

# El marc jurídic: dret comparat

**Aura Esther Vilalta Nicuesa** (Universitat Oberta de Catalunya)

## Equip d'investigació

### Col·laboradors:

Pere Fabra Abat; Ramón Casas Vallés

### Ajudant d'investigació:

Aina Carod Requesens

## Resum

A partir d'una primera aproximació a les dades socioeconòmiques sobre la mediació als Estats Units, Austràlia, Nova Zelanda, Llatinoamèrica, Àsia i Europa, i després d'una anàlisi de les previsions normatives en matèria de mediació existents a l'actualitat, s'ha procedit a la identificació de certs principis i estàndards que han permès una delimitació progressiva del concepte de mediació desenvolupat en l'experiència estrangera dels diferents estats nacionals i dels organismes supranacionals i internacionals. Delimitat el concepte, l'estudi aborda una segona etapa, consistent en la comprensió del fenomen mediador en el context de les diverses cultures i tradicions jurídiques, així com en els diversos contextos socioeconòmics en els quals la mediació es desenvolupa principalment, tot identificant els àmbits d'aplicació materials i orgànics. Finalment, després d'una atenta identificació del concepte i descripció legal de la mediació existent a Espanya i Catalunya, el present estudi es conclou amb un exercici de contrast, a fi d'identificar els aspectes transversals i transnacionals que puguin resultar aplicables en una futura regulació de la mediació a Catalunya.

## Paraules clau

Mediació, conciliació, ADR, ODR, justícia relacional, justícia restaurativa, delimitació conceptual, procediment, principis, autonomia de la voluntat privada, llibertat contractual, confidencialitat, imparcialitat, neutralitat, independència, legalitat, equitat, economia processal, eficiència, eficàcia, celeritat, transparència, efectes, homologació, executivitat, cosa jutjada, dret comparat, procés cognitiu, mètodes extrajudicials, processos facilitatius.

## Índex

- |     |   |       |   |
|-----|---|-------|---|
| 1   | Introducció   |       |   |
| 1.1 | Elements metodològics: el mètode comparatiu           |       |   |
| 1.2 | Posicions teòriques respecte de la mediació           |       |   |
| 2   | Descripció per àmbits geogràfics                      |       |   |
| 2.1 | Estats Units  |       |   |
| 2.2 | Austràlia i Nova Zelanda                              |       |   |
| 2.3 | Llatinoamèrica  |       |   |
| 2.4 | Àsia  |       |   |
| 2.5 | Europa  |       |   |
| 3   | Previsions normatives en matèria de mediació          |       |   |
| 3.1 | Delimitació conceptual                                |       |   |
| 3.2 | Principis de la mediació                              |       |   |
| 3.3 | Valor atribuït al resultat de la mediació             |       |   |
| 4   | Fase de comprensió del fenomen mediador               |       |   |
| 4.1 | Les cultures, tradicions i sistemes jurídics          |       |   |
| 4.2 | El context jurídic                                    |       |   |
| 4.3 | El context socioeconòmic i formes afins a la mediació |       |   |
|     |   | 4.3.1 | Formes afins amb tipificació social   |
|     |   | 4.3.2 | Àmbits d'aplicació material i orgànica  |
|     |   | 5     | Estudi comparatiu. Conceptes transversals i transnacionals aplicables a Catalunya   |
|     |   | 5.1   | Context estatal i autonòmic   |
|     |   | 5.2   | Aportacions de la Llei catalana 15/2009, de 22 de juliol, de Mediació en l'àmbit del Dret privat i de la Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de Consum de Catalunya |
|     |   | 5.3   | Un darrer exercici de contrast  |
|     |   | 5.3.1 | Concepte de mediació  |
|     |   | 5.3.2 | Concepte d'acord de mediació  |
|     |   | 5.3.3 | Concepte de mediador  |
|     |   | 5.3.4 | Principis i estàndards aplicables a la mediació   |
|     |   | 6     | Conclusions   |
|     |   | 6.1   | Síntesi: algunes consideracions conclusives   |
|     |   | 6.2   | Recomanacions finals: idees pràctiques aplicables a Catalunya   |
|     |   | 7     | Bibliografia  |
|     |   |       | Notes   |

# 1 Introducció

## 1.1 Elements metodològics: el mètode comparatiu

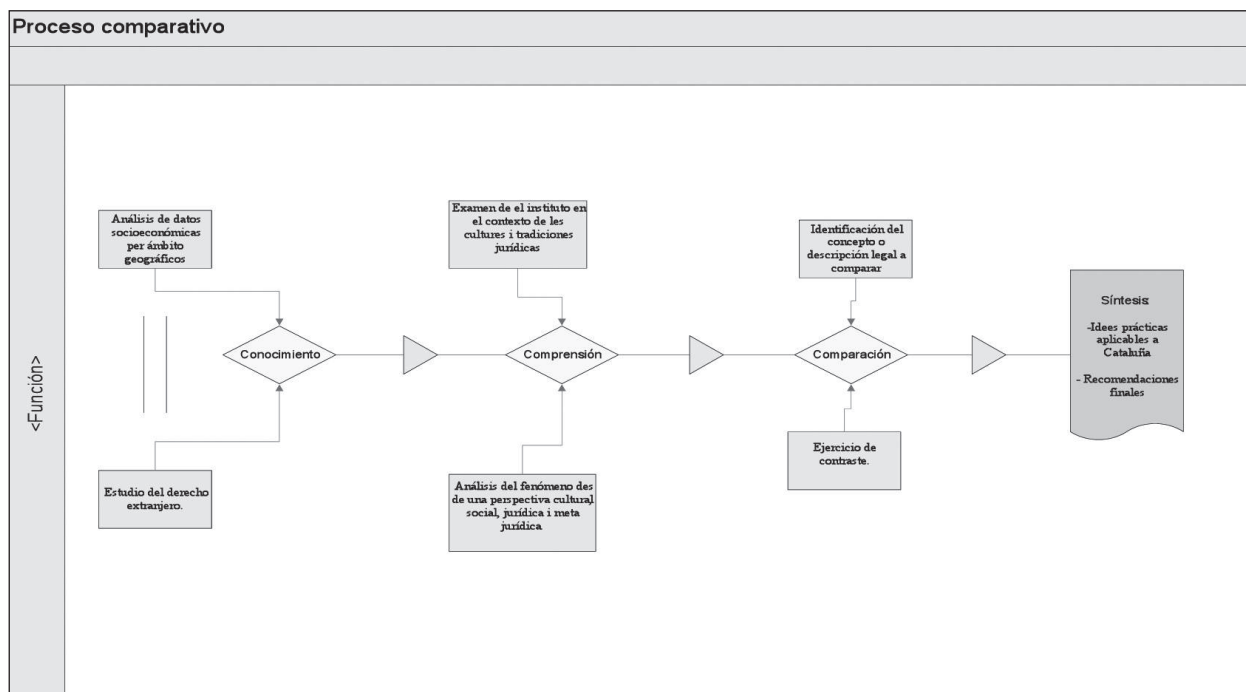
És objecte d'aquest treball, en el marc del Llibre Blanc de la mediació a Catalunya, exposar els resultats de l'estudi comparatiu de les dades socioeconòmiques i jurídiques referents a l'activitat mediatora desenvolupada en l'àmbit internacional i espanyol, a fi d'analitzar els conceptes, els elements identificatius i altres aspectes que puguin resultar d'interès en una futura regulació del sistema de mediació a Catalunya. Hi ha dues clares dimensions del que ve a denominar-se "justícia relacional" (Casanovas i Poblet, 2008; Vilalta, 2009), concepte que integraria els mecanismes extrajudicials de prevenció i resolució de conflictes. Una primera dimensió la constituïrien totes les expressions consensuals o autocompositives de resolució dins de la qual la mediació resultaria el paradigma, com a modalitat que gaudeix de major implantació respecte de la resta. Conformava un nivell bàsic, extens i heterogeni, que aglutina processos que flueixen, des de la negociació o transacció, fins a la mediació i la conciliació. La segona dimensió, en el citat context, la constitueix aquelles expressions o mètodes heterocompositius, en virtut dels quals les parts encomanen a un tercer la tasca de resoldre, i dels que resulta clar exponent l'arbitratge en les seves diverses modalitats. Finalment, trobaríem una tercera dimensió, la constituïda per la justícia dels tribunals, de naturalesa eminentment inquisitorial o adversarial. Aquest treball centra la seva anàlisi, en conseqüència, en el primer pla o dimensió.

En aquesta aproximació comparativa i jurídica de la mediació s'ha procurat superar algunes dificultats manifestades en la comparatística dels últims temps, motivades per la tendència cap a un cert eurocentrisme, l'adopció d'una perspectiva occidental, l'èmfasi excessiu

en el dret privat i el positivisme, la reducció de l'anàlisi als sistemes legals, i l'escassa solidesa dels fonaments metodològics que se segueixen en aquests processos (Nottage, 2002)<sup>1</sup>. Per això s'ha recorregut, en part, al mètode comparatiu de Constantinesco (2000), fonamentat en una activitat cognitiva articulada a través de la clàssica tripartició de "les tres C": conèixer per a comprendre, i comprendre per a comparar. Consisteix en el conjunt de fases o actes racionalment disposats, dirigits a conduir el pensament jurídic, per constatar, a través d'un procés ordenat, metòdic i progressiu de contrast, les semblances, les divergències i les relacions existents entre estructures i funcions de termes pertanyents a una pluralitat d'ordenaments jurídics. El procés comparatiu que es porta a terme en aquest treball és de naturalesa horitzontal o sincrònica, és a dir, entre ordenaments i sistemes propers en el temps, encara que distants en l'espai.

Al llarg de la primera fase, la corresponent al "coneixement", s'ha procedit a explorar la mediació com a "institut" que constitueix l'objecte d'estudi des d'una perspectiva interdisciplinària, a fi d'abastar l'univers de manifestacions i processos; si bé després, en les fases successives, s'ha anat circumscriuint aquest estudi, progressivament, als àmbits materials en els quals la mediació es troba majoritàriament implantada, i s'ha centrat l'anàlisi en aquells aspectes que poden arribar a adquirir alguna rellevància jurídica. En aquest procés s'han observat les diferents realitats al voltant de la mediació per àmbits geogràfics (EUA, UE, Àsia, Amèrica Llatina, Oceania), fent particular referència als ordenaments que aportaven major riquesa, bé perquè compten amb un major desenvolupament o perquè manifesten peculiaritats a tenir en compte, procurant així mateix que obrin models pertanyents a tradicions jurídiques diferents, ja que tot exercici comparatiu exigeix una selecció d'ordenaments. La distància o pertinença a cultures, famílies o tradicions diferents no només enriqueix, sinó que aporta,

Diagrama 1. Fases del procés comparatiu



sens dubte, un resultat molt més fecund des de la perspectiva comparatista.

En aquesta primera fase, l'observació del llenguatge que ha generat la pràctica de la mediació –ric i complex a causa de la profusió d'experiències en tots els àmbits materials– i la identificació dels termes que permeten descriure la institució des d'una perspectiva jurídica, juntament amb l'exposició del seu contingut, estructura, funció i efectes en el dret estranger, han estat activitats imprescindibles<sup>2</sup>. El que ha interessat en aquest estudi i ha constituït el seu fil conductor, no ha estat tant el registre lingüístic, com el contingut jurídic, factor que ha permès identificar, amb nitidesa, l'objecte d'estudi i la posterior transferibilitat de les dades. S'ha procedit així mateix a identificar els diversos factors que incideixen sobre l'objecte d'estudi i sobre els quals es vol dur a terme un exercici comparatiu, una cosa crucial amb vista a coordinar esforços i contrastar resultats.

S'han tingut en compte certes regles metodològiques: s'ha examinat el terme a partir de les fonts normatives de cada ordenament jurídic –atesa la jerarquia de les fonts allà on aquest criteri obra– i s'ha procurat evitar alguns obstacles, com ara la dificultat d'accés a les fonts originals de dret estranger o l'ús dispar de la terminologia jurídica. Una qüestió que s'ha hagut de considerar és la pluralitat i complexitat de les fonts, tot i la unitat dels

ordenaments jurídics, un aspecte particularment rellevant en l'espai europeu. És per això que s'ha procedit, al seu torn, a analitzar el Dret europeu, separadament del corresponent a la Unió Europea. En l'anàlisi ha calgut observar i analitzar l'efectiva aplicació pràctica de les normes relatives a la mediació i la manera com s'apliquen. Per això s'han estudiat les diverses experiències mediadores i s'ha tingut en compte, així mateix, la doctrina emanada, certament recent però rica en punts de vista i perspectives.

En la segona fase d'aquesta activitat s'ha procedit a una operació inversa, que consisteix en comprendre i reintegrar la mediació al seu sistema. Això ha comportat adoptar una perspectiva diferent, un angle a través del qual es pot contemplar la mediació i els seus elements en el seu context jurídic, cultural, social i econòmic i dels instituts anàlegs amb què guarda algun punt de contacte, és a dir, els factors de naturalesa metajurídica que representen en conjunt el context en què es desenvolupa la mediació.

Al llarg de la darrera fase, la consistent en la comparació pròpiament dita, es procedeix a la identificació del concepte de mediació que ha estat acollit al territori espanyol i a Catalunya; i, un cop fixat el concepte jurídic i les descripcions que serveixen de *tertium genus comparationis*, es realitza un exercici de contrast amb

els resultats obtinguts en les fases precedents, i se subratllen els aspectes i resultats que, per la seva utilitat o per la seva oportunitat, poden resultar d'interès en una futura conformació i desenvolupament de la mediació a Catalunya. Finalitza l'estudi amb unes breus indicacions conclusives i recomanacions als efectes d'una eventual institucionalització de la mediació a Catalunya.

## 1.2 Posicions teòriques respecte de la mediació

Expressa Ugo Mattei (2007) que en els estudis de dret comparat en matèria de mediació es tendeix a no prestar atenció a quatre aspectes essencials: el primer, consistent en la disparitat de poder de les parts; el segon, la necessària aproximació interdisciplinària, en diàleg obert del dret i els textos amb la sociologia, l'economia, l'antropologia i les ciències polítiques; el tercer, el problema de l'excessiu eurocentrisme i la perspectiva occidental dels estudis, perquè hi ha nombroses societats que ofereixen accés a la justícia per mecanismes al marge dels judicials de les que Occident pot aprendre; i el quart i últim, la necessària superació de la barrera existent entre el dret petrificat en els textos i el dret viu.

Cal dir que el fenomen de la mediació, de factura recent però d'antigues arrels, ha penetrat en els darrers anys, com per capillaritat, en tots els àmbits socioeconòmics i sectors, tant públics com privats. Les raons que podrien explicar el creixent interès i la implantació de la mediació són múltiples i heterogènies i d'elles dona compte l'extensa literatura generada en els darrers anys: (i) la rapidesa amb la qual els individus poden abordar les seves diferències, (ii) la possibilitat que aquests controlin el procés i el seu ritme, afavorint la reducció del temps dels processos, (iii) l'auxili de tercers experts, (iv) la sensible reducció dels costos, (v) la possibilitat de reduir els riscos d'una solució no satisfactòria i de dissenyar una solució a mesura, (vi) el control de la informació, (vii) la confidencialitat que ofereix el procés, (viii) la confiança que la resolució no constituirà precedent, (ix) la preservació de les relacions futures, (x) o la descàrrega dels tribunals de justícia.

Com ha estat ja considerat en el capítol 1, l'increment de la litigiositat, la seva major complexitat, l'excessiva durada dels processos i el seu cost desproporcionat són factors a considerar<sup>3</sup>. També la mateixa estructura del sistema jurídic o de les seves institucions tendeixen a desmotivar en molts casos als ciutadans, que acaben per renunciar a anar als tribunals<sup>4</sup>.

Al costat d'això, s'han posat de manifest també els desavantatges de la mediació: la desigualtat en l'accés a la informació i serveis de qualitat, la pèrdua de protecció de les classes més vulnerables, l'elecció de les regles –que conferiria avantatge a la part millor posicionada o aquella que va més freqüentment a aquests sistemes de resolució– en són alguns. La crítica s'estén també al fet que molts problemes no poden ser resolts de manera amistosa per les parts, referint-se als casos en què existeix un desequilibri estructural. Aquests mètodes afavoririen les desigualtats distributives i provocarien en alguns casos conformitats en lloc de promoure la diversitat d'opinions<sup>5</sup>.

En una posició intermèdia es trobaria un corrent que situa la mediació, no com un mètode alternatiu, sinó com un sistema complementari, útil i eficaç col·laborador de la jurisdicció fonamentat en l'activitat d'un tercer facilitador, neutral i reequilibrador de les posicions de les parts (Haley, 1978; Rees, 2010). D'aquesta manera, sense idealitzar ni elevar l'estat i les institucions públiques en únics bastions de la defensa dels valors, ni sense pretendre, d'altra banda, la reducció de la presència i intervenció dels tribunals exclusivament en aquells assumptes on apareix un clar interès públic, se sosté la conveniència d'integrar la mediació com a institució col·laboradora de l'Administració de justícia.

La mediació gaudeix a l'actualitat del clar favor dels legisladors en la major part dels països, sense distinció de filiació. A la Unió Europea, concretament, la mediació i els mètodes ADR en general constitueixen una prioritat en el marc del Programa d'Estocolm.

També en el sector públic la mediació ha obtingut una acollida significativa. En l'àmbit dels conflictes internacionals que amenacen la pau i la seguretat, per exemple, es recorre sovint als mitjans diplomàtics de resolució de controvèrsies, entre els quals hi ha la negociació, els bons oficis, la mediació i la conciliació. La Carta de les Nacions Unides de 1945, en el seu article 33, expressa que "les parts, en una controvèrsia que és susceptible de posar en perill el manteniment de la pau i la seguretat internacionals tractaran de buscar solució, sobretot, mitjançant la negociació, la investigació, la mediació, la conciliació, l'arbitratge, l'arranjament judicial, el recurs a organismes o acords regionals o altres mitjans pacífics de la seva elecció". Amb l'expressió "bons oficis" es designa l'acció amistosa que realitza un tercer davant els Estats que sostenen una controvèrsia per facilitar l'aproximació directa de les parts en el litigi amb la finalitat que iniciïn o reprenguin les negociacions (Sánchez, 2009).

## 2 Descripció per àmbits geogràfics

Atès que la taxonomia juga un important paper en l'ordenació per permetre acomodar i contrastar la producció legal, doctrinal, judicial i la praxi (Mattei, 2007), la primera descripció es portarà a terme per àmbits geogràfics<sup>6</sup> que responen, en certa manera, a la taxonomia tradicional de *Civil law* (Europa, amb alguna excepció i Llatinoamèrica), *Common law* (Estats Units, Oceania) i altres desenvolupats fora de la tradició jurídica occidental (Àsia).

### 2.1 Estats Units

La mediació, juntament amb altres mitjans de resolució extrajudicial de conflictes, té una important presència en els àmbits civil, comercial i laboral. La mediació laboral, per exemple, es porta practicant des de fa més de cent anys; i la comercial, des de fa més de trenta. Supera, en ús, a l'arbitratge o a la conciliació. Els estudis estadístics atribueixen a la mediació un percentatge d'èxit elevat (superior al 75%), i les raons de tal èxit sembla que no són tan sols d'ordre econòmic, sinó també d'estalvi de temps, ja que la major part de les mediacions es resolen en menys de dos dies de sessions presencials (Lipski i Seeber, 1998).

Com és sabut, la major part dels Estats pertany a la tradició jurídica del *Common Law*<sup>7</sup>. En aquest país les formes alternatives de resolució van prendre forces renovades durant els anys 1960 com a resposta a canvis radicals de la societat i als moviments de drets civils. L'increment del nombre de reclamacions judicials va comportar, segons l'informe de la Comissió de l'Administració de Justícia<sup>8</sup>, una notable sobrecàrrega dels Tribunals. D'aquesta manera, van anar prenent carta de naturalesa reformes en el sistema judicial nordamericà, i el Congrés va aprovar programes pilot per al desenvolupament dels ADR a Filadèlfia, Nova York, Miami, Columbia i Ohio (Clare, Laney, Little, Walker).

Des d'aleshores, aquests mètodes han despertat opinions molt dispars en el món acadèmic i així es desprèn de la seva literatura durant els darrers anys. Per a un sector, com hem vist (e.g. Mattei i Nader, 2008), aquests mitjans alternatius de justícia, quan són adoptats per les elits polítiques i econòmiques, esdevenen instruments funcionalitzats, més preocupats en l'obtenció de justícia corporativa que en la igualtat. Aquesta crítica es basa en

la constatació que aquests mètodes tenen un fonament ideològic de tipus liberal. En opinió d'Auerbach (1983), ja a finals del segle XIX els mecanismes arbitral van esdevenir un instrument de control social i una via per incrementar l'eficiència judicial en matèria de conflicte laboral. Per a aquest corrent, els ADR constitueixen en general solucions capitalistes. La mediació hauria pres forma forma als Estats Units l'any 1968 quan la *Ford Foundation* va començar a sufragar programes per mediar els conflictes racials. Aquest organisme va fundar el *National Center for Dispute Settlement* amb el suport logístic de l'*American Arbitration Association* (AAA) i una mica més tard, l'any 1970 va fundar l'Institut per a la Mediació i la Resolució de Conflictes. Un moment clau en el procés de desenvolupament dels ADR als Estats Units se situa l'any 1976, amb la *Pound Conference* liderada pel President de la Cort Suprema, Warren Burger, i el professor de Harvard Law School, Frank Sander. Sosté, però Ugo Mattei que, en realitat, els tribunals en aquell temps no estaven experimentant una sobrecàrrega de treball i que les raons de l'impuls obeïen a interessos diferents, perquè es començava a experimentar un creixement d'assumptes judicials en material de drets civils. En qualsevol cas, l'any 1990 s'aprova la *Civil Justice Reform Act* (CJRA) amb l'objecte declarat d'afrontar els greus problemes derivats del cost i retard dels processos judicials davant els tribunals federals. Posteriorment –l'any 1998– el Congrés va procedir a aprovar la *Alternative Dispute Resolution Act* i per a l'estricta àmbit de la mediació, compta, a més, amb la *Uniform Mediation Act* de 2001, com de seguida veurem<sup>9</sup>.

*Característiques.* Un element sobre el qual pivota la mediació als Estats Units és el "privilegi" de confidencialitat. El pes de la confidencialitat i la corresponent reserva o secret de les converses, declaracions o conductes dutes a terme en el si d'una mediació resulta tan significatiu que va merèixer en el seu dia l'aprovació d'una Llei, la *Uniform Mediation Act*<sup>10</sup>. Aquesta Llei Uniforme de mediació declara que el motiu pel qual es promulga la norma és, exclusivament, assegurar l'aspecte de la confidencialitat, que té relació amb la prova en els processos judicials. D'aquesta manera, les parts poden confiar en el mediador, perquè saben que qualsevol informació que aquest reveli donarà lloc a responsabilitat per violació del seu deure de silenci. "La major contribució d'aquesta Llei [expressa literalment], és proporcionar privilegi en els procediments legals". Adoptada formalment per nombrosos Estats americans, com Illinois, el Districte de Colúmbia, Iowa, Nebraska, Nova Jersey, Ohio, Uta, Vermont o Washington, ha patit petites modificacions des de la seva promulgació. En virtut d'aquesta obligació, ha es-



devingut pràctica estesa entre els mediadors procedir a destruir totes les anotacions relatives al procés mediador produïdes durant el seu curs, així com tota documentació que els hagi estat tramesa per les parts (excepte la correspondència formal). Una altra pràctica generalitzada és que el mediador notifica a les parts quan un tercer requereix informació sobre la mediació entaulada o finalitzada. Una altra característica de la mediació als Estats Units<sup>11</sup> és la seva naturalesa consensual, tot i que els jutges poden dirigir a les parts a una mediació i, un cop a dins, les parts decidiran o no participar. Un estudi dut a terme pel *National Center for State Courts / State Justice Institute*<sup>12</sup> revela que els programes de mediació voluntària obtenen un índex més alt d'acords i satisfacció que aquells on la mediació resulta obligatòria (Vargas Pávez, 2008). Cal assenyalar, però que, en matèria mèdica, alguns Estats com Maryland, Wisconsin, Michigan, preveuen l'obligatorietat d'acudir a sistemes ADR. Cal manifestar que en el mateix continent però al Canadà, la ciutat d'Ontario va iniciar un programa de dos anys per a la introducció de la mediació obligatòria (1999) a través del Tribunal Superior de Justícia d'Ontario, del qual es desprenen alguns resultats d'aquesta concreta modalitat<sup>13</sup>.

La mediació en aquest país gaudeix de gran elasticitat. Les parts poden disposar del procés de mediació de manera àmplia, iniciar, suspendre'l, demanar informació, introduir terceres persones perquè participin, i fins i tot anar a un jutjat o tribunal perquè resolgui sobre una qüestió substantiva (Plant, 2001). Habitualment, previ a l'inici de la mediació, les parts consensuen la manera a través de la qual es desenvoluparà el procés. Amb la mateixa llibertat, les parts poden decidir en qualsevol moment posar fi al procés de mediació.

