidos es el “privilegio” de confiden-

cialidad. El peso de la confidencialidad y la correspondiente reserva o secreto de las conversaciones, declaraciones o conductas llevadas a cabo en el seno de una mediación resulta tan significativo que mereció en su día la aprobación de una Ley, la *Uniform Mediation Act*¹⁰. Esta Ley Uniforme de mediación declara que el motivo por el cual se promulga la Ley es, exclusivamente, asegurar el aspecto de la confidencialidad, que guarda relación con la prueba en los procesos judiciales y otros procesos legales. De esta manera, las partes pueden confiar en el mediador, porque saben que cualquier información que éste revele dará lugar a responsabilidad por violación de su deber de silencio. “La mayor contribución de esta Ley [expresa literalmente], es proporcionar privilegio en los procedimientos legales”. Adoptada formalmente por numerosos Estados americanos, como Illinois, el Distrito de Columbia, Iowa, Nebraska, New Jersey, Ohio, Uta, Vermont o Washington, ha padecido pequeñas modificaciones desde su promulgación. En virtud de esta obligación, ha devenido práctica extendida entre los mediadores el proceder a destruir todas las anotaciones relativas al proceso producidas durante su curso, así como toda documentación que les haya sido remitida por las partes (excepto la correspondencia formal). Otra práctica generalizada es que el mediador notifica a las partes cuándo un tercero requiere información acerca de la mediación entablada o finalizada. Otra característica de la mediación en Estados Unidos¹¹ es su naturaleza consensual; aunque los jueces pueden dirigir a las partes a una mediación, una vez en ella, las partes decidirán o no participar. Un estudio llevado a cabo por el National Center for State Courts/State Justice Institute¹² revela que los programas de mediación voluntaria obtienen un índice más alto de acuerdos y satisfacción que aquellos donde la mediación resultó obligatoria (Vargas Pávez 2008). Cabe señalar, sin embargo que, en materia médica, algunos Estados como Maryland, Wisconsin, Michigan, prevén la obligatoriedad de acudir a sistemas ADR. Cabe manifestar que en el mismo continente, pero en esta ocasión en Canadá, la ciudad de Ontario inició en el año 1999 un programa bianual para la introducción de la mediación obligatoria, a través del Tribunal Superior de Justicia de Ontario, del que se desprenden resultados concretos acerca de esta modalidad¹³.

La mediación en este país goza de gran elasticidad. Las partes pueden disponer del proceso de mediación de modo amplio, iniciarlo, suspenderlo, solicitar información, introducir a terceras personas para que participen, incluso acudir a un juzgado o tribunal para que resuelva sobre una cuestión sustantiva (Plant, 2001). Habitualmente, previo al inicio de la mediación, las partes con-

sensuan el modo a través del cual se desarrollará el proceso. Con la misma libertad las partes pueden decidir en cualquier momento poner fin al proceso de mediación.

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.

Son una preocupación constante en materia de mediación, en Estados Unidos, las cuestiones relativas a la imparcialidad y la transparencia de las personas mediadoras y de los organismos mediadores, hasta el punto que han proliferado estándares, recomendaciones y directrices por parte de asociaciones y centros de mediación¹⁴ para garantizarlas. En cualquier caso, la transparencia y la correspondiente “*disclosure*” de información que pueda comprometerla, es otro de los elementos cardinales del sistema para reforzar la confianza y credibilidad. Las grandes firmas de abogados han incorporado programas de mediación en su actividad e incentivan a los profesionales a su uso utilizando estímulos financieros¹⁵. Asimismo las *Model Rules of Professional Conduct* de la ABA (al igual que el Código de Deontología del CCBE) contienen una regla ética que obliga a los abogados a informar a los clientes de la existencia y posibilidad de acudir a las fórmulas ADR antes de iniciar cualquier litigio (Mullerat, 2009).

Delimitación. En Estados Unidos la mediación convive con formas muy variadas de amigable composición (como la negociación o la conciliación), adversarial o inquisitorial (como el arbitraje), e incluso híbridas (medarb, por ejemplo). La delimitación de cada modalidad es bastante precisa, no se producen confusiones y el uso de los términos es uniforme.

Iniciativa y ámbitos. En EEUU los mecanismos ADR y los sistemas multiparte vienen implementándose desde los años '70 en varios Estados. La experiencia de estos centros ha sido crucial para el análisis y valoración de los resultados de estos sistemas extrajudiciales en este país y han puesto de manifiesto como su uso implica una reducción significativa de costos, de tiempo empleado y de eficacia, puesto que se ha podido verificar que los litigantes respetaban más los acuerdos que alcanzan por ellos mismos que las mismas sentencias judiciales, porque son las mismas partes las que diseñan una solución a su medida.

La mediación es una práctica llevada a cabo en este país, generalmente, en el ámbito extrajudicial. Sin embargo cabe que los jueces de distrito asignen a un magistrado juez para que actúe como facilitador o mediador en un asunto judicial. La mediación es desarrollada, principalmente, por asociaciones y entidades privadas que ponen en práctica esta modalidad junto con otros mecanismos alternativos. Es el caso de la *American Arbitration Association*, (AAA), el *Internet Bar association*, la *American Bar Association* (ABA), JAMS services, el *CPR Institute for Dispute Resolution*, o el *International Court of Arbitration del International Chamber of Commerce* (ICC), proveedor de servicios de arbitraje y mediación líder entre las sociedades mercantiles que llevan a cabo operaciones transnacionales. Cada organización, asociación o Cámara ha desarrollado, además, sus propios reglamentos, y algunas de ellas incluso estándares de práctica, directrices, guías o principios. Esta actividad es también desarrollada habitualmente por personas físicas expertas que ofrecen sus servicios de mediación.

Los programas de mediación se extienden a ámbitos tan heterogéneos como: la resolución de controversias de carácter familiar, en materia de separación y divorcio; laboral; conflictos de carácter económico de las escuelas públicas con los organismos públicos que las financian; la resolución de disputas entre comerciales del sector del automóvil y los fabricantes; para la resolución de disputas relativas a las tarifas cobradas por las agencias públicas por la copia de registros públicos; mediación inter pares entre escolares; mediación entre víctima y agresor; mediación en contratos de construcción; para la resolución de litigios de responsabilidad por negligencia; conflictos derivados de la actividad agrícola, etc.

2.2 Australia y Nueva Zelanda

Las primeras manifestaciones de mediación y de métodos alternativos de resolución de conflictos en Australia y Nueva Zelanda se remontan a los años 70 e inicios de los años 1980¹⁶. En ambos territorios ya se hallaba sin embargo implantada, desde mucho antes, la mediación entre grupos indígenas en el seno de sus propias comunidades.

Ambos países están adscritos a la tradición jurídica del Common law y disponen de un sistema legal que mezcla elementos del sistema constitucional del Westminster y de Estados Unidos. La mediación se desarrolla allí, en la actualidad, a nivel teórico y práctico, en los ámbitos materiales más diversos y está muy bien aceptada socialmente. Goza asimismo de interoperabilidad con el sistema judi-

cial. Se habla en los últimos tiempos de la emergencia de una “Commonwealth legal” entre las antiguas colonias del otrora imperio Británico: Nueva Zelanda, Australia y Canadá (Nottage, 2002).

Características. Como sucede en Estados Unidos, un elemento primordial de la mediación en Australia es el respeto al deber de confidencialidad, en particular cuando la mediación es impulsada desde la propia Administración de Justicia, en cuyo caso el mediador nombrado debe mantener estricto secreto acerca del modo en que se ha desarrollado la mediación y debe limitar la información al tribunal a los términos del acuerdo. La regulación jurídica de mediación es poco intervencionista, goza de gran plasticidad y deja la máxima libertad a las partes para que modelen el proceso.

Delimitación. En Australia la mediación se lleva a cabo de maneras muy diversas y distinguen entre mediación facilitativa y mediación evaluativa, dos modalidades que conviven con la conciliación. La distinción entre los tres modelos no resulta sin embargo siempre nítida. Su doctrina tiende a utilizar como criterio la intensidad con la que el tercero (neutral) actúa. Cuanto más intervencionista es su actividad, más se acerca a la conciliación. En este país es habitual que el tercero que asiste a las partes lleve a cabo actuaciones que constituyen fórmulas híbridas, o que asuma en un mismo asunto la función de mediador, conciliador, e incluso de árbitro, sin que ello genere problemas prácticos o éticos; es una práctica aceptada. Las reformas procesales operadas han consentido que, iniciado el proceso, los jueces puedan invitar u obligar a las partes a iniciar un proceso de mediación, que se materializará fuera del proceso judicial¹⁷. El mediador es en estos casos nombrado por las partes y sólo a falta de acuerdo procederá el juez a su nombramiento. Una vez desarrollada la mediación, el mediador da parte del resultado al Juez, preservando la confidencialidad de todo el procedimiento mediador.

Iniciativa. La práctica de la mediación se halla difundida tanto en el ámbito privado como en el público. Dentro del primero, cabe subrayar la práctica extendida de los profesionales del derecho de llevar a cabo programas de ADR en sus despachos. También otras organizaciones no gubernamentales, como las asociaciones profesionales y del comercio¹⁸ impulsan la mediación. En el ámbito de lo público, son también numerosas las agencias e instituciones gubernamentales que llevan a cabo actividades mediadoras en su seno. La *National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* (NADRAC) Australiana tiene funciones consultivas y asesoras al servicio del Gobierno australiano. En su último informe, de fecha 4 de noviembre de 2009, esta institución ha emitido 39 recomendaciones dirigidas

a mejorar el sistema de métodos ADR en general: impone una obligación legal a los potenciales litigantes, de procurar resolver sus diferencias extrajudicialmente antes de acudir a los tribunales; promueve el desarrollo de un protocolo para la aplicación coherente de los principios y estándares existentes; exige que abogados y tribunales informen y asesoren a los consumidores acerca de los procesos ADR; recomienda un marco de normas para mejorar la calidad de los servicios ADR; así como el desarrollo de cursos de gestión judicial, para que los jueces adquieran habilidades para determinar qué temas deben ser dirigidos a técnicas ADR; facilita modelos de cláusulas de solución de controversias pro-forma, que pueden ser adoptados voluntariamente en los documentos contractuales y que las agencias estatales pueden incluir en los contratos; y recomienda, finalmente, que los tribunales impulsen la mediación, derivando a las partes a procesos mediadores, que se dirimirán fuera del tribunal. También desde la iniciativa pública debe destacarse la labor de los “Community Justice Centers” de Australia, servicios de mediación y gestión de conflictos estatales, los cuales exigen a los mediadores, entre otros requisitos, que sean “representativos” de la comunidad a la que sirven. Se pretende que el tercero mediador sea reflejo de la comunidad en la que opera, representativo de su origen étnico, de su lengua, su educación y posición socio-económica, sus creencias religiosas y sus tradiciones culturales. A los mediadores no se les demanda una determinada formación profesional, si no que, provenientes de todos los ámbitos de la vida, son seleccionados por su capacidad personal, sus habilidades y su carácter. Tras lo cual se les forma a través de cursos de especialización y se les obliga a asistir a cursos de formación continuada y perfeccionamiento a lo largo de la vida laboral.

Ámbitos. La mediación se halla muy extendida en materia de relaciones vecinales, comunitarias, en asuntos de familia, en el sector de la construcción, en materia medioambiental, en problemas de discriminación racial y derechos humanos, en materia comercial, de consumidores, en reclamaciones de pequeña cuantía, en temas arrendaticios, de agricultura, de responsabilidad civil, de reclamación de daños, en casos de responsabilidad médica –la reforma del *tort system* ha introducido en los últimos tiempos limitaciones cuantitativas al daño resarcible– y en materia hereditaria. También se halla muy extendida en el ámbito laboral y en el escolar. Resulta significativo que en el ámbito arrendaticio y agrícola Australia cuenta con normativa que impone la participación obligatoria en programas de mediación y los resultados obtenidos son positivos, alcanzando acuerdos en el 73,87% de los litigios arrendaticios y el 89% en los

agrícolas¹⁹. Los inconvenientes que se han manifestado son, sin embargo significativos en términos de eficiencia por lo que hace a los costes adicionales de los procesos cuando no se alcanzan acuerdos, y a los retrasos innecesarios (Spencer, 2000).

Cobra también interés en este país el uso de la mediación para abordar el delicado ámbito de los abusos a menores, en particular cuando se producen en el seno de la familia. Cuentan con un Departamento y una Unidad dotada de un programa dedicado a la mediación entre víctimas y agresores a estos efectos y, en general, para la aplicación de justicia restaurativa.

2.3 Latinoamérica

Los métodos alternativos de resolución de conflictos en Latinoamérica han tenido una cálida acogida en los distintos Gobiernos, quienes se han apresurado a introducirlos como paso previo necesario en algunos ámbitos, al modo que lo hacían antes las conciliaciones judiciales. La mediación, la conciliación y el arbitraje resultan métodos atractivos en materia comercial y en conflictos civiles. Los sistemas legales de los países latinoamericanos, al haber heredado los esquemas del sistema jurídico español y portugués, responden a la tradición jurídica Continental o de Civil Law. Han mostrado, por lo general, gran receptividad a estas nuevas manifestaciones y han procedido a regular prolijamente las mismas. Unas veces para adaptar su legislación procesal a estas modalidades; en otras, para regular el arbitraje, la mediación y la conciliación. También los Tribunales o Cortes Supremas de algunos de estos países han adoptado medidas para unificar criterios de actuación y facilitar el uso de la mediación o conciliación. La mediación es, en este ámbito geográfico, un instrumento de iniciativa mayormente privada. También las leyes procesales de algunos de estos países han previsto que el juez, una vez iniciado un proceso judicial, pueda enviar a las partes a una mediación, que se desarrollará fuera del proceso²⁰.

Características. La naturaleza consensual de la mediación comporta, en estos países, que nadie pueda ser forzado a mediar. Una cuestión especialmente importante para el buen funcionamiento de la mediación y que preocupa particularmente es la independencia de los órganos que la llevan a cabo. En numerosos países latinoamericanos los acuerdos de mediación adquieren efectos ejecutivos. En Argentina, por ejemplo, los acuerdos de mediación se recogen en un acta y se comunican al Ministerio de Justicia. Si el acuerdo se incumple, podrá ser ejecutado vía procedimiento de ejecución de

sentencia. En Perú el Centro de Conciliación verifica la legalidad de los acuerdos adoptados por los mediadores y el acta constituye directamente título de ejecución. En algunos Estados federales de Méjico los acuerdos que se alcanzan son presentados por el mediador al Director del Centro de mediación, para que, en su presencia, ratifiquen las partes su contenido y reconozcan las firmas. Los convenios así aprobados por el Director tendrán el valor de una prueba documental pública y carácter ejecutivo, traen aparejada ejecución. Si el acuerdo se incumple se podrá exigir el cumplimiento mediante procedimiento ejecutivo ante el Juez competente. En Ecuador el acta de mediación tiene efecto de sentencia, y en consecuencia, tiene aparejada ejecución. También en Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Bolivia y Panamá el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta tiene fuerza ejecutiva.

Delimitación. En los países latinoamericanos se produce un fenómeno que debe ser considerado. Muy frecuentemente son utilizados de forma indiferenciada los términos mediación y conciliación. No resulta tampoco infrecuente que se prescinda del término mediación y se utilice el de conciliación para hacer referencia a ambas prácticas o modalidades (v. gr. Colombia, Bolivia, Chile, Argentina)²¹; o, a la inversa, que se prescinda del término conciliación, siendo entonces el término mediación el que abarca ambas vertientes, facilitativa y evaluativa. En cualquiera de los casos descritos, se manifiesta en estas legislaciones, en general, un fenómeno de yuxtaposición y confusión terminológica. La nota que comúnmente sirve para diferenciar a ambas, la neutralidad, consistente en que el tercero no imponga o sugiera una posible solución al problema, no aparece en estas legislaciones. En el ámbito civil, la consolidación de uno de los dos términos como expresión o fórmula genérica de resolución a través de tercero imparcial es una realidad que provoca la progresiva desaparición o “fagocitación” del otro término²². En el ámbito del derecho laboral, por el contrario, se ha generalizado la expresión “conciliación” para designar un proceso en muchas ocasiones intraprocesal en el que el mismo Juez media y concilia las posiciones de las partes, tratando que éstas pongan fin a la controversia²³. En estos supuestos, si el resultado es positivo, el Juez da por concluido el proceso, mediante sentencia que homologa el acuerdo de las partes, el cual tendrá efecto de cosa juzgada.

Iniciativa. Las Cámaras de Comercio de los países latinoamericanos han sido muy activas y han tomado numerosas iniciativas en el terreno del arbitraje y de la mediación, con objeto de promocionar la actividad comercial y la confianza en los inversores²⁴. Numerosos centros que

proporcionan servicios de arbitraje y mediación están adheridos a dichas Cámaras, las cuales facilitan estatutos y reglamentos de actuación a los que quedan sometidos. Debe destacarse también, en particular, el servicio que presta el Banco Interamericano de Desarrollo (IDB), dirigido a la resolución de conflictos comerciales.

Ámbitos. Si bien la normativa reguladora de estas modalidades alternativas de resolución dispone por lo general que su ámbito de aplicación se extiende a toda materia de carácter dispositivo, lo cierto es que la práctica de la mediación en Latinoamérica se centra en cuestiones relativas a la familia y a las controversias de naturaleza comercial, sobre construcción, seguros o servicios. Los países que cuentan con una legislación específica reguladora de la mediación y con programas de formación han obtenido resultados muy prometedores²⁵.

2.4 Asia

Los sistemas jurídicos de los países asiáticos se adscriben formalmente a la tradición jurídica del Common Law, aunque también los hay que responden a la tradición del derecho continental o *Civil Law*, como Japón. Debe señalarse dos aspectos relevantes en este ámbito geográfico²⁶: a) en primer lugar, aglutina naciones que, a pesar de lo mencionado, han adoptado muchos rasgos y caracteres propios de la tradición jurídica Continental, porque han resultado permeables en muchos aspectos. b) y, en segundo lugar, a diferencia de otros continentes, no puede hablarse de un solo bloque de países que conforman el continente asiático, porque no son un conjunto homogéneo si no naciones muy extensas y, en ocasiones, con diferencias significativas entre ellas, tanto desde el punto de vista social como cultural, político o histórico. Es por ello que, en este contexto geográfico, no es posible hacer una reflexión conjunta ni exhaustiva de la realidad socio-económica y cultural del fenómeno mediador. La aproximación se lleva a cabo, en esta materia, por países, haciendo una previa selección por razón de la mayor implantación que la mediación ha tenido en sus sistemas jurídicos.

Otro de los aspectos que debe tenerse en cuenta en Asia es que la negociación directa entre las partes es la forma más extendida de resolución de los conflictos en dicho continente, porque culturalmente está muy enraizada la idea de que conviene no destruir las relaciones interpersonales y profesionales. La negociación es la forma más confidencial, eficiente y económica existente. La tradición oriental deposita poca confianza en el derecho como instrumento para asegurar el orden social y la jus-

ticia. Las Leyes representan allí modelos de conducta más que normas imperativas, lo que responde a un viejo brocardo chino: “para los bárbaros el derecho, para nosotros la ética y el buen gusto”. Frente a una sociedad occidental que pivota sobre los derechos individuales, la tradición cultural asiática, en general, gira entorno a los deberes del individuo, a su exaltación como componente de un grupo –familia, comunidad, estado, etc., (Giacomelli, 2003) y manifiesta una búsqueda constante de la armonía y un desprecio generalizado a la litigiosidad. A esta idea ha contribuido eficazmente la doctrina filosófica Confuciana, cuyas Analectas se han convertido en proverbios de uso cotidiano en muchos de estos países. Según esta doctrina, los individuos deben procurar no llegar al enfrentamiento. Como las exigencias morales son más estrictas que las legales, aquellos que siguen las exigencias morales son superiores a los que se limitan a cumplir sólo con las legales. En la medida que las personas aspiren a devenir superiores, la sociedad en su conjunto mejorará en términos de armonía y paz. La recepción de esta doctrina en Japón y otros países del continente asiático ha propiciado que, secularmente, el modo de gestión y resolución de los conflictos en estas culturas estuviera fundamentado en la negociación, en la conciliación y en la mediación. No sería hasta el S. XIX, con la filtración de la cultura Occidental, que se generalizarían los procedimientos judiciales de carácter inquisitorial, que siguen despertando un rechazo social e institucional bastante generalizado. Los gobernantes han aspirado siempre a que sus sociedades muestren un bajo grado de litigiosidad, y sus sistemas han impuesto agotar todas las vías del consenso antes de acudir a un Tribunal. Tras la negociación, la mediación es la modalidad con mayor implantación, en particular en China²⁷. Siguiendo en esto a Port (1994), podríamos identificar algunas teorías que explicarían el bajo índice de casos que acceden a los tribunales en estos países. Según la teoría tradicional, defendida por Kawashima (1993), la aceptación de las antiguas doctrinas de Confucio en la cultura ha comportado el rechazo social al litigio. Se fundamentaría en una falta de conciencia legal de los derechos y en la existencia de una especie de mentalidad grupal y espiritual que une a los japoneses y que influencia su comportamiento. En opinión de Tanaka (1985) sin embargo, la falta de “legal consciousness” entre los japoneses se debe a la influencia de mecanismos sociales, no de su carácter espiritual (contra la tesis traicional de Kawashima, Feldman, 2000). Para la teoría revisionista que sostiene Haley, (1978, p. 359), la razón sería muy distinta: son las barreras y dificultades institucionales (procedimientos costosos y largos, coste de los mismos, falta de eficacia de los resultados en algunos

casos, etc.) las responsables de que los individuos no planteen sus diferencias ante los tribunales. Se basa en datos estadísticos sobre grado de litigación civil en Japón facilitados por Sarat y Grossman (1975) que, en opinión de Tanaka, incluyen de manera errónea algunas estadísticas sobre otros procesos civiles y administrativos que desdibujan el resultado, por lo que podría afirmarse que, efectivamente, Japón resulta menos litigioso de lo que Haley afirma²⁸. Finalmente, la teoría racionalista constata que, en definitiva, si se utilizan los métodos extrajudiciales es, esencialmente porque los individuos prefieren optar por un acuerdo que maximice su interés frente a un litigio que implique pérdida de tiempo y energía (Yoshida, 2003). Por lo general en los países asiáticos las modalidades extrajudiciales han gozado de gran aceptación social y se muestran en clara expansión. Representan, frente al proceso judicial inquisitorial y los sistemas adversariales, la evitación de la confrontación y el acceso a la justicia sin excesivos costes.

A pesar de todo lo expresado, paradójicamente, muchas de las técnicas ADR que se conocen hoy en el continente asiático han sido modalidades “importadas”, a las que han sido inseridas, posteriormente, prácticas autóctonas y se han materializado siguiendo una particular visión y cultura asiáticas (Scoble y Wiseberg, 1985). De modo que, bajo una misma terminología se acogen, en realidad, prácticas muy diversas (Barrington et al., 2001). La comparatística de los últimos años ha revelado que la influencia de los países europeos y de Estados Unidos es muy significativa en el continente asiático y sus sistemas legales en general (particularmente en Japón; Kelemen & Sibbitt, 2002; Potter, 2000; Tan, 1997). En China y Japón, además, la negociación, la mediación, el arbitraje y, en general las modalidades extrajudiciales son caminos previos necesarios antes de acudir a los tribunales en materia de disputas civiles y mercantiles²⁹.