Les parts conserven en tot moment la facultat de resoldre múltiples aspectes i qüestions, tinguin o no relació directa amb el tema que els va conduir a la mediació, a través del mateix procés, sempre que resultin de mutu interès. És un dels avantatges que ofereix aquesta modalitat respecte dels mitjans de resolució adversarial i inquisitorial com l'arbitratge o el procés judicial, regits pel principi contradictori.

Són una preocupació constant en matèria de mediació, als Estats Units, les qüestions relatives a la imparcialitat i la transparència de les persones mediadores i dels organismes mediadors, fins al punt que han proliferat estàndards, recomanacions i directrius per part d'associacions i centres de mediació<sup>14</sup> per garantir-los. En qualsevol cas, la transparència i la corresponent *disclosure* d'informació que pugui comprometre, és un altre dels elements cardinals del sistema per reforçar la con-

fiança i la credibilitat. Les grans firmes d'advocats han incorporat programes de mediació en la seva activitat i incentiven els professionals al seu ús utilitzant estímuls financers<sup>15</sup>. Al seu torn, les *Model Rules of Professional Conduct* de la ABA (com també en el Codi de Deontologia del CCBE) contenen una regla ètica que obliga als advocats a informar als clients de l'existència i possibilitat d'acudir a les fórmules ADR abans d'iniciar qualsevol litigi (Mullerat, 2009).

*Delimitació.* Als Estats Units la mediació conviu amb formes molt variades de composició amigable (com la negociació o la conciliació), adversarial (com l'arbitratge), i fins i tot híbrides (*med-arb*, per exemple). La delimitació de cada modalitat és força precisa, no es produeixen confusions i l'ús dels termes és uniforme.

*Iniciativa i àmbits.* Els mecanismes ADR i els sistemes multipartes es vénen implementant des dels anys 70 en diversos Estats. L'experiència d'aquests centres ha estat crucial per a l'anàlisi i valoració dels resultats d'aquests sistemes extrajudicials en aquest país i han posat de manifest com el seu ús implica una reducció significativa de costos, de temps emprat i d'eficàcia, ja que s'ha pogut verificar que els litigants respecten més els acords que arriben per ells mateixos que les sentències judicials, perquè són les mateixes parts les que dissenyen una solució a la seva mida.

La mediació és una pràctica duta a terme en aquest país, generalment, en l'àmbit extrajudicial. No obstant això és possible que els jutges de districte assignin un magistrat jutge perquè actuï com a facilitador o mediador en un assumpte judicial. La mediació és desenvolupada, principalment, per associacions i entitats privades que posen en pràctica aquesta modalitat juntament amb altres mecanismes alternatius. És el cas de l'*American Arbitration Association*, (AAA), l'*Internet Bar Association*, l'*American Bar Association* (ABA), JAMS services, el CPR *Institute for Dispute Resolution*, o l'*International Court of Arbitration de l'International Chamber of Commerce* (ICC), proveïdor de serveis d'arbitratge i mediació líder entre les societats mercantils que duen a terme operacions transnacionals. Cada organització, associació o Cambra ha desenvolupat, a més, els seus propis reglaments, i algunes d'elles fins i tot estàndards de pràctica, directrius, guies o principis. Aquesta activitat és també desenvolupada habitualment per persones físiques amb expertesa que ofereixen els seus serveis de mediació.

Els programes de mediació s'estenen a àmbits tan heterogenis com la resolució de controvèrsies de caràcter familiar, en matèria de separació i divorci, assumptes laborals, conflictes de caràcter econòmic de les escoles



públiques amb els organismes públics que les financen, la resolució de disputes entre comercials del sector de l'automòbil i els fabricants, o per a la resolució de disputes relatives a les tarifes cobrades per les agències públiques per la còpia de registres públics. També té virtualitat en mediació inter-pares entre escolars, mediació entre víctima i agressor, mediació en contractes de construcció, per a la resolució de litigis de responsabilitat per negligència, conflictes derivats de l'activitat agrícola, etc.

## 2.2 Austràlia i Nova Zelanda

Les primeres manifestacions de mediació i de mètodes alternatius de resolució de conflictes a Austràlia i Nova Zelanda es remunten als anys '70 i inicis dels anys '80<sup>16</sup>. En ambdós territoris ja es trobava però implantada, des de molt abans, la mediació entre grups indígenes dins de les seves pròpies comunitats.

Tots dos països estan adscrits a la tradició jurídica del *Common law* i disposen d'un sistema legal que barreja elements del sistema constitucional de Westminster i dels Estats Units. La mediació es desenvolupa allà, en l'actualitat, a nivell teòric i pràctic, en els àmbits materials més diversos i està molt ben acceptada socialment. Gaudeix també d'interoperabilitat amb el sistema judicial. Es parla en els últims temps de l'emergència d'una *legal Commonwealth* entre les antigues colònies de l'extint imperi Britànic: Nova Zelanda, Austràlia i Canadà (Nottage, 2002).

*Característiques.* Com passa als Estats Units, un element primordial de la mediació a Austràlia és el respecte al deure de confidencialitat, en particular quan la mediació és impulsada des de la pròpia Administració de Justícia. En aquest cas el mediador nomenat ha de mantenir estrictament secret sobre la manera en què s'ha desenvolupat la mediació i de limitar la informació que s'emeta al tribunal als termes de l'acord. La regulació legal de mediació és poc intervencionista gaudeix de gran elasticitat, deixa la màxima llibertat a les parts per a que modelin el procés.

*Delimitació.* A Austràlia la mediació es duu a terme de maneres molt diverses i distingeixen entre mediació *facilitativa* i mediació *avaluativa*, dues modalitats que conviuen amb la conciliació. La distinció entre els tres models no és, però, sempre nítida. La seva doctrina tendeix a utilitzar com a criteri la intensitat amb què el tercer (neutral) actua. Com més intervencionista és la seva activitat, més s'acosta a la conciliació. En aquest país és habitual que el tercer que assisteix les parts porti a terme actuacions que constitueixen fórmules híbrides, o que assumeixi en un mateix assumpte la funció de mediador,

conciliador, i fins i tot d'àrbitre, sense que això generi problemes pràctics o ètics; és una pràctica acceptada. Les reformes processals operades han consentit que, iniciat el procés, els jutges puguin convidar, àdhuc, obligar les parts a iniciar un procés de mediació, que es materialitzarà fora del procés judicial<sup>17</sup>. El mediador és en aquests casos nomenat per les parts i només a falta d'acord procedirà el jutge al seu nomenament. Un cop desenvolupada la mediació, el mediador dona part del resultat al jutge, preservant la confidencialitat de tot el procediment mediador.

*Iniciativa.* La pràctica de la mediació es troba difosa tant en l'àmbit privat com en el públic. Dins del primer, cal subratllar la pràctica estesa dels professionals del dret de dur a terme programes d'ADR en els seus despatxos. També altres organitzacions no governamentals, com les associacions professionals i del comerç impulsen la mediació<sup>18</sup>. En l'àmbit públic, són també nombroses les agències i institucions governamentals que duen a terme activitats mediadores. La *National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* (NADRAC) Australiana té funcions consultives i assessores al servei del Govern australià. Segons el seu Informe, de data 4 de novembre de 2009, aquesta institució ha emès 39 recomanacions adreçades a millorar el sistema de mètodes ADR en general: imposa una obligació legal als potencials litigants de procurar resoldre les seves diferències extrajudicialment abans d'acudir als tribunals; promou el desenvolupament d'un protocol per a l'aplicació coherent dels principis i estàndards existents; exigeix que advocats i tribunals informin i assessorin als consumidors sobre els processos ADR; recomana un marc de normes per a millorar la qualitat dels serveis ADR; així com el desenvolupament de cursos de gestió judicial, perquè els jutges adquireixin habilitats per determinar quins temes han de ser dirigits a tècniques ADR; facilita models de clàusules de solució de controvèrsies proforma, que poden ser adoptats voluntàriament en els documents contractuals i que les agències estatals poden incloure en els contractes; i recomana, finalment, que els tribunals impulsin la mediació, derivant les parts a processos mediadors, que es dirimiran fora del tribunal. També des de la iniciativa pública ha de destacar-se la tasca dels *Community Justice Centers* d'Austràlia, serveis de mediació i gestió de conflictes estatals, els quals exigeixen als mediadors, entre d'altres requisits, que siguin "representatius" de la comunitat a la qual serveixen. Es pretén que el tercer mediador sigui reflex de la comunitat en la qual opera, representatiu del seu origen ètnic, de la seva llengua, la seva educació i posició socioeconòmica, les seves creences religioses i les seves tradicions culturals. Als mediadors no se'ls demana una determinada for-

mació professional, sinó que, provinents de tots els àmbits de la vida, són seleccionats per la seva capacitat personal, les seves habilitats i el seu caràcter. Després d'això se'ls forma a través de cursos d'especialització i se'ls obliga a assistir a sessions de formació continuada i perfeccionament al llarg de la vida laboral.

*Àmbits.* La mediació es troba molt estesa en matèria de relacions veïnals, comunitàries, en assumptes de família, en el sector de la construcció, en matèria mediambiental, en problemes de discriminació racial i drets humans, en matèria comercial, de consumidors, en reclamacions de petita quantia, en temes arrendataris, d'agricultura, de responsabilitat civil, de reclamació de danys, en casos de responsabilitat mèdica –la reforma del *tort system* ha introduït en els últims temps limitacions quantitatives al dany rescabable– i en matèria hereditària. També es troba molt estesa en l'àmbit laboral i en l'escolar. Resulta significatiu que en l'àmbit d'arrendaments i l'agrícola Austràlia compta amb normativa que imposa la participació obligatòria en programes de mediació i els resultats obtinguts són positius (assolint acords en el 73,87% dels litigis arrendataris i el 89% en els agrícoles)<sup>19</sup>. Els inconvenients que s'han manifestat són, però significatius en termes d'eficiència pel que fa als costos addicionals dels processos quan no s'assoleixen acords, i als retards innecessaris (Spencer, 2000).

Cobra també interès en aquest país l'ús de la mediació per abordar el delicat àmbit dels abusos a menors, en particular quan es produeixen de la família. Compten amb un Departament i una Unitat dotada d'un programa dedicat a la mediació entre víctimes i agressors, a aquests efectes i, en general, per a l'aplicació de la justícia restaurativa.

### 2.3 Llatinoamèrica

Els mètodes alternatius de resolució de conflictes a Llatinoamèrica han tingut una càlida acollida en els diferents governs, els quals s'han afanyat a introduir-los com a pas previ necessari en alguns àmbits, a la manera que es desenvolupaven abans les conciliacions judicials. La mediació, la conciliació i l'arbitratge són mètodes atractius en matèria comercial i en conflictes civils. Els sistemes legals dels països llatinoamericans, en haver heretat els esquemes del sistema jurídic espanyol i portuguès, responen a la tradició jurídica continental o de *Civil Law*. Han mostrat, en general, gran receptivitat a aquestes noves manifestacions i han procedit a regular-les prolixament. Unes vegades per adaptar la seva legislació processal a aquestes modalitats, en d'altres, per regular l'arbitratge, la

mediació i la conciliació. També els tribunals o Corts Supremes d'alguns d'aquests països han adoptat mesures per unificar criteris d'actuació i facilitar l'ús de la mediació o conciliació. La mediació és, en aquest àmbit geogràfic, un instrument d'iniciativa majorment privada. També les lleis processals d'alguns d'aquests països han previst que el jutge, un cop iniciat un procés judicial, pugui enviar les parts a una mediació, que es desenvoluparà fora del procés<sup>20</sup>.

*Característiques.* La naturalesa consensual de la mediació comporta, en aquests països, que ningú pugui ser forçat a intervenir. Una qüestió especialment important per al bon funcionament de la mediació i que preocupa particularment és la independència dels òrgans que la porten a terme. En nombrosos països llatinoamericans els acords de mediació adquireixen efectes executius. A l'Argentina, per exemple, els acords de mediació es recullen en una acta i es comuniquen al Ministeri de Justícia. Si l'acord s'incompleix, podrà ser executat via procediment d'execució de sentència. Al Perú el Centre de Conciliació verifica la legalitat dels acords adoptats pels mediadors i l'acta constitueix directament títol d'execució. En alguns estats federals de Mèxic els acords que s'assoleixen són presentats pel mediador al director del Centre de mediació, perquè, en la seva presència, ratifiquin les parts el seu contingut i reconeixin les signatures. Els convenis així aprovats pel Director tindran el valor d'una documental pública i caràcter executiu, porten aparellada execució. Si l'acord s'incompleix es podrà exigir el compliment mitjançant procediment executiu davant el jutge competent. A l'Equador l'acta de mediació té efecte de sentència, i en conseqüència, té aparellada execució. També a Colòmbia, Costa Rica, Nicaragua, Bolívia i Panamà l'acord conciliatori fa trànsit a cosa jutjada i l'acta té força executiva.

*Delimitació.* En els països llatinoamericans es produeix un fenomen que ha de ser considerat. Molt sovint són utilitzats de forma indiferenciada els termes mediació i conciliació (e.g. Veneçuela i Perú). No és tampoc infreqüent que es prescindeixi del terme mediació i s'utilitzi el de conciliació per fer referència a les dues pràctiques o modalitats (v. gr. Colòmbia, Bolívia, Xile, Argentina)<sup>21</sup>, o, a l'inrevés, que es prescindeixi del terme conciliació, essent llavors el terme mediació el que abasta les dues vessants, facilitativa i evaluativa. En qualsevol dels casos descrits, es manifesta en aquestes legislacions, en general, una juxtaposició i confusió terminològica. La nota que serveix habitualment per diferenciar les dues, la neutralitat, consistent en que el tercer no imposi o suggereixi una possible solució al problema, no apareix en aquestes legislacions. En l'àmbit civil, la consolidació

d'un dels dos termes com a expressió genèrica de resolució a través de tercer imparcial és una realitat que provoca la progressiva "fagocitació" de l'altre terme<sup>22</sup>. En l'àmbit del dret laboral, s'ha generalitzat l'expressió "conciliació" per designar un procés en moltes ocasions intraprocesal en què el mateix jutge media i concilia les posicions de les parts, tot tractant que posin fi a la controvèrsia<sup>23</sup>. En aquests supòsits, si el resultat és positiu, el jutge dóna per conclòs el procés, mitjançant sentència que homologa l'acord de les parts, el qual tindrà efecte de cosa jutjada.

*Iniciativa.* Les Cambres de Comerç dels països llatinoamericans han estat molt actives i han pres nombroses iniciatives en el terreny de l'arbitratge i de la mediació, a fi de promocionar l'activitat comercial i la confiança en els inversors<sup>24</sup>. Nombrosos centres que proporcionen serveis d'arbitratge i mediació estan adherits a aquestes Cambres, les quals faciliten estatuts i reglements d'actuació a què queden sotmesos. Cal destacar també, en particular, el servei que ofereix el Banc Interamericà de Desenvolupament (IDB), dirigit a la resolució de conflictes comercials.

*Àmbits.* Si bé la normativa reguladora d'aquestes modalitats alternatives de resolució disposa generalment que el seu àmbit d'aplicació s'estén a tota matèria de caràcter dispositiu, el cert és que la pràctica de la mediació a Llatinoamèrica es centra en qüestions relatives a la família i en controvèrsies de naturalesa comercial, sobre construcció, assegurances o serveis. Els països amb una legislació específica reguladora de la mediació i amb programes de formació han obtingut resultats prometedors<sup>25</sup>.

## 2.4 Àsia

Els sistemes jurídics dels països asiàtics s'adscriuen formalment a la tradició jurídica del *Common Law*, encara que també n'hi ha que responen a la tradició del dret continental o *Civil Law*, com el Japó. Cal assenyalar dos aspectes rellevants en aquest àmbit geogràfic<sup>26</sup>: a) En primer lloc, aglutina nacions que, tot i l'esmentat, han adoptat molts trets i caràcters propis de la tradició jurídica continental, perquè han resultat permeables en molts aspectes; b) i, en segon lloc, a diferència d'altres continents, no es pot parlar d'un sol bloc de països que conformen el continent asiàtic (perquè no són d'un bloc homogeni) sinó nacions molt extenses i, de vegades, amb distàncies significatives entre elles, tant des del punt de vista social com cultural, polític o històric. És per això que, en aquest context geogràfic no és possible fer una

reflexió conjunta ni exhaustiva de la realitat socioeconòmica i cultural del fenomen mediador. L'aproximació es porta a terme, en aquesta matèria, per països, fent una prèvia selecció per raó de la major implantació que la mediació ha tingut en el seus sistemes jurídics.

Un altre dels aspectes que cal tenir en compte a l'Àsia és que la negociació directa entre les parts és la forma més estesa de resolució dels conflictes en aquest continent, perquè culturalment està molt arrelada la idea que convé no destruir les relacions interpersonals i professionals. La negociació és la forma més confidencial, eficient i econòmica existent. La tradició oriental diposita poca confiança en el dret com a instrument per assegurar l'ordre social i la justícia. Davant una societat occidental que pivota sobre els drets individuals, la tradició cultural asiàtica, en general gira entorn als deures de l'individu, a la seva exaltació com a component d'un grup-família, comunitat, Estat, etc. (Giacomelli, 2003) i manifesta una recerca constant de l'harmonia i un menyspreu generalitzat a la litigiositat. A aquesta idea ha contribuït eficaçment la doctrina i l'escola filosòfica confuciana; les *Analectes* s'han convertit en proverbis d'ús quotidià en molts d'aquests països. Segons aquesta doctrina, els individus han de procurar no arribar a l'enfrontament. Com que les exigències morals són més estrictes que les legals, aquells que segueixen les exigències morals són superiors als que es limiten a respectar només les legals. En la mesura que les persones aspiren a esdevenir superiors, la societat en conjunt millorarà en termes d'harmonia i pau. La recepció d'aquesta doctrina al Japó i altres països del continent asiàtic ha propiciat que, secularment, la manera de gestió i resolució dels conflictes en aquestes cultures estigui fonamentat en la negociació, en la conciliació i en la mediació. No seria fins el segle XIX, amb la filtració de la cultura occidental, que es generalitzarien els procediments judicials de caràcter inquisitorial o adversarial, que segueixen despertant un rebuig social i institucional bastant generalitzat. Els governants han aspirat sempre a que les seves societats mostrin un baix grau de litigiositat, i els seus sistemes han imposat l'esgotament de totes les vies del consens abans d'anar a un Tribunal. Després de la negociació, la mediació és la modalitat amb major implantació, en particular a la Xina<sup>27</sup>. Seguint en això a Port (1994), podríem identificar algunes teories que explicarien el baix índex de casos que accedeixen als tribunals en aquests països. Segons la teoria tradicional, defensada per Kawashima (1993), l'acceptació de les antigues doctrines de Confuci en la cultura ha comportat el rebuig social al litigi. Es fonamentaria en una falta de consciència legal dels drets i en l'existència d'una mena de mentalitat

grup i espiritual que uneix als japonesos i influència el seu comportament. En opinió de Tanaka (1985) però, la falta de *legal consciousness* entre els japonesos es deu a la influència de mecanismes socials, no del seu caràcter espiritual. Per a la teoria revisionista que sosté Haley (1978, p. 359), la raó seria molt diferent: són les barreres i dificultats institucionals (procediments costosos i llargs, cost dels mateixos, manca d'eficàcia dels resultats en alguns casos, etc.) les responsables de que els individus no plantegin les seves diferències davant els tribunals. Es basa en dades estadístiques sobre grau de litigació civil al Japó facilitades per Sarat i Grossman (1975) que, en opinió de Tanaka, inclouen de manera errònia algunes estadístiques sobre altres processos civils i administratius que desdibuixen el resultat, per la qual cosa podria afirmar-se que, efectivament, Japó resulta menys litigiós del que Haley afirma<sup>28</sup>. Finalment, la teoria racionalista constata que, en definitiva, si s'utilitzen els mètodes extrajudicials és, essencialment perquè els individus prefereixen optar per un acord que maximitzi el seu interès davant d'un litigi que impliqui pèrdua de temps i energia (Yoshida, 2003). En general en els països asiàtics les modalitats extrajudicials han gaudit de gran acceptació social i es mostren en clara expansió. Representen, enfront el procés judicial i els sistemes inquisitorials i adversarials, l'evitació de la confrontació i l'accés a la justícia sense excessius costos.

Malgrat tot el que s'ha expressat, paradoxalment, moltes de les tècniques ADR que es coneixen avui en el continent asiàtic han estat modalitats "importades", a les quals han estat inserides, posteriorment, pràctiques autòctones i s'han materialitzat seguint una particular visió i cultura asiàtiques (Scoble i Wiseberg, 1985). De manera que, sota una mateixa terminologia s'acullen, en realitat, pràctiques molt diverses (Barrington et al., 2001). La comparatística dels darrers anys ha revelat que la influència dels països europeus i dels Estats Units és molt significativa en el continent asiàtic i els diferents sistemes legals (en particular, al Japó). A la Xina i el Japó, a més, la negociació, la mediació, l'arbitratge i, en general les modalitats extrajudicials són camins previs necessaris abans d'acudir als tribunals en matèria de disputes civils i mercantils<sup>29</sup>.

*Característiques.* Tot i que en el continent asiàtic conviuen més d'una vintena de jurisdiccions diferents, una característica comuna a totes elles és que aquesta representa l'última ràtio, l'últim recurs al qual acudir en cas de confrontació. La cultura i les religions en aquests països han influït profundament en la manera de ser i comportar-se de les seves poblacions. La mediació a la Xina i el Japó<sup>30</sup> és més propera al concepte occidental de

conciliació, perquè la intervenció del mediador és més activa. D'altra banda, el mediador en aquests països pot generalment exercir el paper d'àrbitre si les parts no arriben a un acord, sense que això generi problemes ètics. Alguns reglaments i lleis així ho contemplen expressament: a la Xina, el reglament del CIETAC; al Japó tenen normativa que regula la mediació en l'àmbit civil (*Civil Conciliation Act* de 1951, en família (*Law for the Determination of Family Affairs*), a matèria laboral (*The Labour Union Law* de 1949 i *The Labour Relations Adjustment Law* de 1946), en conflictes mediambientals (*The Pollution Dispute Settlement Law*) i en dret de la construcció (*The construction business Law* de 1949). A Malàsia, per exemple, s'espera que el mediador adopti un paper actiu i fins i tot ofereixi a les parts un judici. A Indonèsia, la Llei núm. 30/1999, d'Arbitratge, exigeix que el tribunal en primer lloc procuri que les parts arribin a un acord amistós. Aquesta mateixa Llei regula també la mediació i altres formes de resolució alternativa de conflictes.

La confidencialitat respecte de la informació utilitzada o l'oferta dins d'una mediació és un requisit que ha de ser atès. Un dels grans valors que atribueixen aquestes societats a la mediació i, en general a les ADR, és la privacitat i la confidencialitat. En aquests països, les audiències en l'àmbit judicial són públiques i els veredictes es comuniquen públicament, de manera que el rebuig social s'emfatitza. Les tècniques de les modalitats amigables permeten mantenir la màxima reserva. A Indonèsia els acords de mediació assolits davant d'un tribunal arbitral són recollits en un laude, que esdevé obligatori per a les parts i executable davant els tribunals. Al Japó els acords de mediació que es duen a terme davant d'un jutge tenen la mateixa força executiva que una sentència judicial. També a Sri Lanka, on la mediació és un pas obligat abans d'acudir a la jurisdicció ordinària i el resultat ha de ser "ratificat" pel jutge de primera instància, resulten executius. La mediació es manté com una modalitat consensuada, la voluntat de les parts és en tot moment crucial. La mediació no ve imposada pels tribunals, excepte en alguns països, per a la resolució de matèries molt específiques (per exemple, al Japó, on la mediació és obligatòria en matèria familiar i en matèria arrendatícia). A Malàsia i Hong Kong també és coneguda i estesa la pràctica de la mediació. Una de les raons per les quals la mediació no creix en termes quantitatius a Malàsia, però, és el fet que els individus no aprecien la necessitat d'acudir a un tercer per assolir una negociació, ho fan per si mateixos sense cap cost. Una altra de les raons és que generalment els seus resultats no són executius. Cal significar que a Indonèsia els índexs de litigi són relativament baixos en comparació amb l'Índia i



altres països asiàtics, i això és degut a la Pancasila, una ideologia institucionalitzada que apel·la al consens, al diàleg i rebutja enèrgicament la confrontació (Barrington et al., 2001).

*Delimitació.* Com succeeix a Llatinoamèrica, en aquests països la delimitació entre la mediació i la conciliació no és molt clara i, de vegades, s'utilitzen tots dos termes de manera indiferenciada. La veu "mediació" és la més estesa i s'hi atribueix caràcters molt propers a la conciliació. El paper del mediador en aquests països és molt actiu i pot passar de mer facilitador a conseller, recomanant a les parts l'adopció de determinades solucions.

*Iniciatives.* La mediació i, en general, les modalitats alternatives són els mecanismes habituals per a la resolució de les controvèrsies en els països asiàtics abans d'acudir a la jurisdicció dels tribunals. A la Xina es distingeix entre la mediació administrativa –o institucional– duta a terme per una agència estatal, i la mediació privada. La modalitat med-arb es coneix, però no es troba molt estesa per l'absència d'organismes i institucions que la practiquin. A Sri Lanka, per exemple, la Llei d'Arbitratge, que va ser modificada en el 1995, acull la mediació prèvia. No obstant això, no hi ha experiències significatives<sup>31</sup>. A la Xina cal destacar la important tasca de la Comissió Internacional d'Arbitratge econòmic internacional Xinasa (CIETAC), que ofereix un arbitratge precedit per intents de mediació. A Hong Kong, l'activitat del Centre d'Arbitratge internacional (*Hong Kong International Arbitration Centre*) i, en l'actualitat, a nivell institucional, el *Hong Kong Mediation Council*. A Malàsia, ha estat el *Bar Council, Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* (KLRCA) el que ha impulsat principalment l'ús d'aquesta modalitat. A Indonèsia és destacable l'activitat de mediació i arbitratge del *Badana Arbitrar Nasional Indonèsia* (BANI). Des de la iniciativa institucional, hi caben citar algunes que tenen per objectiu la introducció de la mediació amb caràcter previ obligatori a la jurisdicció. A títol enunciatiu, poden esmentar els tribunals de Hong Kong, els quals han introduït la mediació (*court-annexed mediation*) per als assumptes familiars, de manera que recomanen a les parts intentar l'acord a través d'aquests mitjans. També al Japó es troba establerta la mediació obligatòria dins dels procediments familiars, perquè es considera que aquest àmbit no ha de ser públic, no s'ha de dur a la confrontació a la qual condueix un sistema inquisitorial o adversarial, la controvèrsia no es resol en aquests àmbits de manera satisfactòria amb una sentència, per tractar-se d'una relació continuada. El tribunal designa en aquests casos un Comitè mediador compost per un jutge i dos mediadors llecs que nomena el tribunal d'una llista oficial de persones amb reputació dins la

comunitat. A Indonèsia la pràctica forense exigeix que, abans d'acudir a un tribunal, el demandant hagi intentat sense èxit un acord amistós<sup>32</sup>. També Pakistan es va interessar aviat per les formes alternatives de resolució (*Arbitration Act* de 1940, *Conciliation Court Ordinance* de 1961 i *Family Court Act* 1964) si bé no han resultat molt efectives, a causa de la manca d'una veritable consciència des del sector públic de la seva importància, sumat al fet de la manca de formació dels jutges. Des de l'any 1993 s'estan portant a terme estudis per a la reforma legal, i l'any 2001 es va procedir finalment a la reforma del Codi de procediment civil per a la introducció de la mediació i la conciliació intraprocesal. Sri Lanka desenvolupa un ambiciós programa estatal *The Community Mediation Programme* en el marc de la *Mediation Boards Act* de 1900, coordinat per USAID que compta amb més de 218 centres de mediació. Aquests centres operen a nivell local o comunitari en conflictes de naturalesa civil i de faltes. És un servei gratuït per als usuaris, sufragat pel govern de Sri Lanka (Hattotuwa).

*Àmbits.* La mediació ha tingut bona acollida en matèria laboral<sup>33</sup> i també en controvèrsies civils, de família, herència, mercantils, de la construcció, conflictes de propietat i conflictes agraris. No obstant això, el percentatge d'assumptes que es ventilen en matèria civil no és molt elevat, perquè en aquestes societats, abans d'acudir a un tercer neutral estrany, les parts solen recórrer a persones properes (familiars o persones amb autoritat moral dins de la comunitat) que actuen com a tercer neutral<sup>34</sup>. En assumptes financers i crediticis, Indonèsia compta amb dues iniciatives particulars: l'activitat del *Jakarta Initiative*, una entitat dependent del Ministeri de Finances, que ofereix facilitadors per a la gestió i resolució de disputes entre deutors i creditors (entre la seva activitat destaca la negociació dels pagaments d'aquells empresaris que passen dificultats econòmiques a causa de la recessió), i l'activitat del *Badana Arbitrar Muamalat Indonèsia*, per a la resolució de problemes relatius a transaccions entre parts de religió islàmica, aplicant el principi de *isfaah* o perdó, i les decisions resulten vinculants. En matèria mediambiental, els conflictes són dirimits a Indonèsia a través de la mediació en un organisme no governamental, l'*Indonesian Centre for Environmental Law* (ICEL). A la Xina aquest tipus de conflictes es ventilen davant el Departament de protecció ambiental corresponent (òrgan institucional). Disposen d'una Llei de protecció ambiental que regula aquests processos i les disputes solen girar al voltant de reclamacions d'indemnització per danys i perjudicis. Aquestes administracions tenen la potestat d'adoptar mesures coercitives com ara ordres de suspensió d'activitats o de control de contaminació.

En matèria de consumidors, la Xina s'articula la mediació amb les empreses a través de les associacions de consumidors.

## 2.5 Europa

Pràcticament tots els països del continent europeu pertanyen a la tradició jurídica continental o de *Civil Law*<sup>35</sup>. Els seus sistemes jurídics, fortament articulats entorn a cossos legals i normes codificades, han tendit a centralitzar la potestat de jutjar en els Tribunals, que s'erigeixen en els garants del respecte de les normes imperatives i d'ordre públic. No obstant això, lluny de constituir això un límit al creixement i expansió dels mètodes alternatius de resolució de conflictes, l'ús de la mediació en determinats àmbits com el familiar i el relatiu a les reclamacions entre consumidors ha crescut significativament (Gizzo, 2010), la major de les vegades articulada a través d'institucions públiques, cambres de Comerç, o mediacions intra-judicials (*court-connected mediations*)<sup>36</sup>.

*Característiques.* La mediació és entesa a Europa, en general, com un mètode, un procés voluntari i extrajudicial a través del qual les parts intenten arribar, per si mateixes però amb l'assistència d'un tercer, a un acord que resolgui el conflicte. Aquesta és la idea subjacent i que es desprèn de la major part de les descripcions que es fan de la mediació a lleis, reglaments, codis i estàndards d'organitzacions públiques i privades que duen a terme activitats mediadores.

El motiu que ha despertat l'interès pels mètodes alternatius a la jurisdicció, i en particular la mediació ha estat en gairebé tots els països europeus l'escassetat de recursos de les administracions de justícia i el col·lapse i esgotament d'un sistema que no arriba a donar resposta satisfactòria al augment creixent de litigis. La necessitat d'un sistema judicial més eficient va portar, per exemple a Alemanya (entre els anys 1979 i durant la dècada dels 80) a considerar seriosament la introducció de les modalitats ADR en el seu sistema legal. Alguns països europeus han procedit a introduir la mediació com un pas necessari previ a la jurisdicció<sup>37</sup>, establint-la en aquests casos com a condició de procedibilitat dels processos judicials. Així, a tall d'exemple, a Alemanya, l'any 1999 el Parlament Federal va obrir la porta al fet que els Estats alemanys poguessin introduir la figura de la mediació obligatòria (*mandatory court connected mediations*) com a pas previ, abans d'accedir a la jurisdicció els tribunals<sup>38</sup>.

També Noruega (en matèria de família), Malta, França, i Àustria<sup>39</sup> han regulat de manera similar. A Dinamarca els jutges estan obligats a intentar la mediació en la primera instància dels processos. De la mateixa manera a Anglaterra i Gal·les, a partir de l'informe de Lord Woolf<sup>40</sup>, i de la reforma de l'any 1999, les Regles de procediment civil atribueixen al jutge important poder per impulsar la mediació o altres formes alternatives de resolució, fins i tot interrompre o suspendre els processos tot i que no es pot afirmar que la mediació sigui obligada, exigeix informar les parts sobre els seus avantatges perquè aquesta pugui ser considerada com a alternativa al procés judicial. Així mateix han estat introduïts en la Llei processal civil alguns protocols prejudicials (*pre-actions*), de manera que qualsevol disputa ha de seguir un procés prejudicial raonable a fi d'evitar el litigi i abans de procedir a interposar una demanda. La manca de cooperació per part dels subjectes pot donar lloc a multes o conseqüències adverses en el procediment judicial. També a Anglaterra, la *Family Law Act* de 1996 preveu la mediació en disputes matrimonials i s'exigeix a les parts que considerin la possibilitat de resoldre la seva disputa a través de la mediació. I molt recentment també a Itàlia, a través de l'important Decret Legislatiu núm. 28/2010, per a un ampli ventall de disputes en matèria civil i mercantil, que comprenen des de les disputes en l'àmbit dels condominis, arrendaments, drets reals, successions hereditàries, pactes de família, difamació, contractes d'assegurances, bancaris i financeria, fins a les pretensions de responsabilitat derivada de la circulació de vehicles o de mala praxi mèdica (Favale, 2010; Soldati et al., 2010).

No obstant això els dubtes sobre la seva oportunitat afloren perquè implica un risc de transformar la mediació en un "problema", en ser percebut com un simple obstacle més per l'accés al a jurisdicció, a la manera que va succeir amb les conciliacions en les controvèrsies laborals (Buti, 2010). En alguns països quan la mediació finalitza en un acord, aquest acord –que té en principi el valor d'una transacció– pot adquirir valor executiu si es demana al jutge la seva homologació judicial. A França, per exemple, l'article 1441 del Codi de procediment civil preveu que qualsevol de les parts pugui demanar al jutge que l'acord sotmès resulti executiu. Entre la doctrina es discuteix si l'acord que és sotmès a un jutge per la seva "confirmació" adquireix el mateix valor que una homologació judicial i una sentència (Mourre, 2001). A Eslovàquia, l'acord de mediació té caràcter executiu si adopta la forma d'acte notarial. A Bèlgica, la interlocutòria que aprovi un acord té el valor de sentència. També Holanda preveu l'homologació

de l'acord per un jutge. En tots els casos de mediació intraprocesal o *court connected mediation*, els acords, recollits en actes o sentències, adquireixen caràcter executiu. L'índex o percentatge d'èxit, mesurat en termes d'acords assolits, és alt en matèria de mediació, supera habitualment el cinquanta per cent a Europa<sup>41</sup>. I el temps mitjà estimat per assolir aquests acords és relativament curt, no sol requerir més de 2-3 audiències entre les parts enfrontades<sup>42</sup>.

*Delimitació.* La delimitació entre la mediació i altres formes alternatives de resolució de naturalesa amigable és molt més nítida a Europa que en altres contextos geogràfics, si bé, per la seva recent implantació, relativa joventut i escàs coneixement per part d'alguns professionals, es produeix en ocasions confusió en l'ús dels termes mediació i conciliació<sup>43</sup>. La mediació en qualsevol cas és entesa com una activitat facilitativa (Vigoriti, 2009) mentre que la conciliació i la funció del tercer és molt més activa i pot arribar a suggerir possibles solucions a les parts (avaluativa). Interessant des del punt de vista de l'originalitat és la variant practicada i regulada en alguns països europeus consistent en que les persones que es troben enfrontades es dirigeixen a un tercer, al qual li és encomanat que confeccioni una solució per al seu cas concret i les parts accepten que aquesta solució sigui vinculant per a les mateixes, és a dir, que tingui valor de llei entre les parts de la mateixa manera que ho tindria una transacció. El resultat no és, per tant un laude, i no té efecte executiu i valor equivalent a una sentència. És el cas de l'anomenat arbitratge irritual a Itàlia. En alguns territoris, com a Eslovènia, la mediació no té implantació pràctica per si mateixa sinó vinculada a altres mecanismes, com ara l'arbitral<sup>44</sup>.

*Iniciativa.* A Europa predominen les iniciatives institucionals molt per sobre de les iniciatives privades<sup>45</sup>, en particular pel que fa als conflictes amb consumidors<sup>46</sup>. En aquest àmbit, concretament, compta amb alguns recursos auspiciats per la Comissió Europea: la xarxa extrajudicial europea, «Xarxa CEE», una estructura d'assistència i informació de serveis de mediació i ADR per als consumidors que disposa de punts de contacte nacionals; la xarxa per al sector dels serveis financers «FINET», per a la solució extrajudicial dels conflictes en el sector dels serveis financers (bancs, assegurances, inversions); o el projecte ECODIR (*Electronic Consumer Dispute Resolution Platform*), una plataforma electrònica dissenyada per a la solució de conflictes entre consumidors i empreses mitjançant l'ús de les noves tecnologies<sup>47</sup>. També els organismes i institucions públiques dels Estats compten amb organitzacions públiques i privades que estableixen la mediació com a mètode de resolució<sup>48</sup>.

A títol merament enunciatiu, per exemple, Bèlgica<sup>49</sup>, Alemanya<sup>50</sup>, Holanda<sup>51</sup>, Finlàndia<sup>52</sup> o Anglaterra<sup>53</sup>. En molts casos les iniciatives arrenquen del propi govern, amb projectes pilot de mediació que després es consoliden (és el cas d'Anglaterra, amb els *Court based ADR schemes* i *County Courts*, o de Bòsnia i Herzegovina, amb la iniciativa parlamentària en cooperació amb el *International Finance Corporation* (AoMBiH), o de Croàcia, amb una *joint participation* entre el Ministeri de Justícia i les Cambres de economia i d'artesans. A Croàcia també, el Col·legi d'Advocats ha fundat un centre de mediació. Els mateixos governs estan impulsant la mediació dins de les seves organitzacions. A Anglaterra per exemple, l'any 2001 el Govern va declarar que procuraria que totes les disputes que afectin departaments governamentals es ventilarien, en la mesura del possible, a través d'ADR, i tots els contractes amb el govern i l'administració inclouen clàusules que remetien a processos de mediació. Així mateix en l'àmbit de la salut, va ser creat l'any 1994 el *Clinical Negligence Scheme for Trusts*, òrgan dependent de l'Autoritat Nacional de Sanitat (NHSLA), a través del qual es gestionen les controvèrsies entre ciutadans i centres en matèria hospitalària i d'assistència. També a França, la Llei núm 303 de 4 de març de 2002 relativa als drets dels malalts i a la qualitat del sistema de sanitat, i un reglament posterior (n. 806/2004, introdueixen una Comissió Conciliar i una Comissió Regional de Conciliació, constituïda per representants del col·lectiu de metges, estructures sanitàries i companyies d'assegurances. A Alemanya els problemes mèdics són conduïts a través d'una Cambra del Col·legi de Metges.

En altres casos són organismes com les Cambres de Comerç els qui han introduït la mediació amb profusió i l'últim informe del CITA-FUNDP –creada pel Ministeri de Justícia francès– revela que comparteixen l'opinió generalitzada que els mètodes ADR (i entre ells, la mediació) són els mecanismes més apropiats de resolució de conflictes entre consumidors, gràcies a la seva rapidesa, confidencialitat, informalitat i simplicitat dels seus processos. Un exemple d'això és la iniciativa adoptada per la Cambra de Comerç de Luxemburg, per impuls del *Luxemburg Bar Mediation Centre* (LMBL), a Suècia, l'Institut de mediació de la Cambra de Comerç, o a Itàlia, a través de les importants Cambres de Comerç de Milà i Ancona (Gizzo, 2010).

Cal destacar també algunes iniciatives governamentals i no governamentals per al desenvolupament de la mediació transnacional, particularment en matèria de consum (v. Informe CPEC-DG SONCO, 2009); de família i conflictes parentals. La *Mission Aide à la Médiation Internationale pour les familles*, d'iniciativa governamental (Mi-



nisteri de Justícia, 2001), porta a terme una important tasca d'orientació i mediació a les famílies a França. Els mediadors freqüentment atenen mediacions entre països diferents<sup>54</sup>; o el projecte pilot *Reunite-International Child Abduction Centre*, una iniciativa no governamental establerta al Regne Unit per a la resolució de conflictes parentals en què un menor ha estat conduït a un país diferent i és reclamat per un dels cònjuges.

*Àmbits.* La mediació a Europa ha permeat tots els àmbits socials en matèries on els particulars conserven llibertat de disposició. A títol merament enunciatiu, al marge del clàssic àmbit del dret de família –on no és infreqüent la comediació duta a terme per un psicòleg i un jurista conjuntament–<sup>55</sup> la mediació és una pràctica estesa en el sector dels consumidors de les assegurances i accidents de trànsit, en el sector mèdic, l'àmbit de la telefonia, de les telecomunicacions, de les xarxes socials, del mercat de l'energia, de menors, de justícia restaurativa, mercat de segona mà (vehICLES d'ocasió), en serveis professionals, de bugaderia, arquitectura, sector mediambiental, en l'àmbit dels col·lectius professionals, en el sector de la banca, en problemes agraris i de propietat agrícola (a disputes sobre límits), en assumptes relacionats amb l'honor de les persones, en conflictes a l'esport i, particularment, en conflictes veïnals i comunitaris.

La mediació en l'àmbit penal compta també amb importants desenvolupaments a Alemanya<sup>56</sup> on es van iniciar cap a l'any 1985 projectes experimentals en matèria de menors. Per tal d'estimular aquesta modalitat, l'Associació Alemanya de Treball Social, Dret Penal i Política Criminal (DAP) ha creat una Oficina de serveis de resolució de conflictes per la mediació víctima-delinqüent amb el suport del Ministeri Federal de Justícia i algunes altres autoritats. La iniciativa de mediació pot ser presa pels fiscals (70%). La major part dels assumptes resolts a través de la mediació penal correspon a lesions corporals i crims violents, seguint, a continuació, els casos de robatori, frau i danys a la propietat<sup>57</sup>. També Finlàndia, Luxemburg, França, Irlanda<sup>58</sup>, Letònia<sup>59</sup>, Eslovènia, Estònia<sup>60</sup>, Polònia<sup>61</sup>, Suècia, Dinamarca i Noruega tenen implantats serveis de mediació en matèria penal. Altres països han iniciat programes de justícia restaurativa, amb resultats encara incerts (v. gr., Països Baixos<sup>62</sup>). A Dinamarca és requisit necessari per a iniciar un procés de mediació penal que l'agressor admeti el seu crim.

Aquestes mediacions penals solen ser complementàries a la justícia penal, però de vegades resulten alternatives (cas de Noruega). Els acords persegueixen que l'agressor presenti disculpes a la víctima i que s'adoptin mesures per a la restauració psicològica i econòmica de la

víctima. En alguns països, com Bòsnia i Herzegovina, la mediació penal es limita a la reclamació dels danys derivats del delictes. La mediació també resulta adequada per a la gestió i resolució de conflictes on hi ha involucrats menors, a fi de protegir els seus interessos. A Hongria compta amb una normativa específica des de l'any 2005 per als casos de pares i altres persones autoritzades quan no es posen d'acord en la manera d'organitzar el contacte amb el menor. En l'àmbit de la salut i, més concretament, en matèria de negligència professional es compta amb Centres i experiències a Anglaterra<sup>63</sup>, Itàlia, França i Alemanya.

Crida l'atenció observar com la mediació ha permeat en àmbits tan específics com l'agricultura, per a la resolució de conflictes entre agricultors i entre ells i els propietaris de la terra. A Itàlia, fins i tot, s'ha establert com a obligatòria en tota disputa que tingui per objecte un contracte agrari.

## 3 Previsions normatives en matèria de mediació

En el marc normatiu internacional i en el dels diferents països, la mediació és tipificada en concurrència amb altres instituts de resolució consensuada dels conflictes, tot i que aquesta té un clar favor per part del legislador i ha merescut un tractament i desenvolupament específic.

L'estudi de dret estranger ha estat dut a terme a partir de l'anàlisi dels següents elements: normativa existent en l'àmbit civil, mercantil, penal, laboral, administratiu, i sectors amb particular regulació; definició o descripció de la mediació que incorporen; principis rectoris i efectes que es reconeixen a través de l'eventual acord assolit.

### 3.1 Delimitació conceptual

En aquest estudi s'ha procedit de manera liminar a delimitar formalment la figura a partir dels diversos textos normatius que ofereix l'àmbit internacional i dels diferents Estats, és a dir, a conèixer en quins termes ha estat tipificada la mediació, a través de la seva definició o descripció legal, i del seu contrast amb figures afins<sup>64</sup>.

Els instruments internacionals existents han aportat claredat al panorama normatiu i terminològic mitjançant la

descripció del fenomen, circumstància que coadjuva a la delimitació conceptual. És a la normativa interna dels diferents estats, però, on la mediació adquireix el seu major desplegament<sup>65</sup>, tant en l'àmbit civil i mercantil, com en l'àmbit penal, administratiu, laboral i, en general, en tots els espais on la relació entre les persones pot generar tensions i conflictes. Això ha permès identificar alguns elements que semblen gaudir d'un reconeixement generalitzat sense distinció d'àmbits. Són els següents:

- a) La mediació es defineix o és descrita com: un "procediment"<sup>66</sup>, un "procés"<sup>67</sup>, un "mecanisme"<sup>68</sup>. Trobem altres termes i expressions utilitzats per definir o descriure el fenomen de la mediació, si bé no gaudeixen de la mateixa implantació: com una "activitat"<sup>69</sup>, una acció<sup>70</sup>, un "mitjà"<sup>71</sup>, un "mètode"<sup>72</sup>, una "forma de autocomposició assistida"<sup>73</sup>, una "tècnica"<sup>74</sup>: una "institució"<sup>75</sup>, un "sistema"<sup>76</sup>, un "acord o avenença"<sup>77</sup>.
- b) L'activació d'un mecanisme de mediació exigeix, com a premissa, en la majoria dels ordenaments jurídics, l'existència d'un "conflicte"<sup>78</sup>, una "controvèrsia"<sup>79</sup>, un "litigi"<sup>80</sup>, una "disputa"<sup>81</sup>, una "diferència"<sup>82</sup> entre dues o més persones o entitats.
- c) Les parts, mitjançant la mediació, intenten arribar a un acord que resolgui i aporti solució a les dificultats que resulten del conflicte. Aquesta idea es desprèn de la major part de la normativa existent sobre mediació<sup>83</sup>. A nivell de la justícia restaurativa penal, la dimensió dels objectius i l'abast dels acords condiciona, a més, l'estructura, perquè el procés restituti persegueix habitualment, no tan sols la pacificació del conflicte i la satisfacció dels interessos de les parts, si no a més, i molt particularment, la reparació psíquica de la víctima (la seva restauració emocional), la reinserció de l'agressor, l'enfortiment dels vincles d'aquest amb la comunitat, la reconciliació entre les parts, i evitar la revictimització i els prejudicis derivats del procés penal<sup>84</sup>.
- d) Un altre tret característic és el seu caràcter voluntari. Tots els ordenaments que regulen la mediació reconeixen que el mètode es fonamenta en la voluntat de les parts per arribar a un acord per si mateixes. Tanmateix, res impedeix que s'instauri legalment l'obligatorietat d'iniciar un procés de mediació previ a la interposició d'un procés judicial. En alguns països la mediació ha estat introduïda en alguns àmbits del dret com un pas necessari i obligatori<sup>85</sup>.
- e) Es tracta d'un mètode autocompositiu, facilitatiu i extraprocesal. És a dir, tot i la intervenció d'un tercer<sup>86</sup>, l'eventual acord al que arriben les parts no l'aporta ni l'imposa el tercer. I la mediació podrà

ser reconeguda i ser regulada intra o extraprocesalment però, en el primer cas, implicarà sempre una reexpedició de la controvèrsia a un subjecte diferent del propi Jutge.

- f) Al mediador se li exigeix, en general, que reuneixi les següents característiques: ser "competent"<sup>87</sup>, "independent"<sup>88</sup>, "imparcial" i "neutral"<sup>89</sup>. De vegades, a més, es demana que no estigui processat, incapacitat o condemnat, que no sigui autor de fets contra l'honor o els bons costums, fins i tot alguns ordenaments exigeixen que el mediador compti amb, almenys, una edat mínima<sup>90</sup> i disposi d'instal·lacions adequades per desenvolupar la seva funció<sup>91</sup>. També de vegades s'expressa, entre els deures del mediador, la diligència<sup>92</sup>. I fins i tot, en algunes altres, s'exigeix del mediador que tingui una "trajectòria ètica i moral"<sup>93</sup>.
- g) Les parts conserven en tot moment un poder de disposició ampli sobre la mediació, tant pel que fa al fons de l'assumpte com a la forma i procés. Només s'exclou la mediació com a mètode per a la resolució de conflictes, en general, quan es sobrepassen els límits naturals de l'ordre públic, els bons costums i la moral. En alguns ordenaments jurídics la mediació s'exclou també per a determinades matèries o en situacions concretes: mediacions conduïdes pels jutges<sup>94</sup>, mediacions estudiantils dutes a terme pels mateixos centres escolars<sup>95</sup>, mediacions de joves per part dels centres correccionals, violència domèstica<sup>96</sup>, delictes greus, delictes per als quals no procedeixi el perdó de l'ofès o amb important transcendència social<sup>97</sup>, assumptes relatius a l'estat civil de les persones, maltractament d'infants o adolescents i procediments d'adopció<sup>98</sup>.