Características. Si bien en el continente asiático conviven más de una veintena de jurisdicciones distintas, una característica común a todas ellas es que ésta representa la última ratio, el último resorte al que acudir en caso de confrontación. La cultura y las religiones en estos países han influido profundamente en el modo de ser y comportarse de sus poblaciones. La mediación en China y Japón³⁰ es más cercana al concepto occidental de conciliación, porque la intervención del mediador es más activa. Por otro lado, el mediador en estos países puede generalmente ejercer el papel de árbitro si las partes no llevan a un acuerdo, sin que ello genere problemas éticos. Algunos reglamentos y leyes así lo contemplan expresamente: En China, el Reglamento del CIETAC; en Japón cuentan con normativa que regula la mediación

en el ámbito civil (*Civil Conciliation Act* de 1951, en familia (*Law for the Determination of Family Affairs*), en materia laboral (*The Labour Union Law* de 1949 y *The labour Relations Adjustment Law* de 1946), en conflictos medioambientales (*The Pollution Dispute Settlement Law*) y en derecho de la construcción (*The construction business Law* de 1949). En Malasia, por ejemplo, se espera que el mediador adopte un papel activo e incluso ofrezca a las partes un juicio. En Indonesia, la Ley núm. 30/1999, de Arbitraje, exige que el tribunal en primer lugar intente que las partes alcancen un acuerdo amistoso. Esta misma Ley regula también la mediación y otras formas de resolución alternativa de conflictos.

La confidencialidad respecto de la información utilizada u ofrecida en el seno de una mediación es un requisito que debe ser atendido. Uno de los mayores valores que atribuyen estas sociedades a la mediación y, en general a las ADR, es la privacidad y la confidencialidad. En estos países las audiencias en el ámbito judicial son públicas y los veredictos se comunican públicamente, de modo que el rechazo social se enfatiza. Las técnicas de las modalidades amigables permiten mantener la máxima reserva. En Indonesia los acuerdos de mediación alcanzados ante un tribunal arbitral son recogidos en un laudo que deviene obligatorio para las partes y ejecutable ante los tribunales. En Japón los acuerdos de mediación que se llevan a cabo ante un juez tienen la misma fuerza ejecutiva que una sentencia judicial. También en Sri Lanka, donde la mediación es un paso obligado antes de acudir a la jurisdicción ordinaria y el resultado debe ser “ratificado” por el juez de primera instancia, resultan ejecutivos. En todo caso, la mediación se mantiene como una modalidad consensuada, la voluntad de las partes es en todo momento crucial. La mediación no viene impuesta por los tribunales excepto en algunos países para la resolución de materias muy específicas (por ejemplo, en Japón, donde la mediación es obligatoria en materia familiar y en materia arrendaticia). En Malasia y Hong Kong es conocida y extendida la práctica de la mediación. Una de las razones por las que la mediación no crece en términos cuantitativos en Malasia, sin embargo, es el hecho de que los individuos no aprecian la necesidad de acudir a un tercero para alcanzar una negociación, lo hacen por sí mismos sin coste alguno. Otra de las razones es que generalmente sus resultados no resultan ejecutivos. En cualquier caso cabe significar que en Indonesia los índices de litigio son relativamente bajos en comparación con la India y otros países asiáticos, y ello es debido a la Pancasila, una ideología institucionalizada que apela al consenso, al dialogo y rechaza enérgicamente la confrontación (Barrington et al., 2001).

Delimitación. Como sucede en Latinoamérica, en estos países la delimitación entre la mediación y la conciliación no es muy clara y, en ocasiones, se utilizan ambos términos de manera indiferenciada. La voz “mediación” es la más extendida y se atribuye a la misma caracteres muy próximos a la conciliación. El papel del mediador en estos países es muy activo y puede pasar de mero facilitador a consejero, recomendando a las partes la adopción de determinadas soluciones.

Iniciativas. La mediación y, en general, las modalidades alternativas de resolución de conflictos son los mecanismos habituales para la resolución de las controversias en los países asiáticos antes de acudir a la jurisdicción de los tribunales. En China se distingue entre la mediación administrativa –o institucional– llevada a cabo por una agencia estatal, y la mediación privada. La modalidad med-arb se conoce pero no se halla muy extendida por la ausencia de organismos e instituciones que la practiquen. En Sri Lanka, por ejemplo, la Ley de Arbitraje, que fue modificada en el 1995 acoge la mediación previa. Sin embargo no hay experiencias significativas³¹. En China cabe destacar la importante labor de la Comisión Internacional de Arbitraje económico internacional China (CIETAC), cuyo centro ofrece un arbitraje precedido por intentos de mediación. En Hong Kong, la actividad del Centro de Arbitraje internacional (*Hong Kong International Arbitration Centre*) y, en la actualidad, a nivel institucional, el *Hong Kong Mediation Council*. En Malasia, ha sido el *Bar Council, Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* (KLRCA) quien ha impulsado mayormente el uso de esta modalidad. En Indonesia es destacable la actividad de mediación y arbitraje del *Badan Arbitrase Nasional Indonesia* (BANI). Desde la iniciativa institucional, caben citar algunas iniciativas que tienen por objetivo la introducción de la mediación con carácter previo obligatorio a la jurisdicción. A título enunciativo, pueden mencionarse los tribunales de Hong Kong, los cuales han introducido la mediación (“*court-annexed mediation*”) para los asuntos familiares, de modo que recomiendan a las partes intentar el acuerdo a través de estos medios. También en Japón se halla establecida la mediación obligatoria en el seno de los procedimientos familiares, porque se considera que este ámbito no debe ser público, no debe llevarse a la confrontación a la que conduce un sistema inquisitorial o adversarial; la controversia no se resuelve en estos ámbitos de manera satisfactoria con una sentencia, por tratarse de una relación continuada. El tribunal designa en estos casos un Comité mediador compuesto por un juez y dos mediadores legos que nombra el tribunal de una lista oficial de personas con reputación en la comunidad. En Indonesia

la práctica forense exige que antes de acudir a un tribunal el demandante haya intentado sin éxito un acuerdo amistoso³². También Pakistán se interesó tempranamente por las formas alternativas de resolución (*Arbitration Act* de 1940, *Conciliation Court Ordinance* de 1961 y *Family Court Act* 1964) si bien no han resultado muy efectivas, debido a la falta de una verdadera conciencia desde el sector público de su importancia, sumado al hecho de la falta de formación de los jueces. Desde el año 1993 se están llevando a cabo estudios para la reforma legal, y en el año 2001 se procedió finalmente a la reforma del Código de procedimiento civil para la introducción de la mediación y la conciliación intraprocesal. Sri Lanka desarrolla un ambicioso programa estatal “*The Community Mediation Programme*” en el marco de la *Mediation Boards Act* de 1900, coordinado por USAID que cuenta con más de 218 centros de mediación. Estos centros operan a nivel local o comunitario en conflictos de naturaleza civil y de faltas. Es un servicio gratuito para los usuarios, sufragado por el gobierno de Sri Lanka.

Ámbitos. La mediación ha tenido buena acogida en materia laboral³³ y también en controversias civiles, de familia, herencia, mercantiles, de la construcción, conflictos de propiedad y conflictos agrarios. Sin embargo el porcentaje de asuntos que se ventilan en materia civil no es muy elevado, porque en estas sociedades, antes de acudir a un tercero neutral extraño, las partes suelen recurrir a personas cercanas (familiares o personas con autoridad moral dentro de la comunidad) que actúan como tercero neutral³⁴. En asuntos financieros y crediticios, Indonesia cuenta con dos iniciativas particulares: la actividad del *Yakarta Initiative*, una entidad dependiente del Ministerio de Finanzas, que ofrece facilitadores para la gestión y resolución de disputas entre deudores y acreedores. Entre su actividad destaca la negociación de “quitas y esperas” de los pagos de aquellos empresarios que pasan dificultades económicas a causa de la recesión; y la actividad del *Badan Arbitrase Muamalat Indonesia*, para la resolución de problemas relativos a transacciones entre partes de religión islámica, aplicando el principio de *isfaah* o perdón, y cuyas decisiones resultan vinculantes. En materia medioambiental, los conflictos son dirimidos en Indonesia a través de la mediación en un organismo no gubernamental, el *Indonesian Centre for Environmental Law* (ICEL). En China este tipo de conflictos se ventilan ante el departamento de protección ambiental correspondiente (órgano institucional), que media en las disputas. Disponen de una Ley de protección ambiental que regula estos procesos y las disputas suelen girar en torno a reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios. Estas administraciones tienen

la potestad de adoptar medidas coercitivas tales como órdenes de suspensión de actividades o de control de polución. En materia de consumidores, China articula la mediación con las empresas a través de las asociaciones de consumidores.

2.5 Europa

Prácticamente todos los países del continente europeo pertenecen a la tradición jurídica continental o de *Civil Law*³⁵. Sus sistemas jurídicos, fuertemente articulados entorno a cuerpos legales y normas codificadas, han tendido centralizar la potestad de juzgar en los Tribunales, quienes se erigen en los garantes del respeto de las normas imperativas y de orden público. Sin embargo, lejos de constituir ello un límite al crecimiento y expansión de los métodos alternativos de resolución de conflictos, el uso de la mediación en determinados ámbitos como el familiar y el relativo a las reclamaciones entre consumidores ha crecido significativamente (Gizzo, 2010), la mayor de las veces articulado a través de instituciones públicas, Cámaras de Comercio, o mediaciones intrajudiciales (*court-connected mediations*)³⁶.

Características. La mediación es entendida en Europa, por lo general, como un método, un proceso voluntario y extrajudicial a través del cual las partes intentan alcanzar, por sí mismas pero con la asistencia de un tercero, un acuerdo que resuelva el conflicto. Esta es la idea se subyace y se desprende de la mayor parte de las descripciones que se hacen de la mediación leyes, reglamentos, códigos y estándares de organizaciones públicas y privadas que llevan a cabo actividades mediadoras.

El motivo que ha despertado el interés por los métodos alternativos a la jurisdicción, y en particular la mediación ha sido sin lugar a dudas en casi todos los países europeos, la escasez de recursos de las administraciones de justicia y el colapso y agotamiento de un sistema que no alcanza a dar respuesta satisfactoria al creciente aumento de litigios. La necesidad de un sistema judicial más eficiente llevó, por ejemplo a Alemania (entre los años 1979 y durante la década de los 80) considerar seriamente la introducción de las ADR en su sistema legal. Algunos países europeos han procedido, sin embargo, a introducir la mediación como un paso necesario previo a la jurisdicción³⁷, estableciéndolo en estos casos como condición de procedibilidad de los procesos judiciales. Así, a modo de ejemplo, en Alemania, en el año 1999 el Parlamento Federal abrió la puerta a que los Estados alemanes pudieran introducir la figura de la mediación obligatoria (*mandatory court connected mediations*)

como paso previo, antes de acceder a la jurisdicción de los tribunales³⁸.

También Noruega (en materia de familia), Malta, Francia, y Austria³⁹ han regulado de manera similar. En Dinamarca los jueces vienen obligados a intentar la mediación en la primera instancia de los procesos. De la misma manera en Inglaterra y Gales, a partir del informe de Lord Woolf⁴⁰, y de la reforma del año 1999, las Reglas de procedimiento civil atribuyen al juez importante poder para impulsar la mediación u otras formas alternativas de resolución, incluso interrumpir o suspender los procesos para que éstas puedan llevarse a cabo. Aunque no puede afirmarse que la mediación sea obligada, si que exige informar a las partes acerca de sus ventajas para que ésta pueda ser considerada como alternativa al proceso judicial. Asimismo han sido introducidos en la Ley procesal civil algunos protocolos prejudiciales (“*pre-actions*”). De modo que cualquier disputa debe seguir un proceso prejudicial razonable con objeto de evitar el litigio y antes de proceder a interponer una demanda. La falta de cooperación por parte de los sujetos puede dar lugar a multas o a consecuencias adversas en el procedimiento judicial. También en Inglaterra, la *Family Law Act* de 1996 prevé la mediación en disputas matrimoniales y se exige a las partes que consideren la posibilidad de resolver su disputa a través de la mediación. Y muy recientemente también en Italia, a través del importante Decreto Legislativo núm. 28/2010, para un amplio abanico de disputas en materia civil y mercantil, que comprenden desde las disputas en el ámbito de los condominios, arrendamientos, derechos reales, sucesiones hereditarias, pactos de familia, difamación, contratos de seguros, bancarios y financieros, hasta las pretensiones de responsabilidad derivada de la circulación de vehículos o de malpraxis médica (Favale, 2010; Soldati, 2010). Sin embargo las dudas acerca de su oportunidad afloran en este país, porque implica un riesgo a transformar la mediación en un “problema” al ser percibido como un simple obstáculo más para el acceso a la jurisdicción, al modo que sucedió con las conciliación en las controversias laborales (Buti, 2010).

En algunos países cuando la mediación finaliza en un acuerdo, este acuerdo –que tiene en principio el valor de una transacción– puede adquirir valor ejecutivo si se solicita al Juez su homologación judicial. En Francia, por ejemplo, el artículo 1441 del Código de procedimiento civil prevé que cualquiera de las partes pueda solicitar al juez que el acuerdo sometido resulte ejecutivo. Entre la doctrina se discute si el acuerdo que es sometido a un juez para su “confirmación” adquiere el mismo valor que una homologación judicial y una sentencia (Mourre,

2001). En Eslovaquia, el acuerdo de mediación tiene carácter ejecutivo si adopta la forma de acto notarial. En Bélgica, el Auto que apruebe un acuerdo tiene el valor de sentencia. También Holanda prevé la homologación del acuerdo por un juez. En todos los casos de mediación intraprosesal o “*court connected mediation*” los acuerdos, recogidos en Autos o sentencias, adquieren carácter ejecutivo. El índice o porcentaje de éxito, medido en términos de acuerdos alcanzados, es alto en materia de mediación, supera habitualmente el cincuenta por ciento en Europa⁴¹. Y el tiempo medio estimado para alcanzar tales acuerdos es relativamente corto, no suele requerir más de 2-3 audiencias entre las partes enfrentadas⁴².

Delimitación. La delimitación entre la mediación y otras formas alternativas de resolución de naturaleza amigable es mucho más nítida en Europa que en otros contextos geográficos; si bien, por su reciente implantación, relativa juventud y escaso conocimiento por parte de algunos profesionales, se produce en ocasiones confusión en el uso de los términos mediación y conciliación⁴³. La mediación en cualquier caso es entendida como una actividad facilitativa (Vigoriti, 2009) mientras que en la conciliación la función del tercero es mucho más activa, es evaluativa, y puede llegar a sugerir posibles soluciones a las partes. Interesante desde el punto de vista de la originalidad es la variante practicada y regulada en algunos países europeos consistente en que los particulares que se hallan enfrentados se dirigen a un tercero, al cual le es encomendado que confeccione una solución para su caso concreto y las partes aceptan que dicha solución sea vinculante para las mismas, esto es, que tenga valor de ley entre las partes de la misma forma que lo tendría una transacción. El resultado no es, por tanto un laudo, y carece de efecto ejecutivo y valor equivalente a una sentencia. Es el caso del llamado arbitraje irritual en Italia. En algunos territorios, como Eslovenia, la mediación no tiene implantación práctica por sí misma sino vinculada a otros mecanismos, como por ejemplo el arbitral⁴⁴.

Iniciativa. En Europa predominan las iniciativas institucionales muy por encima de las iniciativas privadas⁴⁵, en particular por lo que hace a los conflictos con consumidores⁴⁶. En este ámbito, concretamente, cuenta con algunos recursos auspiciados por la Comisión Europea: la red extrajudicial europea, «Red CEE», una estructura de asistencia e información de servicios de mediación y ADRs para los consumidores. Dispone de puntos de contacto nacionales; la red para el sector de los servicios financieros «FIN-NET», para la solución extrajudicial de los conflictos en el sector de los servicios financieros (bancos, seguros, inversiones); o el proyecto ECODIR (*Electronic*

Consumer Dispute Resolution Platform), una plataforma electrónica diseñada para la solución de conflictos entre consumidores y empresas mediante el uso de las nuevas tecnologías⁴⁷; también los organismos e instituciones públicas de los Estados cuentan con organizaciones públicas y privadas que establecen la mediación como método de resolución⁴⁸. A título meramente enunciativo, por ejemplo, Bélgica⁴⁹, Alemania⁵⁰, Holanda⁵¹, Finlandia⁵² o Inglaterra⁵³. En muchos casos las iniciativas arrancan del propio gobierno, con proyectos piloto de mediación que luego se consolidan (es el caso de Inglaterra, con los *Court based ADR schemes* y *County Courts*; o en Bosnia y Herzegovina, con la iniciativa parlamentaria en cooperación con el *International Finance Corporation (The AoMBiH)*, o en Croacia, con una *joint participation* entre el Ministerio de Justicia y las Cámaras de economía y de artesanos. En Croacia también, el Colegio de abogados ha fundado un centro de mediación. Los mismos gobiernos están impulsando la mediación en el seno de sus organizaciones. En Inglaterra por ejemplo, en el año 2001 el Gobierno declaró que procuraría que todas las disputas que afecten a departamentos gubernamentales se ventilarían, en la medida de lo posible, a través de ADRs; y todos los contratos con el gobierno y la administración incluyen cláusulas que remiten a procesos de mediación. Asimismo en el ámbito de la salud, fue creado en el año 1994 el *Clinical Negligence Scheme for Trust*, órgano dependiente de la Autoridad Nacional de Sanidad (NHS), a través del cual se gestionan las controversias entre ciudadanos y centros en materia hospitalaria y de asistencia. También en Francia, la Ley n. 303 de 4 de marzo de 2002 relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de sanidad, y un reglamento posterior (n. 806/2004, introducen una Comisión Conciliativa y una Comisión Regional de Conciliación, constituida por representantes del colectivo de médicos, estructuras sanitarias y compañías de seguros. En Alemania los problemas médicos son conducidos a través de una Cámara del Colegio de médicos. Casi todos los países cuentan con alguna experiencia en materia de mediación⁵³.

En otros casos son organismos como las Cámaras de comercio los que han introducido la mediación con profusión y el último informe del CITA-FUNDP revela que es opinión generalizada de éstas que los métodos ADR (y entre ellos, la mediación) son los mecanismos más apropiados de resolución de conflictos entre consumidores, gracias a su rapidez, confidencialidad, informalidad y simplicidad de sus procesos. Un ejemplo de ello es la iniciativa adoptada por la Cámara de Comercio de Luxemburgo, para el impulso del *Luxemburg Bar Mediation Centre* (LMBL), en Suecia, el Instituto de mediación de

la Cámara de Comercio, o en Italia, a través de las importantes Cámaras de Comercio de Milán y Ancona (Gizzo, 2010). También cabe destacar algunas iniciativas gubernamentales y no gubernamentales para el desarrollo de la mediación transnacional, particularmente en materia de familia y conflictos parentales: la *Mission Aide à la Médiation Internationale pour les Familles* (MAMIF), de iniciativa gubernamental (Ministerio de justicia, 2001), lleva a cabo una importante labor de orientación y mediación a las familias en Francia. Los mediadores frecuentemente atienden mediaciones entre dos países distintos⁵⁴; el proyecto piloto *Reunite –International Child Abduction Centre–* es una iniciativa no gubernamental establecida en el Reino Unido para la resolución de conflictos parentales en los que un menor ha sido conducido a un país distinto y es reclamado por uno de los cónyuges.

Ámbitos. La mediación en Europa ha permeado en todos los ámbitos sociales y en materias donde los particulares conservan libertad de disposición. A título meramente enunciativo, al margen del clásico ámbito del derecho de familia –donde no es infrecuente la co-mediación llevada a cabo por un psicólogo y un jurista conjuntamente⁵⁵– la mediación es una práctica extendida en el sector de los consumidores, los seguros y los accidentes de tráfico, en el sector médico, el ámbito de la telefonía, de las telecomunicaciones, de las redes sociales, del mercado de la energía, de menores, de justicia restaurativa, en el mercado de segunda mano (vehículos de ocasión), en servicios profesionales, de lavandería, limpieza de tejidos, arquitectura, sector medioambiental, en el ámbito de los colectivos profesionales, en el sector de la banca, en problemas agrarios y de propiedad agrícola, en disputas sobre lindes, en asuntos relacionados con el honor de las personas, en conflictos en el deporte y, particularmente, en conflictos vecinales y comunitarios.

La mediación en el ámbito penal cuenta también con importantes desarrollos en Alemania⁵⁶ donde se iniciaron hacia 1985 proyectos experimentales en materia de menores. Con objeto de estimular esta modalidad, la Asociación Alemana de Trabajo Social, Derecho Penal y Política Criminal (DAP) ha creado una Oficina de servicios de resolución de conflictos para la mediación víctima-delincuente con el apoyo del Ministerio Federal de Justicia y algunas otras autoridades. La iniciativa de mediación puede ser tomada por los fiscales (70%). La mayor parte de los asuntos resueltos a través de la mediación penal corresponde a lesiones corporales y crímenes violentos, siguiendo, a continuación, los casos de robo, fraude y daños a la propiedad⁵⁷. También Finlandia, Luxemburgo, Francia, Irlanda⁵⁸, Latvia⁵⁹, Eslove-

nia, Estonia⁶⁰, Polonia⁶¹, Suecia, Dinamarca y Noruega tienen implantados servicios de mediación en materia penal. Otros países han iniciado programas de justicia restaurativa, con resultados todavía inciertos (v. gr., Países Bajos⁶²). En Dinamarca es requisito necesario para iniciar un proceso de mediación penal que el agresor admita su crimen.

Estas mediaciones penales suelen ser complementarias a la justicia penal, pero en ocasiones resultan alternativas (caso de Noruega). Los acuerdos persiguen que el agresor presente disculpas a la víctima y que se adopten medidas para la restauración psicológica y económica de la víctima. En algunos países, como Bosnia y Herzegovina, la mediación penal se limita a la reclamación de los daños derivados del delito. La mediación también resulta adecuada para la gestión y resolución de conflictos en los que hay involucrados menores, con objeto de proteger sus intereses. En Hungría cuentan con una normativa específica desde el año 2005 para los casos de padres y otras personas autorizadas cuando no se ponen de acuerdo en la manera de organizar el contacto con el menor. En el ámbito de la salud y, más concretamente, en materia de negligencia profesional se cuenta con Centros y experiencias en Inglaterra⁶³, Italia, Francia y Alemania.

Resulta llamativo observar como la mediación ha permeado incluso en ámbitos tan específicos como la agricultura, para la resolución de conflictos entre agricultores y entre éstos y los propietarios de la tierra. En Italia, incluso, se ha establecido como obligatoria en toda disputa que tenga por objeto un contrato agrario.

3 Previsiones normativas en materia de mediación

En el marco normativo internacional y en el de los distintos países, la mediación es tipificada en concurrencia con otros institutos de resolución consensuada de los conflictos, si bien ésta goza de un claro favor por parte del legislador y ha merecido un tratamiento y desarrollo específico.

El estudio de derecho extranjero ha sido llevado a cabo a partir del análisis de los siguientes indicadores: normativa existente en el ámbito civil, mercantil, penal, laboral, administrativo, y sectores con particular regulación; definición o descripción de la mediación que incorporan;

principios rectores y efectos que se reconocen a través del eventual acuerdo alcanzado.

3.1 Delimitación conceptual

En este estudio se ha procedido de manera liminar a delimitar formalmente la figura a partir de los diversos textos normativos que ofrece el ámbito internacional y los distintos estados, es decir, a conocer en que términos ha estado tipificada la mediación, a través de su definición o descripción legal, y su contraste con otras figuras⁶⁴.