### 3.2 Principis de la mediació

De la normativa internacional i dels estats que han regulat el fenomen de la mediació s'han pogut extreure principis o regles que assenyalen ara molt succintament<sup>99</sup>:

- a) *Principi de llibertat o autonomia de la voluntat privada*. La voluntat de les parts en el procés és un principi cardinal de la mediació, com a institució consensual que és. En aquest sentit, el procés i els acords adoptats obeeixen únicament i exclusivament a la voluntat de les parts.
- b) *Principi de confidencialitat*. Reconeguda de manera sistemàtica en la normativa internacional i en la interna de la major part dels Estats, s'estén subjec-

tivament sobre les diferents parts i participants<sup>100</sup> i objectivament sobre tota informació relativa o pel que fa al procés, el seu contingut i comunicacions prèvies, coetànies i posteriors<sup>101</sup>. La major part de les legislacions han incorporat preceptes de naturalesa imperativa i algunes estableixen, a més, normes a través de les quals es disposen conseqüències penals davant l'incompliment de les esmentades obligacions<sup>102</sup>. De vegades, però, simplement s'infereix de la definició o descripció que de la mediació o de la figura del mediador duen a terme. La terminologia adoptada per fer menció a aquest principi no és uniforme. De vegades s'identifica confidencialitat amb reserva, privacitat i secret professional<sup>103</sup>. Aquest principi no regeix habitualment en aquelles mediacions o qüestions respecte de les quals les parts expressament ho acordin així, i tampoc en aquelles on la mediació sigui pública perquè la llei així ho preceptua.

- c) *Principi d'imparcialitat.* Imparcialitat i independència solen venir associades. No obstant això, no són del tot intercanviables. Pel que fa a la independència, aquesta exigència ve íntimament vinculada amb els possibles conflictes d'interès. A aquest respecte, tot i que en l'àmbit dels arbitratges –mecanisme inquisitorial– resulten molt clarificadores les *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004* publicades per la International Bar Association (IBA), que descriuen amb detall els problemes principals que plantegen els conflictes i contenen quatre classificacions que descriuen diverses circumstàncies o situacions que poden posar en dubte la independència o imparcialitat de l'àrbitre i que l'obliguen a renunciar a la designació o a declarar, segons els casos, la seva existència a les parts, perquè aquestes decideixin sobre l'anomenament o continuïtat de l'àrbitre (Muller, 2009). La major part dels ordenaments jurídics dels Estats fan menció explícita a la imparcialitat com a principi o garantia de la mediació. Es declara que la credibilitat i la integritat del procés depenen de la neutralitat i la imparcialitat de l'òrgan extrajudicial. Per això és considerat un element essencial per a la consecució i manteniment de la confiança.
- d) *Principi d'equitat del procediment o igualtat d'armes,* pel qual han d'atorgar a cadascuna de les parts les mateixes oportunitats de fer valer els seus drets, així com assegurar que les dues parts es troben en igualtat de condicions per a adoptar acords. El mediador assumeix l'important tasca de gestió del poder de les parts, per reequilibrar situacions asimètriques. Convé subratllar que el contingut del principi d'equi-

tat és diferent al principi de debat contradictori, propi dels mètodes avaluatius i decisoris<sup>104</sup>.

- e) *Principi d'economia processal* (eficiència, eficàcia, celeritat, economia). Persegueix la confiança a través de la senzillesa i llibertat en la fixació de l'iter. En essència, el principi contempla la necessitat que els processos es desenvolupin d'una manera entenedora, eficient i ràpida.
- f) *Principi de transparència.* Reconegut com a tal en les diferents Recomanacions del Consell d'Europa, ve referit en els òrgans i procediment i té com a objectiu final, novament, la confiança, reforçada a través d'informació. La Recomanació 2001/301/CE assenyalava els requisits per a garantir la transparència del procediment. El principi de confidencialitat i el dret a la intimitat i a la protecció de les dades de caràcter personal s'erigeixen com a límits en la delimitació de l'abast d'aquest important principi.
- g) *Principi de legalitat,* que té el seu fonament en el necessari respecte dels drets fonamentals, llibertats públiques, ordre públic i garanties de protecció de determinats drets a través de normes imperatives en els ordenaments jurídics, de manera que, a través de l'ús dels mètodes extrajudicials de resolució dels conflictes, no es vulneri la legalitat<sup>105</sup> ni es privi a les parts del nivell de protecció que els ordenaments jurídics reconeixen. És un principi implícit<sup>106</sup> encara que en l'espai europeu aquest principi ha estat, a més, expressament reconegut en diverses Recomanacions<sup>107</sup>.
- h) *El principi de neutralitat.* En virtut d'aquest principi, el mediador no pot suggerir, proposar o imposar solucions. És una exigència que ve integrada habitualment de manera implícita, com a requisit que ha de reunir el mediador al qual es designa a vegades amb el terme de "tercer neutral"<sup>108</sup>. El Codi de Conducta Europeu per a mediadors, però, no descriu legalment el seu contingut ni el delimita del concepte d'independència, limitant-se a disposar que el mediador no pot acceptar una mediació si no pot assegurar conduir-la amb total independència i amb neutralitat, amb el fi de garantir imparcialitat.

### 3.3 Valor atribuït al resultat de la mediació

Els Estats, en general, disciplinen la mediació procurant atribuir al resultat alguns efectes i garantint que l'inici d'una mediació no impedeixi obrir posteriorment un procediment

judicial si aquesta no arriba a bon port. Amb aquesta finalitat, es disposa habitualment que: l'inici de qualsevol procés de mediació provoqui la suspensió de tots els terminis de caducitat o prescripció establerts en els codis i lleis processals; que l'ús d'un procés de mediació que no finalitzi en acord no impedeixi a les parts acudir a altres mitjans de resolució, extrajudicials o judicials; i que, un cop arribat a un acord que resulti executiu, no puguin els tribunals jutjar els mateixos fets que van conduir a una mediació. En la major part dels ordenaments jurídics l'acord a què eventualment puguin arribar les parts obté el valor d'una transacció, de manera que, en cas d'incompliment, haurien de sotmetre's a la sanció, aprovació i execució per part d'una autoritat judicial. Alguns ordenaments jurídics preveuen, a més, que els acords de mediació adquireixin efectes executius, expressant les circumstàncies que han de concórrer en la presa dels acords perquè adquireixin tan rellevant efecte<sup>109</sup>. En general, val a dir que no s'aproven aquells acords que resultin contraris a dret, contravinguin la moral, les disposicions d'ordre públic, afectin a drets irrenunciables o de tercers o vulnerin el principi d'equitat en perjudici d'una de les parts<sup>110</sup>. En alguns casos, per raó de la matèria que ha estat objecte de mediació, els acords a què arriben les parts han de ser després expressament autoritzats pel Tribunal perquè resultin vinculants per a les parts. És el cas de la mediació amb menors, en matèria penal, laboral o de família<sup>111</sup>.

## 4 Fase de comprensió del fenomen mediador

Per comprendre el fenomen de la mediació –en aquesta fase del procés comparatiu– resulta necessari examinar també el context social en el qual es desenvolupa aquesta, i la cultura jurídica en què s'inscriu.

Podem començar amb l'observació que, des dels anys noranta, els efectes de la denominada “globalització” afecten al desenvolupament de la mediació. Especialment, com assenyala Castells (2009), el canvi tecnològic afecta decisivament totes les relacions socials, inclosos els mecanismes de gestió i resolució de conflictes<sup>112</sup>.

### 4.1 Les cultures, tradicions i sistemes jurídics

Un dels factors que els autors del dret comparat han considerat de particular rellevància en la realització

pràctica dels drets és la cultura jurídica. Si entenem la cultura jurídica [*legal culture*] com aquella configurada per les idees, actituds, valors i creences respecte al dret (Friedman, 1997, 2003), des d'aquest prisma, es constata com en els països amb sistemes jurídics que mantenen una forta arrel moral o consuetudinària, amb ordenaments on les esferes jurídica i social es troben íntimament imbricades, com el japonès, passa que la condemna social per l'ús de vies no pacífiques de resolució dels conflictes evita que la major part dels litigis acabïn en els tribunals.

Com hem tingut ocasió de veure, en aquests països, no és que no hi hagi conflictes entre els particulars o no s'hagin vist afectats pel fort increment de la litigiositat i la seva complexitat en els darrers anys; passa senzillament que la seva resolució per la via adversarial o inquisitorial no constitueix per a ells una opció sinó un últim recurs. Subratlla Sandrock (2009b), que el subjecte que pretén obtenir el seu dret per la via judicial, per molt legítim que sigui aquest des d'un punt de vista substancial, s'arrisca a una forta condemna social si no ha provat primer fer valer el seu dret per alguna via pacífica. S'afirma també sovint que aquesta concepció sembla provenir de la història i mentalitat japonesa i asiàtica en general, que opta per la recomposició a través dels pactes i la negociació pacífica, fins al punt de renunciar de vegades als drets subjectius per “amor a la pau”. No obstant això, en opinió de Haley (1998), l'escassetat de litigiositat al Japó, concretament, no es deu al caràcter nacional sinó a les barreres institucionals existents envers el litigi.

La tradició oriental diposita en general poca confiança en el dret com a instrument per assegurar l'ordre social i la justícia. Les lleis representen models de conducta més que normes imperatives<sup>113</sup>. Davant una societat occidental que pivota sobre els “drets” individuals, la tradició cultural asiàtica, en general, i el confucionisme en particular gira entorn als “deures” de l'individu, la seva exaltació com a component d'un grup-família, comunitat, estat, etc., –i la recerca de l'harmonia, el que provoca el menysteniment de la litigiositat. Des d'aquest punt de vista cultural, es pot afirmar que la mediació constitueix en els països asiàtics una pràctica quantitativament molt més estesa i ben assimilada en els seus sistemes jurídics. Es constata, així, un ús difús, en el sentit que la mediació pot ser iniciada en qualsevol situació de problema familiar, social o comunitari i es considera com a tal una situació en què no hi hagi complet acord, hi hagi o no controvèrsia o pretensió jurídica tutelada per la llei<sup>114</sup>.

Des de la perspectiva de les diferents tradicions jurídiques a les quals clàssicament s'han adscrit els ordenaments

jurídics, val a dir, però, que el fenomen de la mediació ha estat abordat de manera certament similar. La convergència dels sistemes jurídics en l'actualitat és, com afirma Friedman (2003), una hipòtesi que esdevé més plausible amb el temps, les expectatives de la població en la justícia són grans i en molts països es procedeix a la promulgació de lleis. A això cal afegir que la intensa circulació de models ha generat com a resultat una important aproximació de pràctiques. De manera que, tant els països de tradició jurídica anglosaxona com aquells que pertanyen a la tradició continental, han procedit a regular i a posar en pràctica l'arbitratge, la conciliació i la mediació en termes molt semblants. Cal afegir, d'altra banda, que l'envelliment d'alguns dels models originaris –en particular de dret continental, pel que fa al resultat de les grans codificacions francesa i alemanya– i l'òsmosi que es produeix en aquesta constant circulació i contacte de models impedeixen avui reduir el mètode d'estudi de dret comparat a l'estudi de dos ordenaments de diferent adscripció, *Common Law* o *Civil Law*. Clàssica distinció, fruit doctrinal d'un moment evolutiu molt significatiu a Europa i Occident en general, dominat per un procés de codificació intens, que no contempla d'altra banda, almenys en la seva justa dimensió, la realitat d'altres continents.

En la tradició jurídica de Dret civil o continental –a la qual s'adscriuen la majoria dels països europeus i els països llatinoamericans– s'observa una creixent acceptació de la mediació com a mètode consensual, la qual cosa està afavorint, en conseqüència, una obertura del sistema judicial i de la pròpia jurisdicció a altres manifestacions que, com la mediació, es mostren idònies en la tasca de retre efectiva la justícia entre els particulars. Un aspecte particularment interessant, si es té en compte que en el context d'aquesta tradició, els tribunals adopten una funció discreta (Merryman, 1985, p. 35) però molt procel·losa en la seva funció de control, s'erigeixen en garants quasi exclusius del respecte de l'ordre públic i de les normes imperatives en l'aplicació del dret; i fins i tot adopten un paper actiu i actuen en ocasions d'ofici en defensa de l'interès públic o general. Així mateix s'observa un creixent interès en regular prolixament el fenomen mediador i en atribuir alguns efectes jurídics als acords assolits.

En la tradició jurídica de dret comú o anglosaxona –són exemples il·lustratius, Austràlia, EUA, Regne Unit, Irlanda, Nova Zelanda o Malta– els tribunals resulten més proclivis a permetre a les parts la iniciativa del procés<sup>115</sup> i impulsen la mediació<sup>116</sup> com una expressió més del poder d'autonomia de la voluntat<sup>117</sup>. Com ja hem tingut ocasió d'exposar, en aquest context cultural i jurídic també s'ha produït una intensa activitat legislativa per a dotar a la mediació d'un adequat marc legal<sup>118</sup>.

Un exemple el trobem als Estats Units, on en els anys '70 es van iniciar programes d'ADR per centres de diversos Estats, i l'any 1990 es va optar per aprovar la *Civil Justice Reform Act* (CJRA) per afrontar els greus problemes derivats del cost i retard dels processos judicials davant els tribunals federals. Amb aquesta norma es va obligar als tribunals a desenvolupar un pla de despeses i reducció de retards en un període de tres anys, un pla que autoritzarà l'ús de programes ADR, entre els quals es trobava la mediació. Va ser també en aquest mateix país on, posteriorment, l'any 1998, el seu Congrés va procedir a aprovar la *Alternative Dispute Resolution Act* per estimular el seu ús, una norma que disposa que els tribunals federals han d'autoritzar l'ús d'ADR en totes les accions civils. En l'actualitat, i per l'estricta àmbit de la mediació, compten a més amb la *Uniform Mediation Act* de 2001, el precedent més immediat de la qual és la Llei australiana, la *Uniform Mediation Act*, de l'any 1997.

El Regne Unit ha optat per no dotar encara de norma específica la mediació, però els ADR vénen essent tradicionalment utilitzades per resoldre conflictes relatius a qüestions sobre família, negligència mèdica, i relacions comercials, entre d'altres. Entre els més utilitzats, al marge de la mediació i els *Mini trial* es troben el *Judicial appraisal* i a l'*Expert Determination*. A Nova Zelanda el Parlament ha procedit fins i tot a regular la mediació en nombrosos sectors, establint processos prescriptius en matèria de família, arrendaments, menors, joves, educació, drets humans, salut, treball, construcció, telecomunicacions o protecció de boscos<sup>119</sup>.

Es parla de vegades de països amb tradició jurídica "mixta", és el cas dels països asiàtics com Tailàndia, Japó o l'Índia –quan en realitat passa que, adscrites formalment a la una d'elles, habitualment *Common Law*– els seus sistemes, molt permeables, s'han nodrit de les dues<sup>120</sup>. A diferència d'altres continents, no constitueixen un bloc homogeni des del punt de vista social, cultural, polític, històric o jurídic. Una particularitat destacable pel que fa a la mediació és el seu ús profús, juntament amb la negociació, perquè evita la confrontació (un aspecte que desperta profund rebuig social) i que la pràctica ha inserit peculiaritats pròpies de la visió i cultura asiàtiques. De manera que, sota una mateixa terminologia s'acullen, en realitat, formes de procedir diverses.

## 4.2 El context jurídic

En Dret comparat l'anàlisi dels drets subjectius ha de tenir en compte el context legal i les seves previsions processals, perquè no n'hi ha prou que el sistema reconegui



un dret, cal que, a més, sigui satisfet. De poc serveix el reconeixement dels drets i els grans desenvolupaments normatius si el sistema en el seu conjunt –les normes processals, el sistema de l'administració de la justícia, o el marc legal en general– no pot després garantir el dret a la seva tutela efectiva.

Des d'aquesta perspectiva, s'observa com nombrosos sistemes jurídics, en particular els occidentals, tant els corresponents a la tradició jurídica del *Common Law* com de Dret continental, pateixen importants problemes de caràcter processal –lentitud, complexitat i encariment dels processos judicials– que impedeixen en la pràctica l'efectivitat dels drets subjectius que els seus ordenaments formalment reconeixen. L'increment de la litigiositat, la seva creixent complexitat i els costos institucionals ha conduït a molts països a la necessitat d'adoptar mesures per millorar l'accés a la justícia i així mateix a evitar la sobrecàrrega dels tribunals<sup>121</sup>. Aquest fenomen s'ha produït tant en països de cultures jurídiques que induïxen a acudir als tribunals<sup>122</sup>, com en aquells que l'eviten o no la promouen. Per posar algun exemple, estudis estadístics realitzats a l'Índia posen de manifest que els processos civils en aquest país tenen una durada mitjana de vint anys, a excepció dels que tenen per objecte drets immobiliaris, els quals poden durar encara més. No obstant això també ha estat constatat com la litigiositat pot ser evitada en part, induint als subjectes un altre tipus de posicionaments, a través de mecanismes institucionals, com l'establiment d'infraestructures de serveis jurídics i condicions processals adequades (Blankenburg, 1991).

La mediació ha irromput, a més, amb força, el que ha merescut ser objecte de regulació en molts països a fi de dotar-la de disciplina pròpia. Així, s'observa com, tant països pertanyents a la tradició jurídica de Dret civil o continental, com a països de tradició jurídica de Dret comú o anglosaxona, o fins i tot els mixtos, han procedit a legislar en termes molt semblants. Amb aquesta producció legal s'ha pretès oferir als usuaris un mecanisme que permeti l'efectivitat dels drets, superant els obstacles de temps i cost dels processos judicials i, al seu torn, garantir el respecte de principis clau en el desenvolupament de l'activitat mediadora i reconèixer als resultats certs efectes jurídics<sup>123</sup>. Això permet apreciar que, tot i la distància cultural dels diversos països pertanyents a orígens i tradicions jurídiques diversos, l'institut de la mediació s'ha vingut delimitant, pel que fa a la configuració dels seus elements estructurals, de manera molt similar, no tant per raó de possibles préstecs que puguin haver-se produït entre ells, o per la recepció parcial, o circulació de models i influències recíproques –que sens dubte n'hi ha hagut donat el mutu contacte, la facilitat d'intercanvi

i la comunicació en alguns casos<sup>124</sup>– com per raó de les circumstàncies i exigències socials que han propiciat la recuperació o l'adopció de solucions semblants.

Els diferents entorns culturals, la cultura jurídica, d'essencial empremta, ha determinat després el concret model que ha requerit cada sistema jurídic. Per això societats amb regulacions legals similars des d'un punt de vista formal, es desenvolupen després en la pràctica de manera diferent. Amb aquests objectius, els Estats en general han procedit a introduir mecanismes d'integració i institucionalització de la mediació en els seus sistemes jurídics. L'engranatge institucional s'ha dut a terme de forma molt heterogènia. Unes vegades disposant que el propi Ministeri de Justícia constitueixi un o diversos centres de mediació<sup>125</sup>, un Registre de mediadors i un sistema d'acreditació de la idoneïtat de les persones i centres privats que duen a terme l'activitat de mediació<sup>126</sup>, acompanyat de l'aprovació de codis de conducta o codis deontològics, programes de formació, etc. D'altres, fomentant l'ús de la mediació com a mitjà voluntari de resolució de conflictes mitjançant campanyes institucionals d'informació i mesures de suport als centres. D'altres disposant que determinades disputes s'hagin necessàriament de canalitzar prèviament a través d'un mecanisme extrajudicial, abans d'arribar a la jurisdicció dels tribunals<sup>127</sup>, regulant en aquests casos, habitualment, òrgans competents per entendre d'aquests assumptes i procediments a seguir<sup>128</sup>. O bé reconeixent valor legal als acords que s'assoleixen i atribuint-los valor executiu un cop homologats per un jutge o tribunal a través d'un procés senzill<sup>129</sup>. No resulta infreqüent que els Estats adoptin diverses de les estratègies expressades, simultàniament, no només per no ser excloents *per se*, sinó resultar complementària als fins expressats.

### 4.3 El context socioeconòmic i formes afins a la mediació

Tal com ha estat assenyalat, per comprendre el fenomen de la mediació cal examinar també el context social i econòmic on es desenvolupa, el seu imprescindible substrat real, viu, el qual el dota de veritable fonament i raó de ser. Aquesta posició metodològica interdisciplinària exigeix superar tradicionals distanciaments entre dret i sociologia jurídica, perquè ve reconegut cada vegada amb més intensitat la necessitat d'una estreta cooperació entre les diverses ciències socials.

En aquest sentit, tal i com ha estat exposat al capítol 1, es pot asseverar que la mediació emergeix en general

amb força en un context de crisi generalitzada del sistema judicial, i impossibilitat d'absorbir la gran quantitat de litigis i disputes que sorgeixen entre els particulars; a la qual cosa se suma la creixent complexitat i allargament dels processos judicials. Un dels objectius que solen plantejar institucions, organismes i particulars és reduir la complexitat processal, el temps i els costos lligats a qualsevol procés. Amb aquesta finalitat s'han articulats socialment moltes modalitats de resolució que guarden com a punt comú precisament assolir aquests objectius, evitant per tant, la jurisdicció.

#### 4.3.1 Formes afins amb tipificació social

En l'estudi comparatiu no pot faltar d'alguna manera una referència a altres manifestacions o models als quals

s'aproxima o amb els quals manté algun contacte la mediació, el que permet delimitar amb més precisió la figura, comprendre la funció social que li ha estat assignada en el seu conjunt i descriure la seva articulació, com una peça més del complex engranatge del sistema. En aquest estadi s'han pogut identificar i han estat descrites les següents figures afins: a l'*Expert fact-finding*, el *Joint fact-finding*, el *Med.arb*, el *Co-med Arb*, el *Mini.trial*, el *Multi-step - wise men*. Aquestes expressions tenen en comú amb la mediació, al marge dels objectius apuntats inicialment, ser expressions concretes i particularitzades de solució ràpida i econòmica de situacions conflictives que es donen en contextos socioeconòmics molt diversos. El quadre n. 1 mostra algunes de les figures de resolució de conflictes existents en l'àmbit anglosaxó.

#### Quadre 1. Taula de procediments de resolució de conflictes

ADJUDICATION*	Un tercer neutral confecciona una solució i adopta una decisió per al cas concret
DISPUTE REVIEW BOARD	Modalitat d'adjudicació. Es reuneix un comitè a l'inici del projecte, s'hi manté en contacte, i dóna una solució als problemes que es plantegen.
EARLY NEUTRAL EVALUATION (ENE)	Anàlisi preliminar dels fets, proves i legislació que empara una determinada pretensió. Base per a una futura legislació eventual.
MINI-TRIAL	O <i>executive tribunal</i> . Òrgan constituït per persones del mateix ram, amb més experiència, habitualment reforçat amb un mediador o expert neutral. Les parts presenten el seu cas i posteriorment l'òrgan –amb o sense mediador– negocia una solució fonamentada sobre el que ha escoltat prèviament.
JUDICIAL APPRAISAL	O <i>rent a judge</i> . Les parts designen un jutge que emetrà una resolució. Les parts han de posar-se d'acord sobre la forma i extensió que desitgen donar a la resolució, i si resulta o no convincent.
EXPERT FACT-FINDING	També denominat <i>neutral fact finding</i> : les parts escullen un tercer imparcial amb la finalitat que emeti el seu parer en una qüestió científica, tècnica o jurídica concreta. Informe o dictamen que no resulta vinculant.
EXPERT DETERMINATION	Similar a la figura anterior, però aquí el dictamen de l'expert és vinculant.
MED-ARB	Fórmula mitjançant la qual les parts inicialment intenten una mediació amb l'ajut d'un tercer imparcial, però poden convertir-lo en arbitratge.
CO-MED-ARB	Un mediador i un àrbitre dirigeixen un intercanvi d'informació. El mediador ajuda a assolir l'acord, sinó, l'àrbitre pren una decisió vinculant.
MULTI-STEP WISEMEN	Sèrie successiva de mecanismes: comitè, homes prudentes ( <i>wisemen</i> ), o executius sèniors d'empreses en conflicte. Si no es troba solució, s'acudeix a un arbitratge vinculant.
JOINT FACT-FINDING	Representants de les parts cerquen conjuntament solucions a determinades qüestions de fet.
OMBUDSMAN	Persona imparcial que atén a problemes de mala praxi en l'administració i en els departaments interns de les empreses (sectors públic i privat). Sol combinar el <i>neutral-fact finding</i> , la mediació i l'adjudicació.
PROJECT MEDIATION	Recolza, identifica i dirigeix els problemes abans que derivin en controvèrsies, i es pacta prèviament. Té una natura essencialment preventiva.

[\*] La terminologia és habitualment d'origen anglosaxó atès que aquestes pràctiques han tingut lloc o s'han estat desenvolupades principalment als EUA i Regne Unit.



### 4.3.2 Àmbits d'aplicació material i orgànica

Constituint les dades socio-econòmiques un factor clau en l'aparició i eclosió de certes formes alternatives de resolució, ha resultat necessari conèixer els àmbits en els quals la mediació ha trobat el seu espai: litigis comercials, conflictes derivats d'accidents mèdics, les relacions de família i les seves tensions, en matèria de consum, en el comerç electrònic, en l'àmbit de la telefonia i, en general, en el servei universal de telecomunicacions, en l'àmbit de les xarxes socials i els serveis de comunicacions electròniques, en el mercat de l'energia (electricitat i gas natural), en matèria de menors, en l'àmbit de la justícia restaurativa, en el sector de vehicles d'ocasió, bugaderia, neteja de teixits, sector mèdic, sector de l'arquitectura, sector mediambiental, tècnics de ràdio i TV, artesans professionals, banca, infància, propietat agrícola, disputes sobre límits, assumptes relacionats amb l'honor de les persones, o l'esport, en són solament alguns exemples.

Des d'una perspectiva orgànica, tot i que predomina la iniciativa privada, no són poques les iniciatives promogudes també per organismes públics, institucions, cambres de comerç o universitats. A tall d'exemple, només, en l'espai geogràfic europeu, i al marge dels diferents recursos auspiciats per la Comissió Europea dirigits als consumidors (com ara la xarxa extrajudicial europea, Xarxa CEE<sup>130</sup> o la xarxa per al sector dels serveis financers «FIN-NET<sup>131</sup>) cal destacar la labor de les Cambres de Comerç. L'últim informe del CITA-FUNDP<sup>132</sup> revela que és opinió generalitzada de les Cambres de Comerç europees que els ADR en general (i entre ells la mediació) són els mecanismes més apropiats de resolució de conflictes entre consumidor<sup>133</sup> atesa la seva rapidesa, confidencialitat, informalitat i simplicitat dels seus processos. També els Estats en els darrers temps han introduït la mediació en el si de les seves organitzacions i com a mètode de resolució en matèria de consum<sup>134</sup>.

## 5 Estudi comparatiu. Conceptes transversals i transnacionals aplicables a Catalunya

En aquesta última fase del procés ha resultat necessari identificar, a nivell estatal, autonòmic i català, quin és el concepte de mediació que ha estat acollit i que fa les funcions de *tertium comparationis*.

### 5.1 Context estatal i autonòmic

Espanya no s'ha dotat encara, a nivell estatal, d'una norma reguladora de la mediació en general, tot i que l'anomenat Pacte d'Estat per la Justícia, com va assenyalar el propi *Llibre Blanc sobre mecanismes extrajudicials de solució de conflictes a Espanya*, de l'any 2002<sup>135</sup>, ja projectava pivotar la reforma de l'Administració de justícia sobre la idea d'incentivació de mecanismes alternatius de resolució de les controvèrsies i el seu enfortiment mitjançant fórmules que, amb les suficients garanties, evitin la tendència generalitzada a anar en primera instància als Tribunals de justícia.

En els darrers trenta anys, l'Administració de Justícia a Espanya ha experimentat una profunda transformació i canvis legislatius adreçats a superar severes mancances estructurals. La Llei d'enjudiciament civil (des de la Llei 15/2005, de 8 de juliol, per la qual es modifiquen el Codi Civil i la Llei d'Enjudiciament Civil en matèria de separació i divorci), preveu específicament la mediació familiar en el si dels procediments de separació i divorci<sup>136</sup> i la disposició final tercera de la dita Llei va disposar que el govern emetria un projecte de llei sobre mediació que havia de respectar "en tot cas" els principis de voluntarietat, imparcialitat, neutralitat i confidencialitat i respecte als serveis de mediació creats per les Comunitats Autònomes". En l'actualitat també existeix l'avantprojecte de Llei de Mediació per a assumptes civils i mercantils<sup>137</sup>, el qual descriu la mediació com a mitjà "complementari" de resolució de conflictes i la conceptua en els termes següents: institut, fonamentat en la negociació, estructurat, informal, privat, extrajudicial, voluntari, a través del qual les parts intenten assolir per si mateixes un acord amb intervenció d'un mediador. Exigeix que el mediador sigui neutral, independent i imparcial. I fixa com a principis de la mediació el caràcter dispositiu, la imparcialitat, la neutralitat, la confidencialitat, la bona fe, el respecte mutu entre les parts i el deure de col·laboració i suport al mediador. Per tal d'obtenir la seva integració en el sistema d'Administració de Justícia, l'avantprojecte proposa algunes reformes processals, entre les quals destaca que l'inici de la mediació s'exigeixi com a requisit necessari i previ per anar als tribunals en determinats casos; que la mediació provoqui la suspensió de la prescripció<sup>138</sup>; i que es reconegui a l'acord de mediació valor de títol executiu quan compleixi determinats requisits legals.

Les diferents Comunitats Autònomes, després de la primera experiència legislativa de Catalunya, han dotat d'un quadre normatiu a la mediació, tot i que en l'àmbit de les seves respectives competències i circumscrita a la matèria de família, amb l'excepció de Catalunya, que

des del 2009 disposa d'una llei de mediació en l'àmbit del dret privat (que ha derogat la llei de mediació familiar). Les nombroses lleis autonòmiques incorporen conceptes o descripcions legals de mediació familiar que prenen com a punt de partida la Recomanació (1998) 1 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, en mediació familiar.

La Llei Catalana 1 / 2001, de 15 de març, de mediació familiar, va constituir el primer esforç d'un legislador autonòmic en l'aportació d'un concepte de mediació. Aquest exercici conceptual li va permetre plasmar en el seu preàmbul una descripció aplicable a qualsevol controvèrsia, en els termes següents: "mètode de resolució de conflictes que es caracteritza per la intervenció d'una tercera persona imparcial i experta, sigui a iniciativa pròpia de les parts, sigui a indicació d'una autoritat judicial, que té per objecte ajudar les parts i facilitar l'obtenció per elles mateixes d'un acord satisfactori", o bé "mesura de suport a la família i [...] mètode de resolució de conflictes en els supòsits que recull aquesta llei, per evitar l'obertura de procediments judicials de caràcter contenciós i posar fi als ja iniciats o reduir el seu abast". Identifica com a principis rectors de la mediació familiar la voluntarietat, la imparcialitat i la confidencialitat. El més destacable és, però, la introducció de l'exigència del caràcter personalíssim de la mediació, així com el contingut que se li atribueix, ja que és descrit com una obligació de les parts i la persona mediadora d'assistir personalment a les reunions de mediació sense que puguin valer de representants o intermediaris, el que es correspon més precisament amb el concepte de immediació. És un requisit sense precedents en la normativa europea<sup>139</sup> ni internacional<sup>140</sup>.

Després d'aquesta iniciativa legislativa, se'n van succeir moltes altres a nivell autonòmic, que situem:

- a) *La Llei de Galícia 4 / 2001*, de 31 de maig, reguladora de la mediació familiar, perfila la mediació com un mecanisme que proporciona auxili i suport a la negociació entre les parts, una mediació, com assenyala el preàmbul, "conciliadora" que eleva propostes de solució "a acceptar, o no, lliurement pels subjectes en conflicte". Participa, en conseqüència, de les característiques tècniques de la conciliació. El seu article 2 defineix la mediació com la intervenció dels professionals especialitzats requerits voluntàriament i acceptats en tot cas per les parts en condició de mediador. Disposava la llei el seu caràcter gratuït. La figura del mediador familiar es caracteritza com un professional especialitzat (expert psico-social, amb experiència professional, inscrit en un registre), imparcial i independent. Intervé a instàncies de les parts i no té atribuïdes facultats decisòries o diriments sobre el conflicte.
- b) *La Llei de la Comunitat Valenciana 7 / 2001*, de 26 de novembre, reguladora de la mediació familiar. Defineix la mediació familiar com "un procediment voluntari que persegueix la solució extrajudicial dels conflictes sorgits en el seu si, en el qual un o més professionals qualificats, imparcials, i sense capacitat per prendre decisions per les parts assisteix els membres d'una família en conflicte amb la finalitat de possibilitar vies de diàleg i la recerca en comú de l'acord". Es preveu com a procediment que pot resultar gratuït per a aquelles persones que siguin beneficiàries del dret d'assistència jurídica gratuïta. I el mediador és un professional de la mediació familiar amb formació universitària i de postgrau (en les disciplines de Dret, Psicologia o Treball Social, Educació Social o Graduat Social) inscrita en el Registre de Persones Mediadores Familiars.
- c) *La Llei de Castella la Manxa 4 / 2005*, de 24 de maig, del servei social especialitzat de mediació familiar, la qual descriu posteriorment la mediació en aquest àmbit com la intervenció professional realitzada per una persona mediadora qualificada, imparcial i neutral, amb la finalitat de crear entre les parts en conflicte un marc de comunicació que els faciliti gestionar els seus problemes de forma no contenciosa.
- d) *La Llei de les Illes Balears 18/2006*, de 22 de novembre, de mediació familiar, disposa que la mediació familiar "persegueix la solució extrajudicial de conflictes sorgits en el si de la família amb l'assistència de professionals qualificats i imparcials que facin de mediadors entre els subjectes per possibilitar vies de diàleg i obtenir acords justs, duradors i estables, per tal d'evitar que es plantegin processos judicials, de posar fi als que ja s'hagin iniciats o de reduir el seu abast". En aquesta llei es descriuen com a principis rectors: la voluntarietat, la neutralitat, la imparcialitat, la confidencialitat, i també la bona fe, la flexibilitat i la immediatesa entesa aquesta última com el deure de les parts d'assistir en persona a les reunions de mediació, sense valer de representants o intermediaris.
- e) *La Llei de la Comunitat de Madrid 1 / 2007*, de 21 de febrer, de mediació familiar la descriu com un procediment voluntari, no només de resolució positiva de tensions o conflictes familiars, sinó també de gestió, en el qual les parts demanen i accepten

la intervenció d'un mediador, professional imparcial, neutral i sense capacitat per prendre decisions per elles, que els assisteix per tal d'afavorir vies de comunicació i recerca d'acords consensuats. Els principis que enumera són semblants a la legislació autonòmica immediatament precedent: voluntarietat, confidencialitat i reserva, imparcialitat i neutralitat, bona fe, immediatesa i flexibilitat.

- f) La *Llei del Principat d'Astúries 3 / 2007*, de 23 de març, de mediació familiar la defineix com "un procediment extrajudicial i voluntari creat amb la finalitat de solucionar els conflictes [...] en què intervé un tercer imparcial degudament acreditat i sense poder de decisió, denominat mediador familiar, que informa, orienta i ajuda les parts en conflicte per facilitar el diàleg i la recerca d'un acord durador i estable per tal d'evitar un procediment judicial, posar fi al iniciat o reduir". Els principis que enumera són: la voluntarietat, la neutralitat, la imparcialitat, la confidencialitat, la immediació i la bona fe.
- g) La *Comunitat Autònoma del País Basc*, a través de la seva *Llei 1 / 2008*, de 8 de febrer, de mediació familiar la defineix com "procediment voluntari en què un o més professionals amb qualificació en mediació, imparcials i sense poder decisor, ajuden i orienten a les parts pel que fa al procediment dialogat necessari per trobar solucions acceptables que permetin concloure el seu conflicte familiar". Els principis, enumerats són: la voluntarietat, la confidencialitat, la transparència, la imparcialitat, la neutralitat, la flexibilitat, la immediatesa (en el sentit de la llei catalana, al qual afegeix el necessari caràcter presencial), bona fe, col·laboració i manteniment del respecte entre les parts i debat contradictori, descrit com el dret de les parts a sentir-se lliures d'expressar els seus punts de vista sobre la situació conflictiva, per la qual cosa la persona mediadora ha de potenciar un tracte equitatiu entre les parts, garantint una intervenció equilibrada entre elles en el transcurs de la mediació.
- h) La *Llei de la Comunitat Autònoma d'Andalusia, Llei 1 / 2009*, de 27 de febrer, reguladora de la mediació familiar, defineix la mediació de manera molt similar a les anteriors, com a "procediment extrajudicial de gestió de conflictes no violents que puguin sorgir entre membres d'una família o grup convivencial, mitjançant la intervenció de professionals especialitzats que, sense capacitat de decisió sobre el conflicte, els assisteixin facilitant la comunicació, el diàleg i la negociació entre ells i elles, a fi de promoure la presa de decisions consensuades

al voltant a aquest conflicte". Per a aquesta Llei la mediació familiar té com a finalitat que les parts en conflicte arribin a acords equitatius, justos, estables i duradors, contribuint així a evitar l'obertura de procediments judicials, o, si escau, contribuir a la resolució dels ja iniciats. Enumera com a principis: la voluntarietat, la imparcialitat i neutralitat, la confidencialitat, el caràcter personalíssim en el sentit introduït en la precedent llei catalana, la bona fe i la flexibilitat.

## 5.2 Aportacions de la Llei catalana 15/2009, de 22 de juliol, de Mediació en l'àmbit del Dret privat i de la Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de Consum de Catalunya

Situades les normes autonòmiques, cal visitar ara alguns aspectes interessants de les darreres apostes normatives catalanes sobre mediació, en concret la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de Mediació en l'àmbit del Dret privat i, per a la mediació en matèria de consum, la Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya<sup>141</sup>, sens perjudici de remetre'ns, per una anàlisi més completa, al capítol d'aquest llibre que tracta jurídicament i institucional la mediació.

En primer lloc, la Llei 15/2009 incorpora diferents elements a la accepció legal que feia la Llei 1/2001: ara es defineix la mediació com "el procediment no jurisdiccional de caràcter voluntari i confidencial que s'adreça a facilitar la comunicació entre les persones, perquè gestionin per elles mateixes una solució als conflictes que les afecten, amb l'assistència d'una persona mediadora que actua de manera imparcial i neutral". I s'afegeix que "la mediació, com a mètode de gestió de conflictes, pretén evitar l'obertura de processos judicials de caràcter contenciós, posar fi als ja iniciats o reduir el seu abast". El primer paràgraf, que preten conceptualitzar l'institut, és una novetat, mentre que el segon adopta el criteri de la Llei 1/2001, però desplaça el concepte de "mètode de resolució..." a "mètode de gestió...". També cal destacar l'esment a la "neutralitat" en l'actuació del tercer, que ja apareix a la mateixa definició.

D'altra banda, es fixa amb claredat l'exigència de titulació universitària i de formació especialitzada en mediació dels professionals de la mediació amb el plus que haurà d'actualitzar-se, sense precisar uns estudis concrets, a més el mediador haurà d'estar col·legiat o

pertanyer a una associació professional en l'àmbit de la mediació que es trobi acreditada pel Departament competent en matèria de Dret civil, o bé prestar els seus serveis per l'Administració. Caldria assenyalar formalment un tercer element, l'explicitat principi de bona fe, que en realitat ja regeix implícitament, com a principi general del dret, català (art. 111-7 Codi civil de Catalunya).

La Llei 15/2009 té amb declarada vocació universalista, aspira a integrar tots els àmbits del Dret privat, tot i que concreta després que es refereix a determinats conflictes de l'àmbit civil que es caracteritzen per la necessitat de les parts de mantenir una relació viable a llarg termini. La vocació generalista no exclou l'existència de normes sectorials, on la Llei pot actuar amb caràcter supletori, com ara el Decret que regula la mediació en l'àmbit de l'activitat cooperativa i el Decret en l'àmbit dels contractes de conreu i dels contractes d'integració, tots dos aprovats uns mesos després<sup>142</sup>. Així i tot, el preàmbul de la Llei 15/2009 no amaga la necessitat de l'existència d'una futura Llei general de la mediació, d'acord amb els dictats de la Directiva 2008/52/CEE.

Certament, la Llei catalana va lligada a una visió de la mediació com a eina útil per obtenir solucions "auto-gestionades" per les parts, que preservin les relacions futures. Pot donar lloc, com ho va fer en el seu dia la Llei 1/2001, a una major consolidació de la mediació en el país. Conjumina tant elements de dret comparat com les conclusions derivades de les experiències derivades de la gestió, per part del Centre de Mediació, en les mediacions familiars. Ara bé, al nostre judici, fóra bo, en el cas d'una ulterior revisió, una reflexió sobre els principis, que són el nucli de la figura –reflexió que, ens consta, és un dels objectius del capítol sobre la construcció jurídica i institucional de la figura a Catalunya–. Creiem que algunes descripcions dels principis són perfectibles, i no sempre d'acord amb les definicions i descripcions que aporten les diverses Recomanacions europees i, en general, a la normativa internacional. Així, per exemple, considerem una disfunció que s'abordin en un mateix article els principis d'imparcialitat i neutralitat, sense definir o descriure els àmbits de cada un d'ells (resulta preferible, creiem, la presentació de l'avantprojecte estatal). D'altra banda la presentació del principi d'imparcialitat configura un contingut que, al nostre judici, s'acostaria més al principi d'independència. A més, la Llei conserva el caràcter "personalíssim" de la mediació en els termes de la Llei 1/2001, reservant "a les situacions excepcionals que facin impossible la presència simultània de les parts" l'ús de mitjans tècnics que facilitin la comunicació a distància. Aquest criteri pot qüestionar-se i ens consta

que ha estat objecte de reflexió en el capítol de la construcció jurídica de la mediació.

La Llei fixa un desenvolupament de la mediació que pivota sobre el principi d'autonomia de la voluntat privada i de llibertat de les parts en la fixació del de les qüestions i la planificació de les sessions, però introdueix alguns elements que podrien qüestionar teòricament aquesta llibertat, en establir períodes de durada, obligar les parts a concretar el nombre màxim de sessions i impedir de manera general que les parts iniciïn una nova mediació fins no haver transcorregut un any de la mediació anterior sobre un mateix objecte o des que hagi estat intentada sense acord. Certament, aquesta regulació es justifica perquè s'està davant d'un procediment lligat a la mediació pública, sovint finançada per les Administracions, però sí que caldria reflexionar sobre la prohibició sense excepcions d'establir una nova mediació en el termini d'un any (justament els que han conegut una mediació, malgrat que hagi fracassat, són els que més coneixen la figura, i les possibilitats que depara); finalment, en probablement un excés de prudència o d'autolimitació competencial, la Llei no preveu els efectes executius propis d'una resolució judicial (sens perjudici de que puguin incorporar-se als processos judicials en curs –o que s'iniciïn– per a la seva ratificació i, si s'escau, aprovació judicial).

### 5.3 Un darrer exercici de contrast

Delimitat el concepte legal i les descripcions acollides a la legislació catalana, hem volgut concloure amb un exercici de contrast per subratllar aquells aspectes contemplats en altres legislacions i experiències que poden resultar d'interès a Catalunya.

#### 5.3.1 Concepte de mediació

De les anàlisis de les dades socials, econòmiques i jurídiques es desprèn que la mediació és definida o descrita principalment com un procediment, procés o mecanisme no jurisdiccional o de caràcter extraprocessal, voluntari, autocompositiu o d'amigable composició, desenvolupat amb l'ajuda d'un tercer neutral, en el qual les parts conserven en tot moment el poder de disposició sobre la matèria i el procés. Exigeix com a premissa un conflicte, una controvèrsia o un litigi.

No hi ha consens generalitzat sobre el contingut de cada un d'aquests significants, si bé la doctrina americana suggereix que el conflicte és la mera diferència que ge-

nera insatisfacció (de caràcter intangible) mentre que el litigi o disputa seria el desacord expressat, externalitzat (tangible / un producte del conflicte). Des d'aquesta perspectiva, els conflictes han de ser gestionats mentre que les disputes requereixen ser resoltes (Davis, 1996; Costantino, 2008). A través de la mediació les parts intenten arribar a un "acord" que doni solució a les dificultats resultants del conflicte o litigi. Finalment, la funció del tercer mediador troba el seu límit en el respecte del principi de neutralitat, de manera que aquest no pot procedir a proposar formalment o imposar solucions, d'aquí la important distinció formal amb la conciliació.

### 5.3.2 Concepte d'acord de mediació

És el pacte o conjunt de pactes que posen fi a una controvèrsia existent entre dues o més parts. Els efectes jurídics d'aquest acord depenen de la conformitat amb la legalitat vigent. Del quadre normatiu dels diferents països cal dir que en la major part dels ordenaments jurídics, l'acord té el valor d'una transacció. De manera que, en cas d'incompliment, si res específic ha previst l'ordenament jurídic, s'hauran de sotmetre a l'aprovació (homologació) i posterior execució per part d'una autoritat judicial. Un nombre significatiu d'ordenaments preveu, a més, que els acords de mediació puguin adquirir directament efectes executius, expressant les circumstàncies que han de concórrer perquè es desplegui tan important efecte.

### 5.3.3 Concepte de mediador

Mediador és la persona o òrgan que facilita l'acord, assisteix a les parts per acostar-les, crea un ambient propici per a la seva comunicació i assegura que les parts actuïn amb igualtat d'armes, en igualtat de condicions, reequilibrant-les si això és necessari. La tasca del mediador troba el seu límit en la pròpia del conciliador, és a dir, el mediador no pot suggerir solucions, ni proposar-les. Es predica del mediador que ha de ser necessàriament una persona que actuï de manera imparcial (sense biaixos, ni inclinacions) i justa, i que no deu en cap cas tenir conflicte d'interessos ignorat o no acceptat per les parts. Quan el mediador és un òrgan, es predica d'ell la seva independència, als efectes d'aconseguir l'exigible imparcialitat dels seus components. En qualsevol cas, aquestes característiques responen a estàndards de conducta adoptats en la rica i abundant pràctica i emergeixen de certs principis que de manera generalitzada han estat reconeguts i plasmats en molt diversos instruments legals relatius a la mediació.

### 5.3.4 Principis i estàndards aplicables a la mediació

Aquest és, probablement el nucli de l'anàlisi. La pràctica en els diferents espais geogràfics i àmbits materials revela que aquesta modalitat de resolució extrajudicial es regeix pels principis estructurals que enumerem a continuació, que giren al voltant de la idea de confiança. Cal precisar que no tots estan recollits en la normativa catalana, i que a l'apartat anterior hem indicat la conveniència de fer algunes correccions o precisions a la llei, d'ací que partim d'una enumeració de tots els principis treballats durant el capítol i que podrien tenir una major visibilitat:

- a) Principi de llibertat o autonomia de la voluntat privada, vinculat al principi de flexibilitat i de poder decisonal de les parts.
- b) Principi de "confidencialitat", vinculat a la idea de secret professional, que és un pressupost essencial de la mediació. Impedeix, llevat consentiment explícit de totes les parts –possible si no concorre impediment legal–, conservar i divulgar els supòsits sotmesos a mediació, així com les declaracions. També impedeix que el tercer que intervingui en un procés de mediació pugui després erigir-se en àrbitre sobre el mateix assumpte, i que les parts i tercers participin com a testimonis o en una altra qualitat en posteriors processos judicials o extrajudicials sobre el mateix assumpte;
- c) Principi d'imparcialitat, que té com a premissa no actuar amb favoritismes o prejudicis personals respecte d'algun dels participants, per raó de les seves característiques, orígens, valors, creences o qualsevol altra raó, i implica així mateix no acceptar favors o regalies.
- d) Principi de neutralitat, consistent en què el mediador no pot proposar formalment ni imposar solucions.
- e) Principi d'equitat del procediment o igualtat d'armes, diferent del principi de debat contradictori, i que inclou la important funció del mediador de gestionar el poder de les parts i reequilibrar situacions d'assimetria.
- f) Principi d'economia processal, i les seves diferents expressions: eficiència, eficàcia, celeritat, economia.
- g) I, finalment encara que implícit, el principi de legalitat.

A aquests s'hauria afegir, com a principi/s informador/s, la independència i transparència, lligades a la idea d'im-



parcialitat, de manera que s'evitin els eventuais conflictes d'interessos entre mediador i parts, tant durant la mediació com posteriorment. Atès que la intervenció del tercer és menor en la mediació que en la conciliació, sembla raonable moderar i atenuar l'abast d'aquest principi en l'àmbit de la mediació, on l'activitat del tercer no arriba a formular propostes formals de solució i el principi de neutralitat és el rector en la seva actuació.

Com que el conflicte d'interès pot sorgir per la implicació del mediador en l'objecte de la disputa o per la relació d'aquest, anterior, simultània i fins i tot posterior amb un participant de la disputa, és primordial revelar a les parts en tot moment qualsevol informació que pugui comprometre aquest principi, perquè el mateix mediador o les parts decideixin si ha de apartar-se del cas. Així mateix, el mediador no ha d'adoptar rols addicionals, funcions o càrrecs en la resolució del mateix conflicte si no és amb exprés acord de les parts<sup>143</sup>.

Si bé s'han trobat comuns denominadors que han permès definir cada un d'aquests principis, no resulta senzill delimitar amb gran precisió l'abast dels mateixos en matèria de mediació perquè, excepte pel que fa al principi de legalitat, tots els altres queden subjectes al principi de llibertat i autonomia de voluntat de les parts, que poden estendre o reduir el seu abast i aplicació pràctica al cas concret.