Los instrumentos internacionales existentes van aportando, progresivamente, claridad al panorama normativo y terminológico mediante la descripción del fenómeno, circunstancia que coadyuva a la delimitación conceptual. Se han dado los primeros pasos en la delimitación del concepto de mediación por contraste con una figura muy próxima, la conciliación. En su delimitación positiva se ha avanzado también mediante la descripción del fenómeno en los diversos espacios y ámbitos. En el estricto espacio Europeo. Es en la normativa interna de los diferentes Estados donde la mediación adquiere su mayor despliegue⁶⁵, tanto en el ámbito civil y mercantil, como en el ámbito penal, administrativo, laboral y, en general, en todos los espacios donde la relación entre las personas puede generar tensiones y conflictos. Eso ha permitido identificar algunos elementos que parecen disfrutar de un reconocimiento generalizado sin distinción de ámbitos. Son los siguientes:

- a) La mediación viene definida o descrita como: un “procedimiento”⁶⁶, un “proceso”⁶⁷, un “mecanismo”⁶⁸. Encontramos otros términos y expresiones utilizados para definir o describir el fenómeno de la mediación, si bien no gozan de la misma implantación: Como una “actividad”⁶⁹; una acción⁷⁰; un “medio”⁷¹; un “método”⁷²; una “forma de autocomposición asistida”⁷³; una “técnica”⁷⁴; una “institución”⁷⁵; un “sistema”⁷⁶; un “acuerdo o avenencia”⁷⁷.
- b) La activación de un mecanismo de mediación exige, como premisa, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la existencia de: un “conflicto”⁷⁸; una “controversia”⁷⁹; un “litigio”⁸⁰; una “disputa”⁸¹; una “diferencia”⁸² entre dos o más personas o entidades.
- c) Las partes, mediante la mediación, intentan llegar a un acuerdo que resuelva y aporte solución a las dificultades que resultan del conflicto. Esta idea se desprende de la mayor parte de la normativa

existente sobre mediación⁸³. A nivel de la justicia restaurativa penal, la dimensión de los objetivos y el alcance de los acuerdos condiciona, además, la estructura, porque el proceso restitutivo persigue habitualmente, no sólo la pacificación del conflicto y la satisfacción de los intereses de las partes, si no además, y muy particularmente, la reparación psíquica de la víctima (su restauración emocional), la reinserción del agresor, el fortalecimiento de los vínculos de éste con la comunidad, la reconciliación entre las partes, evitar la revictimación y los prejuicios derivados del proceso penal⁸⁴.

- d) Otro rasgo característico es su carácter voluntario. Todos los ordenamientos que regulan la mediación reconocen que el método se fundamenta en la voluntad de las partes para llegar a un acuerdo por sí mismas. Aun así, nada impide que se instaure legalmente la obligatoriedad de iniciar un proceso de mediación previo a de interposición de un proceso judicial. En algunos países la mediación ha sido introducida en algunos ámbitos del derecho como un paso necesario y obligatorio⁸⁵.
- e) Se trata de un método autocompositivo, facilitativo y extraprocesal. Es decir, a pesar de la intervención de un tercero, el eventual acuerdo al que llegan las partes no lo aporta ni lo impone el tercero⁸⁶. Y la mediación podrá ser reconocida y ser regulada intra o extraprocesalmente pero, en el primer caso, implicará siempre una reexpedición de la controversia a un sujeto diferente del propio Juez.
- f) Al mediador se le exige, en general, que reúna las siguientes características: ser competente⁸⁷, independiente e imparcial⁸⁸, y neutral⁸⁹. En ocasiones, además, se pide que no esté procesado, incapacitado o condenado, que no sea autor de hechos contra el honor o las buenas costumbres, incluso algunos ordenamientos exigen que el mediador cuente con, al menos, una edad mínima⁹⁰ y disponga de instalaciones adecuadas para desarrollar su función⁹¹. En ocasiones es expresa, entre los deberes del mediador, la diligencia⁹². E incluso, en algunas, se exige del mediador que tenga una “trayectoria ética y moral”⁹³.
- g) Las partes conservan en todo momento un poder de disposición amplio sobre la mediación, tanto por lo que respecta al fondo del asunto como a la forma, al mismo proceso. Sólo se excluye la mediación como método para la resolución de conflictos, en general, cuando se sobrepasan los límites naturales del orden público, las buenas costumbres

y la moral. En algunos ordenamientos jurídicos la mediación se excluye también para determinadas materias o en situaciones concretas: mediaciones conducidas por los Jueces⁹⁴, mediaciones estudiantiles llevadas a cabo por los mismos centros escolares⁹⁵, mediaciones de jóvenes por parte de los centros correccionales, violencia doméstica⁹⁶, delitos graves, delitos para los cuales no proceda el perdón del ofendido o con importante trascendencia social⁹⁷, asuntos relativos al estado civil de las personas, maltrato de niños o adolescentes y procedimientos de adopción⁹⁸.

3.2 Principios de la mediación

De la normativa internacional y de los estados que han regulado el fenómeno de la mediación se han podido extraer principios o reglas que señalamos ahora muy sucintamente⁹⁹:

- a) *Principio de libertad o autonomía de la voluntad privada.* La voluntad de las partes en el proceso es un principio cardinal de la mediación, como institución consensual que es. En este sentido, el proceso y los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes.
- b) *Principio de confidencialidad.* Reconocida de manera sistemática en la normativa internacional y en la interna de la mayor parte de los Estados, se extiende subjetivamente sobre partes y participantes¹⁰⁰ y objetivamente sobre toda información relativa o con respecto al proceso, su contenido y comunicaciones previas, coetáneas y posteriores¹⁰¹. La mayor parte de las legislaciones han incorporado preceptos de naturaleza imperativa y algunas establecen, además, normas a través de las cuales se disponen consecuencias penales ante el incumplimiento de las mencionadas obligaciones¹⁰². En ocasiones sin embargo simplemente se infiere de la definición o descripción que de la mediación o de la figura del mediador llevan a cabo. La terminología adoptada para hacer mención a este principio no es uniforme. En ocasiones se identifica confidencialidad con reserva, privacidad y secreto profesional¹⁰³. El principio de confidencialidad no rige en aquellas mediaciones o cuestiones respecto de las cuales las partes expresamente lo acuerden así, y tampoco en aquellas donde la mediación sea pública porque la ley así lo preceptúa.

- c) *Principio de imparcialidad.* Imparcialidad e independencia suelen venir asociadas. No obstante lo dicho, no resultan del todo intercambiables. Por lo que hace a la independencia, esta exigencia viene íntimamente ligada a los posibles conflictos de interés. A este respecto, y aunque en el ámbito de los arbitrajes –mecanismo inquisitorial– resultan muy clarificadoras las *Guidelines on Conflicts of Interest in Interantional Arbitration 2004* publicadas por la International Bar Association (IBA), que describen con detalle los problemas principales que plantean los conflictos y contienen cuatro clasificaciones que describen diversas circunstancias o situaciones que pueden poner en duda la independencia o imparcialidad del árbitro y que obligan a éste a renunciar la designación o a declarar, según los casos, la existencia de las mismas a las partes, para que éstas decidan sobre el nombramiento o continuidad del árbitro (Mullerat, 2009). La mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados hacen mención explícita a la imparcialidad como principio o garantía de la mediación. Se declara que la credibilidad y la integridad del proceso dependen de la neutralidad y la imparcialidad del órgano extrajudicial. Por ello es considerado un elemento esencial para la consecución y mantenimiento de la confianza.
- d) *Principio de equidad del procedimiento o igualdad de armas.* Principio por el cual deben de otorgarse a cada una de las partes las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos, así como asegurar que ambas partes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. El mediador asume la importante tarea de gestión del poder de las partes, con el fin de reequilibrar situaciones asimétricas. Conviene subrayar que el contenido del principio de equidad es diferente al principio de debate contradictorio, propio de los métodos evaluativos y decisorios¹⁰⁴.
- e) *Principio de economía procesal (eficiencia, eficacia, celeridad, economía).* Persigue la confianza a través de la sencillez y libertad en la fijación del iter. En esencia, el principio contempla la necesidad de que los procesos se desarrollen de una manera comprensible, eficiente y rápida.
- f) *Principio de transparencia.* Reconocido como tal en las distintas Recomendaciones del Consejo de Europa, viene referido en los órganos y procedimiento y tiene como objetivo final, nuevamente, la confianza, reforzada a través de de información. La Recomendación 2001/301/CE señala los requisitos

para garantizar la transparencia del procedimiento. El principio de confidencialidad y el derecho a la intimidad y a la protección de los datos de carácter personal se erigen como límites en la delimitación del alcance de este importante principio.

- g) *Principio de legalidad.* Tiene su fundamento en el necesario respeto de los derechos fundamentales, libertades públicas, orden público y garantías de protección de determinados derechos a través de normas imperativas en los ordenamientos jurídicos, de manera que, a través del uso de los métodos extrajudiciales de resolución de los conflictos, no se vulnere la legalidad¹⁰⁵ ni se prive a las partes del nivel de protección que los ordenamientos jurídicos reconocen. Es un principio implícito¹⁰⁶ aunque en el espacio europeo este principio ha estado, además, expresamente reconocido en diversas Recomendaciones¹⁰⁷.
- h) *Principio de neutralidad.* En virtud de este principio, el mediador no puede sugerir, proponer o imponer soluciones. Es una exigencia que viene integrada habitualmente de manera implícita, como requisito que debe reunir el mediador al que se designa en ocasiones con el término de “tercero neutral”¹⁰⁸. El Código de Conducta Europeo para mediadores, sin embargo, no describe legalmente su contenido ni lo deslinda del concepto de independencia, limitándose a disponer que el mediador no puede aceptar una mediación si no puede asegurar conducirla con total independencia y con neutralidad, con el fin de garantizar imparcialidad.

3.3 Valor atribuido al resultado de la mediación

Los estados, en general, disciplinan la mediación procurando atribuir al resultado algunos efectos y garantizando que el inicio de una mediación no impida abrir posteriormente un procedimiento judicial si éstos no llegan a buen puerto. Con esta finalidad, se dispone que: el inicio de cualquier proceso de mediación provoque la suspensión de todos los plazos de caducidad o prescripción establecidos en los Códigos y Leyes procesales; el uso de un proceso de mediación que no finalice en acuerdo no impida a las partes acudir a otros medios de resolución, extrajudiciales o judiciales; y una vez alcanzado un acuerdo que resulte ejecutivo, no puedan los tribunales enjuiciar los mismos hechos que condujeron a una mediación. En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos

el acuerdo al que eventualmente puedan llegar las partes obtiene el valor de una transacción; de manera que, en caso de incumplimiento, tendrían que someterse a la sanción, aprobación y ejecución por parte de una autoridad judicial. Algunos ordenamientos jurídicos prevén, además, que los acuerdos de mediación adquieran efectos ejecutivos, expresando las circunstancias que deben concurrir en la toma de acuerdos para que adquieran tan relevante efecto¹⁰⁹. En general, hay que decir que no se aprobarán aquellos acuerdos que resulten contrarios a derecho, contravengan la moral, las disposiciones de orden público, afecten a derechos irrenunciables o de terceros o vulneren el principio de equidad en perjuicio de una de las partes¹¹⁰. En algunos casos, por razón de la materia que ha sido objeto de mediación, los acuerdos a los que llegan las partes tienen que ser después expresamente autorizados por el Tribunal para que resulten vinculantes para las partes. Es el caso de la mediación con menores, en materia penal, laboral o de familia¹¹¹.

4 Fase de “comprensión” del fenómeno mediador

Para comprender el fenómeno de la mediación –en esta fase del proceso comparativo– resulta necesario examinarlo también en el contexto del entorno social en el que se desarrolla y de la cultura jurídica a la que viene adscrita. Podemos comenzar con la observación que, desde los años noventa, los efectos de la denominada “globalización” afectan al desarrollo de la mediación. Especialmente, como señala Castells (2009), el cambio tecnológico afecta decisivamente a todas las relaciones sociales, incluidos los mecanismos de gestión y resolución de los conflictos¹¹².

4.1 Las culturas, tradiciones y sistemas jurídicos

Uno de los factores que los cultores del derecho comparado han considerado de particular relevancia en la realización práctica de los derechos es la cultura jurídica. Si entendemos la cultura jurídica [*legal culture*] como aquella configurada por las ideas, actitudes, valores y creencias respecto al derecho (Friedman, 1997, 2003), desde este prisma, se constata como en los países con sistemas jurídicos que mantienen una fuerte raigambre

moral o consuetudinaria, con ordenamientos donde las esferas jurídica y social se hallan íntimamente imbricadas, como el japonés, sucede que la condena social por el uso de vías no pacíficas de resolución de los conflictos evita que la mayor parte de los litigios acaben en los tribunales.

Como hemos tenido ocasión de ver, en estos países, no es que no existan conflictos entre los particulares o no se hayan visto afectados por el fuerte incremento de la litigiosidad y su complejidad en los últimos años; sucede sencillamente que su resolución por la vía inquisitorial adversarial no constituye para ellos una opción sino un último recurso. Subraya Sandrock (2009b), que el sujeto que pretende hacer su derecho por la vía judicial, por muy legítimo que sea éste desde un punto de vista sustancial, se arriesga a una fuerte condena social si no ha probado primero hacer valer su derecho por alguna vía pacífica. Se afirma también a menudo que esta concepción parece provenir de la historia y mentalidad japonesa y asiática en general, que opta por la recomposición a través de los pactos y la negociación pacífica, hasta el punto de renunciar en ocasiones a los derechos subjetivos por “amor a la paz”. Sin embargo, en opinión de Haley (1998), la escasez de litigiosidad en Japón, concretamente, no se debe al carácter nacional sino a las barreras institucionales existentes hacia el litigio.

La tradición oriental deposita en general poca confianza en el derecho como instrumento para asegurar el orden social y la justicia. Las leyes representan allí modelos de conducta más que normas imperativas¹¹³. Frente a una sociedad occidental que pivota sobre los “derechos” individuales, la tradición cultural asiática, en general, y el confucionismo en particular gira entorno a los “deberes” del individuo, su exaltación como componente de un grupo –familia, comunidad, estado, etc.– y la búsqueda de la armonía, lo que provoca el desprecio a la litigiosidad. Desde este punto de vista cultural, puede afirmarse que la mediación constituye en los países asiáticos una práctica cuantitativamente mucho más extendida y bien asimilada en sus sistemas jurídicos. Se constata, así, un uso difuso, en el sentido que la mediación puede ser iniciada en cualquier situación de problema familiar, social o comunitario y se considera como tal una situación en la que no haya completo acuerdo, exista o no controversia o pretensión jurídicamente tutelada por la ley¹¹⁴.

Desde la perspectiva de las distintas tradiciones jurídicas a las que clásicamente se han adscrito los ordenamientos jurídicos, debe decirse, sin embargo, que el fenómeno de la mediación ha sido abordado de manera ciertamente similar. La convergencia de los sistemas jurídicos en la actualidad es, como afirma Friedman (2003),

una hipótesis que deviene más plausible con el tiempo, las expectativas de la población en la justicia mayores y en muchos países se procede a la promulgación de leyes. A ello hay que añadir que la intensa circulación de modelos ha provocado como resultado una importante aproximación de prácticas. De modo que, tanto los países de tradición jurídica anglosajona como aquellos pertenecientes a la tradición continental, han procedido a regular y a poner en práctica el arbitraje, la conciliación y la mediación en términos muy parecidos. Debe añadirse, por lo demás, que el envejecimiento de algunos de los modelos originarios –en particular de derecho continental, por lo que hace al resultado de las grandes codificaciones francesa y alemana– y la osmosis que se produce en esa constante circulación y contacto de modelos impiden hoy reducir el método de estudio de derecho comparado al estudio de dos ordenamientos de diferente adscripción, *Common Law* o *Civil Law*. Clásica distinción, fruto doctrinal de un momento evolutivo muy significativo en Europa y Occidente en general, dominado por un proceso de codificación intenso, que no contempla por lo demás, al menos en su justa dimensión, la realidad de otros continentes.

En la tradición jurídica de Derecho civil o continental –a la que se adscriben la mayoría de los países Europeos y los países latinoamericanos–, se observa una creciente aceptación de la mediación como método consensual, lo que está favoreciendo, en consecuencia, una apertura del sistema judicial y de la propia jurisdicción a otras manifestaciones que, como la mediación, se muestran idóneas en la tarea de rendir efectiva la justicia entre los particulares. Un aspecto particularmente interesante, si se tiene en cuenta que en el contexto de esta tradición, los tribunales adoptan una función discreta (Merryman, 1985, p. 35) pero muy procelosa en su función de control, se erigen en garantes cuasi exclusivos del respeto del orden público y de las normas imperativas en la aplicación del derecho; pudiendo incluso adoptar un papel activo y actuar en ocasiones de oficio en defensa del interés público o general. Asimismo se observa un creciente interés en regular prolijamente el fenómeno mediador y en atribuir algunos efectos jurídicos a los acuerdos alcanzados.

En la tradición jurídica de derecho común o anglosajona –son ejemplos ilustrativos, Australia, EEUU, Reino Unido, Irlanda, Nueva Zelanda o Malta– los tribunales resultan más proclives a permitir a las partes la iniciativa del proceso¹¹⁵ e impulsan la mediación¹¹⁶ como una expresión más del poder de autonomía de la voluntad¹¹⁷. Como ya hemos podido exponer, en este contexto cultural y jurídico también se ha producido una intensa ac-

tividad legislativa para dotar a la mediación de un adecuado marco legal¹¹⁸.

No en vano, fue en Estados Unidos donde en los años '70 se iniciaron programas de ADR por centros de varios Estados, y en el año 1990 se optó por aprobar una norma, la *Civil Justice Reform Act* (CJRA) cuyo objeto fue arrostrar los graves problemas derivados del coste y retraso de los procesos judiciales ante los tribunales federales. Con esta norma se obligó a los tribunales a desarrollar un plan de gastos y reducción de retrasos en un periodo de tres años, un plan que autorizaría el uso de programas ADR, entre los que se hallaba la mediación. Fue también en este mismo país donde, posteriormente –en el año 1998– su Congreso procedió a aprobar la *Alternative Dispute Resolution Act* para estimular su uso, una norma que dispone que los Tribunales federales deben autorizar el uso de ADR en todas las acciones civiles. En la actualidad, y para el estricto ámbito de la mediación, cuentan además con la *Uniform Mediation Act* de 2001, cuyo antecedente más inmediato es la Ley australiana la *Uniform Mediation Act* del año 1997.

El Reino Unido ha optado por no regular todavía de norma específica la mediación, pero los ADR vienen siendo tradicionalmente utilizadas para resolver conflictos relativos a cuestiones sobre familia, negligencia médica, y relaciones comerciales, entre otros. Entre los más utilizados, al margen de la mediación y los *mini trial* se encuentran el *Judicial appraisal* y el *Expert determination*. En Nueva Zelanda el Parlamento ha procedido incluso a regular la mediación en numerosos sectores, estableciendo procesos prescriptivos en materia de familia, arrendamientos, menores, jóvenes, educación, derechos humanos, salud, trabajo, construcción, telecomunicaciones o protección de bosques¹¹⁹.

Se habla en ocasiones de países con tradición jurídica “mixta”, para el caso de los países asiáticos –como Tailandia, Japón o la India–, cuando en realidad sucede que, adscritas formalmente a la una de ellas –habitualmente *Common Law*– sus sistemas, muy permeables, se han nutrido de ambas¹²⁰. A diferencia de otros continentes, no constituyen un bloque homogéneo desde el punto de vista social, cultural, político, histórico o jurídico. Una particularidad destacable por lo que hace a la mediación es su uso profuso, junto con la negociación, porque evita la confrontación, un aspecto que despierta profundo rechazo social, y que la práctica ha inserido peculiaridades propias de la visión y cultura asiáticas. De modo que, bajo una misma terminología se acogen, en realidad, formas de proceder diversas.

4.2 El contexto jurídico

En Derecho comparado el análisis de los derechos subjetivos debe tener en cuenta el contexto legal y sus previsiones procesales, porque no basta con que el sistema reconozca un derecho, es necesario que, además, sea satisfecho. No en vano, la Carta Europea de Derechos Humanos recoge en su artículo 6 el derecho a la justicia efectiva, en un tiempo razonable. De poco sirve el reconocimiento de los derechos y los grandes desarrollos normativos si el sistema en su conjunto –las normas procesales, el sistema de la administración de la justicia, o el marco legal en general– no puede luego garantizar el derecho a la tutela efectiva. Desde esta perspectiva, se observa como 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 tribunales¹²¹. Este fenómeno se ha producido tanto en países de culturas jurídicas que inducen a acudir a los tribunales¹²², como en aquellos que la evitan o no la promueven. Por poner algún ejemplo, estudios estadísticos realizados en la India ponen de manifiesto que los procesos civiles en ese país duran por término medio veinte años, a excepción de los que tienen por objeto derechos inmobiliarios, los cuales pueden durar todavía más (Debroy, 2000). Sin embargo también ha sido constatado como la litigiosidad puede ser evitada en parte, induciendo a los sujetos otro tipo de posicionamientos, a través de mecanismos institucionales, como el establecimiento de infraestructuras de servicios jurídicos y condiciones procesales adecuadas (Blankenburg, 1991).

La mediación ha irrumpido, además, con tal fuerza que ha merecido ser objeto de regulación en muchos países con objeto de dotarla de disciplina propia. Así, se observa como, tanto países pertenecientes a la tradición jurídica de Derecho civil o continental, como países de tradición jurídica de Derecho común o anglosajona, o incluso los mixtos, han procedido a legislar en términos muy similares. Con esta producción legal se ha pretendido ofrecer a los usuarios un mecanismo que permita la efectividad de los derechos, superando los obstáculos de tiempo y coste de los procesos judiciales– y, a su vez,

garantizar el respeto de algunos principios clave en el desarrollo de la actividad mediadoras y reconocer a los resultados ciertos efectos jurídicos¹²³. Ello permite apreciar que a pesar de la distancia cultural de los diversos países pertenecientes a orígenes y tradiciones jurídicas muy distantes, el instituto de la mediación ha venido delimitándose, por lo que hace a la configuración de sus elementos estructurales, de modo muy similar, no tanto por razón de posibles préstamos que puedan haberse producido entre ellos, o por la recepción parcial, o circulación de modelos e influencias recíprocas –que sin duda los ha habido dado el mutuo contacto, la facilidad de intercambio y la comunicación en algunos casos¹²⁴– como por razón de las circunstancias y exigencias sociales que han propiciado a recuperar o adoptar soluciones semejantes.

Luego, los diferentes entornos culturales, la cultura jurídica, de esencial impronta, ha determinado el concreto modelo que ha requerido cada sistema jurídico. De ahí que sociedades con regulaciones legales similares desde un punto de vista formal, se desarrollen luego en la práctica de modo distinto. Con estos objetivos, los estados en general han procedido a introducir mecanismos de integración e institucionalización de la mediación en sus sistemas jurídicos. El engranaje institucional se ha llevado a cabo de forma muy heterogénea. Unas veces disponiendo que el propio Ministerio de Justicia constituya uno o varios Centros de mediación¹²⁵, o cree y gestione un Registro de mediadores, certificando la idoneidad de las personas y centros privados que llevan a cabo la actividad de mediación¹²⁶. Habitualmente viene acompañado de la aprobación de códigos de conducta o códigos deontológicos, programas de formación, etc. En otras, fomentando el uso de la mediación como medio voluntario de resolución de conflictos mediante campañas institucionales de información y medidas de apoyo a los Centros. Otras, disponiendo que determinadas disputas deban necesariamente canalizarse previamente a través de un mecanismo extrajudicial, antes de alcanzar la jurisdicción de los tribunales¹²⁷, regulando en estos casos, habitualmente, órganos competentes para entender de estos asuntos y procedimientos a seguir¹²⁸. O bien, reconociendo simplemente valor legal a los acuerdos que se alcanzan y atribuyendo valor ejecutivo a los mismos una vez homologados por un juez o tribunal a través de un sencillo proceso¹²⁹. No resulta infrecuente que los estados adopten varias de las estrategias expresadas, simultáneamente; no sólo por no ser excluyentes *per se*, si no resultar además complementarias a los fines expresados.

4.3 El contexto socio-económico y formas afines a la mediación

Tal como ha sido apuntado, para comprender el fenómeno de la mediación, en esta segunda fase del proceso comparativo, resulta necesario examinarlo asimismo en el contexto social y económico donde se desarrolla, porque ello le dota de su imprescindible sustrato real, vivo, el que le dota de verdadero fundamento y razón de ser. Esta posición metodológica interdisciplinaria exige superar tradicionales distanciamientos entre derecho y sociología jurídica, porque viene reconocido cada vez con mayor intensidad la necesidad de una estrecha cooperación entre las diversas ciencias sociales.

En este sentido, y tal como ha sido expuesto en el capítulo 1, puede aseverarse que la mediación emerge en general con fuerza en un contexto de crisis generalizada del sistema judicial, imposibilitado de absorber la gran cantidad de litigios y disputas que surgen entre los particulares, a lo que se suma la creciente complejidad y alargamiento de los procesos judiciales. Uno de los objetivos que suelen plantear instituciones, organismos y particulares es reducir la complejidad procesal, el tiempo y los costes ligados a cualquier proceso. Con esta

finalidad se han articulado socialmente muy diversas modalidades de resolución que guardan como punto común precisamente alcanzar estos objetivos, evitando por ende, la jurisdicción.

4.3.1 Formas afines con tipificación social

En el estudio comparativo no puede faltar de algún modo una referencia a otras manifestaciones o modelos a los cuales se aproxima o con los cuales mantiene algún contacto la mediación, lo que permite deslindar con mayor precisión la figura, comprender la función social que le ha sido asignada en su conjunto y describir su articulación, como una pieza más del complejo engranaje del sistema. En este estadio se han podido identificar y han sido descritas las siguientes figuras afines: el *Expert fact-finding*, el *Joint fact-finding*, el *Med.arb*, el *Co-med Arb*, el *Mini.trial*, el *Multi-step - wise men*. Estas expresiones tienen en común con la mediación, al margen de los objetivos apuntados inicialmente, ser expresiones concretas y particularizadas de solución rápida y económica de situaciones patológicas que se dan en contextos socio-económicos muy diversos. El cuadro n. 1 muestra algunas de las figuras de resolución de conflictos existentes en el ámbito anglosajón.

Cuadro 1. Tabla de procedimientos de resolución de conflictos

ADJUDICATION*	Un tercero neutral confecciona una solución y adopta una decisión para el caso concreto.
DISPUTE REVIEW BOARD	Modalidad de adjudicación. Se reúne un comité al inicio del proyecto, se mantiene en contacto y da una solución a los problemas que se plantean.
EARLY NEUTRAL EVALUATION (ENE)	Análisis preliminar de los hechos, pruebas y legislación que ampara una determinada pretensión. Base para una futura legislación eventual.
MINI-TRIAL	O <i>executive tribunal</i> . Órgano constituido por personas del mismo ramo, con más experiencia, habitualmente reforzado por un mediador o experto neutral. Las partes presentan su caso y posteriormente el órgano –con o sin mediador– no negocia una solución fundamentada sobre lo que ha oído previamente.
JUDICIAL APPRAISAL	O <i>rent a judge</i> . Las partes designan un juez que emitirá una resolución. Las partes se han de poner de acuerdo sobre la forma y extensión que desean dar a la resolución, y si resulta o no convincente.
EXPERT FACT-FINDING	También denominado <i>neutral fact finding</i> : las partes eligen a un tercero imparcial con la finalidad de que emita su parecer en una cuestión científica, técnica o jurídica concreta. Informe o dictamen que no resulta vinculante.
EXPERT DETERMINATION	Similar a la figura anterior, pero aquí el dictamen del experto es vinculante.
MED-ARB	Fórmula mediante la cual las partes inicialmente intentan una mediación con la ayuda de un tercero imparcial, pero pueden convertirlo en arbitraje.
CO-MED-ARB	Un mediador y un árbitro dirigen un intercambio de información. El mediador ayuda a conseguir el acuerdo, sino, el árbitro toma una decisión vinculante.

MULTI-STEP WISEMEN	Serie sucesiva de mecanismos: comité, hombres prudentes (wisemen), o ejecutivos seniors de empresas en conflicto. Si no se encuentra solución, se acude a un arbitraje vinculante.
JOINT FACT-FINDING	Representantes de las partes buscan conjuntamente soluciones a determinadas cuestiones de hecho.
OMBUDSMAN	Persona imparcial que atiende a problemas de mala praxis en la administración y en los departamentos internos de las empresas (sectores público y privado). Suele combinar el neutral-fact finding, la mediación y la adjudicación.
PROJECT MEDIATION	Apoya, identifica y dirige los problemas antes de que deriven en controversias, y se pacta previamente. Tiene una naturaleza esencialmente preventiva.

[*] La terminología es habitualmente de origen anglosajón debido a que estas prácticas han emergido o han sido desarrolladas principalmente en los EUA y Reino Unido.

4.3.2 Ámbitos de aplicación material y orgánico

Constituyendo el dato económico un factor, si no determinante sí ciertamente condicionante de la aparición y eclosión de ciertas formas alternativas de resolución de las controversias, parece conveniente conocer los ámbitos en los cuales la mediación ha encontrado su caldo de cultivo y contribuyen a su expansión. Así, se observa como la mediación viene siendo utilizada, desde un prisma material, en los diversos países como método de resolución en litigios comerciales, conflictos derivados de accidentes médicos, en las relaciones de familia y sus tensiones, en materia de consumo, en el comercio electrónico, en el ámbito de la telefonía y en general en el servicio universal de telecomunicaciones, en el ámbito de las redes sociales y los servicios de comunicaciones electrónicas, en el mercado de la energía (electricidad y gas natural), en materia de menores, en el ámbito de la justicia restaurativa, en el sector de vehículos de ocasión, lavandería, limpieza de tejidos, sector médico, sector de la arquitectura, sector medioambiental, técnicos de radio y TV, artesanos profesionales, banca, infancia, propiedad agrícola, disputas sobre lindes, asuntos relacionados con el honor de las personas, o el deporte son solamente algunos.

Desde una perspectiva orgánica, si bien predomina claramente la iniciativa privada, no son pocas las iniciativas promovidas por organismos públicos, instituciones cámaras de comercio o universidades, la mayoría programas piloto para su posterior implementación privada. A modo de ejemplo, en el espacio geográfico europeo, al margen de los distintos recursos auspiciados por la Comisión Europea dirigidos a los consumidores (tales como la red extrajudicial europea, *Red CEE*¹³⁰ o la red para

el sector de los servicios financieros «FIN-NET¹³¹) cabe destacar el Proyecto ECODIR (*Electronic Consumer Dispute Resolution Platform*) y la labor de las Cámaras de Comercio. El último informe del CITA-FUNDP¹³² revela que es opinión generalizada de las Cámaras de Comercio europeas que los ADR en general (y entre ellos la mediación) son los mecanismos más apropiados de resolución de conflictos entre consumidores y empresas¹³³, gracias a su rapidez, confidencialidad, informalidad y simplicidad de sus procesos. También los estados han desarrollado aplicaciones y cuentan con organizaciones que establecen la mediación como método de resolución en materia de consumo¹³⁴.

5 Estudio comparativo. Conceptos transversales y transnacionales aplicables en Cataluña

En esta última fase del proceso ha resultado necesario identificar, a nivel estatal, autonómico y catalán, cual es el concepto de mediación que ha sido acogido (*tertium comparationis*).

5.1 Contexto estatal y autonómico

España no se ha dotado todavía, a nivel estatal, de una norma reguladora de la mediación en general, si bien el denominado Pacto de Estado por la Justicia, como señalara el propio *Libro Blanco sobre mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos en España*, del año

2002¹³⁵, ya proyectaba pivotar la reforma de la Administración de justicia sobre la idea de incentivar de mecanismos alternativos de resolución de las controversias y su fortalecimiento mediante fórmulas que con las suficientes garantías eviten la tendencia generalizada a acudir en primera instancia a los Tribunales de justicia. Como se sabe, desde la entrada en vigor de la Constitución Española, la Administración de Justicia en España ha experimentado una profunda transformación y cambios legislativos dirigidos a superar severas carencias estructurales y de lentitud. Desde una perspectiva normativa, la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla específicamente la mediación familiar en el seno de los procedimientos de separación y divorcio¹³⁶ y la Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación dispuso que la mediación respetará “en todo caso” los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

En la actualidad se halla asimismo en ciernes un texto legislativo, el anteproyecto de Ley de Mediación para asuntos civiles y mercantiles¹³⁷. Este importante texto describe la mediación como medio “complementario” de resolución de conflictos y la conceptúa en los términos siguientes: instituto, fundamentado en la negociación, estructurado, informal, privado, extrajudicial, voluntario, a través del cual las partes intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo con intervención de un mediador. Exige que el mediador sea neutral, independiente e imparcial. Y fija como principios de la mediación el carácter dispositivo, la imparcialidad, la neutralidad, la confidencialidad, la buena fe, el respeto mutuo entre las partes y el deber de colaboración y apoyo al mediador. Con el fin de obtener su integración en el sistema de Administración de Justicia, el citado anteproyecto propone asimismo algunas reformas procesales, entre las que destaca que el inicio de la mediación en determinados casos se exija como requisito necesario y previo para acudir a los tribunales; que la mediación provoque la suspensión de la prescripción¹³⁸; y que se reconozca al acuerdo de mediación valor de título ejecutivo cuando cumpla determinados requisitos legales.

Las diferentes Comunidades Autónomas, tras la primera experiencia legislativa de Cataluña, han dotando de un cuadro normativo a la mediación, si bien en el ámbito de sus respectivas competencias y circunscrita a la materia de familia. Obrar en la actualidad numerosas Leyes autonómicas reguladoras de la mediación familiar, las cuales incorporan conceptos o descripciones legales de

mediación familiar que, por tomar como modelo o punto de partida la *Recomendación (1998)1* del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en mediación familiar, y los precedentes legislativos autonómicos no difieren en sus elementos estructurales.

La *Ley Catalana 1/2001*, de 15 de marzo, de mediación familiar constituyó el primer esfuerzo de un legislador autonómico en la aportación de un concepto de mediación. Aun circunscrita la Ley al estricto ámbito de la familia, este ejercicio conceptual permitió plasmar en su preámbulo una descripción aplicable a cualquier controversia. Ésta cristalizó en los términos siguientes: “método de resolución de conflictos que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, sea a iniciativa propia de las partes, sea a indicación de una autoridad judicial, que tiene por objeto ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio”; o bien “medida de apoyo a la familia y [...] método de resolución de conflictos en los supuestos que recoge la presente ley, para evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance”. Identifica como principios rectores de la mediación familiar: la voluntariedad, la imparcialidad y la confidencialidad. Lo más destacable es, sin embargo, la introducción de la exigencia del carácter personalísimo de la mediación, así como el contenido que se le atribuye, por cuanto es descrito como una obligación de las partes y la persona mediadora de asistir personalmente a las reuniones de mediación sin que puedan valerse de representantes o intermediarios, lo que se corresponde más precisamente con el concepto de inmediatez. Un requisito, este último, sin precedentes en la normativa europea¹³⁹ ni internacional¹⁴⁰. Tras esta iniciativa legislativa, se sucedieron otras muchas a nivel autonómico:

- a) La *Ley de Galicia 4/2001*, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar, perfiló la mediación como un mecanismo que proporciona auxilio y apoyo a la negociación entre las partes, una mediación, como señala su preámbulo, “conciliadora” que eleva en su caso propuestas de solución a aceptar, o no, libremente por los sujetos en conflicto. Participa, en consecuencia, de las características técnicas de la conciliación. Su artículo 2 define la mediación como la intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador. Dispone la ley su carácter gratuito. La figura del mediador familiar se caracteriza como un profesional especializado (experto psico-social, con experiencia profesional, inscrito en un Regis-

- tro), imparcial e independiente. Interviene a instancias de las partes y no tiene atribuidas facultades decisorias o dirimentes sobre el conflicto.
- b) La *Ley de la Comunidad Valenciana 7/2001*, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar procedió a definir la mediación familiar como “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”. Se prevé como procedimiento que puede resultar gratuito para aquellas personas que sean beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita. Y el mediador es un profesional de la mediación familiar con formación universitaria y de postgrado (en las disciplinas de Derecho, Psicología o Trabajo Social, Educación Social o Graduado Social) inscrita en el Registro de Personas Mediadoras Familiares.
- c) Por su parte, la *Ley de Castilla la Mancha 4/2005*, de 24 de mayo, del servicio social especializado de mediación familiar, describe posteriormente la mediación en este ámbito como la intervención profesional realizada por una persona mediadora cualificada, imparcial y neutral, con el fin de crear entre las partes en conflicto un marco de comunicación que les facilite gestionar sus problemas de forma no contenciosa.
- d) Un año más tarde, la *Ley de les Illes Balears 18/2006*, de 22 de noviembre, de mediación familiar, dispuso que la mediación familiar “persigue la solución extrajudicial de conflictos surgidos en el seno de la familia con la asistencia de profesionales cualificados e imparciales que hagan de mediadores entre los sujetos para posibilitar vías de diálogo y obtener acuerdos justos, duraderos y estables, con el objeto de evitar que se planteen procesos judiciales, de poner fin a los que ya se hayan iniciado o de reducir su alcance”. En esta ley se relacionan y describen como principios rectores: la voluntariedad, la neutralidad, la imparcialidad, la confidencialidad, y también la buena fe, la flexibilidad y la inmediatez entendida esta última como el deber de las partes de asistir en persona a las reuniones de mediación, sin valerse de representantes o intermediarios.
- e) La *Ley de la Comunidad de Madrid 1/2007*, de 21 de febrero, de mediación familiar describe la mediación como un procedimiento voluntario no sólo de resolución positiva de tensiones o conflictos familiares sino también de gestión, 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. Los principios que enumera son semejantes a la legislación autonómica inmediatamente precedente: voluntariedad, confidencialidad y reserva, imparcialidad y neutralidad, buena fe, inmediatez y flexibilidad.
- f) La *Ley del Principado de Asturias 3/2007*, de 23 de marzo, de mediación familiar la define como “un procedimiento extrajudicial y voluntario creado con la finalidad de solucionar los conflictos [...] 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”. Los principios que enumera son: la voluntariedad, la neutralidad, la imparcialidad, la confidencialidad, la inmediatez y la buena fe.
- g) La *Ley de la Comunidad autónoma de Andalucía 1/2009*, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar define la mediación de manera muy similar a las antecedentes, como “procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto”. Para esta Ley la mediación familiar tiene como finalidad que las partes en conflicto alcancen acuerdos equitativos, justos, estables y duraderos, contribuyendo así a evitar la apertura de procedimientos judiciales, o, en su caso, contribuir a la resolución de los ya iniciados. Enumera como principios: la voluntariedad, la imparcialidad y neutralidad, la confidencialidad, el carácter personalísimo en el sentido introducido en la precedente ley catalana, la buena fe y la flexibilidad.
- h) La *Comunidad autónoma del País Vasco*, a través de su *Ley 1/2008*, de 8 de febrero, de mediación familiar la define como “procedimiento voluntario en

el que uno o más profesionales con calificación 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". Los principios, enumerados son: la voluntariedad, confidencialidad, la transparencia, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, inmediatez (en el sentido de la ley catalana, al que añade el necesario carácter presencial), buena fe, colaboración y mantenimiento del respeto entre las partes y debate contradictorio, descrito como el derecho de las partes a sentirse libres de expresar sus puntos de vista sobre la situación conflictiva, para lo cual la persona mediadora debe potenciar un trato equitativo entre las partes, garantizando una intervención equilibrada entre ellas en el transcurso de la mediación.

5.2 Aportaciones de la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado y de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña

Situadas las normas autonómicas, se hace preciso revisar ahora algunos aspectos interesantes de las últimas apuestas normativas catalanas sobre mediación, en concreto la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito privado y, para la mediación en materia de consumo, la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña¹⁴¹, sin perjuicio de remitirnos, para un análisis más completo, al capítulo de este libro que trata la mediación desde una perspectiva jurídica e institucional.

En primer lugar, la citada Ley 15/2009 define la mediación como "el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral". Y se añade que "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". El primer párrafo, que pretende conceptualizar el instituto, es una novedad, mientras que el segundo adopta el criterio de la Ley 1/2001, pero desplaza el concepto de "método de resolución..." a "método de gestión...". También cabe destacar la indicación a la

"neutralidad" en la actuación del tercero, que ya aparece en la misma definición.

Por otro lado, se fija con claridad la exigencia de titulación universitaria y de formación especializada en mediación de los profesionales de la mediación con el plus de que deberá de actualizar sus conocimientos, sin precisar unos estudios concretos. Además el mediador deberá estar colegiado o pertenecer a una asociación profesional en el ámbito de la mediación que se encuentre acreditada por el Departamento competente en materia de derecho civil, o bien prestar servicios para la Administración. Conviene señalar formalmente un tercer elemento, el explicitado principio de buena fe, que en realidad ya rige implícitamente como principio general del derecho catalán (art. 111-7 Código Civil de Cataluña).

La Ley tiene una declarada vocación universalista, aspira a comprender todos los ámbitos del derecho privado, si bien concreta luego que la citada Ley se refiere a determinados conflictos del ámbito civil que se caracterizan por la necesidad de las partes de mantener una relación viable a largo plazo. La vocación generalista no excluye la existencia de normas sectoriales, en las que la Ley puede actuar con carácter supletorio, como por ejemplo el Decreto que regula la mediación en el ámbito de la actividad cooperativa y el Decreto en el ámbito de los contratos de cultivo y de los contratos de integración, todos ellos aprobados meses después¹⁴². A pesar de ello, el preámbulo de la Ley 15/2009 no esconde la necesidad de existencia de una futura ley general de la mediación, de acuerdo con los dictados de la Directiva 2008/52/CEE.

Ciertamente, la ley catalana va vinculada a una visión de la mediación como herramienta útil para obtener soluciones "autogestionadas" por las partes, que preserven las relaciones futuras. Puede dar lugar, como lo hizo en su día la Ley 1/2001, a una mayor consolidación de la mediación en el país. Conjugando tanto elementos de derecho comparado como conclusiones derivadas de las experiencias de gestión, por parte del Centro de Mediación, en las mediaciones familiares. Ahora bien, a nuestro juicio, sería conveniente en el caso de una ulterior revisión, una reflexión sobre los principios, que son el núcleo de la figura –reflexión que, nos consta, es uno de los objetivos del capítulo sobre la construcción jurídica e institucional de la figura en Cataluña–. Creemos que algunas de las descripciones de los principios son mejores, y no siempre de acuerdo con las definiciones y descripciones que aportan las diversas Recomendaciones europeas y, en general, de la normativa internacional. Así, por ejemplo, consideramos una disfunción que se aborden en un mismo artículo los principios de im-

parcialidad y neutralidad, sin definir o describir los ámbitos de cada uno de ellos (resulta preferible, creemos, la presentación del anteproyecto estatal). Por otro lado, la presentación del principio de imparcialidad configura un contenido que, a nuestro juicio, se acercaría más al de independencia. Además, la ley conserva el carácter “personalísimo” de la mediación en los términos de la Ley 1/2001, reservando “a situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes” el uso de medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia. Este criterio puede cuestionarse y nos consta que ha estado objeto de reflexión en el capítulo de la construcción jurídica de la mediación.

La ley fija un desarrollo de la mediación que pivota sobre el principio de autonomía de la voluntad privada y de libertad de las partes en la fijación de las cuestiones y planificación de las sesiones, pero introduce algunos elementos que podrían cuestionar teóricamente esta libertad, al establecer periodos de duración, obligación de las partes a concretar el número máximo de sesiones e impedir de manera general que las partes inicien una nueva mediación hasta no haber transcurrido un año de la mediación anterior sobre un mismo objeto o desde que haya sido intentada la mediación sin acuerdo. Ciertamente, esta regulación se justifica porque se está ante un procedimiento vinculado a la mediación pública, habitualmente financiada por las Administraciones, pero sí debería reflexionarse sobre la prohibición sin excepciones durante el término de un año (precisamente los que han conocido una mediación a pesar de que haya fracasado, son los que más conocen la figura y las posibilidades que ofrece); finalmente, en un probable exceso de prudencia o de autolimitación competencial, la ley no prevé los efectos ejecutivos propios de una resolución judicial (sin perjuicio de que puedan incorporarse a los procesos judiciales en curso –o que se inicien– para su ratificación y, en su caso, aprobación judicial).

5.3 Ejercicio de contraste

Delimitado el concepto legal y las descripciones acogidas en la legislación catalana, se realiza a continuación un ejercicio de contraste para subrayar aquellos aspectos que han sido contemplados en otras legislaciones y experiencias y pueden resultar de interés en Cataluña:

5.3.1 Concepto de mediación

De los análisis de los datos sociales, económicos y jurídicos se desprende que la mediación es definida o

descrita mayormente como un procedimiento, proceso o mecanismo no jurisdiccional o de carácter extraprocesal, voluntario, autocompositivo o de amigable composición, desarrollado con la ayuda de un tercero neutral, en el que las partes conservan en todo el momento el poder de disposición sobre la materia y el proceso. Exige, como, premisa, la existencia de un conflicto, una controversia o un litigio.

No hay consenso generalizado acerca del contenido de cada uno de estos significantes, si bien la doctrina americana sugiere que el conflicto es la mera diferencia que genera insatisfacción (de carácter intangible/ un proceso) mientras que el litigio o disputa sería el desacuerdo expresado, externalizado (tangibile/ un producto del conflicto). Desde esta perspectiva, los conflictos deben ser gestionados mientras que las disputas requieren ser resueltas (Davis, 1996; Costantino, 2008). A través de la mediación las partes intentan alcanzar un “acuerdo” que resuelva y de solución a las dificultades que resulten del conflicto o litigio. En el ámbito de la justicia penal restaurativa, además, por la dimensión de los objetivos y el alcance de los acuerdos, la mediación perseguirá la “reparación psíquica” de la víctima, su restauración emocional, la reinserción del agresor, el fortalecimiento de los vínculos de éste con la comunidad, la reconciliación entre las partes, evitar la revictimación y los prejuicios derivados del proceso penal. Por último, la función del tercero mediador encuentra su límite en el respeto del contenido del principio de neutralidad, de modo que éste no puede proceder a proponer formalmente o imponer soluciones, de ahí su importante distinción formal con la conciliación.

5.3.2 Concepto de acuerdo de mediación

Es el pacto o conjunto de pactos que ponen fin a una controversia existente entre dos o más partes. Los efectos jurídicos de dicho acuerdo dependerán de su conformidad con la legalidad vigente. Del cuadro normativo de los distintos países cabe decir que en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, el acuerdo que alcanzan las partes tiene el valor de una transacción. De modo que, en caso de incumplimiento, si nada específico ha previsto el ordenamiento jurídico, deberán someterse a la aprobación (homologación) y posterior ejecución por parte de una autoridad judicial. Un número significativo de ordenamientos jurídicos prevé, además, que los acuerdos de mediación puedan adquirir directamente efectos ejecutivos, expresando las circunstancias que deben concurrir para que se despliegue tan importante efecto.

5.3.3 Concepto de mediador

Mediador es la persona u órgano que facilita el acuerdo, asiste a las partes para acercarla, crea un ambiente propicio para su comunicación y asegura que las partes actúan con igualdad de armas, en igualdad de condiciones, reequilibrando si ello es necesario. La labor del mediador encuentra su límite en la propia del conciliador, esto es, el mediador no puede sugerir soluciones, ni proponerlas. Se predica del mediador que debe ser necesariamente una persona que actúe de manera imparcial (sin sesgos, ni inclinaciones) y justa; y que no debe en ningún caso tener conflicto de intereses ignorado o no aceptado por las partes. Cuando el mediador es un órgano, se predica del mismo su independencia, a los efectos de alcanzar la exigible imparcialidad de sus componentes. En cualquier caso, estas características responden a estándares de conducta adoptados en la rica y abundante práctica y emergen de ciertos principios que de manera generalizada han sido reconocidos y plasmados en muy diversos instrumentos legales relativos a la mediación.