## 6 Conclusions

### 6.1 Síntesi: algunes consideracions conclusives

De l'estudi comparatiu dut a terme es poden extreure algunes reflexions que poden resultar útils en la futura conformació i desenvolupament de la mediació a Catalunya.

- a) *Ens trobem, evidentment, davant d'una institució de naturalesa no jurisdiccional*, que es desenvolupa de manera prèvia i complementària als mecanismes jurisdiccionals, la qual cosa no impedeix que es pugui dur a terme, també, en seu judicial, com a mecanisme col.laborador de l'administració de justícia. En aquest sentit, la mediació ha fet un pas evolutiu significatiu, perquè ja no constitueix només una modalitat "alternativa" a les instàncies judicials, sinó a més complementària, útil col.laboradora de l'Administració de justícia.
- b) La implementació i l'important desenvolupament de la mediació en alguns àmbits es deu principalment al fet que *els acords assolits entre les parts solen ser duradors per resoldre les raons de fons*, la qual cosa contribueix a una major pau social i a evitar futures eventuais confrontacions. Té en conseqüència un efecte preventiu col.lateral, però remarcable.
- c) La mediació és efectiva quan *compta amb una normativa de mínims que ofereix un marc de confiança i certesa* tant dels processos com dels resultats. La mediació civil, familiar, societària o penal són bons exemples de la mediació en aquests àmbits desenvolupada com a mètode no només de resolució sinó també de gestió de les controvèrsies. En els darrers temps la mediació gaudeix també de bona acollida en sectors socioeconòmics molt heterogenis.
- d) *El consens és la base del sistema*. Aquest consens pot fins i tot arribar a delimitar l'abast de certs principis i estàndards, en particular pel que fa a les exigències de confidencialitat. No es considera que atempti al necessari consens ni a l'autonomia de la voluntat establir, com a l'obligació legal, que les parts vagin a una sessió inicial o prèvia d'informació per donar a conèixer els beneficis i de les característiques de procés i així impulsar l'ús de les vies extrajudicials i de amigable composició existents abans d'acudir a la via judicial. Més discutit és si el reenviament que els jutges –de família, per exemple– fan als serveis de mediació ha de constituir per a les parts una obligació o una invitació a que les parts reconsiderin un acord, abans de continuar amb el procés contenciós.
- e) L'intent de mediació de caràcter obligatori, institucionalitzat com a pas previ necessari a la jurisdicció (*mandatory mediation*) posat en pràctica en alguns sistemes jurídics *dóna encara dades ambivalents en termes d'eficiència*<sup>144</sup>. Les escasses experiències i els pocs estudis empírics realitzats mostren un estalvi de costos del procés quan es porta a terme de manera incipient, tot i que hi ha dubtes pel que fa al pretès estalvi en cas de retards. D'altra banda, s'han constatat alguns abusos de poder i coerció en l'acceptació dels acords<sup>145</sup> per la por, ignorància o poques expectatives pel cost econòmic que un judici comportaria. Així mateix, en alguns casos, la part econòmicament més forta es beneficia de la dilació que comporta la mediació, a costa de la més feble<sup>146</sup>. Finalment, si bé els índexs d'èxit de la mediació són elevats, no menys cert és

que s'ha observat que depèn en gran mesura de la professionalitat del mediador i, en particular, de la possibilitat brinda a les parts perquè puguin triar-lo (el resultat decreix quan és assignat per l'ens local o judicial). Com ha tingut ocasió de declarar la Cort de Justícia de l'Unió Europea recentment en el cas *Telecom Italia SpA*, ni el principi d'equivalència ni el d'efectivitat, ni tampoc el principi de tutela jurisdiccional efectiva es veurien afectats per l'implantació de l'obligatorietat d'un intent de conciliació obligatòria, a condició que tal procediment no condueixi a una decisió vinculant per a les parts, que no comporti retards substancials per a l'interposició d'un recurs davant els tribunals, i que no suspengui la prescripció dels drets ni generi costos desproporcionats a les parts, i sempre que la via electrònica no constitueixi l'única modalitat d'accés al procediment de conciliació i sigui possible disposar de procediments cautelars en cas que la urgència de la situació així ho imposi<sup>147</sup>.

El que no sembla admissible és implantar un sistema de mediació que impedeixi posteriorment l'accés a la jurisdicció<sup>148</sup>. Tampoc no sembla convenient la introducció d'un model d'intent de mediació obligatòri general sense consideració particular a les matèries i sectors en què hagi de desenvolupar-se, perquè la mediació s'ha manifestat inapropiada en determinades circumstàncies. En països amb llarga tradició com els Estats Units es considera que la participació obligatòria només ha de resultar imperativa quan tal mandat tingui més probabilitats de servir als interessos de les parts que la compareixença voluntària<sup>149</sup>.

f) *Ningú millor que les mateixes parts per conèixer quina és la solució que s'emmotlla més encertadament als seus interessos i necessitats*, de manera que la mediació, com a mètode que permet confeccionar per elles mateixes una solució a mida del cas ha manifestat ser molt efectiva i ha gaudit d'àmplia acceptació en tots els països. Per preservar aquesta llibertat i autonomia i dotar-la de certesa jurídica i confiança, els països, les institucions no governamentals i els centres de mediació han procedit a redactar instruments que fixen alguns principis rectors o estructurals i estàndards informadors<sup>150</sup>. Entre aquests figuren sempre els principis i majoritàriament altres qüestions procedimentals i referides al resultat, així com la forma i efectes dels acords. En definitiva, mínims necessaris per reconèixer la pràctica (certesa) i dotar de seguretat jurídica.

L'abast d'importants principis com és el de confidencialitat de l'òrgan mediador, pot ser modulats per les parts amb l'únic límit de l'ordre públic i les lleis imperatives. Hi ha una tendència a deixar obert el procediment a la voluntat explícita de les parts, per dotar l'institut de major agilitat i eficàcia. I les particularitats derivades de l'àmbit material o del context al qual va dirigida la mediació es duen a terme de manera generalitzada a través de desplegaments reglamentaris. Es preserva d'aquesta manera el poder creatiu i l'ús divers que permet la mediació. Són les parts les que confeccionaran, juntament amb el mediador, un vestit a mida dels seus interessos i necessitats, si bé aquesta llibertat pot veure's atemperada en el cas de la mediació tipificada com "pública".

- g) Tenint en compte que la confiança és un element clau tant per l'inici d'una mediació com durant el seu desenvolupament i conclusió, *aquest factor es troba present sempre, es manifesta a través de diversos principis i estàndards i informa el sistema*. Tots els ordenaments sense excepció fan descansar la mediació en el principi de confidencialitat.
- h) La mediació, i en general els mitjans alternatius de resolució de conflictes de naturalesa autocompositiva, resulten *d'èxit quan el mediador és un professional amb experiència i una determinada formació*. Això no necessàriament implica que hagi de tenir coneixements jurídics –perquè no tota mediació conclou amb un acord amb efectes jurídics i força vinculant per a les parts– però sí que compti amb una preparació no exclusivament inquisitorial o adversarial i tingui gran capacitat negociadora per entendre i interpretar les necessitats i fins i tot per anticipar i evitar l'escalada del conflicte. Les legislacions així ho exigeixen de manera generalitzada, si bé prescindeixen la majoria d'exigir al mediador una determinada titulació, per tal de conservar algunes pràctiques consuetudinàries o tradicionals desenvolupades per persones que gaudeixen d'autoritat entre les parts i en la pròpia comunitat.
- i) Atès que l'acord que s'aconsegueix pot tenir rellevància jurídica, es contempla en general la possibilitat que adquireixi *efectes jurídics vinculants per les parts i fins i tot efectes executius si l'acord és generat o supervisat per un professional amb formació jurídica*. És d'aquesta manera que l'acord supera habitualment el filtre de legalitat legitimadora, perquè l'autoregulació dels interessos privats i el respecte del principi *pacta sunt servanda* no assegura sempre l'equilibri dels acords, ni la seva racionalitat, ni la protecció de la part més feble ni,



en definitiva, la seva adequació als principis i valors constitucionals com ho farien després de tutejar pels tribunals com a manifestació d'un interès mereixedor de ser protegit.

- j) En la majoria de països l'inici d'un procés de mediació provoca la suspensió dels terminis de prescripció o caducitat de drets i accions. Els estats disciplinen la mediació tot garantint que el seu ús no produeixi una preclusió de la via judicial. Aquest efecte ja ha estat convenientment recollit en la Directiva 2008/52/CE.
- k) La mediació ha obtingut resultats significatius en assumptes on cal conservar i reconstruir les relacions personals, o quan les parts tenen la possibilitat d'intervenir des de l'inici, establint els primers consensos en el mateix procediment de mediació. És una manera de construir confiança en l'altra part, abans d'abordar el problema de fons. Per contra, la mediació no es manifesta com un mecanisme adequat o efectiu de gestió i resolució quan el professional no està prou preparat per conduir a l'acord. La formació en sistemes adversarials i la manca d'una formació específica en mètodes d'amigable composició impedeix a molts professionals conduir de manera adequada les mediacions.

Tampoc resulta reeixida en aquells països en els quals el professional és millor retribuit o compensat si entaula un plet que si aconsegueix un acord. I així ho propicien els mateixos aranzels professionals (Als Estats Units, Regne Unit, Espanya, Itàlia, etc). De la mateixa manera, constitueixen un seriós obstacle a la mediació determinades emocions de les parts que, si no són prèviament treballades, poden representar una barrera infranquejable (Sebenius, 2001). Tampoc prospera una mediació quan la discòrdia es manifesta en assumptes en els quals una o diverses parts han actuat amb mala fe, frau o hi ha hagut un incompliment deliberat. Finalment, convé no infravalorar la importància de la qualitat del tercer neutral. Si aquest desperta dubtes sobre la seva neutralitat o imparcialitat a l'hora d'actuar, o s'aprecia per les parts manca de transparència del mediador, o hi ha incertesa sobre possibles conflictes d'interessos, la mediació no podrà desenvolupar-se satisfactòriament.

## 6.2 Recomanacions finals: idees pràctiques aplicables a Catalunya

Un cop situades les indicacions conclusives, voldriem concloure aquest text amb algunes propostes de *lege*

*ferenda* –en alguns casos ja esmentades en el text–, als efectes d'una futura institucionalització de la mediació a Catalunya com a sistema, a la llum de l'experiència estrangera, de les iniciatives legislatives, de les Recomanacions provinents del Consell d'Europa i de la Unió Europea, i del sentit sociològic, econòmic i jurídic que persegueix aquesta institució, tenint en compte les necessitats de l'espai geogràfic i cultural al qual aniria dirigida.

1. La conveniència d'emmarcar la mediació dins del sistema, com a institució articuladora d'un nivell de justícia de naturalesa no jurisdiccional, plenament integrada en el sistema de l'Administració de justícia, i interoperable amb aquest.
2. L'oportunitat de plasmar de manera precisa els trets identificatius de la mediació i la seva naturalesa facilitativa respecte d'altres modalitats de resolució autocompositives –com ara la conciliació, de tipus avaluatiu– evitant que s'utilitzin termes intercanviables, perquè l'ús indiscriminat no afavoreix la seguretat jurídica ni contribueix a la confiança<sup>151</sup>. Significat i significat s'han de correspondre; termes polisèmics i descripcions vagues actuarien en detriment d'una bona pràctica mediadora<sup>152</sup>. En aquest sentit, es recomana subratllar la neutralitat com a tret distintiu de la mediació i dotar aquesta qualitat de contingut precís.
3. La utilitat d'identificar els principis i estàndards que resulten estructurals de la mediació, amb descripció precisa de contingut i abast, d'acord amb els instruments legals vigents, i de conformitat amb les pràctiques i els codis de conducta que condensen l'experiència dels diversos centres, institucions i organitzacions de mediació existents. En concret, seria recomanable la fixació de certs estàndards de conducta que preservin els principis de la mediació. En particular pel que fa a:
  - a. La possible intervenció posterior d'un mediador com advocat d'una de les parts, després d'un intent de mediació. Per exemple, seria adient establir la necessitat de consentiment explícit de les dues parts per la possible assumpció de la defensa jurídica d'una sola d'elles, un cop finalitzat el procés de mediació. De la mateixa manera s'hauria de procedir en cas d'intervenció del mediador com conciliador després d'un intent de mediació, o com àrbitre<sup>153</sup>.
  - b. Les eventuais mediacions intraprocedimentals, evitant que el mateix jutge que decideix o

- resol en una controvèrsia actui com a mediador en aquesta<sup>154</sup>.
- c. El principi de transparència en la mediació i el seu abast<sup>155</sup>, estretament vinculat amb la prohibició de conflicte d'interessos.
  - d. El principi d'eficiència<sup>156</sup>, dotant-lo de contingut i abast, i afavorint les diferents manifestacions que la propicien, en concret l'economia processal (senzillesa, flexibilitat, ubiqüitat), el cost reduït (mitjans electrònics, possibilitat d'asincronia), la celeritat (ubiqüitat, ús de les TIC, terminis breus, remoció d'obstacles derivats d'exigències d'immediatesa o presencialitat<sup>157</sup>) i l'eficàcia dels resultats (dotant-los d'eficàcia jurídica).
  - e. Per últim, hem mostrat, al llarg del text, la importància del principi d'equitat, com a rector del procés. Fóra bo tenir-lo present de manera explícita en una futura reforma.
4. A fi que aquest mètode de gestió i resolució pugui adquirir el seu màxim desplegament i la seva plena integració en el sistema de l'Administració de justícia seria convenient que es contemplés la possibilitat que el resultat a què arribin les parts pugui adquirir valor vinculant i força executiva sense necessitat de procedir a l'obertura d'un procés judicial declaratiu, sempre, naturalment, que el seu contingut i redactat fos d'acord a dret. En definitiva, que el document pugui comportar execució en determinades circumstàncies predisposades per la llei. Catalunya, d'acord amb l'art. 148.16 CE i 130 EAC, podria regular aquesta qüestió.
  5. Convindria, de la mateixa manera i amb la mateixa finalitat, que l'inici de tot procés de mediació suspengui immediatament els terminis de prescripció i caducitat de drets i accions.
  6. Sembla també del tot oportú suggerir que siguin els desenvolupaments reglamentaris o estatutaris els que abordin els aspectes més adventicis o les particularitats que adopta la mediació en els diferents sectors materials; reservant a la Llei la descripció legal, els principis i elements estructurals de tota mediació, les característiques i requisits de formació exigibles al mediador i el règim de responsabilitat del mediador i organismes de mediació.
  7. Vinculada a l'anterior recomanació, sembla oportú assenyalar la conveniència que, per tal de garantir l'efectiva tutela dels drets, el respecte de la normativa d'ordre públic i la no renúncia de drets de

caràcter indisponible, els acords de mediació amb efectes jurídics vinculants per les parts siguin conclusos sempre i en tot cas amb l'auxili de mediadors amb formació jurídica<sup>158</sup>.

8. Finalment, sembla prudent preservar el caràcter voluntari de la mediació, de manera que resulti una opció informada, no una imposició del sistema<sup>159</sup>; la mediació "obligatòria", en el sentit expressat d'exigència d'un intent de mediació com a condició o requisit processal per a l'accés a la jurisdicció podria comportar més inconvenients que avantatges si les parts hi acudeixen sense un veritable ànim d'acord, com ho demostren algunes experiències de dret comparat. La qual cosa no obstarria a l'estudi d'oportunitat d'un sistema institucionalitzat d'informació, per a dotar a les parts de la major informació possible respecte de les seves opcions i dels efectius avantatges de la mediació.

## 7 Bibliografia

- 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*. Dirittomoderno.it. Edizioni C.s.p.
- Capelletti, (1978) *Access to justice*. Giuffrè 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 I* 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](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 pratica", *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.; Cicogna, M.A.; Necchi, C.; Bandini, A.; Brunelli, C.; Valerini, F.; Romualdi, G.; De Rita, M.; Ruschetta, 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](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". *Re-*

- vista 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.

## Notes

- 1 Sense perdre la doble perspectiva de globalitat i la cultura legal local. V. a aquest sentit també Berman (1999), Habermas (1996), Merryman et al. (1994), Potter (2000).
- 2 Com assenyalava Delfini (2010), la polisèmia del terme *mediació* demana necessàriament un predicat que connoti les característiques estructurals de l'institut.
- 3 Així mateix, els nous àmbits en què es desenvolupa la contractació i les expectatives dels individus a les societats democràtiques són factors a considerar.
- 4 Vegeu sobre aquests aspectes Galanter (1985), Galanter i Lander (1992), Macaulay (1997), Friedman i Pérez-Perdomo (2003), Sandrock (2009). Un estudi comparat d'accés a la justícia efectuat per Ugo Mattei (2007, p. 9) mostra com la major part dels països addueixen problemes de lentitud dels processos judicials i que això no es deu a qüestions geogràfiques, sinó a la concentració dels negocis en una determinada àrea.
- 5 Cfr. Mattei (2007), Mattei i Nader (1984, 2008), Fiss (1984, 2005), Taruffo (2009). Veure també Averbach (1983).
- 6 La present anàlisi no contempla específicament el continent africà ni els països islàmics, en no disposar de dades suficients que permetin un estudi comparat de les seves experiències. Tan sols comptem amb informació molt fragmentària d'algunes iniciatives pertanyents a països riberenys del Mediterrani. A tall d' exemple:
  - Al Marroc: la Cambra de Comerç va fundar, l'any 1999, l'*International Arbitration & Mediation Center* de Rabat (CIMAR). També la Cambra de comerç de Casablanca (CCISC) ofereix serveis de mediació des de l'any 2003; i el Centre de Conciliació i Arbitratge de Marrakech, creat al juliol de 1999. La Cambra de Comerç, Indústria i Serveis d'Agadir lidera un projecte pilot juntament amb l'ICC. Es desconeix, no obstant, els resultats d'aquestes experiències, centrades en general en matèria de comerç.
  - A l'Egipte, el *Cairo Regional Center of Commercial Arbitration* compta amb un Reglament propi regulador de la mediació, amb precises referències a la confidencialitat i a l'obligació de revelar qualsevol informació que pugui comprometre la independència o la imparcialitat del mediador. Com a curiositat, cal assenyalar que el seu article 15 disposa que, ni el Centre de mediació ni el mediador, poden participar en un procés judicial relatiu a la mediació que hagin portat a terme.
  - A Tunísia, el *Centre de Conciliation et Arbitrage de Tunis* compta també amb el seu propi Reglament de mediació i conciliació (<http://www.ccat.org.tn/>) que, tot i ser breu, contempla una previsió interessant relativa a la prohibició que el mediador o conciliador puguin portar a terme les funcions d'àrbitre en un procediment arbitral pel mateix litigi. Així mateix prohibeix que les parts puguin fer valdre en procediments arbitral o judicials els punts de vista expressats per les parts o els mediadors o conciliadors, com tampoc les seves propostes.

Les previsions legals i experiències mediadores van habitualment de la mà de l'arbitratge, que constitueix el sistema extrajudicial més implantat, almenys formalment, en el continent africà: Moçambic compta amb la Llei 11/1999, de 8 de juliol, d'Arbitratge, conciliació i mediació; Cabo Verde disposa de la Llei 76/2005, de 16 d'agost, d'arbitratge i del Decret Llei 31/2005, de 9 de maig, de Mediació; Angola, amb la Llei 16/03, de 25 de juliol sobre l'arbitratge voluntari; Malawi va promulgar recentment una Llei Reglament per a la mediació judicial obligatòria i compta amb un projecte pilot de mediació iniciat l'any 2008 per a la seva implementació entre la població rural (el 85% és agricultora), un programa que



està sent coordinat per d'Institut Danès de Drets Humans, adreçat a facilitar l'accés a la justícia de les persones més desfavorides, tant en temes civils com penals, juvenils o de faltes. Nigèria disposa d'una Llei de Arbitratge i conciliació, de 14 de març de 1998; Sudàfrica va promulgar fa algunes dècades la Llei 42/1965, reguladora dels acords arbitrals i de l'execució dels seus laudes i compta amb una norma de 20 d'abril de 2005, mitjançant la qual s'estableix una normativa per a la resolució extrajudicial de disputes en l'àmbit dels noms de domini.

Cal assenyalar també alguns programes pilot per a l'impuls de la mediació i, en general, dels mètodes alternatius de resolució de conflictes, en matèria mercantil, per a l'implementació de les relacions comercials i de les petites i mitjanes empreses dels països africans. A tall d'exemple, l' "Asociació Internacional de Desenvolupament" del Banc Mundial ha finançat un projecte anomenat "Assistència Tècnica Internacional de ADR Center" dirigit a millorar el clima de les inversions als estats d'Abia, Kaduna i Lagos, en facilitar l'accés a la justícia i a la reducció de temps i costos involucrats a la resolució de disputes comercials. Inclou programes públics, privats o lliures.

- 7 No tots, tanmateix: alguns estats, com Luisiana, responen a la tradició jurídica del *civil law*; o Puerto Rico, Estat associat dels EE.UU, que té un dret mixt de *common law* i *civil law*.
- 8 Nomenada pel President Lyndon B. Johnson l'any 1965.
- 9 Són nombrosos els estatuts que desenvolupen programes de mediació als diferents Estats, i així ho refereix la pròpia Llei Uniforme; de la mateixa manera, molts Estats han procedit a crear oficines estatals per a l'estímul de l'ús de la mediació (v. gr., a Arkansas, Carolina del Nord, Massachussets, Nebraska, Oklahoma, Nueva Jersey, Ohio, Oregón, o Washington, Wisconsin, Califòrnia).
- 10 Així mateix, des de la normativa processal, la confidencialitat de la mediació ha estat preservada a través de regles probatòries que disposen que les proves sobre la conducta o les declaracions portades a terme en negociacions o processos similars no són admissibles.
- 11 Amb algunes excepcions. V. a tall d'exemple, la *Mandatory Mediation Act*, de Califòrnia, EUA (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 Research Needs, Nacional Center For State Courts, and State Justice Institute, 1994, p. 93 a 111.*
- 13 Resultats dels estudis sobre els efectes d'aquest programa a: <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/default.htm>. V. també 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 títol d'exemple, els estàndars de pràctica i recomanacions 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 V. gr., incrementant el salari base amb bonus, quan es fa ús dels ADR.
- 16 A Austràlia, concretament, New South Wales va promulgar una primera Llei a l'any 1980, per a la regulació dels *Community Justice Centres* dirigits a la resolució de les controvèrsies en matèria civil i penal. Amb posterioritat, es va estendre la seva pràctica a l'àmbit de la família, comunitat veïnal, medi-ambient i treball. V. també la contribució de Laurence Boule (2001, p. 41) i Peter Spiller (1999).
- 17 Per exemple, a Austràlia, la *Family Law Act* de 1975. El jutjat pot, si així ho considera convenient pel millor interès de les parts o els fills, dirigir o aconsellar a les parts que acudeixin als serveis de mediació. Així mateix, des de l'any 1991, la *Courts Act* va introduir la mediació intraprocesal (o assistida), que es desenvolupa al jutjat conduïda per un Secretari (*Registrar of Justice of the Court*) i si la mediació resulta exitosa, el resultat és homologat pel jutge. A Nova Zelanda són nombroses les previsions normatives d'una mediació prescriptiva. A títol d'exemple: 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 L'any 1986, va ser inaugurat l'*Australian Commercial Disputes Centre* i l'any 1989 ja existia una xarxa de pràctics de la mediació format per advocats (LEADR). Altres iniciatives: *Mediate today*.