5.3.4 Principios y estándares aplicables a la mediación

Este es, probablemente, el núcleo del análisis. La práctica en los distintos espacios geográficos y ámbitos materiales revela que esta modalidad de resolución extrajudicial se rige por los siguientes principios estructurales que enumeraremos a continuación, que giran en torno a la idea de confianza. Resulta necesario precisar que no todos están recogidos en la normativa catalana, y que en el apartado anterior hemos indicado la conveniencia de hacer algunas correcciones o precisiones a la ley. Es por ello que partimos de una enumeración de todos los principios trabajados durante el capítulo y que podrían gozar de una mayor visibilidad:

- a) Principio de libertad o autonomía de la voluntad privada, vinculado al principio de flexibilidad y de poder decisional de las partes.
- b) Principio de “confidencialidad”, vinculado a la idea de secreto profesional, que es un presupuesto esencial de la mediación, impide, a no ser que haya consentimiento explícito de todas las partes –posible si no concurre impedimento legal– conservar y divulgar los supuestos sometidos a mediación, así como las declaraciones. También impide que el tercero que intervenga en un proceso de mediación pueda luego erigirse en árbitro sobre mismo asunto; y que las partes y terceros participen como

testigos o en otra calidad en posteriores procesos judiciales o extrajudiciales sobre el mismo asunto.

- c) Principio de imparcialidad, que tiene como premisa no actuar con favoritismos o prejuicios personales respecto de alguno de los participantes, por razón de sus características, orígenes, valores, creencias o cualquier otra razón, e implica asimismo no aceptar favores o regalías.
- d) Principio de neutralidad, consistente en que el mediador no puede proponer formalmente ni imponer soluciones.
- e) Principio de equidad del procedimiento o igualdad de armas, distinto del principio de debate contradictorio, y que incluye la importante función del mediador de gestionar el poder de las partes y reequilibrar situaciones de asimetría.
- f) Principio de economía procesal, y sus distintas expresiones: eficiencia, eficacia, celeridad, economía.
- g) Y, finalmente aunque implícito, el principio de legalidad.

A éstos debiera añadirse la independencia y transparencia, ligadas a la idea de imparcialidad, de modo que se eviten los eventuales conflictos de intereses entre mediador y partes, tanto durante la mediación como posteriormente. Dado que la intervención del tercero es menor en la mediación que en la conciliación, parece razonable moderar y atenuar el alcance de este principio en el ámbito de la mediación, donde la actividad del tercero no alcanza a formular propuestas formales de solución y el principio de neutralidad es el rector en su actuación.

Como el conflicto de interés puede surgir por la implicación del mediador en el objeto de la disputa o por la relación de éste, anterior, simultánea e incluso posterior con un participante de la disputa, es primordial desvelar a las partes en todo momento cualquier información que pueda comprometer este principio, para que el propio mediador o las mismas partes decidan si debe apartarse del caso. Asimismo, el mediador no ha de adoptar roles adicionales, funciones o cargos en la resolución del mismo conflicto si no es con el expreso acuerdo de las partes¹⁴³.

Si bien se han hallado comunes denominadores que han permitido definir cada uno de estos principios, no resulta sencillo delimitar con gran precisión el alcance de los mismos en materia de mediación porque, excepto por lo que hace al principio de legalidad, todos los demás quedan sujetos al principio de libertad y autonomía de voluntad de las partes, que pueden extender o reducir su alcance y aplicación práctica al caso concreto.

6 Conclusiones

6.1 Síntesis: algunas consideraciones conclusivas

Del estudio comparativo llevado a cabo cabe extraer algunas reflexiones que pueden resultar útiles en la futura conformación y desarrollo de la mediación en Cataluña. En general, se constata que:

- a) *Nos hallamos evidentemente, ante una institución de naturaleza no jurisdiccional*, que se desarrolla de manera previa y complementaria a los mecanismos jurisdiccionales; lo que no impide que pueda llevarse a cabo, también, en sede judicial, como mecanismo colaborador de la administración de justicia. En este sentido, la mediación ha dado un paso evolutivo significativo, porque ya no constituye tan solo una modalidad “alternativa” a las instancias judiciales, sino además “complementaria”, útil “colaboradora” de la Administración de justicia.
- b) La implementación e importante desarrollo de la mediación en algunos ámbitos se debe mayormente a que *los acuerdos alcanzados entre las partes suelen resultar duraderos por resolver las razones de fondo*, lo que contribuye a una mayor paz social y a evitar futuras eventuales confrontaciones. Tiene en consecuencia un conveniente efecto preventivo, colateral pero remarcable.
- c) La mediación resulta efectiva cuando *cuenta con una normativa de mínimos que ofrece un marco de confianza y certeza* tanto de los procesos como de los resultados. La mediación civil, familiar, societaria o penal son buenos ejemplos de la mediación en estos ámbitos desarrollada como método no sólo de resolución sino también de gestión de las controversias. En los últimos tiempos la mediación goza también de buena acogida en sectores socioeconómicos muy heterogéneos.
- d) *El consenso es la base del sistema*. Este consenso puede incluso llegar a delimitar el alcance de ciertos principios y estándares, en particular por lo que hace a las exigencias de confidencialidad. No se considera que atente al necesario consenso ni a la autonomía de la voluntad el establecimiento de una obligación legal a que las partes acudan a una sesión inicial o previa de información para dar a conocer los beneficios y de las características de proceso y resultados, y así impulsar el uso de las vías extrajudiciales y de amigable composición

existentes antes de acudir a la vía judicial. Más discutido es si el reenvío que los jueces –de familia, por ejemplo– efectúan a los servicios de mediación debe constituir para las partes una obligación o una invitación a que las partes reconsideren un acuerdo, antes de continuar con el proceso contencioso.

- e) El intento de mediación de carácter obligatorio, institucionalizado como paso previo necesario a la jurisdicción (*mandatory mediation*) puesto en práctica en algunos sistemas jurídicos arroja todavía *datos ambivalentes en términos de eficiencia*¹⁴⁴. Las escasas experiencias y los pocos estudios empíricos realizados muestran un ahorro de costes del proceso cuando se lleva a cabo de manera incipiente, si bien hay dudas en cuanto al pretendido ahorro en caso de retrasos. Por otro lado, se constata en algunos casos abusos de poder y coerción en la aceptación de los acuerdos¹⁴⁵ debido al temor, ignorancia o pocas expectativas por el coste económico que un juicio conllevaría. Asimismo, en algunos casos, la parte económicamente más fuerte se beneficia de la dilación que conlleva la mediación, a costa de la parte más débil¹⁴⁶. Finalmente, si bien los índices de éxito de la mediación son elevados, no menos cierto es que se ha observado éste depende en gran medida de la profesionalidad del mediador y, en particular, de la posibilidad brindada a las partes para que puedan elegir su mediador (el resultado decrece cuando es asignado por el ente local o judicial). Como ha tenido ocasión de declarar la Corte de Justicia de la Unión Europea recientemente en el caso *Telecom Italia SpA*, ni el principio de equivalencia ni el de efectividad, ni tampoco el principio de tutela jurisdiccional efectiva se verían afectados por la implantación de la obligatoriedad de un intento de conciliación obligatoria, a condición de que tal procedimiento no conduzca a una decisión vinculante para las partes, que no comporte retrasos sustanciales para la interposición de un recurso ante los tribunales, y que no suspenda la prescripción de los derechos ni genere costes desproporcionados para las partes, y siempre que la vía electrónica no constituya la única modalidad de acceso a dicho procedimiento de conciliación y sea posible disponer de procedimientos cautelares en caso de que la urgencia de la situación lo imponga¹⁴⁷.

Lo que no pareciera admisible es la implantación de un sistema de mediación que impida posteriormente el acceso a la jurisdicción¹⁴⁸. Tampoco

parece conveniente la introducción de un modelo que imponga el intento de mediación de manera obligatoria y general, sin consideración particular de las materias y sectores en los que deba desarrollarse, porque la mediación se ha manifestado inapropiada en determinadas circunstancias. En países con larga tradición como Estados Unidos se considera que la participación obligatoria sólo debe resultar imperativa cuando tal mandato tenga mayores probabilidades de servir a los intereses de las partes que la comparecencia voluntaria¹⁴⁹.

- f) *Nadie mejor que las mismas partes para conocer cual es la solución que se amolda más acertadamente a sus intereses y necesidades*, de modo que la mediación, como método que permite confeccionar por ellas mismas una solución a medida del caso ha manifestado ser muy efectiva y ha gozado de amplia aceptación en todos los países. Para preservar esta libertad y autonomía y dotarla de certeza jurídica y confianza, países, instituciones no gubernamentales y centros de mediación han procedido a redactar instrumentos que fijan algunos principios rectores o estructurales y estándares informadores. Entre éstos figuran siempre los principios¹⁵⁰ y mayoritariamente otras cuestiones procedimentales referidas al resultado, así como forma y efectos de los acuerdos. En definitiva, mínimos necesarios para reconocer la práctica (certeza) y dotarla de seguridad jurídica.

El alcance de importantes principios como es el de confidencialidad del órgano mediador, puede ser modulado por las partes con el único límite del orden público y las leyes imperativas. Hay una tendencia generalizada a dejar abierto el procedimiento o *íter* a la voluntad explícita de las partes, para dotar de mayor agilidad y eficacia al instituto. Y las particularidades derivadas del ámbito material o del contexto al que va dirigida la mediación se llevan a cabo de manera generalizada a través de despliegues reglamentarios. Se preserva de este modo el poder creativo y el uso diverso que permite la mediación. Son las partes las que confeccionarán, junto con el mediador, un traje a la medida de sus intereses y necesidades, si bien esta libertad puede verse atemperada en el caso de mediación tipificada como de “pública”.

- g) Habida cuenta que la confianza es un elemento clave en tanto para el inicio de una mediación como durante su desarrollo y conclusión, porque el mediador tiene como función principal crear un clima de confianza y acercamiento de las partes,

este factor se halla presente siempre, se manifiesta a través de diversos principios y estándares e informa al sistema. Todos los ordenamientos sin excepción hacen descansar la mediación en el principio de confidencialidad.

- h) La mediación, y en general los medios alternativos de resolución de conflictos de naturaleza auto-compositiva, resultan *exitosos cuando el mediador es un profesional con experiencia y una determinada formación*. Ello no necesariamente implica que deba tener conocimientos jurídicos –porque no toda mediación concluye en un acuerdo con efectos jurídicos y fuerza vinculante para las partes– pero sí que cuente con una preparación no exclusivamente inquisitorial o adversarial y tenga gran capacidad negociadora para entender e interpretar las necesidades e incluso para anticipar y evitar la escalada del conflicto. Las legislaciones así lo exigen de manera generalizada, si bien prescinden la mayoría de ellas de exigir al mediador una determinada titulación, en aras de conservar algunas prácticas consuetudinarias o tradicionales desarrolladas por personas que gozan de gran autoridad entre las partes y en la propia comunidad.
- i) Dado que el acuerdo que se alcanza puede tener relevancia jurídica, se contempla por lo general la posibilidad de que adquiera *efectos jurídicos vinculantes para las partes e incluso efectos ejecutivos si el acuerdo es generado o supervisado por un profesional con formación jurídica*. Es de este modo que el acuerdo supera habitualmente el filtro de legalidad legitimadora, porque la autorregulación de los intereses privados y el respeto del principio *pacta sunt servanda* no asegura siempre el equilibrio de los acuerdos, ni su racionalidad, ni la protección de la parte más débil ni, en definitiva, su adecuación a los principios y valores constitucionales que lo harían merecedor luego de tutela por los tribunales como manifestación de un interés merecedor de ser protegido.
- j) En la mayoría de países *el inicio de un proceso de mediación provoca la suspensión de los plazos de prescripción o caducidad de derechos y acciones*. Los estados disciplinan la mediación garantizando que su uso no produzca una preclusión de la vía judicial. Debe tenerse en cuenta que este efecto ya ha sido convenientemente recogido en la Directiva 2008/52/CE.
- k) La mediación ha obtenido resultados significativos en *asuntos donde es necesario conservar y recons-*

truir las relaciones personales; o cuando las partes tienen la posibilidad de intervenir desde el inicio, estableciendo los primeros consensos en el mismo procedimiento de mediación. Es un modo de construir confianza en la otra parte, antes de abordar el problema sustancial o de fondo. Por el contrario, la mediación no se manifiesta como un mecanismo adecuado o efectivo de gestión y resolución cuando el profesional no está suficientemente preparado para conducir al acuerdo. La formación en sistemas inquisitoriales y la falta de una formación específica en métodos de amigable composición impide a muchos profesionales conducir de manera adecuada las mediaciones.

Tampoco resulta exitosa en aquellos países en los que el profesional es mejor retribuido o compensado si entabla un pleito que si logra un acuerdo. Y así lo propician los mismos aranceles profesionales o criterios orientadores (En los EUA, Reino Unido, España, Italia, etc). De la misma manera, constituye un serio obstáculo a la mediación determinadas emociones de las partes que, si no son previamente trabajadas, representar una barrera infranqueable (Sebenius, 2001). Tampoco prospera una mediación cuando la discordia se manifiesta en asuntos en los que una o varias partes han actuado con mala fe, en fraude o ha habido un incumplimiento deliberado. Finalmente, conviene también no infravalorar la importancia de la cualidad del tercero neutral. Si éste despierta dudas acerca de su neutralidad o imparcialidad a la hora de actuar, o se aprecia por las partes falta de transparencia del mediador, o hay incertidumbre acerca de posibles conflictos de intereses, estos factores la mediación no podrá desarrollarse satisfactoriamente.

6.2 Recomendaciones finales: ideas prácticas aplicables en Cataluña

Una vez situadas las indicaciones conclusivas, desearíamos concluir este texto con algunas propuestas de *lege ferenda* –en algunos casos ya señaladas en el texto–, a los efectos de una futura institucionalización de la mediación en Cataluña como sistema, a la luz de la experiencia extranjera, de las iniciativas legislativas, de las Recomendaciones provenientes del Consejo de Europa y de la Unión Europea, y del sentido sociológico, económico y jurídico que persigue dicha institución, teniendo en cuenta las necesidades del espacio geográfico y cultural al que iría dirigida.

1. La conveniencia de enmarcar la mediación dentro del sistema, como institución articuladora de

un nivel de justicia de naturaleza no jurisdiccional, plenamente integrada en el sistema de la Administración de justicia, e interoperable con éste.

2. La oportunidad de plasmar de manera precisa los rasgos identificativos de la mediación y su naturaleza facilitativa respecto de otras modalidades de resolución autocompositivas –como la conciliación, de tipo evaluativo– evitando que devengan términos intercambiables, porque el uso indiscriminado no favorece la necesaria seguridad jurídica y contribuye a la confianza¹⁵¹. Significante y significado deben corresponderse; términos polisémicos y descripciones vagas actuarían en detrimento de una buena práctica mediadora¹⁵². En este sentido, se recomienda asimismo subrayar la neutralidad como rasgo distintivo de la mediación y dotar a esta cualidad de contenido preciso.
3. La utilidad de identificar los principios y estándares que resultan estructurales de la mediación, con descripción precisa de contenido y alcance, de acuerdo con los instrumentos legales vigentes, y de conformidad con las prácticas y los códigos de conducta que condensan la experiencia de los diversos centros, instituciones y organizaciones de mediación existentes. En concreto, sería recomendable la fijación de ciertos estándares de conducta que preserven los principios de la mediación. En particular por lo que hace a:
 - a. La posible intervención posterior de un mediador como abogado de una de las partes, tras un intento de mediación. Por ejemplo, sería conveniente establecer la necesidad de consentimiento explícito de las dos partes para la posible asunción de la defensa jurídica de una sola de ellas, una vez finalizado el proceso de mediación. De la misma manera debiera procederse en caso de intervención del mediador como conciliador tras un intento de mediación; o como arbitro¹⁵³.
 - b. Las eventuales mediaciones intraprocesales, evitando que el mismo juez que decide o resuelve en una controversia actúe como mediador en la misma¹⁵⁴.
 - c. El principio de transparencia en la mediación y su alcance¹⁵⁵, estrechamente vinculado con la prohibición de conflicto de intereses.
 - d. Y el principio de eficiencia¹⁵⁶, dotándolo de contenido y alcance; y favoreciendo las distintas manifestaciones que la propician. En

- concreto: la economía procesal (sencillez, flexibilidad, ubicuidad), bajo coste (medios electrónicos, posibilidad de asincronía), celeridad (ubicuidad, uso de las TICs, plazos breves, remoción de obstáculos derivados de exigencias de inmediatez o presencialidad¹⁵⁷) y eficacia de los resultados (dotándolos de eficacia jurídica).
- e. Por último, como hemos mostrado a lo largo del texto, la importancia del principio de equidad, como rector del proceso. Sería conveniente tenerlo presente de manera explícita en una futura reforma.
4. En aras a que este método de gestión y resolución pueda adquirir su máximo despliegue y su plena integración en el sistema de la Administración de justicia sería asimismo deseable que se contemplara la posibilidad de que el resultado que alcancen las partes pueda adquirir valor vinculante y fuerza ejecutiva sin necesidad de proceder a la apertura de un proceso judicial declarativo; siempre, naturalmente, que su contenido y redactado fuera acorde a derecho. En definitiva, que el documento pueda llevar aparejada ejecución en determinadas circunstancias predispuestas por la ley. Cataluña, de acuerdo con el art. 148.16 CE y 130 EAC, podría regular esta cuestión.
 5. Convendría, del mismo modo y con la misma finalidad, que el inicio de todo proceso de mediación suspenda de inmediato los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones.
 6. Parece también del todo oportuno sugerir que sean los desarrollos reglamentarios o estatutarios los que aborden los aspectos más adventicios o las particularidades que adopta la mediación en los distintos sectores materiales; reservando a la Ley la descripción legal, los principios y elementos estructurales de toda mediación, las características y requisitos de formación exigibles al mediador y el régimen de responsabilidad del mediador y organismos de medicación.
 7. Vinculada a la anterior recomendación, parece oportuno señalar la conveniencia de que, en aras a garantizar la efectiva tutela de los derechos, el respeto de la normativa de orden público y la no renuncia de derechos de carácter indisponible, los acuerdos de mediación que traigan consigo efectos jurídicos vinculantes para las partes sean concluidos siempre y en todo caso con el auxilio de mediadores con formación jurídica¹⁵⁸.
 8. Finalmente, parece prudente preservar el carácter voluntario de la mediación, de modo que resulte una opción informada y no una imposición del sistema¹⁵⁹; la mediación “obligatoria”, en el sentido expresado de exigencia de un intento de mediación como condición o requisito procesal para el acceso a la jurisdicción podría comportar, al margen de posibles cuestiones de constitucionalidad, más inconvenientes que ventajas si las partes acuden a la misma sin un verdadero ánimo de acuerdo, como muestran algunas experiencias de derecho comparado. Lo que no obstaría al estudio de oportunidad de un sistema institucionalizado de información, para dotar a las partes de la mayor información posible acerca de sus opciones y de las efectivas ventajas de la mediación.

7 Bibliografía

- Auerbach J. (1983). *Justice Without Law?* Oxford: Oxford University Press.
- Barrington, L, Mills, K, y Swee, T (2001). “Selected perspectives on ADR in Asia”, *ADR Internacional applications – Special supplement 2001, ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 40.
- Berman, G. (1999). “The Discipline of Comparative Law in the United States”, *Revue internationale de droit compare* 4, pp. 1040.
- Blankenburg, E (1991) “Legal Cultures Compared”, *Oñati Proceedings*, n. 12, 1991, editado por Blankenburg, Commaille y Galanter, p. 11 a 21.
- Boulle, L (2001) “Australian ADR and the Issue of Judicial Discretion”, en *ADR Internacional Applications – Special supplement 2001, ICC International Court of Arbitration bulletin*. .
- Buti, A. (2010). *I segreti della mediazione*. Dirittomoder-no.it. Edizioni C.s.p.
- Capelletti, (1978) *Access to justice*. Giuffré Ed. Milán. 5 Vol.
- Casanovas, P. (1998) “Las formas sociales del derecho contemporáneo: el ius commune”. *Working Paper*, n. 146, Instituto de Ciencias políticas y Sociales de Barcelona.
- Casanovas, P. y Poblet, M. (2008) «Concepts and fields of relational justice» , a P. Casanovas, G. Sartor,

- N. Casellas, R. Rubino, *Computable Models of the Law. Language, Dialogues, Games, Ontologies*, LNAI 4884, Ed. Springer, Berlin, Heidelberg, pp. 323-39.
- Castells, Manuel (2009) "The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance". En: *International Communication: a Reader*. Daya Kishan Thussu (ed.). New York: Routledge.
- Constantinesco, L.J. (2000) *Il metodo comparativo*. G. Giappichelli Editore, edizione italiana di A. Proci-da Mirabelli di Lauro. Torino. Título original: *Die rechtsvergleichende methode*, Band II, *Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns-Verlag, Colonia, 1972.
- Costantino, C.A. (2008) "Second Generation organizational conflict Management Systems design: a practitioner's perspective on emerging issues". Presentación en el simposium *Harvard Negotiation Law Review* de 2008 (7 de marzo de 2008).
- Davis, W.E. (1996), "Diseño de sistemas para resolver conflictos: la experiencia con multipuertas en Estados Unidos". *Mediación: una transformación en la cultura* / coord. por Julio Gottheil, Adriana Schiffrin, p. 191-215.
- Delfini, F. (2010) "La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'Avvocatura", *Rivista di Diritto Privato*, enero-marzo, pp. 131-141.
- Favale, R. (2010) "Procedura estesa alla responsabilità medica", *Guida al Diritto, Il Sole 24 ore*, mayo, dossier 4, p. 84-87.
- Fiss, O. (1984) "Against Settlement", 93 *Yale L.J.* 1073.
- Fiss, O. (2007) "Contra la conciliación", *El derecho com razón pública*. Editorial Marcial Pons.
- Friedman, L. (1997) "Legal Culture and the Welfare State" en Macaulay, S. Lawrence, M, Friedman, J. (1997) *Law & Society: readings on the Social Study of Law*, p. 269 -303.
- Friedman, L. (2003) *Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe*. Edited by Friedman, L., and Pérez Perdomo, R., Stanford University Press, California.
- Galanter, M. (1985) "A Settlement Judge, Not a Trial Judge: Judicial Mediation in the United States". *Journal of Law and Society*, 12, pp. 1-18.
- Galanter, M. & Lande, J. (1992) "Private Courts and Public Authority" *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 12, pp. 393 – 415.
- Genn, V.H. (2002) "Court Base ADR Initiatives for Non Family Civil Disputes: the Commercial Court and the Court of Appeal", *Research Series*, n. 1/02, marzo 2002, p. 73 a 77.
- Giacomelli, S (2003) *La via Della conciliazione*, Ipsoa.
- Gizzo, V. (2010) "In pole position il sistema Camere di Commercio", *Guida al Diritto, Il Sole 24 ore*, mayo, p. 102-105.
- Gray, W. (1995) "The Challenge of Asian Law". *Fordham International Law Journal* 19, p. 37.
- Grossi, (2000) "Globalizzazione e pluralismo giuridico", *Quaderni Fiorentini* 29, pp. 551-558.
- Habermas, J (1996) *Between Facts and Norms*. *William Rehg*.
- Haley, J.O. (1978) "The Myth of the Reluctant Litigant" (1978) 4 *Journal of Japanese Studies*, pp. 359 y ss.
- Harding, (2002) "Global Doctrine and Local Knowledge: Law in South East Asia" *International and Comparative Law Quarterly*, 51, pp. 35.
- Hattotuwa, S LAWS 7841 (Theories of Dispute Resolution) Essay. Mediation from the palm of your hand: Forging the next generation of ODR systems. [artículo en línea].
- Hennuy, L y Lobet-Maris, C (2001) "A socio-organisational, institutional and economical evaluation of alternative dispute resolution in Europe". Informe de CITA – FUNDP, mayo 2001 (<http://www.info.fundp.ac.be/~cita/>), llevado a cabo por FUNDP, *Institut d'Informatique*.
- Hensler, D. R. (2003) "Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Reshaping Our Legal System", *108 Penn St. Law Review*, 165, pp 187.
- Kawashima, T (1963) "Dispute Resolution in Contemporary Japan". *Law in Japan: the Legal order in a changing Society*, 1963, Von Mehren A. ed.
- Kelemen, R.D. y Sibbitt, E. (2002) "The Americanization of Japanese Law" *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 23, pp. 269.
- Legrand, P. (2001) What "Legal Transplants?", Nelken & Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures*, pp. 55.

- Lipski, D. y Seeber, RL (1998) *The appropriate Resolution of Corporate Disputes, A report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations* (Cornell/PERC Institute on Conflict Resolution. Price waterhouse Coopers LLP.
- Macaulay, S. (1997) "Lawyers and Consumer Protection Laws" en Macaulay, S. Lawrence, M, Friedman, J. (1997) *Law & Society: readings on the Social Study of Law*, p. 837- 872.
- Mattei, U. (2007) "Access to Justice. A Renewed Global Issue" *Electronic Journal of Comparative Law*, 11, pp. 3. [recurso en línea: http://works.bepress.com/ugo_mattei/34, último acceso en fecha 10 de julio 2010].
- Mattei, U; Nader, L (2008) *When the Rule of Law is Illegal*. Blackwell Publishing.
- Merryman, J., Clark, D., Haley, J.O. (1994). *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*.
- Mourre, A (2001) "Mediation and French Law: Recent Landmarks in Legislation and Case Law", *ADR International Applications –Special supplement 2001, ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 73.
- Mulcahy, L. (2001) "The Possibilities and Desirability of Mediator Neutrality - Towards an Ethic of Partiality?", *Social and Legal Studies*, 10, pp. 505-527.
- Mullerat, R. (2009) "The IBA Guidelines on Conflicts of Interest Revisited. Another Contribution to the Revision of an Excellent Instrument, which Needs a Slight
- Daltonims Treatment", [recurso en línea] <http://www.uoc.edu/symposia/adrl>
- Nishikawa, R (2001) "Judges and ADR in Japan", *Journal of International Arbitration* 18 (3), p. 365.
- Nottage, L (2002) "Comparative Law, Asian Law, and Japanese Law". En Conferencia *Law, Transition and Globalization*, University of Washington, Seattle, 28 Mayo.
- Oda, H. (1992) *Japanese Law*. London: Butterworths.
- Plant, D.W. (2001) "ADR in the United status of America" *ADR Internacional Applications –Special supplement, ICC Internacional Court of Arbitration bulletin*, p. 78.
- Potter, P. (2000) "Globalisation and Local Legal Culture: Dilemma's of China's Use of Liberal Ideals of Private Property Rights" *Australian Journal of Asian Law* 2, pp. 1.
- Rees, C. (2010) "Mediation in Business-Related Human Rights Disputes: Objections, Opportunities and Challenges. Corporate Social". Responsibility Initiative Working Paper No. 56. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University.
- Sánchez, V. M. (2009) *Derecho internacional público*. Huygens Editorial.
- Sandrock, O. (2009) *Significato e metodo del diritto civile comparato*. A cargo de Rocco Favale. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- Sandrock, O. (2009b) "La comparazione prattica", *Rassegna di Diritto Comparato*, p. 235.
- Sarat, A.; Grossman, B. (1975) "Courts and Conflict Resolution: Problem in the Mobilisation of Adjudication", *American Political Science Review*, Vol.69.
- Sebenius, J.K. (2001) "Six habits of merely effective negotiators" abril 2001, *Harvard Business Review* 87.
- Soldati, N.; Luiso, F.P.; Deodato, G.; Riccardi, C.; Vacca, C.; Ulloa, F.; Lucarelli, P.; Ristori, L.; Carrara, C.; Ciccogna, M.A.; Necchi, C.; Bandini, A.; Brunelli, C.; Valerini, F.; Romualdi, G.; De Rita, M.; Ruscetta, F.; Ferrara, E (2010), *La mediazione*. Giuffré ed.
- Spencer, D. (2000) "Litigation: Court given power to order ADR in civil actions". *New South Wales, Australia readers*, (2000) 38 (9) LSJ 71.
- Spiller, P. (1999), *Dispute Resolution in New Zealand*, Auckland, Oxford University Press.
- Tamanaha, B. (2008) "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global" http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010105
- Tan, P.L. (1997) "Asian Legal Systems: Law, Society and Pluralism in East Asia".
- Tanaka, H. (1985) "The role of law in Japanese society: comparisons with the West", *University of British Columbia Law Review*, Vol. 19.
- Taruffo, M. (2009) "Una alternativa a las alternativas, patrones para la solución de conflictos". Consideraciones sobre la prueba judicial. Fundació Coloquio jurídico europeo. Madrid, pp. 97 a 128.
- Vargas Pavez, M. (2008) "Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación". *Revista de derecho*, V. XXI, n. 2, diciembre de 2008, p. 196.

- Vigoriti, V. (2009) “La Direttiva Europea sulla mediation, quale attuazione”, *Rivista Arbitrato*, 01, 1.
- Vilalta, A.E. (2009) “La cultura del diálogo y la justicia relacional como tercera vía”. *Revista IDP*, nº 8, UOC.
- Yoshida, M. “The reluctant Japanese Litigant, a new assessment”. *Electronic journal of contemporary japanese studies*, Paper 5, 2003 [EJCJS 13 Octubre 2003].
- Young, M. (2001) “Influence of Japanese Law, Legal Institutions and Legal Thought on East Asia”, Ponencia presentada en el *International Symposium on “Law in the Near Future and Asia* International Institute for Advanced Legal Studies, Kyoto, 10 Noviembre.

Notas

- 1 Sin perder la doble perspectiva de lo global y la cultura legal local. V. en este sentido también Berman (1999); Habermas, (1996), Merryman et al. (1994), Potter, 2000.
- 2 Como señala Delfini (2010), la polisemia del término mediación exige necesariamente un predicado que connote las características estructurales del instituto.
- 3 Los nuevos ámbitos en los que se desarrolla la contratación, el acceso extenso de la población a la justicia, las mayores expectativas de los individuos en las sociedades democráticas con sistemas de bienestar, serían asimismo factores a considerar.
- 4 Véase sobre estos aspectos Galanter (1985), Galanter y Lander (1992), Macaulay (1997), Friedman y Pérez Perdomo (2003), Sandrock (2009). Un estudio comparado de acceso a la justicia efectuado por Ugo Mattei (2007, p. 9) muestra como la mayor parte de los países aducen problemas de lentitud de los procesos judiciales y que ello no se debe a cuestiones geográficas sino a la concentración de los negocios en una determinada área.
- 5 Otras desventajas apuntadas de la mediación son el debilitamiento de las instituciones judiciales; la reducción de precedentes judiciales en los tribunales; el secreto de los procesos que impide al público en general conocer acerca de prácticas que constituyen violación de sus derechos; la falta de control de los procesos y de los resultados; o la imposibilidad de participación de terceros interesados o afectados, serían razones a considerar en contra de los métodos extrajudiciales en general, y muy en particular en los de naturaleza adversarial o inquisitorial (v. asimismo, Mattei (2007), Mattei y Nader (1984, 2008), Fiss (1984, 2005), Taruffo (2009). Ver también Averbach (1983).
- 6 El presente análisis no contempla específicamente el continente africano ni los países islámicos por no disponer de datos suficientes que permitan un estudio comparado de sus experiencias. Tan solo contamos con información muy fragmentaria de algunas iniciativas, la mayor de las veces pertenecientes a países ribereños del Mediterráneo. A título de ejemplo:
 - En Marruecos: la Cámara de Comercio fundó en el año 1999 el *International Arbitration & Mediation Center* (CIMAR) de Rabat. También la Cámara de comercio de Casablanca (CCISC) ofrece servicios de mediación desde el año 2003; y el Centro de conciliación y arbitraje de Marrakech, creado en julio de 1999. La Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Agadir que tiene un proyecto piloto junto el ICC. Se desconoce, sin embargo, los resultados que arrojan tales experiencias, centradas por lo general en materia de comercio.
 - En Egipto, el *Cairo Regional Center of Commercial Arbitration* cuenta con un reglamento propio regulador de la mediación, con precisas referencias a la confidencialidad y a la obligación de revelar cualquier información que pueda comprometer la independencia o imparcialidad del mediador. Como curiosidad señalar que su artículo 15 dispone que ni el Centro de mediación ni el mediador pueden participar en un proceso judicial relativo a la mediación llevada a cabo.
 - En Túnez, el *Centre de Conciliation et Arbitrage de Tunis* cuenta también con su propio Reglamento de mediación y conciliación (<http://www.ccat.org.tn/>) que, a pesar de ser muy escueto, dispone de previsión interesante relativa a la prohibición de que el mediador o conciliador puedan llevar a cabo las funciones de árbitro en un procedimiento arbitral por el mismo litigio. Asimismo prohíbe que las partes puedan hacer valer en procedimientos arbitrales o judiciales los puntos de vista expresados por las partes o los mediadores o conciliadores, ni sus propuestas.

Las previsiones legales y experiencias mediadoras van habitualmente de la mano del arbitraje, que constituye el sistema extrajudicial mayormente implantado, al menos formalmente, en el continente africano: Mozambique cuenta con la Ley 11/1999, de 8 de julio, de Arbitraje, conciliación y mediación; Cabo Verde dispone de la Ley 76/VI/2005, de 16 de agosto, de arbitraje y del Decreto Ley 31/2005, de 9 de mayo, de Mediación; Angola cuenta con la Ley 16/03, de 25 de julio sobre arbitraje voluntario; Malawi promulgó recientemente una Ley-reglamento para la mediación judicial obligatoria y cuenta con un proyecto piloto de mediación iniciado en el año 2008 para su implementación entre la población rural (el 85% es agricultora), un programa que está coordinado por el Instituto Danés de Derechos Humanos, dirigido a facilitar el acceso a la justicia a las personas más desfavorecidas tanto en temas de civiles como penales juveniles o de faltas. Nigeria cuenta con una Ley de Arbitraje y conciliación, de 14 de marzo de 1998; Sudáfrica promulgó hace algunas décadas la Ley 42/1965, reguladora de los acuerdos arbitrales y de la ejecución de sus laudos y cuenta con un Aviso de 20 de abril de 2005, mediante el cual se establece una normativa para la resolución extrajudicial de disputas en el ámbito de los nombres de dominio.

Cabe destacar también algunos programas piloto para el impulso de la mediación y, en general de los métodos alternativos de resolución de conflictos, en materia mercantil, para el impulso de las relaciones comerciales y de las pequeñas y medianas empresas de los países africanos. Como botón de muestra, la “Asociación Internacional de Desarrollo” del Banco Mundial ha financiado un proyecto denominado “Asistencia Técnica Internacional de ADR Center” dirigido a mejorar el clima de las inversiones en los estados de Abia, Kaduna y Lagos, al facilitar el acceso a la justicia y la reducción de tiempo y costos involucrados en la resolución de disputas comerciales. Incluye programas públicos (“anexos a las cortes”) y privados o libres.

- 7 No todos: algunos Estados, como Luisiana responden a la tradición jurídica del *Civil Law*; Puerto Rico, Estado asociado de los EE.UU, tiene un derecho mixto de *Common Law* y *Civil Law*.
- 8 Nombrada por el Presidente Lyndon B Johnson en el año 1965.
- 9 Son numerosos los estatutos que desarrollan programas de mediación en los distintos Estados, y así lo refiere la propia Ley Uniforme de Mediación; del mismo modo, muchos Estados han procedido a crear oficinas estatales para el estímulo del uso de la mediación (v. gr., en Arkansas, Carolina del Norte, Massachussets, Nebraska, Oklahoma, Nueva Jersey, Ohio, Oregón, o Washington, Wisconsin, California).
- 10 Asimismo, desde la normativa procesal, la confidencialidad de la mediación ha sido preservada a través de reglas probatorias que disponen que las pruebas sobre la conducta o las declaraciones llevadas a cabo en negociaciones o procesos similares no son admisibles.
- 11 Con algunas excepciones. V. a modo de ejemplo, la *Mandatory Mediation Act* de California, EEUU (CA civil Code, sec. 4607).
- 12 *National symposium on court-connected Dispute resolution Research, A report on current Research Findings Implications for Courts and future Reserach Needs*, Nacional Center For State courts, and State Justice Institute, 1994, p. 93 a 111.
- 13 Resultados de los estudios acerca de los efectos de este programa en: <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/default.htm>. V. asimismo, LC paper No. CB(2) 1574/01-02(01) Legislative Council Secretariat, Council Business division, 22 apr. 2002, Hong Kong Mediation Council, Law Society's Gazette, vol 90.
- 14 A título de ejemplo, los estándares de práctica y recomendaciones de: *National Center of Technology and Disputes Resolution* (NCTDR), *US Federal Trade Commission Standards*, *Internet Bar association*, *Global business Dialogue on Electronic Commerce*, o *The Transatlantic Consumer Dialogue*.
- 15 Por ejemplo, incrementando el salario base con bonus, cuando se hace uso de los ADR.
- 16 En Australia, concretamente, New South Wales promulgó una primera Ley en el año 1980, para la regulación de los Community Justice Centres dirigidos a la resolución de controversias en materia civil y penal. Con posterioridad se extendió su práctica al ámbito de la familia, comunidad vecinal, medioambiente y trabajo. V. asimismo contribución de Laurence Boulle, “Australian ADR and the Issue of Judicial Discretion”, en *ADR Internacional Applications –Special supplement 2001*, *ICC Internacional Court of Arbitration bulletin*, p. 41. Y Peter Spiller, en *Dispute Resolution in New Zealand*, Auckland, Oxford University Press, 1999.
- 17 Por ejemplo, en Australia, la *Family Law Act* de 1975: el juzgado puede, si así lo considera conveniente para el mejor interés de las partes o los hijos, dirigir o aconsejar a las partes que acudan a los servicios de mediación. Asimismo, desde el año 1991, la *Courts Act* introdujo la mediación intraprocesal, o asistida, que se desarrolla en el juzgado conducida por un Secretario (Registrar of Justice of the Court) y si la mediación resulta exitosa, el resultado es homologado por el juez. En

- Nueva Zelanda son numerosas las previsiones normativas de una mediación prescriptiva. A título de ejemplo citaremos: la *Forest and Rural Fires Act*, de 1978, *Family proceedings Act* de 1980, *Residencial Tenancies Act* de 1986, *Children, Young Persons and their Families Act*, de 1989, *Education Act*, de 1993, *Human Rights Act* de 1993, *Fisheries Act*, de 1996, *Employment Relations Act*, de 2000, *Construction Contracts Act*, de 2002, *Injury prevention, rehabilitation and compensation Act*, de 2001, *Building Act*, de 2004, *Maori Comercial Aquacultura settlement Act*, de 2004, o la *Health Practitioners Competent Assurance Act*, de 2004.
- 18 En el año 1986 fue inaugurado el *Australian Comercial Disputes Centre* y en el año 1989 ya existía una red de prácticos de la mediación formado por abogados (LEADR). Otras iniciativas: *Mediate today*; *Australian Commercial Disputes Centre*.
 - 19 *Farm Debt Mediation Act* 1994 y la *Retail Leases Act* 1994 (v. también LC paper No. CB(2) 1574/01-02(01) Legislative Council Secretariat, Council Business division, 22 apr. 2002, Hong Kong Mediation Council, Law Society's Gazette, vol. 90).
 - 20 Debe señalarse que en algunos países latinoamericanos la intervención del juez con papel y facultades conciliadoras es frecuente, y éste puede resolver finalmente si las partes no alcanzan un acuerdo.
 - 21 En los países Latinoamericanos se concibe en general la mediación como un procedimiento independiente pero habitualmente integrado en una iniciativa de conciliación, y la conciliación como una etapa previa obligatoria en gran parte de los asuntos civiles. Ambos factores desdibujan bastante la propia configuración de la mediación.
 - 22 V. gr., en Perú toda la normativa hace referencia a la conciliación; sin embargo la definición que aporta la Ley Peruana 26.872/1997, de 13 de noviembre, responde a la descripción de la mediación.
 - 23 V. gr., art. 133 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo de Venezuela.
 - 24 A título enunciativo: La Cámara Argentina de Comercio, la Cámara de Comercio de Santa Cruz (Bolivia), La confederación de Asociaciones comerciales de Brasil, la Cámara de Comercio de Santiago (Chile), la Cámara de Comercio de Bogotá, de Costa Rica, de Guayaquil (Ecuador), de Honduras, El Instituto Tecnológico Autónomo de Méjico, la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, la Cámara de Comercio de Lima (Perú), Montevideo (Uruguay), el Centro de Arbitraje, o la Cámara de Comercio de Caracas (Venezuela).
 - 25 Es el caso, por ejemplo, de Argentina, país en el que, durante el año 2004, de las solicitudes de mediación que registró entre abril y agosto, el 65, 29 % concluyeron en acuerdo.
 - 26 V. Gray, 1995; Harding, 2002; Kelemen & Sibbitt, 2002; Legrand, 2001; Lloyd, 2002; Merryman, Clark, & Haley, 1994; Potter, 2000; Rothwell, 2000; Tan, 1997; Young, 2001.
 - 27 Según las estadística que maneja Shao Zongwei, en "Mediators Face new challenge" en *China Daily*, de 28 de mayo, 1999, los mediadores en China resuelven 5.3 veces el volumen de conflictos que se ventilan en los tribunales. Uno de los problemas que plantea acudir a la jurisdicción en China es el alto coste en términos económicos y sociales –rechazo social– y la corrupción judicial. V. estudio del *Institute of Law Chinese Academy of Social Science Beijing*, "Dispute Resolution Process in China", *IDE Asian Law Series* n. 15, marzo 2002, p. 45 *in fine*.
 - 28 Los académicos japoneses tienden a ignorar la posición de Haley por considerar que la misma no tiene en cuenta los importantes factores culturales del Japón (v. Ramseyer, 1988).
 - 29 V. estudio del *Institute of Law Chinese Academy of Social Science Beijing*, "Dispute Resolution Process in China", *IDE Asian Law Series* n. 15, marzo 2002, p. 39.
 - 30 En Japón la mediación, "*chotei*", se lleva a cabo por terceros neutrales que pueden llevar a cabo recomendaciones, pueden sugerir y el límite se sitúa en el hecho de que no pueden decidir por las partes. Según Oda, el *chotei* está dirigido por un comité compuesto por un juez y dos civiles, empleados de la Corte suprema elegidos entre personas de 40 a 69 años de edad y con conocimientos generales amplios –a menudo abogados–. Cuando las partes alcanzan un acuerdo, se documenta en un acta que adquiere el mismo valor de una sentencia. El comité puede, si las partes no alcanzan un acuerdo, emitir una recomendación. La conciliación en cambio, en Japón, es un contrato (el equivalente para nosotros a una transacción) que alcanzan las partes por sí mismas, sin intervención de tercero.
 - 31 V. *The Arbitration Act* n.11 de 1995, dispone que el Tribunal arbitral, con el acuerdo de las partes puede llevar a cabo funciones de mediación, conciliación o práctica de otros métodos en cualquier momento con el fin de estimular el acuerdo.

- 32 Vid. "Regulation of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, n. 2, año 2003, cuyo artículo 7 dispone que los mediadores y las partes están obligados a participar en los procedimientos de mediación disciplinados en la citada norma dictada por la Corte Suprema.
- 33 En China los asuntos laborales se dirigen en primer lugar a un comité de mediación, compuesto por representantes de la empresa y por representantes de los trabajadores y del comité. Sólo si la mediación fracasa las partes se dirigirán al comité de arbitraje, Y si ninguna de las partes resulta satisfecha con la decisión de los árbitros, podrán acudir a los tribunales (art. 39 y 80 de su Ley laboral).
- 34 En Japón, el mediador que entiende de un conflicto familiar es la persona que actuará en futuras controversias que se deban dirimir entre las mismas partes, porque el conocimiento de las situaciones precedentes facilita la comprensión de las nuevas situaciones y de esta manera se preserva la privacidad y se atiende mejor a los intereses de las partes. V. al respecto, Rieko Nishikawa en "Judges and ADR in Japan", *Journal of International Arbitration* 18 (3), 2001, p. 365.
- 35 Con importantes excepciones. Por citar algunas esenciales: Reino Unido e Irlanda (pertenecientes al *Common Law*); Países escandinavos (con tradición jurídica mixta); o Rusia (adsrita formalmente al *Civil Law*, pero con influencias americanas de *Common Law*).
- 36 Por ejemplo, muy recientemente en Italia, o en Francia, Finlandia, y Eslovenia. También en Alemania, donde existe también una mediación jurisdiccional asumida por jueces y abogados como intermediarios en el ejercicio de sus funciones.
- 37 En el caso del Reino Unido, el propio tribunal invita a las partes a alcanzar un acuerdo. En 1999 el 67% de los casos a los que se hacía la invitación las partes aceptaron iniciar la mediación. V. H. Genn, "Court Base ADR Initiatives for Non Family Civil Diputes: the Commercial Court and the Court of Appeal", *Research Series*, n. 1/02, marzo 2002, p. 73 a 77.
- 38 Es obligatorio en litigios de poco valor económico, daños relacionados con la vecindad, asuntos relativos a derechos de la personalidad (violación del honor) cuando los hechos no se cometieron por prensa o radio.
- 39 Austria conoce la "conciliación" intraprocesal o "acuerdos pretorianos" (*prätörischen Vergleiche*) que se alcanzan con el asesoramiento y el concurso del juez. Contiene conciliaciones obligatorias en materia de vivienda: la Ley del régimen de utilidad pública de la vivienda (*Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz*) y la Ley de la propiedad inmobiliaria de 2002 (*Wohnungseigentumsgesetz*); en arrendamientos: la Ley de arrendamientos (*Mietrechtsgesetz*); los procedimientos sobre la realización de obras de mantenimiento o mejora; los procedimientos sobre la cuantía de los alquileres; y sobre el reparto de los gastos generales.
- 40 En *Interim Report to the Lord Chancellor of the Civil justice System in England and Wales*, junio de 1995, *Lord Chancellor's Department*, Capítulo 18.
- 41 Algunas estadísticas. El CEPEJ, en su informe de 5 de diciembre de 2003 (2003)25 (D2) señala que en Eslovenia, en el año 2002, el 58'1% de los casos sometidos a mediación concluyeron en acuerdo. En Dinamarca, aproximadamente el 70% de los casos sometidos a mediación acaban en acuerdo.
- 42 En Eslovenia, por ejemplo, el 62% de los casos sometidos a mediación concluyen en acuerdo, bastando una sola reunión o encuentro entre mediador y partes. El tiempo estimado para alcanzar el acuerdo es de 1.3 horas en el 75% de los casos. En Eslovenia, por ejemplo, el 62% de los casos sometidos a mediación concluyen en acuerdo con un solo encuentro entre mediador y partes. El tiempo estimado para alcanzar el acuerdo es de 1.3 horas en el 75% de los casos. V. dicho Informe, p. 12.
- 43 A título de ejemplo, encontramos sentencias judiciales en las que los mismos magistrados citan la mediación, haciendo referencia a preceptos legales que, en realidad, describen una conciliación.
- 44 La Cámara de Comercio de Eslovenia ofrece la mediación en el propio proceso de arbitraje (arb-med), pero su uso es infrecuente.
- 45 La mayor parte de las iniciativas privadas pertenecen a organizaciones internacionales establecidas en Londres, París o Roma. Algunos organismos que gestionan las ADR en el Reino Unido: El LCIA: *London Court of International Arbitration*; el *Commercial Mediation Centre*; El CEDR: *Centre for Dispute Resolution*; El ADR group; el *Centre for Business Arbitration*.
- 46 Vid. Importante informe CPEC, *Civic Consulting Final Report to DG Sanco – Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the EU*, de fecha 16 de octubre de 2009. Identifica 750 programas ADR dedicados a las disputas entre consumidores y usuarios.
- 47 Quedaban excluidas las siguientes materias: ilícitos, daños corporales, familia, tributos y propiedad intelectual.