- 19 *Farm Debt Mediation Act* 1994, i la *Retail Leases Act* 1994 (v. també 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 Ha d'assenyalar-se que, a alguns països llatinoamericans, la intervenció del jutge amb facultats conciliadores és freqüent, i aquest pot resoldre finalment, si les parts no arriben a un acord.
- 21 Als països Llationamericans es concebeix en general la mediació com un procediment independent, però habitualment integrat en una iniciativa de conciliació; i la conciliació com una etapa prèvia obligatòria en gran part dels assumptes civils. Els dos factors desdibuixen la pròpia configuració de la mediació.
- 22 V. gr., al Perú tota la normativa fa referència a la conciliació; no obstant, la definició que aporta la Llei Peruana 26.872/1997, de 13 de novembre, respon al concepte i descripció legal de mediació.
- 23 V. gr., art. 133 de la Llei Orgànica Procesal de treball de Venezuela.
- 24 A títol enunciatiu: La Cambra Argentina de Comerç, la Cambra de Comerç de Santa Cruz (Bolivia), La confederació d'Associacions comercials de Brasil, la Cambra de Comerç de Santiago (Xile), la Cambra de Comerç de Bogotá, de Costa Rica, de Guayaquil (Equador), d'Honduras, l'Institut Tecnològic Autònom de Mèxic, la Cort Suprema de justícia de Nicaragua, la Cambra de Comerç de Lima (Perú), Montevideo (Uruguai), el Centre d'Arbitratge, o la Cambra de Comerç de Caracas (Veneçuela).
- 25 Es el cas, per exemple, d'Argentina, país que durant l'any 2004, de les sollicituds de mediació que va registrar entre l'abril i l'agost, el 65, 29 % van concloure amb acord.
- 26 Cfr. Gray (1995), Harding (2002), Kelemen i Sibbitt (2002), Legrand (2001), Merryman et al. (1994), Potter (2000), Tan (1997), Young (2001).
- 27 Segons les estadístiques que analitza Shao Zongwei (1999) a "Mediators FACE new challenge" a *China Daily*, de 28 de maig, els mediadors a Xina resolen 5.3 vegades el volum de conflictes que es ventilen als tribunals. Un dels problemes d'acudir a la jurisdicció a la Xina és l'alt cost en termes econòmics i socials –rebuig social- i la corrupció judicial. Vid. l'estudi de l'*Institute of Law Chinese Academy of Social Science Beijing*, "Dispute Resolution Process in China", *IDE Asian Law Series* n. 15, març 2002, p. 45 *in fine*.
- 28 Els acadèmics japonesos tendeixen a ignorar la posició de Haley per considerar que la mateixa no té en compte els importants factors culturals del Japó (Ramseyer, 1988).
- 29 V. estudi del *Institute of Law Chinese Academy of Social Science Beijing*, "Dispute Resolution Process in China", *IDE Asian Law Series* n. 15, març 2002, p. 39. V. també Nottage (2002), Kelemen & Sibbit (2002) i Potter (2000).
- 30 Al Japó la mediació, "xotei", es porta a terme per tercers neutrals que poden emetre recomanacions, o suggerir, i el límit es situa en el fet que no poden decidir per les parts. Segons Oda (1992), el xotei està dirigit per un Comitè compost per un jutge i dos civils, empleats de la Cort Suprema escollits entre persones de 40 a 69 anys de edat i coneixements generals amplis, sovint advocats. Quan les parts assoleixen un acord, es documenta en una acta que adquireix el mateix valor d'una sentència. El Comitè pot, en cas contrari, emetre una recomanació. La conciliació en canvi, al Japó, és un contracte (l'equivalent per a nosaltres a una transacció) que assoleixen les parts per si mateixes, sense intervenció de tercer.
- 31 V. *The Arbitration Act* n. 11/1995, la qual disposa que el tribunal arbitral, amb l'acord de les parts, pot portar a terme funcions de mediació, conciliació o pràctica d'altres mètodes en qualsevol moment amb la finalitat d'estimular l'acord.
- 32 V. "Regulation of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, n. 2/2003, regarding the mediation procedure in the Court"; el seu article 7 disposa que els mediadors i les parts estan obligats a participar en els procediments de mediació disciplinats a la citada norma dictada per la Cort Suprema.
- 33 A la Xina, els assumptes laborals es dirigeixen en primer lloc a un Comitè de mediació, compost per representants de l'empresa, dels treballadors i el Comitè. Solament si la mediació fracassa, les parts es dirigiran al Comitè d'arbitratge, i si cap de les parts resulta satisfeta amb la decisió dels àrbitres, podran acudir als tribunals (art. 39 i 80 de la seva Llei laboral).
- 34 Al Japó, el mediador que entén d'un conflicte familiar és la persona que actuarà a futures controvèrsies que es puguin dirimir entre les mateixes parts, perquè el coneixement de les situacions precedents facilita la comprensió de la nova situació i, d'aquesta manera, es preserva la privacitat i es tutel·len millor els interessos de les parts (Nishikawa, 2001).



- 35 Amb importants excepcions. Per citar algunes essencials: Regne Unit i Irlanda (*Common Law*); Països escandinaus (amb tradició jurídica mixta); o Rússia (adscriu formalment al *Civil Law*, però amb influències americanes de *Common Law*).
- 36 Per exemple, molt recentment a Itàlia, a França, Finlàndia, o Eslovènia. També a Alemanya, on existeix una mediació jurisdiccional assumida per jutges i advocats com a intermediaris en l'exercici de les seves funcions.
- 37 En el cas del Regne Unit, el propi tribunal invita a les parts a assolir un acord. A l'any 1999, el 67% dels casos en els quals es feia invitació a les parts, aquestes van acceptar iniciar la mediació (Genn, 2002).
- 38 És obligatori en litigis de poc valor econòmic, danys relacionats amb el veïnatge i assumptes relatius als drets de la personalitat (violació de l'honor), quan els fets no es van cometre a la premsa o a la ràdio.
- 39 Àustria coneix la "conciliació" intraprocessal o el "acords pretorians" (*prätorischen Vergleiche*) que s'assoleixen amb l'assessorament i el concurs del jutge. Són conciliacions obligatòries en matèria d'habitatge: la Llei del règim de utilitat pública de l'habitatge (*Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz*) i la Llei de la propietat immobiliària, de 2002 (*Wohnungseigentumsgesetz*). També en arrendaments: La Llei d'arrendaments (*Mietrechtsgesetz*); procediments sobre la realització d'obres de manteniment o millora, sobre la quantia dels lloguers i sobre el repartiment de les despeses generals.
- 40 A *Interim Report to the Lord Chancellor of the Civil Justice System in England and Wales, juny de 1995, Lord Chancellor's Department*.
- 41 Algunes estadístiques. El CEPEJ, al seu informe de 5 de desembre de 2003 –CEPEJ (2003)25 (D2)– assenyala que a Eslovènia, l'any 2002, el 58'1% dels casos sotmesos a mediació van concloure amb acord. A Dinamarca, aproximadament el 70% dels casos sotmesos a mediació van acabar en acord.
- 42 A Eslovènia, per exemple, el 62% dels casos sotmesos a mediació van concloure amb acord en només una sola reunió entre mediador i parts. El temps estimat per a assolir l'acord és de 1.3 hores en el 75% dels casos. V. el mencionat informe, p. 12. L'informe CPEC de Civic Consulting a DG SONCO de data 16 de octubre de 2009 revela que la major part d'assumptes atesos per un ADR a Europa són resolts en un període de 90 dies, i que quan la participació de l'empresa o la indústria és obligada (en casos B2C) el percentatge d'acompliment és molt alt, aproximadament el 90% (p. 14).
- 43 A tall d'exemple, trobem sentències judicials en les quals els mateixos magistrats citen a la mediació fent referència a preceptes legals que, en realitat, descriuen una conciliació.
- 44 La Cambra de Comerç d'Eslovènia ofereix la mediació en el propi procés d'arbitratge (arb-med), però el seu ús és infreqüent.
- 45 La major part de les iniciatives privades pertanyen a organitzacions internacionals establertes a Londres, París o Roma. Alguns organismes que gestionen els ADR al Regne Unit: l'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. important informe CPEC, Civic Consulting. "Final Report to DG SANCO - Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the EU" de data 16 de octubre de 2009. Identifica 750 programes ADR dedicats a les disputes entre consumidors i empreses.
- 47 Quedaven excloses les següents matèries: il·lícits, danys corporals, família, tributs i propietat intel·lectual. Actualment no operativa.
- 48 Bèlgica compta amb les següents organitzacions de mediació: *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 a Bemiddeling*. Són sectors específics de la indústria que acudeixen a la mediació els següents: *Verzoeningscommissie Bouw* (per a conflictes de construcció); *Second-hand cars disputes commission* (vehícles: ventes, reparacions); *Centrum Advocaat-Bemiddelaars in Familiezaken (CABF)* (família); *Association pour la Médiation Familiale (AMF)* (família); *Ombudsman for the banking industry* (banca); *Ombudsman for the insurance industry* (assegurances); *Ombudsmen for public services* (administració); *Ombudsmen for public authorities* (deutes, assumptes criminals).

A Alemanya, es disposa d'òrgans de mediació extrajudicials (*Schlichtungsstellen*) a conflictes relacionats amb una formació professional; conflictes familiars; conflictes entre consumidors i empreses: òrgans de mediació i de conciliació extrajudicials creades per federacions o per Cambres de Comerç, que permeten regular de mutu acord algunes controvèrsies

d'organitzacions professionals. Són sectors que han desenvolupat la mediació, també: el sector de vehicles d'ocasió; el sector de la neteja de roba, neteja de teixits i cuir; el sector mèdic; el sector de l'arquitectura; tècnics de ràdio i TV; artesans professionals: fusters; artesanía del calçat; professions liberals; contractes de lloguer; construcció; bancs privats; per a la protecció de la infància.

- A França, la Llei de 18 de desembre de 1998, relativa a l'accés al dret i a la resolució amistosa dels conflictes. A nivell institucional, disposa de la mediació "intrajudicial" (regulada en els articles 131-1 i següents del Codi de Procediment Civil). La mediació no pot perllongar-se més de tres mesos i la seva confidencialitat està garantida. El jutge fixa la remuneració del mediador, que corre a càrrec de les parts, les quals han de pagar una provisió a l'inici de la mediació, a excepció de les parts insolvents que puguin beneficiar-se d'assistència jurídica gratuïta. Quan es produeix al marge dels procediments judicials, la mediació no està reglamentada. La mediació és facultativa, requereix l'acord de les parts i solament pot referir-se a drets sobre els quals les parts tenen lliure disposició. La mediació en aquest país pot adquirir la força executiva d'una sentència si la confereix el tribunal (article 1441.4 del Codi de Procediment Civil). Les autoritats franceses han creat una estructura de solució de conflictes de consum al marge dels òrgans judicials. En matèria d'assegurances, les agrupacions de companyies han establert acords de mediació: un mediador independent emet un dictàmen sobre un litigi entre l'assegurat i l'assegurador. Al sector bancari, disposen de mediador bancari. Cada Departament Francès disposa d'una Comissió departamental de conciliació en matèria d'arrendaments urbans. La mediació familiar es desenvolupa de manera intraprocesal. Moltes administracions disposen de més d'un mediador (*médiateur de la République*, que s'ocupa de les relacions entre l'administració i els administrats). En matèria de salut funcionen les comissions regionals de conciliació i accidents mèdics (creades per la Llei 2002-303, de 4 de març de 2002, relativa als drets dels malalts i a la qualitat del sistema de salut). També les controvèrsies amb els propis advocats es ventilen davant el *Bâtonnier de l'Ordre des avocats* (degà). Quan es tracta d'un Notari, el president de la *Chambre départementale des notaires* pot intervenir per cercar una solució amistosa.
- A Itàlia són les diverses Cambres de Comerç les que han desenvolupat la mediació, en els àmbits civils i mercantils. Molt recentment han estat promulgades, a més, dues importants normes, la Llei 69/2009 que es proposava com a objectiu la instauració de la mediació com a mètode de resolució generalitzat, i el Decret Legislatiu num. 28, de 4 març del 2010, de mediació, dirigida a la conciliació de les controvèrsies civils i mercantils.
- Hongria disposa d'experiència en mediació institucional en àmbits molt diversos: en matèria d'atenció sanitària i prestació de serveis pels proveïdors sanitaris; en matèria de protecció del menor a l'Institut Nacional de la Família i Política Social; o en matèria de consum, davant els diversos organismes de solució alternativa de conflictes de consum.
- A Holanda, són organismes institucionals, entre altres, l'*ABC Conflict Management for the Business Community* o l'Institut de mediació dels Països Baixos (NMI) creat l'any 1995. A les regions rurals, disposen d'oficines de conciliació especialitzades en controvèrsies familiars i de propietat agrícola. El Colegi d'Advocats de Àmsterdam i el Tribunal van subscriure un Protocol de Conciliació i compten amb experiències pilot de mediació intrajudicial.
- A Àustria, hi ha Comitès de conciliació a les Cambres de Comerç; comissions de conciliació amb participació de l'Associació dels consumidors; el Defensor del poble a internet, per a reclamacions relacionades amb el «Forum shopping» de Internet; oficines de mediació locals (institucions públiques locals) on es resolen qüestions relatives a deutes pecuniaris, pretensions sobre bens mobles, disputes sobre fites, conflictes relatius a títols de propietat o assumptes relacionats amb l'honor de les persones. Àustria coneix també la conciliació intraprocesal o "acords pretorians" (*prätorischen Vergleiche*) que s'assoleixen amb l'assessorament i el concurs del jutge. Són conciliacions obligatòries les controvèrsies en matèria d'habitatge (Llei del règim de utilitat pública de l'habitatge; *Wohnungsgemeinnützigkeitgesetz*), propietat immobiliària, arrendaments i procediments sobre la realització d'obres de manteniment o millora. Solament després d'un intent de conciliació, que és gratuït, es pot exercitar una acció davant els tribunals. La decisió esdevé definitiva i constitueix títol executiu.
- A Portugal es coneix la mediació en els àmbits de consum, de dret civil privat en general, conflictes familiars, exercici de la responsabilitat parental i assumptes mercantils.
- A Eslovènia existeix certa experiència en els següents àmbits: conflictes entre consumidors i empreses, en matèria de veïnatge, propietat, arrendaments, conflictes escolars i conflictes laborals. També es coneix la mediació intraprocesal en els assumptes civils, mercantils i de família.
- A Eslovàquia es té experiència mediatora en conflictes a l'àmbit civil, de família, mercantil, de responsabilitat civil i del treball.
- A Finlàndia es coneix la mediació i es preveu la conciliació intraprocesal en matèria civil. No disposa de regulació específica sobre mediació extrajudicial. Hi ha experiències en matèria: parental, conflictes entre professionals, conflictes entre

treballador i empresari, conflictes entre arrendador i arrendatari, conflictes entre consumidor i comerciant (Consell municipal de consumidors). En matèria d'endeutament tenen una Oficina municipal d'assessorament pressupuestari i els acords entre particulars i acreedors poden ser renegociats aquí, per a la liquidació dels deutes. En conflictes familiars, disposen d'un servei d'assistència social, públic que tracta sobre la pàtria potestat, els drets de visita, o les obligacions de manutenció als menors, els casos de divorci, de parelles de fet amb fills o situacions similars, la custòdia i les obligacions de manutenció, entre altres. Un acord té el mateix valor jurídic que una resolució judicial. L'òrgan jurisdiccional és responsable de designar a un o diversos mediadors. En matèria de sanitat compten amb el Comitè de danys i perjudicis al pacient. En matèria d'assegurances amb el Comitè d'assegurances de responsabilitat civil. El Comitè pot pronunciar-se al respecte o formular recomanació de solució.

- Suècia disposa de mecanismes i òrgans de mediació en conflictes laborals, d'arrendament, sobre drets d'autor, conflictes entre cònjuges i en el sector de les assegurances (les grans companyies d'assegurances solen tenir el seu propi *ombudsman* del client, al qual poden acudir els assegurats que no estan d'acord amb les decisions adoptades per la companyia sobre les seves reclamacions). Compten a Suècia també amb una Oficina nacional de mediació, regulada per Llei, que proporciona mediadors en els conflictes entre empresaris i treballadors relatius a negociacions salarials, condicions d'ocupació i convenis col·lectius. Disposen d'òrgans de mediació per a conflictes familiars (acords sobre la custòdia i residència de fills, així com sobre el règim de visites). Els ajuntaments disposen de serveis de mediació familiar, estan obligats per Llei a oferir aquests serveis. En matèria d'arrendaments, els conflictes sobre lloguers es poden sotmetre a la mediació de les Comissions regionals d'inquilinat. Finalment, disposen d'una Oficina nacional de reclamació del consumidor, que examina els assumptes a petició del consumidor. Les seves decisions adopten la forma de recomanació a les parts sobre la forma en que podran resoldre el conflicte.

- 49 Bèlgica té nombroses organitzacions de mediació: 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 a Bemiddeling* vzw. I a sectors específics de la indústria els següents: *Verzoeningscommissie Bouw* (per a conflictes de construcció); *Second-hand cars disputes commission* (vehICLES: ventes, reparacions); *Centrum Advocaat-Bemiddelaars in Familiezaken (CABF)* (família); *Association pour la Médiation Familiale (AMF; familia)*; *Ombudsman for the banking industry (banca)*; *Ombudsman for the insurance industry* (assegurances); *Ombudsmen for public services* (administració); *Ombudsmen for public authorities* (deutes, assumptes criminals).
- 50 A Alemanya obren nombrosos òrgans de mediació extrajudicials (*Schlichtungsstellen*) en conflictes relacionats amb la formació professional: Comitè de conciliació, conforme a la Llei de Comitès d'empresa; Conciliació a negociacions col·lectives; conflictes familiars; conflictes que resulten de l'aplicació del dret relatiu a les transferències de fons o l'ús indegut de targetes de pagament; conflictes entre particulars; conflictes entre empreses; conflictes entre treballadors i empresaris; conflictes entre particulars; conflictes entre consumidors i empreses: òrgans de mediació (*Schiedstellen*) i de conciliació (*Schlichtungsstellen* o *Gütestellen*) extrajudicials creats per federacions o per Cambres de Comerç, que permeten regular de mutu acord algunes controvèrsies, i organitzacions professionals que creen aquests òrgans.
- 51 Holanda té un Registre de mediadors a l'Institut Nacional de mediació (NMI). Alguns organismes ADR a Holanda: La ABC Conflict Management for the Business Community; l'Institut de mediació dels Països Baixos (NMI); les oficines de conciliació especialitzades en controvèrsies familiars i de propietat agrícola; I una experiència pilot entre el Col·legi dels Advocats d'Àmsterdam i els Tribunals per mediacions intrajudicials.
- 52 A Finlàndia es coneix la mediació i es preveu la conciliació intraprocesal en matèria civil. No disposa de regulació específica sobre mediació. Els ajuntaments han d'oferir serveis d'assessorament (Consell municipal de consumidors). En matèria d'assegurances, les *Vakuutuslautakunta*; en consum, l'Oficina de reclamacions dels consumidors (*Kuluttajavalituslautakunnan*); en matèria d'endeutament: L'Oficina municipal d'assessorament pressupuestari i en matèria d'endeutament (*Talous- ja velkaneuvonta*) els acords entre particulars i acreedors poden ser renegociats aquí, per a la liquidació de deutes.
- 53 A Anglaterra han proliferat les *Court-based ADR initiatives*, com per exemple la *Central London County Court (CLCC)* per a la resolució de disputes a l'àmbit civil, o la *Court of Appeal mediation scheme*.
- 54 Segons dades d'aquesta organització, l'índex d'èxit d'aquestes mediacions és d'aproximadament un 86%. V. *Étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale*. Document preliminar de 20 de març de 2007, HCCH, Conferència de la Haya en Dret internacional privat, p. 2, apèndix 1.
- 55 És el cas, per exemple, de Dinamarca, país on la mediació familiar és acceptada per un 80% de les parelles i on l'acord és assolit a aproximadament el 70% dels casos (V. CEPEJ (2003)25 (D2) de 5 de desembre de 2003).

- 56 A través del TOA (o VOM, *Offender mediation procedure*), que no conté un procediment formal obligat, i que consenteix el desenvolupament de processos de mediació fora dels tribunals.
- 57 L'acceptació de portar a terme un VOM entre les víctimes arriba al 60 i el 70%; entre els delinqüents adults, aquesta proporció s'incrementa i arriba al 80%.
- 58 Disposa de serveis pilot com el *Victim/offender Mediation Service* des de 1999.
- 59 On les estadístiques són molt eloqüents: a l'any 2006, dels 258 casos que varen ser sotmesos a mediació, 91% van resultar exitosos.
- 60 La mediació en procediments criminals ha estat integrada al Codi de Procediment Criminal el febrer de 2007.
- 61 I a procediments amb menors des de l'any 2000.
- 62 Amb el programa *Victim Offender Mediation* (VOM) iniciat el 1997.
- 63 El Departament de Sanitat revela que l'ús d'aquests mètodes de mediació és, no obstant, escàs encara a la pràctica. Dels casos sotmesos, més del noranta per cent es resoleren amb acord (Mulcahy, 1999).
- 64 Hem tingut ocasió d'exposar els problemes derivats de la diversitat terminològica i semàntica, així com de l'assimilació de la mediació a altres figures jurídiques preexistents en publicació prèvia de materials del Llibre Blanc. V. Vilalta (2009b).
- 65 Disposen de previsions normatives en matèria de mediació en algun àmbit, els següents països: Bèlgica, Alemanya, França (paraprocessal), Itàlia, Luxemburg, Hongria, Malta, Països Baixos, Àustria, Polònia, Portugal, Rumania, Eslovàquia, Finlàndia, Suècia (paraprocessal), Regne Unit, Escòcia, Bòsnia, Croàcia, Albània, Moldàvia, Marroc, EEUU, Canadà, Mèxic, Veneçuela, República Dominicana (paraprocessal), Brasil, Perú, Xile (paraprocessal), Argentina, Equador, Panamà, Colòmbia, el Paraguai, l'Uruguai (paraprocessal), Hondures, Guatemala, Costa Rica, Nicaragua, Bolívia, El Salvador, Xina, Japó, Singapur, Vietnam, Tailàndia (paraprocessal), Filipines, Indonèsia, Sri Lanka, Moçambic, Malawi (paraprocessal), Egipte, Cabo Verde, Austràlia i Taiwan. No disposa encara, però mostra interès en la seva regulació Turquia. No consta normativa estatal als Emirats Àrabs, Malàsia, Nepal, Pakistan, Cambodja, Qatar, Angola, República Txeca, Grècia, Rússia, Xipre, Letònia, Eslovènia, Irlanda i Estònia.
- 66 La Directiva 2008/52/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 21 de maig de 2008, sobre certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils afegeix que és un "procediment estructurat". Com a procediment ve descrita la mediació, a títol enunciatiu: a la Llei de Mediació de Bòsnia i Hercegovina de 2004; a la Llei Búlgara 110/2004, de mediació; a la Llei Nicaragüense 40/2005, de mediació i arbitratge; a la Llei dels Estats de Colima, Chihuahua, Coahuila, Durango i Aguascalientes, a Mèxic; a la Llei Argentina 24.573/1995 de mediació i conciliació; a la Llei RO/145, d'arbitratge i mediació d'Equador.
- 67 Per exemple, a la legislació civil de Malta; a la Llei Uniforme de mediació dels EUA; a la Llei Uniforme de mediació Australiana; a la regulació sobre la mediació portada a terme per la Cort Suprema de la República de Indonèsia; el Reglament regulador de la mediació familiar de la República Dominicana; a la Llei de mediació d'Hongria. Aquest és un terme adoptat també a la Unió Europea mitjançant la Racomanació de la Comissió Europea (99) 19 en matèria penal. El preàmbul de la Llei Belga de 21.02.2005 afegeix que es tracta d'un procés "de concertació".
- 68 En aquests termes defineix la mediació la Llei Guatemalteca d'arbitratge de 1995; la Llei Hondurenya de Conciliació i arbitratge (2000); l'avantprojecte de Llei de mediació de Veneçuela; el Decret 1818/1998, de Colòmbia; la Llei 1879/2002, d'arbitratge i mediació de Paraguai; i la Llei Peruana 26.872, de 13 de novembre de 1997.
- 69 V. gr., el BGB Austríac; o a Itàlia el recentment aprovat Decret Legislatiu de 4 de març 2010, n 28, sobre la mediació encaminada a la resolució de conflictes civils i mercantils.
- 70 V. gr., Llei de la República Eslovaca 420/2004, de mediació.
- 71 V. gr., Reglament de la Cort Suprema d'Indonèsia.
- 72 V. gr., Decret Llei 5/1999, de Panamà.
- 73 V. gr., Llei de justícia alternativa de l'Estat de Guanajuato, Mèxic.
- 74 V. gr., Llei de Costa Rica 7727/1997, de resolució aliena de conflictes i promoció de la pau social.
- 75 V. gr., Llei peruana 26.872, de 13 de novembre de 1997.
- 76 V. gr., Llei xilena 19.968/2004.