48 Sin pretender ser exhaustivos:

- Francia cuenta en la actualidad con la Ley de 18 de diciembre de 1998, relativa al acceso al derecho y a la resolución amistosa de los conflictos. A nivel institucional, Francia cuenta con mediación “intrajudicial” regulada por los artículos 131-1 y siguientes del nuevo Código de Procedimiento Civil, que se lleva a cabo por parte de un mediador tercero, cualificado, imparcial e independiente, y bajo la supervisión del Juez. La mediación no puede prolongarse más de tres meses y su confidencialidad está garantizada. El juez fija la remuneración del mediador, que corre a cargo de las partes, que deben pagar una provisión al comenzar la mediación, a excepción de las partes insolventes que puedan beneficiarse de asistencia jurídica gratuita. Cuando se produce al margen de los procedimientos judiciales, la mediación no está reglamentada. La mediación es facultativa, requiere el acuerdo de las partes y sólo puede referirse a derechos sobre los que las partes tienen libre disposición. La mediación, como modalidad alternativa de litigio que conduce a una transacción, puede adquirir fuerza ejecutiva de una sentencia si la confiere el tribunal (artículo 1441-4 del nuevo código de procedimiento civil). Las autoridades francesas han creado una estructura de solución de conflictos de consumo al margen de los órganos judiciales. En materia de seguros, las agrupaciones de compañías de seguros han establecido acuerdos de mediación: un mediador independiente emite un dictamen sobre un litigio entre el asegurado y el asegurador. En el sector bancario, el artículo L 312-1-3 del Código monetario y financiero establece la institucionalización y extensión de la práctica del mediador bancario. Cada Departamento Francés dispone de una comisión departamental de conciliación en materia de arrendamientos urbanos. Cuando el conflicto se refiere al precio del alquiler, es obligatorio consultar a esta comisión antes de someter el asunto a un tribunal (Decreto nº 2001-653, de 19 de julio de 2001). La mediación familiar se desarrolla de modo intraprocesal. Muchas administraciones cuentan además con un mediador (el *médiateur de la République*, que se ocupa de las relaciones entre la administración y los administrados): antes de dirigirse a él es obligatorio efectuar un primer trámite ante la administración. En materia de salud funcionan las comisiones regionales de conciliación y accidentes médicos (creadas por la Ley 2002-303, de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud). También las controversias con los propios abogados se ventilan ante el *Bâtonnier de l'Ordre des avocats* (decano). Cuando se trata de un Notario, el presidente de la *Chambre départementale des notaires* puede intervenir para buscar un arreglo amistoso.
- En Italia son todavía escasas las manifestaciones de mediación institucional. Es intensa, sin embargo, la actividad de sus Cámaras de comercio (Ancona, Milán, Florencia) en materia de arbitraje, conciliación, mediación y arbitraje irritual, una modalidad particular, propia en este país. Muy recientemente ha sido promulgada también una importante norma, la Ley 69/2009 que se propone como objetivo la instauración de la mediación como método de resolución generalizado en un elenco extenso de materias tasadas.
- En Austria obran comités de conciliación en las cámaras de comercio; comisiones de conciliación con participación de la Asociación de consumidores; comisiones en materia de dominios, derechos de autor y los derechos relacionados con la competencia; el Defensor del pueblo en internet, para reclamaciones relacionadas con el «*Forumshopping*» de Internet, y oficinas de mediación locales (instituciones públicas locales) donde se resuelven cuestiones relativas a deudas pecuniarias, pretensiones sobre bienes muebles, disputas sobre lindes, conflictos relativos a títulos de propiedad o asuntos relacionados con el honor de las personas. Austria conoce también la conciliación intraprocesal o “acuerdos pretorianos” (*prätörischen Vergleiche*) que se alcanzan con el asesoramiento y el concurso del juez. Son conciliaciones obligatorias las controversias en materia de vivienda (Ley del régimen de utilidad pública de la vivienda; *Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz*), propiedad inmobiliaria, arrendamientos y procedimientos sobre la realización de obras de mantenimiento o mejora; sólo tras el intento de conciliación, que es gratuita, puede ejercitarse una acción ante los tribunales. La decisión deviene definitiva y constituye un título ejecutivo.
- Suecia dispone de mecanismos y órganos de mediación en conflictos laborales, conflictos de arrendamiento, conflictos sobre derechos de autor, conflictos entre cónyuges y en el sector de los seguros (las grandes compañías de seguros suelen contar con su propio ombudsman del cliente, al que pueden acudir los asegurados que no están acuerdo con las decisiones adoptadas por la compañía sobre sus reclamaciones). Cuenta Suecia también con una Oficina nacional de mediación cuya labor mediadora, regulada por ley, proporciona mediadores en los conflictos entre empresarios y trabajadores relativos a negociaciones salariales, condiciones de empleo y convenios colectivos. Disponen de órganos de mediación para conflictos familiares (acuerdos sobre la custodia y residencia de hijos, así como sobre el régimen de visitas). Los ayuntamientos disponen de servicios de mediación familiar, están obligados por ley a ofrecer estos servicios. En materia de arrendamientos los conflictos sobre alquileres pueden someterse a la mediación de las comisiones regionales de inquilinato. Finalmente, disponen de una “Oficina nacional de reclamación del consumidor”, que examina los asuntos a petición del consumidor. Sus decisiones adoptan la forma de recomendación a las partes sobre la forma en que podrán resolver el conflicto.

- 49 Bélgica cuenta con las siguientes organizaciones de mediación: la *Belgian Center for Arbitration and Mediation (CEPINA)*; *Brussels Business Mediation Center (BBMC)*; *Antwerp Mediation and Arbitration Chamber (AKaBa)*; *Electronic Consumer Dispute Resolution (ECODIR)*; *Kamer van Arbitrage en Bemiddeling* vzw. Y en sectores específicos de la industria los siguientes: *Verzoeningscommissie Bouw* (para conflictos de construcción); *Second-hand cars disputes commission* (vehículos: ventas, reparaciones); *Centrum Advocaat-Bemiddelaars in Familiezaken (CABF)*; familia); *Association pour la Médiation Familiale (AMF)*; familia); *Ombudsman for the banking industry* (banca); *Ombudsman for the insurance industry* (seguros); *Ombudsmen for public services* (administración); *Ombudsmen for public authorities* (deudas, asuntos criminales).
- 50 Alemania dispone de numerosos órganos de mediación extrajudiciales (*Schlichtungsstellen*) en: conflictos relacionados con una formación profesional (Comité de conciliación conforme a la Ley de los Comités de empresa); conciliación en negociaciones colectivas; conflictos familiares; conflictos que resultan de la aplicación del derecho relativo a las transferencias de fondos o del uso indebido de tarjetas de pago; conflictos entre particulares; conflictos entre empresas; conflictos entre trabajadores y empresarios; conflictos entre particulares; conflictos entre consumidores y empresas. Cuenta con órganos de mediación (*Schiedstellen*) y de conciliación (*Schlichtungsstellen o Gütestellen*) extrajudiciales creadas por federaciones o por Cámaras de comercio, que permiten regular de mutuo acuerdo algunas controversias.
- 51 Holanda cuenta con un registro de mediadores en el Instituto Nacional de mediación (NMI) y con formación específica que imparte el mismo instituto. Algunos organismos ADR en Holanda: la ABC Conflict Management for the Business Community; el Instituto de mediación de los Países Bajos (NMI) creado en el 1995; las oficinas de conciliación rurales especializadas en controversias familiares y de propiedad agrícola; o el Colegio de Abogados de Ámsterdam y el Tribunal, que firmaron un Protocolo de Conciliación, experiencia piloto de mediación intrajudicial.
- 52 En Finlandia se conoce la mediación y se prevé la conciliación intraprocesal en materia civil. No cuenta con regulación específica sobre mediación. Tiene experiencia en: materia parental, conflictos entre profesionales, conflictos entre trabajador y empresario, conflictos entre arrendador y arrendatario, conflictos entre consumidor y comerciante (Consejo municipal de consumidores, *Kunnallinen kuluttajaneuvonta*). Los ayuntamientos deben contar con servicios de asesoramiento (Consejo municipal de consumidores). Disponen también de una Oficina de reclamaciones de los consumidores (*Kuluttajavalituslautakunnan*). En materia de endeudamiento cuentan con la Oficina municipal de asesoramiento presupuestario y en materia de endeudamiento los acuerdos entre particulares y acreedores pueden ser renegociados aquí, para la liquidación de deudas. En conflictos familiares, obra el servicio de asistencia social, público; trata de los derechos de patria potestad, de visita o de obligaciones de manutención con respecto a menores. En caso de divorcio, de parejas de hecho con hijos o situaciones similares, la custodia y las obligaciones de manutención se requieren acuerdos formales. Un acuerdo así establecido tiene el mismo valor jurídico que una resolución judicial. El órgano jurisdiccional es responsable de designar a uno o a varios mediadores. En materia de sanidad cuentan con el Comité de daños y perjuicios al paciente. En materia de seguros con el Comité de seguros de responsabilidad civil. El Comité puede pronunciarse al respecto o formular recomendación de solución.
- 53 En Inglaterra han proliferado las *Court-based ADR initiatives*, como por ejemplo la *Central London County Court (CLCC)* para la resolución de disputas en el ámbito civil, o la *Court of Appeal mediation scheme*.
- 54 Según datos de esta organización, el índice de éxito de estas mediaciones es de, aproximadamente, un 86%. V. *Etude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale*. Documento preliminar de 20 de marzo de 2007, HCCH, Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado, p. 2 del apéndice 1.
- 55 Es el caso por ejemplo de Dinamarca, país donde la mediación familiar es aceptada por el 80% de las parejas y en el que el acuerdo se alcanza en aproximadamente en el 70% de los casos (V. CEPEJ (2003)25 (D2) de 5 de diciembre de 2003).
- 56 A través del TOA (o VOM, *Offender mediation procedure*), que no contiene un procedimiento formal obligado, y que consiste en el desarrollo de procesos de mediación fuera de los tribunales. Los tribunales pueden mitigar el rigor de la sentencia teniendo en cuenta el resultado del proceso de mediación.
- 57 La aceptación de llevar a cabo un VOM entre las víctimas alcanza el 60 y el 70%; entre delincuentes adultos, esta proporción asciende al 80%. Y en estos casos el acuerdo completo se alcanza en un 85-90% de los casos.
- 58 Cuenta con servicios piloto como el *Victim/offender Mediation Service* desde 1999.
- 59 Donde las estadísticas son muy elocuentes: en el año 2006, de los 258 casos que fueron sometidos a mediación, 91% resultaron exitosos.
- 60 La mediación en procedimientos criminales ha sido integrada en su Código de Procedimiento Criminal en febrero de 2007.

- 61 y en procedimientos con menores desde el año 2000.
- 62 Con el programa *Victim Offender Mediation* (VOM) iniciado en 1997.
- 63 El Departamento de Sanidad revela que el uso de estos métodos de mediación es, sin embargo, escaso todavía en la práctica. De los casos sometidos, más del noventa por ciento se resolvieron con acuerdo (Mulcahy, 1999).
- 64 Hemos tenido ocasión de exponer los problemas derivados de la diversidad terminológica y semántica, así como sobre la asimilación de la mediación con otras figuras jurídicas existentes en una publicación previa de materiales del Libro Blanco, V. Vilalta (2009b).
- 65 Disponen de previsiones normativas en materia de mediación en algún ámbito, los siguientes países: Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Países Bajos, Austria, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Finlandia, Suecia, Reino Unido, Escocia, Bosnia, Croacia, Albania, Moldavia, Marruecos, EEUU, Canadá, Méjico, Venezuela, República Dominicana, Brasil, Perú, Chile, Argentina, Ecuador, Panamá, Colombia, Paraguay, Uruguay, Honduras, Guatemala, Costa Rica, Nicaragua, Bolivia, El Salvador, China, Japón, Singapur, Vietnam, Tailandia, Filipinas, Indonesia, Sri Lanka, Mozambique, Malawi, Egipto, Cabo Verde, Australia y Taiwán. No tiene todavía pero muestra interés en su regulación, Turquía. No consta a fecha de hoy normativa específica en: Emiratos Árabes, Malasia, Nepal, Pakistán, Camboya, Qatar, Angola, República Checa, Grecia, Rusia, Chipre, Letonia, Eslovenia, Irlanda y Estonia.
- 66 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 añade que es un “procedimiento estructurado”. Como procedimiento viene descrita la mediación, a título enunciativo en: la Ley de Mediación de Bosnia y Herzegovina de 2004; la Ley Búlgara 110/2004, de mediación; la Ley Nicaragüense 40/2005, de mediación y arbitraje; la Ley de los Estados de Colima, Chihuahua, Coahuila, Durango y Aguascalientes, en Méjico; la Ley Argentina 24.573/1995 de mediación y conciliación; la Ley RO/145, de arbitraje y mediación de Ecuador.
- 67 Así se expresa, por ejemplo, la legislación civil de Malta; la Ley Uniforme de mediación de EEUU; la Ley Uniforme de mediación Australiana; La regulación sobre la mediación llevada a cabo por la Corte suprema de la República de Indonesia; el Reglamento regulador de mediación familiar de República Dominicana. La ley de Mediación de Hungría; Este es un término adoptado también en la Unión Europea a través de la Recomendación de la Comisión Europea (99) 19 en materia penal. El preámbulo de la Ley Belga de 21.02.2005 añade que se trata de un proceso “de concertación”.
- 68 En estos términos define la mediación la Ley Guatemalteca de arbitraje de 1995; la Ley Hondureña de Conciliación y arbitraje (2000); el anteproyecto de Ley de mediación de Venezuela; el Decreto 1818/1998, de Colombia; la Ley 1879/2002, de arbitraje y mediación de Paraguay; o la Ley Peruana 26.872, de 13 de noviembre de 1997.
- 69 En este sentido, el BGB Austriaco; o en Italia, el recientemente aprobado Decreto Legislativo 04 de marzo 2010, n 28, sobre la mediación encaminada a la resolución de conflictos civiles y mercantiles.
- 70 Ley de la República Eslovaca 420/2004, de Mediación.
- 71 Reglamento de la Corte Suprema de Indonesia.
- 72 Decreto Ley 5/1999, de Panamá.
- 73 Ley de justicia alternativa del Estado de Guanajuato, Méjico.
- 74 Ley de Costa Rica 7727/1997, de resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social.
- 75 Ley Peruana 26.872, de 13 de noviembre de 1997.
- 76 Ley Chilena 19.968/2004.
- 77 Aunque se trataría de una regulación privada, citamos por su importancia el Reglamento de conciliación del centro de conciliación y arbitraje, Corte de arbitraje internacional para el MERCOSUR.
- 78 En este sentido se expresan, por ejemplo, la Ley Eslovena; Ley Eslovaca de mediación n. 420/2004; la Ley del Estado de Aguascalientes, Méjico; o el Decreto Ley 5/1999, de Panamá.
- 79 Ley Bosnia de mediación, Ley del Estado de Colima, Méjico; Ley Argentina 24.573/1995. (asimismo, aunque en el espacio europeo, Recomendación (99) 19).
- 80 Directiva 2008/52/CE.
- 81 Ley de mediación de Malta; Ley Uniforme de Mediación de EE.UU.

- 82 Ley 1879/2002, de arbitraje y mediación de Paraguay.
- 83 Esta idea se desprende de la mayor parte de la normativa existente sobre mediación. La Ley Uniforme de Mediación de EEUU señala como objetivo facilitar la comunicación y la negociación entre partes para asistirles en la búsqueda de un acuerdo voluntario relativo a su disputa. En similar sentido, también, la Ley Argentina 24.573/1995. La Ley de Bosnia añade que el objeto de la mediación es alcanzar “una solución aceptable” a la controversia. La Ley Peruana 26.872, de 13 de noviembre de 1997 habla tan sólo de “solución consensual”. Otros ordenamientos jurídicos que conciben la mediación como un medio para alcanzar un acuerdo: Ley LV de mediación de Hungría de 2002, la Ley de mediación de Malta; o la Ley Eslovaca de mediación n. 420/2004.
- 84 V. a este respecto, por ejemplo, Ley Argentina 13.433/2005, de Establecimiento del régimen de mediación penal. La Ley Portuguesa 21/2007, de mediación penal expresa que el mediador promoverá el acercamiento entre acusado y víctima y apoyará el intento de encontrar un acuerdo que permita la reparación de los daños.
- 85 En este sentido, la Recomendación (2001)9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los métodos alternativos de resolución de litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas, declara que el intento de mediación puede ser impuesto por la ley. Ello no significa romper con el carácter esencialmente voluntario de su desarrollo, porque las partes pueden, en cualquier momento, finalizar el proceso de mediación. A modo de ejemplo, v. gr.: la legislación noruega, que establece una mediación familiar en los procesos de separación y divorcio; asimismo, la ley de Malta 14/2004, de 21 de diciembre; también en Alemania se prevé que los Estados alemanes puedan introducir con carácter obligatorio la mediación antes de iniciar un proceso judicial, en ciertos tipos de litigios civiles, y su Código de Procedimiento Civil dispone la mediación obligatoria en asuntos de naturaleza financiera, en controversias de barrio y en casos de difamación; asimismo, la ley de mediación de Baviera prevé la obligatoriedad de acudir a las sesiones de mediación (si después la parte o partes que ha sido citadas no acuden se emite un certificado de fracaso de la mediación, necesario para iniciar un juicio ante los tribunales). En Francia, el juez puede imponer a las partes someterse previamente a la mediación cuando se trata de asuntos dentro del ámbito de familia (Ley 305/2002, de 4 de marzo). En Austria existe una conciliación obligatoria en materia de vivienda y arrendamientos (Ley de arrendamientos y Ley de régimen de vivienda de utilidad pública). La ley chilena 19.334/1994, de 5 de septiembre, establece la conciliación previa obligatoria antes de iniciar cualquier proceso civil. De la misma manera, la ley argentina 24.573/1995, de mediación, dispone que la mediación tiene carácter obligatorio previo a todo juicio. Recientemente también, el Decreto Legislativo Italiano 28/2010, de 4 de marzo, sobre la mediación encaminada a la resolución de conflictos civiles y mercantiles.
- 86 El mediador “facilita”, “asiste” a las partes, las anima. Aunque resulta más cuestionado, también se hace uso del término “conducir” (ejemplo, Leyes Uniformes de mediación de los EE.UU y Australia).
- 87 En el sentido de tener “formación adecuada”, Directiva 2008/52/CE y Código de Conducta europeo para mediadores en materia civil y mercantil que, sin embargo, no exige una formación o profesión determinada. En el sentido de poseer la “cualificación requerida a la naturaleza del conflicto”, legislación belga en materia de mediación (Ley. 21.02.2005), art. 131.5 del Código de Procedimiento Civil francés. En el sentido de que debe tener habilidades, destrezas y conocimientos de mediación, así como conocimiento de las consecuencias jurídicas y psicosociales, Ley Austríaca BGB 2003/29; En el sentido de que sea una persona “capacitada en técnicas de negociación”, Ley Peruana 26.872/1997, de 13 de noviembre. La Ley belga 21.02.2005 exige, además, que deben someterse por Ley a una “formación continua”; El código de procedimiento civil francés dispone que el mediador debe justificar una formación o experiencia en la práctica de la mediación. La Ley Austríaca BGB 29/2003 exige que sea profesional, que reciba formación adecuada cada cinco años, de al menos de 50 horas. Para la Ley Peruana 26.872/1997, de 13 de noviembre, el mediador está capacitado cuando aprueba ciertos cursos que imparte el Ministerio de Justicia del país o cuando acredita capacitación y experiencia adquiridas en entidades reconocidas. En ocasiones sólo se exige que tengan “experiencia profesional” (Ley Portuguesa 21/2007, de mediación penal). En la Ley Argentina 24.573/1995, de mediación y su Reglamento, se exige que el mediador sea abogado y cuente con 3 años de ejercicio profesional.

En el ámbito penal, la Recomendación (99) 19, del Consejo de Europa, de fecha 15 de septiembre de 1999, señala que la mediación exige cualidades particulares y demanda códigos de buenas prácticas y formación adecuada. En este sentido, añade, los mediadores deberían provenir de todas las categorías de la sociedad, poseer un buen nivel de comprensión de las culturas y de las comunidades locales, deberían ser capaces de mostrar cualidades relacionales y de juicio necesarias para el ejercicio de sus funciones y recibir formación inicial antes de asumir sus funciones y durante el ejercicio a fin de asegurar un nivel adecuado de competencia.

- 88 El Código de Conducta europeo para mediadores en materia civil y mercantil exige en la persona del mediador la independencia, de modo que: deberá revelar toda circunstancia que pueda afectar a la misma o suponer un conflicto de intereses; deberá estar seguro de poder realizar su labor con total independencia; y las partes deberán consentir explícitamente su

- intervención en todo caso. La independencia del mediador es también exigida, por ejemplo, en la Ley Belga 21.02.2005; en la Ley Portuguesa 21/2007, de mediación penal; o en la Ley Eslovaca de mediación n. 420/2004; en la Ley Peruana 26.872, de 13 de noviembre de 1997; en la Ley Chilena 19.968/2004, de 30 de agosto; o en el Decreto Legislativo Italiano 28/2010, de 4 de marzo, sobre la mediación encaminada a la resolución de conflictos civiles y mercantiles
- 89 Ley de mediación de Hungría; Ley Argentina 24.573/1995, de mediación y su Reglamento; Asimismo, Ley Argentina 13.433/2005, de establecimiento del régimen de mediación penal; Ley de mediación de Baviera, Alemania; en esta misma ley se establece la prohibición al abogado que haya actuado como mediador de representar a cualquiera de las partes ante un tribunal en relación con el mismo asunto posteriormente; Ley de mediación Austríaca BGB 2003/09; Ley Portuguesa 21/2007, de mediación penal; Ley Peruana 26.872, de 13 de noviembre de 1997, que extiende la prohibición a los arbitrajes e impide que el mediador pueda ser juez, arbitro, testigo, abogado o asesor en el proceso que se promueva a consecuencia de la falta de acuerdo conciliatorio. De la misma manera, la Ley de Ecuador RO/145 de 4 de septiembre de 1997, de Arbitraje y mediación, dispone que el mediador en un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con dicho conflicto.
- 90 Ejemplo de ello son la Ley Austríaca BGB 2003/29, que establece como requisito que el mediador tenga una edad superior a 28 años; o la Ley Portuguesa 21/2007, de mediación penal, que exige que el mediador tenga más de 25 años.
- 91 Por ejemplo, el BGB Austríaco 2003/29; o la Ley Argentina 24.573/1995, de mediación y su Reglamento.
- 92 En este sentido, por ejemplo, Ley Portuguesa 21/2007, de mediación penal; o Ley Eslovaca de mediación n. 420/2004.
- 93 Ley Peruana 26.872/1997, de 13 de noviembre.
- 94 Especialmente expresiva es la Ley Uniforme de mediación de los EE.UU, que justifica la exclusión por la preocupación de que la autonomía de las partes se vea afectada (efecto coercitivo indirecto).
- 95 Ley Uniforme de Mediación de los Estados Unidos de América.
- 96 Cuando el agresor convive con la víctima. Se parte de la consideración que la mediación requiere la presencia de dos personas en igualdad de circunstancias, premisa que no se aprecia en casos de violencia doméstica, por ocupar, una de las partes, una posición dominante (v. gr., en Bélgica, Ley de 8 de septiembre de 2003). En sentido distinto, admitiendo la mediación aún en el caso de violencia familiar, la Ley Peruana 26.872/1997, de 13 de noviembre; sin embargo en estos casos se señala que será nulo cualquier acuerdo que implique una renuncia de derechos o que legitimen los actos de violencia.
- 97 Delitos en los que no proceda el perdón del ofendido, o los que tienen una importante trascendencia social (v. gr., Ley de mediación del Estado de Chihuahua, Méjico; Ley Peruana 26.872/1997, de 13 de noviembre). En materia penal en ocasiones se expresa que la mediación podrá tener lugar sólo ante delitos no considerados graves por la Ley, o que se persigan por querrela necesariamente y en los que el perdón del ofendido extingue la acción o sanción penal, o en los relativos a la reparación del daño (legislación de Estado de Aguascalientes, Durango, Guanajuato, y Distrito federal de Méjico, por ejemplo).
- 98 V. gr., Ley Chilena 19.947/2004, de 7 de mayo.
- 99 V. desarrollo de esta fase en Vilalta, 2009b.
- 100 En ocasiones, el deber de confidencialidad se extiende limitadamente a los participantes que no son partes (v. gr., UMA de EE.UU).
- 101 Lo que no quiere decir que queden afectados por el privilegio o deber de confidencialidad los propios medios probatorios, sólo las comunicaciones que, sobre los mismos, se produzcan en una mediación.
- 102 Por poner algunos ejemplos: la Ley húngara LV/2002, de mediación, dispone que es un deber inexcusable del mediador manejar toda la información obtenida en régimen de estricta confidencialidad; la Ley paraguaya 1879/02, de Arbitraje y Mediación, de 11 de abril, señala en su artículo 57 que la mediación tendrá carácter confidencial; la ley costarricense prevé que las partes no puedan relevar al mediador o conciliador del deber de confidencialidad; algunas legislaciones como la peruana llegan incluso a disponer que “nada de lo que se diga o proponga tendrá valor probatorio”.
- 103 La Ley boliviana 1770/1997, de 10 de marzo, de arbitraje y conciliación (entiéndase, mediación) recoge el principio de confidencialidad bajo la denominación de “principio de privacidad”, que consiste en el mantenimiento obligatorio de la necesaria reserva y confidencialidad. Es su Reglamento el que concreta que “la confidencialidad supone que, tanto el conciliador como las partes, deben guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto” -La Ley costarricense 7727/1997 denomina a la confidencialidad, también, secreto profesional.

- 104 V. en este sentido, en el contexto de la Unión Europea, sendas Recomendaciones de 30 de marzo de 1998 y 4 de abril de 2001, respectivamente. V. asimismo, *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de la Comisión de las Comunidades Europeas* (considerando n. 74).
- 105 Lo que no impide que las partes resulten libres de aceptar soluciones que no siempre coincidan con los derechos subjetivos que la ley les reconoce, siempre que resulten sobre materias de libre disposición conforme a derecho.
- 106 Protege el respecto a las normas de carácter imperativo en razón del orden público.
- 107 La Recomendación (2001)9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los medios alternativos de resolución de litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas y la Recomendación (2002)10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre mediación en materia civil. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos lo contemplan de manera implícita o indirecta cuando disciplinan el régimen de los acuerdos y su eficacia jurídica. Un ejemplo reciente es el Decreto Legislativo Italiano 28/2010, de 4 de marzo, sobre la mediación encaminada a la resolución de conflictos civiles y mercantiles, cuyo artículo 12 dispone que el acta recogerá el acuerdo cuyo contenido no sea contrario al orden público ni a normas imperativas.
- 108 V. gr., art. 43 de la Ley de Ecuador de Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales (RO/145 de 4 de septiembre de 1997); art. 3 del Decreto 914 de la Asamblea Legislativa de la República del Salvador, sobre Ley de mediación, conciliación y arbitraje; art. 5 de la Ley Nicaragüense 540/2005, de Mediación y arbitraje (en la que, sin embargo, se indica más adelante en el mismo precepto que el tercero natural tiene facultad para proponer soluciones); Ley de Mediación de Bosnia y Herzegovina de 2004; Ley Rumana 192/2006 de mediación; Ley Búlgara 110/2004, de mediación; Ley de Malta 16/2004, de Mediación.
- 109 En Italia, a título de ejemplo reciente, el Decreto Legislativo número 28, de 4 de marzo del 2010, sobre la mediación encaminada a la resolución de conflictos civiles y mercantiles –con entrada en vigor en marzo del año 2011– dispone en su artículo 12 que el acta que recoja el acuerdo cuyo contenido no sea contrario al orden público ni a normas imperativas, será homologado a instancia de parte, previa comprobación de la regularidad formal, por el presidente del tribunal de la sede del organismo. Dicho acta constituye título ejecutivo y resulta inscribible en el Registro.
- 110 En el espacio Europeo, la Directiva comunitaria 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 dispone, respecto de la manera de plasmar los acuerdos y su fuerza vinculante, que las partes pueden solicitar que los acuerdos resultantes de la mediación adquieran carácter ejecutivo mediante sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional o autoridad competente. Establece, como excepciones, dos: que el acuerdo sea contrario al orden público; o bien, que el Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo. En general, hay que decir que no se aprobarán aquellos acuerdos que resulten contrarios a Derecho, contravengan la moral, las disposiciones de orden público, afecten a derechos irrenunciables o de terceros o vulneren el principio de equidad en perjuicio de una de las partes.
- 111 En materia de menores, por ejemplo la Ley de Hungría LV de 2002, señala que todo acuerdo de mediación tiene que ser presentado al tribunal tutelar de menores, el cual autorizará o no el acuerdo. De la misma manera, dispone la legislación uruguaya en su Código General del Proceso para los convenios que trate derechos del menor, que tendrán que someterse a la aprobación de un juez, bajo pena de nulidad. Con respecto a los acuerdos en el orden penal, algunos Estados federales de Méjico prevén que los acuerdos produzcan, entre otros efectos, el perdón del ofendido y la reparación del daño. En el ámbito laboral, la Ley argentina 24.635/1996, de 10 de abril, de instancia obligatoria de conciliación laboral (incluye la mediación) dispone que el acuerdo se somete a la homologación del Ministerio de Trabajo, que lo aprobará cuando entienda que el mismo implica una justa composición del derecho y de los intereses de las partes. El Ministerio de Trabajo emite una resolución homologando o rechazando el acuerdo. En caso de incumplimiento del acuerdo homologado, éste será ejecutable ante los juzgados. A nivel de familia, la Ley chilena 19.968/2004, de 30 de agosto, de mediación familiar, dispone que el acta tendrá que ser entregada por el mediador al tribunal, para su aprobación en todo aquello que no sea contrario a derecho; y el juez puede proceder a resolver los defectos formales que tuviera, respetando la voluntad de las partes. El acuerdo aprobado por el juez tendrá el valor de sentencia.
- 112 Cfr. Sobre la globalización y el derecho, Galanter (1985), Berman (1999), Grossi (2000, 2001), Tamanaha (2008).
- 113 Lo que responde a un viejo brocardo chino: “para los bárbaros el derecho, para nosotros la ética y el buen gusto”.
- 114 Es el caso de Singapur. En otros países, sin embargo (v. Tailandia, Sri Lanka), a pesar de contar con una fuerte tradición basada en el consenso y la composición amigable de las controversias llevadas a cabo por los ancianos o personas de mayor autoridad en la comunidad, no cuentan todavía con normativa específica para la mediación comercial.

- 115 En Estados Unidos los sistemas multipuertas y la implicación de jueces y tribunales en el estímulo de sistemas alternativos de resolución arranca de los años '70. En el Reino Unido, con la reforma del procedimiento civil (*Woolf reform*) los tribunales deben facilitar a las partes el uso de ADRs allí donde resulte adecuado. En Nueva Zelanda, a través de la *Judicature Act 1908*, se autoriza a los tribunales a desviar un asunto a una ADR si cuenta con el consentimiento de las partes (rule 442) y las partes deben necesariamente considerar el uso de ADRs antes de acudir a los tribunales (v. *Civil Procedure Act 2005*; *Civil Procedure Rules 1997*).
- 116 V. como los tribunales de Nueva Zelanda han impulsado a las partes al uso de las ADR en los casos *Latimer 4 Holdings Ltd v SEA Holdings NZ Ltd [2005] 2 NZLR 328 (CA) [110]*; *Electricity Corporation of NZ Ltd v NZ Electricity Exchange Ltd [2005] 3 NZLR 634 (CA) [82]*; *Commerce Commission v Fonterra Co-operative Group Ltd 4 May 2006, Hammond, Goddard, and Gendall JJ, CA 175/05, [73]*.
- 117 Véase, por ejemplo, como en los casos *Cowl v Plymouth CC [2001] EWCA 5 Civ 1935*; *[2002] 1 WLR 803*; *Dunnett Railtrack Plc [2002] EWCA Civ 303*; *[2002] 1 WLR 2434*; *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust [2004] EWCA Civ 576*; *[2004] 1 WLR 3002*, los tribunales del Reino Unido sostienen que la posibilidad de uso de las formas alternativas de resolución de conflictos, en particular de la mediación, hace que los mismos no deban permitir el uso de los procesos judiciales cuando una parte significativa de las cuestiones discutidas entre las partes pueda ser resuelta fuera de un proceso judicial.
- 118 En Nueva Zelanda, por ejemplo, se la legislado profusamente a los fines de regular la mediación en muchos sectores económicos: telecomunicaciones, derechos humanos, sector pesquero, etc (*Fisheries Act 1996*; *Human Rights Act 1993*; *Resource Management Act 1991*; *Telecommunications Act 2004*).
- 119 *Police Act 1958, Forest and Rural Fires Act 1978, Family Proceedings Act 1980, Residential Tenancies Act 1986, Children, Young Persons, and their Families Act 1989, Education Act 1989, Human Rights Act 1993, Health and Disability Commissioner Act 1994, Employment Relations Act 2000, Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act 2001, Construction Contracts Act 2002, Television Service Act 2003, Social Workers Registration Act 2003, Building Act 2004*.
- 120 Haley (1998, p. 16) llega a afirmar que el sistema legal japonés es más o menos un sistema “frankensteiniano” de normas y estructuras de influencia continental europea y americana.
- 121 La sobrecarga de trabajo de los tribunales es el argumento recurrente en la inmensa mayoría de los instrumentos legales. A modo meramente enunciativo: el Consejo de Europa en Rec (2002)10 del Comité de Ministros de los Estados miembros, en Mediación para asuntos civiles; el considerando 4 de la Rec (2001)9 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre los modos alternativos de reglamentación de los litigios entre autoridades administrativas y las personas privadas; el considerando 1.2 del *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil* (COM 2002, 196, final); la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el Plan de Acción en materia de acceso a la justicia por parte de los consumidores (COM (96) 13 final); la Exposición de motivos del Reglamento de la Corte de justicia de Tailandia para la mediación of 2544 B.e. (2001); el considerando primero del Reglamento de la Corte Suprema de la República de Indonesia /2002); el considerando segundo de la Ley de Conciliación y arbitraje de Honduras (Decreto 161-2000; el Prefacio de la Ley Uniforme de mediación de los EE.UU.
- 122 En Italia, como botón de muestra, en el último decenio del siglo XX, la duración media de un proceso civil (comprendiendo primera y segunda instancia) era de 6,7 años. V. Constantinesco, con cita de Bortloff, RIW, 1999, fasc. 2.
- 123 En este ámbito, cabe decir que contratos, pactos y prácticas se suceden en una aplicación del derecho que da lugar a nuevas expresiones. Algunos instrumentos internacionales, sin valor vinculante pero con importante impronta (como las Leyes modelo y las Recomendaciones) la han contemplado, generando lo que ha venido en denominarse *soft law* o derecho flexible que permea luego en los ordenamientos internos. En este sentido, como afirma Casanovas, las culturas jurídicas gozan cada vez de mayor plasticidad.
- 124 Por ejemplo, entre Alemania y Japón, donde hay sensibles similitudes entre los dos sistemas porque el Código de procedimiento civil japonés sigue en parte al Alemán
- 125 Por ejemplo, en Singapur (V. *Community Mediation Centres Act* de 1997).
- 126 Como en Japón a través de la *Act on Promotion of use of Alternative Disputes Resolution* (núm. 151 del año 2004).
- 127 Sobre las bondades de la mediación obligatoria no existe, sin embargo, a día de hoy, consenso. En Canadá, un amplio estudio llevado a cabo por el Ministerio de justicia en el año 2001 entre los Directores de centros de mediación familiar reveló como una inmensa mayoría de profesionales consideraba que los servicios de mediación en esta materia debían ser voluntarios pero, sin embargo, los programas de información y educación parental convenía fueran obligados (71%),

porque la clave en la resolución consensual es la educación y la información, no la imposición. Por lo que hace a los medios para obtener estos objetivos (educación/información), un 90% opinaba que la mejor medida era facilitar la máxima información en los primeros momentos de tensión y antes del proceso, porque una vez iniciada la vía contenciosa es muy difícil cambiar dinámicas. El uso de los medios multimedia para informar (televisión, periódicos, internet) era respaldado por un 77%, y el uso de material impreso (folletos informativos, etc) por un 71%. En Argentina la mediación es paso obligado previo a la jurisdicción en todas las materias (excepto en causas penales, familiares, de incapacidad y otras cuestiones particulares) y sus estadísticas muestran que un 57% de las iniciadas concluyen con acuerdo de mediación. La mediación familiar, aún siendo voluntaria, ha provocado una reducción de las acciones judiciales próxima a un 40% entre los años 1997 y 2004 (información estadística institucional obtenida a través de las web:

<http://www.htsjpuebla.gob.mx/img/figura1mediacion.gif>

<http://www.poderjudicial-sfe.gov.ar/mediacion/estadisticas.html>

<http://www.mtas.es/estadisticas/MAC/mac08/index.htm>

<http://www.poderjudicial-sfe.gov.ar/portal/index.php/esl/Institucional/Mediacion/Estadisticas>

- 128 Botón de muestra lo son Nueva Zelanda (nota a pie de pág. núm. 9), o Indonesia en materia fiscal. En Europa se cuenta, al menos, con dos importantes iniciativas: una en Italia, con la muy reciente aprobación del Decreto Legislativo número 28, de 4 de marzo del 2010, sobre la mediación encaminada a la resolución de conflictos civiles y mercantiles –con entrada en vigor en marzo del año 2011; otra, en España, con un anteproyecto de ley sobre mediación, donde se prevé que en los supuestos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán gratuitas y, en tal caso, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia.
- 129 Como sucede en Argentina mediante las previsiones de la Ley 24.573/1995, de mediación: el acta que contiene el acuerdo se comunica al Ministerio de Justicia y si el acuerdo se incumple podrá ser ejecutado vía procedimiento de ejecución de sentencia; o en Ecuador, con la RO/145 de 4 de septiembre de 1997, de Arbitraje y mediación: el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoria; o en Bélgica, con la Ley de 21.02.2005; también en Indonesia y Sri Lanka.
- 130 Estructura de asistencia e información de los consumidores. Son puntos de contacto nacionales.
- 131 Conecta con órganos nacionales para la solución extrajudicial de los conflictos en el sector de los servicios financieros (bancos, seguros, inversiones). Se accede así a un medio de solución extrajudicial de los litigios.
- 132 Informe de CITA – FUNDP, mayo 2001 (<http://www.info.fundp.ac.be/~cita/>), llevado a cabo por FUNDP, Institut *d'Informatique*, Laurence Hennuy y Claire Lobet-Maris: "A socio-organisational, institutional and economical evaluation of alternative dispute resolution in Europe".
- 133 V. respecto del crecimiento e importancia de la mediación y la conciliación desarrollada entre empresas y consumidores a través de las Cámaras de Comercio, reciente artículo de Gizzo, 2010.
- 134 V. Informe CPEC para DG SANCO (2009) y sus conclusiones (p. 8-9). Muchos esquemas se desarrollan en términos de colaboración del sector público y privado. En España, concretamente, la mediación institucional cuenta con una reciente expresión en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el Reglamento del Gobierno que disciplina un arbitraje de consumo institucionalizado, con la mediación como paso previo (Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo).
- 135 *Proyecto i + Confianza, Autoregulación y Sistemas Extrajudiciales Off line y On line de Solución de Conflictos, para Entornos de Comercio Electrónico*. Diciembre de 2002. Ministerio de Ciencia y Tecnología.
- 136 Así, por ejemplo, arts. 770.7 y 19.4 LEC.
- 137 Anteproyecto de Ley presentado en fecha 19 de febrero de 2010 por el Ministro de Justicia D. Francisco Caamaño Domínguez.
- 138 El proyectado artículo 4 no distingue, sin embargo, entre prescripción y caducidad: "Prescripción y caducidad. El comienco de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones".
- 139 No viene contemplado en la Recomendación del Consejo de Europa (2002)¹⁰, sobre Mediación en materia civil, que, por el contrario, insta a los Estados a estimular la adopción de mecanismos que promuevan el uso de la mediación para resolver cuestiones en las que haya un elemento de internacionalidad (especialmente importante en materia de comercio y consumo) e insta también a los Estados a que promuevan la cooperación entre los distintos servicios de mediación

para facilitar la mediación internacional, algo que difícilmente puede sostenerse con la instauración de una mediación de carácter personalísimo o en la que venga exigida la inmediatez. Tampoco en el Código de Conducta Europeo al que remite la Directiva comunitaria 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, ni en esta última Directiva se introduce un requisito similar, sólo indica que el mediador deberá llevar a cabo la actividad de manera “eficaz, imparcial y competente”.

- 140 El proclamado principio de representación predicable en una figura muy próxima a la mediación, cual es la conciliación, por la Recomendación de la Comisión de la Comunidades Europeas, 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 se podría ver, asimismo, seriamente comprometido.
- 141 Código de Consumo aprobado en sesión n. 82, de fecha 30.06.2010.
- 142 Vid. Assumpta Palau, “Análisis del Decreto 170/2009, de 3 de noviembre, que regula la Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y los contratos de integración de Catalunya “ y Ma. Pau Vidal-Folch et alii, “Els procediments de mediació en les empreses d’economia cooperativa” a Barral-Lauroba-Viola (eds.) Materials jurídics del Llibre Blanc de la Mediació, en prensa.
- 143 Estas particularidades, derivadas de prácticas y experiencias, han estado posteriormente recogidas en algunas Guías o Códigos de conducta, como las de la *American Bar Association (ABA), Model Standards of Conduct for Mediators*, de septiembre de 2005. Asimismo, en el contexto Europeo, el Libro Verde sobre modalidades de solución alternativa de conflictos y el Código de conducta de los mediadores.
- 144 Aunque no han sido objeto de estudio en este trabajo los intentos de conciliación obligatoria institucionalizados en España y en Italia para algunos asuntos –por no tratarse de mediación– lo cierto es que tal imposición ha sido percibida por los particulares y por los profesionales, más como un obstáculo, que como una oportunidad. Entre las razones de su fracaso se hallaría la escasa dotación de medios a tales efectos, una regulación poco sensible a las particularidades de estos métodos, y la propia formación del jurista.
- 145 Según Hensler (2003, p. 68) o Nolan-Haley (1998, p. 1369), el secreto, la confidencialidad y la privacidad ha dado espacio, en ocasiones, a conductas que no serían tolerables ante un tribunal.
- 146 V. comentario de Will Hardy (2008) “Mandatory mediation”, acerca del *Informe del Victorian Law Reform Commission (VLRC)* en *Civil justice Review Report*, n. 14.
- 147 Caso Telecom Italia SpA, de fecha 18 de marzo de 2010 (procedimientos reunidos n. C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, -(172), en solicitud de pronunciamiento prejudicial acerca de la Directiva 2002/22/CE de servicios universales de telefonía, y el establecimiento de una obligación de intento de conciliación en los casos de controversias entre usuarios finales y suministradores de servicios –*tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale*– y su adecuación al artículo 234 CE. Añade que el artículo 34 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 (2002/22/CE) relativa al servicio universal y a los derechos de los usuarios en materia de redes y servicios de comunicación electrónica debe ser interpretado en el sentido de que no obsta a la existencia de una normativa de un Estado miembro que establezca que en caso de controversias en materia de servicios de comunicaciones electrónicas entre usuarios finales y suministradores de tales servicios se establezca un intento obligatorio de conciliación extrajudicial como condición procesal para acudir a la jurisdicción de los tribunales.
- 148 En este sentido se manifiesta Hardy, en op. cit., conclusiones, con fundamento en el extenso informe señalado.
- 149 V. *Society of Professionals in dispute Resolution (SPIDR)*, 1991.
- 150 Así, el principio de confidencialidad y autonomía de la voluntad privada (*self-determination*) y libertad para concretar el objeto, el contenido, el proceso, las reglas, el alcance de los estándares y principios,
- 151 Que la práctica que se lleve a cabo responda, en definitiva, a la nomenclatura utilizada, es decir, garantizar que *practice sticks to the definition*. Recordemos por ejemplo, el caso Danés, en el que los jueces adoptan una papel muy activo por tener la obligación de intentar la mediación en el seno de los tribunales antes de iniciar el proceso. Su actividad, en ocasiones excesivamente incisiva, ha llevado a crear tensiones y temores a las partes.
- 152 Como la tradición confuciana reza, la rectificación de la terminología empleada es importante y se cometen errores cuando se denomina a una cosa con un significante que no le corresponde.
- 153 Como señalara el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos de la Comisión de las Comunidades Europeas*, el tercero que haya intervenido en una mediación no debería intervenir como árbitro en el marco del

mismo litigio, dado que en el transcurso del procedimiento ha tenido acceso a informaciones que un árbitro no siempre puede obtener. Cuando el tercero tiene que participar de modo activo en la búsqueda de soluciones, el debate debería respetar el principio contradictorio, evitando los caucus, para brindar la misma posibilidad de ser escuchadas las partes.

- 154 No en vano, el informe de la Comisión Europea para la Eficiencia de la justicia (CEPEJ) del año 2008, expresa que para los casos de mediación intraprocésal (*judicial mediation*) los tribunales pueden recomendar a las partes visitar a un mediador, o bien asignar tal tarea a servicios de mediación *–in-house services–* o incluso designar a otros jueces o personal judicial para dicho cometido. La Directiva 2008/52/CE dispone asimismo que no será admisible la mediación llevada a cabo por un juez que sea responsable de un proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto del litigio. Se excluyen también las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente para conocer del conflicto realice en el contexto de un proceso judicial relativo a dicho conflicto, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional o el juez solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente.
- 155 Como prevé la Recomendación de las Comunidades Europeas 2001/310/CE.
- 156 Recogido en esta última Recomendación de manera algo deslavazada bajo el término eficacia.
- 157 Como ha sido visto, la presencialidad e inmediatez no son un requisitos indispensables en el buen desarrollo de la mediación; tampoco son aspectos que respondan a ninguna tradición jurídica; no hay precedentes en otras experiencias y legislaciones que aconsejen su mantenimiento y extensión a toda la mediación en el ámbito del Derecho privado; y su incorporación contravendría las mismas Recomendaciones del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Comportaría, finalmente, un freno innecesario a la ubicuidad y un obstáculo injustificado al desarrollo de esta institución.
- 158 Es el perfil profesional exigido al mediador en la mayoría de los países que han regulado este concreto aspecto. La co-mediación en determinados ámbitos, como el familiar, ha mostrado el potencial de la colaboración de profesionales provenientes de distintas disciplinas.
- 159 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. Por otro lado parece oportuno tener en cuenta experiencias pretéritas y 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–*.