- 77 Tot i que es tractaria d'una regulació privada, citem per la seva importància el Reglament de conciliació del Centre de conciliació i arbitratge, Cort d'arbitratge internacional del MERCOSUR.
- 78 En aquest sentit s'expressen, per exemple, la Llei Eslovena; la Llei Eslovaca de mediació, n. 420/2004; la Llei de l'Estat de Aguascalientes, Mèxic; o el Decret Llei 5/1999, de Panamà.
- 79 V. gr., Llei bosniana de mediació, Llei de l'Estat de Colima, Mèxic; Llei Argentina n. 24.573/1995. Així mateix, a l'espai europeu, Recomanació (99) 19.
- 80 V. gr., Directiva 2008/52/CE.
- 81 V. gr., Llei de mediació de Malta; Llei Uniforme de mediació dels EE.UU.
- 82 Llei 1879/2002, d'arbitratge i mediació de Paraguai.
- 83 Aquesta idea es desprèn de la major part de la normativa existent sobre mediació. La Llei Uniforme de mediació dels EUA assenyala com a objectiu facilitar la comunicació i la negociació entre parts per a assistir-les a la cerca d'un acord voluntari relatiu a la seva disputa. En similar sentit també la Llei Argentina n. 24.573/1995. La Llei Bòsnia afegeix que l'objecte de la mediació és assolir "una solució acceptable" a la controvèrsia; La Llei Peruana n. 26.872, de 13 de novembre de 1997, parla de "solució consensual". Altres ordinaments jurídics que concebeixen la mediació com a un mitjà per a assolir un acord: Hongria, amb la Llei LV de mediació; Malta, amb la Llei de mediació de Malta; Eslovàquia, amb la Llei Eslovaca de mediació n. 420/2004.
- 84 V. a aquest respecte, per exemple, Llei Argentina n. 13.433/2005, d'Establiment del règim de mediació penal. La Llei Portuguesa n. 21/2007, de mediació penal expressa que el mediador promourà l'apropament entre acusat i víctima i recolzarà l'intent de trobar un acord que permeti la reparació dels danys.
- 85 En aquest sentit, la Recomanació (2001)9, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, sobre els mètodes alternatius de resolució de litigis entre les Autoritats administratives i les persones privades, declara que l'intent de mediació pot ser imposat per Llei. Això no significa trencar amb el caràcter essencialment voluntari del seu desenvolupament, perquè les parts poden, en qualsevol moment, finalitzar el procés de mediació. A tall d'exemple, v. gr., la legislació noruega, que estableix una mediació familiar en els processos de separació i divorci; Així mateix, la Llei de Malta n. 14/2004, de 21 de desembre; també a Alemanya es preveu que els Estats alemanys puguin introduir amb caràcter obligatori la mediació abans d'iniciar un procés judicial, en certs litigis civils, i el seu Codi de Procediment Civil disposa una mediació obligatòria en assumptes de naturalesa financera, a controvèrsies de barri i a casos de difamació. Així mateix, la Llei de mediació de Baviera preveu l'obligatorietat d'acudir a les sessions de mediació: si després la part o parts que han estat citades no acorden, s'emet un certificat de fracàs de la mediació, necessari per a iniciar un judici davant els tribunals. A França, el jutge pot imposar a les parts sotmetre's previament a la mediació quan es tracta d'assumpes dins de l' àmbit de família (Llei 305/2002, de 4 de març). A Àustria existeix una conciliació obligatòria en matèria d'habitatge i arrendaments (Llei d'arrendaments i Llei de règim d'habitatge de utilitat pública). La Llei Xilena n. 19.334/1994, de 5 de setembre, estableix la conciliació prèvia obligatòria abans de iniciar qualsevol procés civil. De la mateixa manera, la Llei argentina n. 24.573/1995, de mediació, disposa que la mediació té caràcter obligatori previ a tot judici. Recentment també, el Decret Legislatiu Italià n. 28/2010, de 4 de març, sobre la mediació encaminada a la resolució de conflictes civils i mercantils.
- 86 El mediador "facilita", "assisteix" a les parts, les anima. Tot i que resulta més qüestionat, també es fa ús del terme "conduir" (exemple, Lleis Uniformes de mediació dels EE.UU i Austràlia).
- 87 En el sentit de tenir "formació adequada", Directiva 2008/52/CE i Codi de Conducta europeu per a mediadors en matèria civil i mercantil, que no obstant això, no exigeix una formació o professió determinada. En el sentit de posseir la "qualificació requerida a la natura del conflicte", legislació belga en matèria de mediació (Llei 21.02.2005), i art. 131.5 del Codi de Procediment Civil francès. En el sentit que ha de tenir habilitats i coneixements en mediació, així com coneixement de les conseqüències jurídiques i psicosocials, Llei Austríaca, BGB 2003/29; en el sentit de que sigui una persona "capacitada en tècniques de negociació", Llei Peruana 26.872/1997, de 13 de novembre. La Llei Belga 21.02.2005 exigeix, a més, que es sotmetin per Llei a una "formació continua". El codi de procediment civil francès disposa que el mediador ha de justificar una formació o experiència en la pràctica de la mediació. La Llei Austríaca (BGB 29/2003) exigeix que sigui professional, que rebí formació adequada cada cinc anys. Per a la Llei Peruana 26.872/1997, de 13 de novembre, el mediador està capacitat quan aprova certs cursos que imparteix el Ministeri de Justícia del país o quan acredita capacitació i experiència adquirides en entitats reconegudes.

En ocasions, solament s'exigeix que tinguin "experiència professional" (Llei Portuguesa 21/2007, de mediació penal). A la Llei argentina 24.573/1995, de mediació i el seu Reglament s'exigeix que el mediador sigui advocat i tingui experiència de 3 anys en l'exercici professional.



A l'àmbit penal, la Recomanació (99) 19, del Consell d'Europa, de data 15 de setembre de 1999, assenyala que la mediació exigeix qualitats particulars i demana codis de bones pràctiques i formació adequada. En aquest sentit, afegeix, els mediadors haurien de provenir de totes les categories de la societat, posseir un bon nivell de comprensió de les cultures i de les comunitats locals, ser capaços de mostrar qualitats relacional i de judici necessàries per a l'exercici de les seves funcions, i rebre formació inicial abans d'assumir les seves funcions i durant l'exercici a fi d'assegurar un nivell adequat de competència.

- 88 El Codi de Conducta europeu per a mediadors en matèria civil i mercantil exigeix a la persona del mediador independència, de manera que haurà de revelar tota circumstància que pugui afectar a la mateixa o suposar un conflicte d'interessos; haurà de estar segur de poder realitzar la seva labor amb total llibertat i les parts hauràn de consentir explícitament la seva intervenció. La independència del mediador és també exigida, per exemple, a la Llei Belga 21.02.2005; a la Llei Portuguesa 21/2007, de mediació penal; o a la Llei Eslovaca de mediació (n. 420/2004); a la Llei de mediació de Baviera (Alemanya); a la Llei de mediació Austríaca (BGB 2003/09); a la Llei Peruana 26.872, de 13 de novembre de 1997; a la Llei Xilena 19.968/2004, de 30 d'agost; o al Decret Legislatiu Italià 28/2010, de 4 de març, sobre la mediació encaminada a la resolució de conflictes civils i mercantils.
- 89 V. gr., Llei de mediació d'Hongria; Llei Argentina 24.573/1995, de mediació i el seu Reglament; així mateix, la Llei Argentina n. 13.433/2005, d'establiment del règim de mediació penal; o la Llei de mediació de Baviera, a Alemanya. A aquesta mateixa Llei, s'estableix la prohibició de que l'advocat que hagi actuat com a mediador pugui després representar a qualsevol de les parts davant un tribunal en relació amb el mateix assumpte; la Llei de mediació Austríaca (BGB 2003/09); la Llei Portuguesa 21/2007, de mediació penal. La Llei Peruana 26.872, de 13 de novembre de 1997 estén la prohibició als arbitratges i impedeix que el mediador pugui ser jutge, àrbitre, testimoni, advocat o assessor en el procés que es promogui a conseqüència de la falta d'acord conciliatori. De la mateixa manera, la Llei d'Equador RO/145, de 4 de setembre de 1997, d'arbitratge i mediació, disposa que el mediador en un conflicte queda inhabilitat per a intervenir en qualsevol procés judicial o arbitral relacionat amb el conflicte.
- 90 V. gr., la Llei Austríaca BGB 2003/29, que estableix com a requisit que el mediador tingui una edat superior a 28 anys; o la Llei Portuguesa 21/2007, de mediació penal, que exigeix que el mediador tingui més de 25 anys.
- 91 Per exemple, el BGB Austríac (2003/29); o la Llei Argentina 24.573/1995, de mediació i el seu Reglament.
- 92 En aquest sentit, per exemple, la Llei Portuguesa 21/2007, de mediació penal; o la Llei Eslovaca de mediació n. 420/2004.
- 93 V. gr. Llei Peruana 26.872/1997, de 13 de novembre.
- 94 Especialment expressiva és la Llei Uniforme de mediació dels EUA, que justifica l'exclusió per la preocupació que l'autonomia de les parts es vegi afectada (efecte coercitiu indirecte).
- 95 Llei Uniforme de mediació dels Estats Units d'Amèrica.
- 96 Quan l'agressor conviu amb la víctima. Es parteix de la consideració que la mediació requereix la presència de dues persones en igualtat de circumstàncies, premissa que no s'aprecia en casos de violència domèstica, per ocupar una part una posició dominant (v. gr., a Bèlgica, la Llei de 8 de setembre de 2003). En sentit diferent, tot i admetent la mediació fins i tot en cas de violència familiar, la Llei Peruana 26.872/1997, de 13 de novembre; no obstant, en aquests casos s'assenyala que serà nul qualsevol acord que impliqui una renúncia de drets o que legítimi els actes de violència.
- 97 Delictes on no procedeix el perdó de l'ofés, o que tenen una important transcendència social (v. gr., Llei de mediació de l'Estat de Chihuahua, Mèxic; Llei Peruana 26.872/1997, de 13 de novembre). En matèria penal, en ocasions s'expressa que la mediació podrà tenir lloc solament davant delictes no considerats greus per la Llei, o que es persegueixin per quèlla necessàriament, i en els quals el perdó de l'ofés extingeix l'acció o sanció penal. També en matèria de reparació del dany (legislació de l'Estat de Aguascalientes, Durango; Guanajuato; i Districte Federal de Mèxic, per exemple).
- 98 V. gr., Llei Xilena 19.947/2004, de 7 de maig.
- 99 V. desenvolupament d'aquesta fase, a Vilalta, 2009b.
- 100 En ocasions, el deure de confidencialitat s'estén limitadament als participants que no són parts (v. gr., Llei Uniforme de Mediació dels EUA).
- 101 El que no vol dir que quedin afectats pel privilegi o deure de confidencialitat els propis medis probatoris, només les comunicacions que, sobre els mateixos, es produeixen en una mediació.
- 102 A tall d'exemple: la Llei Hongaresa LV/2002, de mediació, disposa que és un deure inexcusable del mediador treballar en règim d'estricta confidencialitat respecte de la informació obtinguda; la Llei Paraguaià 1879/02, d'Arbitratge i mediació,

de 11/4/2002, assenyala al seu article 57 que la mediació tindrà caràcter confidencial; la Llei costarricense preveu que les parts no puguin rellevar al mediador o conciliador del deure de confidencialitat. Algunes legislacions com la Peruana disposen que “res del que es digui o proposi tindrà valor probatori”.

- 103 La Llei boliviana 1770/1997, de 10 de març, d'arbitratge i conciliació (és a dir, mediació) recull el principi de confidencialitat sota la denominació de “principi de privacitat”, que consisteix en el manteniment obligatori de la necessària reserva i confidencialitat. En el seu Reglament es concreta que “la confidencialitat suposa que, tant el conciliador com les parts, deuen guardar absoluta reserva de tot allò sostingut i proposat” . A la Llei costarricense n. 7727/1997, es descriu la confidencialitat també com a secret professional.
- 104 V. en aquest sentit, en el context de la Unió Europea, Recomanacions de 30 de març de 1998 i 4 d'abril de 2001, respectivament. V. així mateix, *Llibre Verd sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes l'àmbit del dret civil i mercantil* de la Comissió de les Comunitats Europees (considerant n. 74).
- 105 La qual cosa no impedeix que les parts resultin lliures d'acceptar solucions que no sempre coincideixen amb els drets subjectius que la llei els reconeix, sempre que resultin sobre matèries de lliure disposició conforme a dret.
- 106 Protegeix el respecte a les normes de caràcter imperatiu per raó de l'ordre públic.
- 107 La Recomanació (2001)9, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, sobre els medis alternatius de resolució de litigis entre les Autoritats administratives i les persones privades, i la Recomanació (2002)10, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, sobre mediació en matèria civil. La major part dels ordinaments jurídics ho contempen de manera implícita o indirecta quan disciplinen el règim dels acords i la seva eficàcia jurídica. Un exemple recent és el Decret Legislatiu Italià 28/2010, de 4 de març, sobre la mediació encaminada a la resolució de conflictes civils i mercantils; el seu article 12 disposa que l'acta recollirà l'acord si el seu contingut no resulta contrari a l'ordre públic ni a les normes imperatives.
- 108 V. gr., art. 43 de la Llei d'Equador d'Arbitratge i altres procediments alternatius de solució de controvèrsies comercials, RO/145 de 4 de setembre de 1997; art. 3 del Decret 914 de l'Assemblea Legislativa de la República del Salvador, sobre Llei de mediació, conciliació i arbitratge; art. 5 de la Llei Nicaragüenca 540/2005, de mediació i arbitratge (a la que, no obstant, s'indica més endavant que el tercer natural té facultat per a proposar solucions); la Llei de mediació de Bòsnia i Herzegovina, de 2004; la Llei Rumana 192/2006, de mediació; la Llei Búlgara 110/2004, de mediació; o la Llei de Malta 16/2004, de mediació.
- 109 A Itàlia, a títol d'exemple recent, el Decret Legislatiu n. 28, de 4 de març del 2010, sobre la mediació encaminada a la resolució de conflictes civils i mercantils –amb entrada en vigor al març de l'any 2011– disposa al seu article 12 que l'acta que recull l'acord, quan el seu contingut no sigui contrari a l'ordre públic ni a normes imperatives, serà homologat a instància de part, prèvia comprovació de la regularitat formal, pel President del Tribunal de la seu de l'organisme. Aquesta acta constitueix títol executiu per a l' expropiació forzoça, l'execució i la inscripció d'hipoteca judicial.
- 110 A l'espai Europeu, la Directiva comunitària 2008/52/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 21 de maig de 2008, sobre certs aspectes de la mediació a assumptes civils i mercantils disposa, respecte de la manera de plasmar els acords i la seva força vinculant, que les parts poden sol·licitar que els acords resultants de la mediació adquireixin caràcter executiu mitjançant sentència, resolució o acte autèntic emanat d'un òrgan jurisdiccional o autoritat competent. Estableix, com a excepcions, dues: que els acords siguin contraris a l'ordre públic; o bé, que l'Estat Membre no contempli el seu caràcter executiu. En general, s'ha de dir que no s'aprovaran aquells acords que resultin contraris a dret, que contravenen la moral, les disposicions d'ordre públic, que afecten a drets irrenunciables o de tercers o que vulneren el principi d'equitat en perjudici d'una de les parts.
- 111 V. desenvolupament de procés i resultats a Vilalta (2009b).
- 112 Cfr. sobre la globalització i el dret, Galanter (1985), Berman (1999), Grossi (2000, 2001), Tamanaha (2008).
- 113 A la qual cosa respon un vell brocard xinès: “per als bàrbars el dret, per a nosaltres, l'ètica i el bon gust”.
- 114 És el cas de Singapur. A altres països, no obstant (v. Tailàndia, Sri Lanka), tot i comptar amb una forta tradició fonamentada en el consens i la composició amigable de les controvèrsies portades a terme per les persones grans i les persones de més gran autoritat a la comunitat, no compten encara amb normativa específica per a la mediació comercial.
- 115 Als EUA, els sistemes multiportes i la implicació de jutges i tribunals en l'estímul de sistemes alternatius de resolució prenen força als anys '70. Al Regne Unit, amb la reforma del procediment civil (*Woolf reform*) els tribunals deuen facilitar a les parts l'ús dels ADRs allà on resulti adequat. A Nova Zelanda, a través de la *Judicature Act* de 1908, s'autoritza als tribunals a desviar un assumpte a una ADR si compta amb el consentiment de les parts (rule 442) i les parts deuen necessàriament considerar l'ús dels ADRs abans d'acudir als Tribunals (v. *Civil Procedure Act* 2005; *Civil Procedure Rules* 1997).

- 116 V. com els tribunals de Nova Zelanda han impulsat a les parts a l'ús dels ADR en els 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 V. per exemple, els 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. En el Regne Unit, la possibilitat d'ús de les formes alternatives de resolució de conflictes, en particular de la mediació, fa que els tribunals no hagin de permetre l'ús dels processos judicials quan una part significativa de les qüestions discutides entre les parts pot ser resolta fora d'un procés judicial.
- 118 A Nova Zelanda, per exemple, s'ha legislat profusament a fi de regular la mediació en molts sectors econòmics: telecomunicacions, drets humans, sector pesquer, 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) afirma que el sistema legal japonès és més o menys un sistema "frankestenianà" de normes i estructures d'influència continental europea i americana.
- 121 V. Consell d'Europa, Rec (2002)10 del Comitè de Ministres dels Estats membres, en mediació per a assumptes civils; considerant 4 de la Rec (2001)9 del Comitè de Ministres dels Estats membres, sobre els mètodes alternatius de resolució dels litigis entre Autoritats administratives i les persones privades; considerant 1.2 del Llibre Verd sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes a l'àmbit del Dret civil i mercantil (COM 2002, 196, final); comunicació de la Comissió de les Comunitats Europees, sobre el Pla d'acció en matèria d'accés a la justícia per part dels consumidors (COM (96) 13 final); exposició de motius del Reglament de la Cort de justícia de Tailandia per a la mediació (2544 B.e. 2001); considerant primer del Reglament de la Cort Suprema de la República d'Indonèsia de 2002; considerant segon de la Llei de Conciliació i arbitratge d'Hondures (Decret 161/000); Prefaci de la Llei Uniforme de mediació dels EUA.
- 122 A Itàlia, per exemple, a l'últim decenni del segle XX la duració mitjana d'un procés civil (tot comprnent primera i segona instància) era de 6,7 anys. V. Constantinesco, amb cita de Bortloff, RIW, 1999, fasc. 2.
- 123 En aquest àmbit, cal a dir que contractes, pactes i pràctiques es succeeixen en una aplicació del dret que dona lloc a noves expressions. Alguns instruments internacionals, sense valor vinculant però amb una important empremta (com les Lleis model i les Recomanacions) l'han contemplat, generant el que ha vingut a denominar-se *soft law* o dret flexible que permea després en els ordinaments interns. En aquest sentit, com afirma Pompeu Casanovas, les cultures jurídiques gaudeixen cada vegada més de major plasticitat.
- 124 Per exemple, entre Alemanya i Japó, on hi ha sensibles similituds entre els dos sistemes perquè el Codi de procediment civil japonès segueix, en part, l'Alemanya.
- 125 Per exemple, a Singapur (V. *Community Mediation Centres Act* de 1997).
- 126 Com al Japó, a través de la anomenada *Act on Promotion of use of Alternative Disputes Resolution* (núm. 151 de l'any 2004).
- 127 Sobre les bondats de la mediació obligatòria no existeix, però, consens. Al Canadà, un ampli estudi portat a terme pel Ministeri de Justícia l'any 2001 entre els Directors de centres de mediació familiar va revelar que una immensa majoria de professionals considerava que els serveis de mediació en aquest àmbit havia de ser voluntari; i que els programes d'informació i educació parental convenia que fossin obligatoris (71%), perquè la clau en la resolució consensual és l'educació i la informació, no la imposició. Pel que fa als medis per a obtenir aquests objectius (educació/informació), un 90% opinava que la millor mesura era facilitar la màxima informació en els primers moments de tensió i abans del procés, perquè una vegada iniciada la via contenciosa, és molt difícil canviar dinàmiques. L'ús dels mitjans multimèdia per a informar (televisió, periòdics, internet) era respaldat per un 77%, i l'ús de material imprès (tríptics informatius, etc) per un 71%. A l'Argentina la mediació és pas obligat previ a la jurisdicció a totes les matèries (excepte en causes penals, familiars, de incapacitat i altres qüestions particulars) i les seves estadístiques mostren que un 57% de les iniciades van concloure amb

acord de mediació. La mediació familiar, tot i sent voluntària, ha provocat una reducció de les accions judicials propera a un 40% entre els anys 1997 i 2004 (informació estadística institucional obtinguda a través de les 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 Per exemple, a Nova Zelanda, o Indonèsia en matèria fiscal. A Europa, dues importants iniciatives: una a Itàlia, amb l'aprovació del Decret Legislatiu n. 28, de 4 de març de 2010, sobre la mediació encaminada a la resolució de conflictes civils i mercantils -amb entrada en vigor el març de l'any 2011; una altra, a Espanya, amb un avantprojecte de Llei sobre mediació, on es preveuen sessions obligatòries informatives sobre mediació (com a condició de procedibilitat).
- 129 Com succeeix a l'Argentina, mitjançant les previsions de la Llei 24.573/1995, de mediació: l'acta que conté l'acord es comunica al Ministeri de Justícia i, si l'acord s'incompleix, podrà ser executat via procediment d'execució de sentència; o a l'Ecuador, amb la RO/145, de 4 de setembre de 1997, d'arbitratge i mediació, on l'acord té efecte de sentència executòria; o a Bèlgica, amb la Llei de 21.02.2005; també a Indonèsia i Sri Lanka.
- 130 Estructura d'assistència i informació dels consumidors. Són punts de contacte nacionals.
- 131 Conecta amb òrgans nacionals per a la solució extrajudicial dels conflictes en el sector dels serveis financers (bancs, assegurances, inversions).
- 132 Informe de CITA – FUNDP, maig 2001 (<http://www.info.fundp.ac.be/~cita/>), portat a terme per FUNDP, *Institut d'Informatique* (v. Hennuy i Lobet-Maris, 2001).
- 133 V. respecte del creixement i importància de la mediació i la conciliació desenvolupada entre empreses i consumidors a través de les Cambres de Comerç, Gizzo (2010).
- 134 Veure Informe CPEC per DG SANCO (2009) i les seves conclusions (p. 8-9). Molts esquemes es desenvolupen en termes de corporació entre el sector públic i privat. A Espanya, una recent expressió la trobem en el Reial Decret Legislatiu 1 / 2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris i el reglament del Govern, que disciplina un arbitratge de consum institucionalitzat, amb la mediació com a pas previ.
- 135 Projecte i + Confiança, Autoregulació i Sistemes Extrajudicials Off line i On line de solució de conflictes, per a Entorns de Comerç Electrònic. Desembre de 2002. Ministeri de Ciència i Tecnologia.
- 136 Així, per exemple, l'art. 770.7 LEC.
- 137 Avantprojecte de Llei presentat en data 19 de febrer de 2010 pel Ministre de Justícia Francisco Caamaño Domínguez.
- 138 El projectat article 4 no distingeix, tanmateix, entre prescripció i caducitat: "Prescripción y caducidad. El comienzo de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones".
- 139 No està contemplat a la Recomanació del Consell d'Europa (2002)10, sobre mediació en matèria civil que, al contrari, insta als Estats a estimular l'adopció de mecanismes que promoguin l'ús de la mediació per a resoldre qüestions en les que hi hagi un element d'internacionalitat (especialment important en matèria de comerç i consum) i insta també als Estats a que promoguin la cooperació entre els diferents serveis de mediació per a facilitar la mediació internacional, una qüestió que difícilment es pot sostenir amb l'instauració d'una mediació de caràcter personalíssim o una mediació dins de la qual s'exigeixi immediatesa. Tampoc es troba contemplat al Codi de Conducta Europeu, al qual remet la Directiva Comunitària 2008/52/CE del Parlament Europeu i del Consell de 21 de maig de 2008; ni en aquesta darrera Directiva s'introdueix cap requisit semblant.
- 140 El proclamat principi de representació predicable en una figura molt propera a la mediació, la conciliació, per part de la Recomanació de la Comissió de les Comunitats Europees, de 30 de març de 1998, relativa als principis aplicables als òrgans responsables de la solució extrajudicial dels litigis en matèria de consum, es veuria seriosament compromès.
- 141 Codi de consum aprovat en sessió n. 82, de data 30.06.2010 (DSPC-P 125), publicat en el DOGC 5677, p. 5677-56932, que incorpora, a través del seu article 132.1 una definició de mediació per al concret àmbit del consum en els termes següents: "La mediació de consum és un procediment que es caracteritza per la intervenció de una tercera persona imparcial i experta, que té com a objecte ajudar a les parts i facilitar l'obtenció per elles mateixes d'un acord satisfactori". I assenyalava a continuació, com a principis de la mateixa, la voluntarietat, l'imparcialitat, la confidencialitat i la universalitat. Atès que no se separa de la descripció legal i principis recollits en la Llei 15/2009, per a la mediació en Dret privat, les

reflexions en aquest epígraf es centraran en aquesta important Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l' àmbit del Dret privat. La mediació en consum és explícitament tractada en el cap 5 d'aquest Llibre Blanc.

- 142 Vid., Assumpta Palau, "Anàlisi del Decret 170/2009, de 3 de novembre, que regula la Junta d'Arbitratge i Mediació dels contractes de conreu i els contractes d'integració de Catalunya" i Ma. Pau Vidal-Folch *et al.*, "Els procediments de mediació en les empreses d'economia cooperativa", a Barral-Lauroba-Viola (eds.), *Materials jurídics del Llibre Blanc de la Mediació*, en premsa.
- 143 Aquestes especificitats, derivades de les pràctiques i experiències, han estat després recollides a algunes Guies o Codis de conducta, com ara el de la *American Bar Association (ABA)*, *Model standards of conduct for mediators*, de setembre de 2005. Així mateix, en el context de l'Unió Europea, el *Llibre Verd sobre modalitats de solució alternativa de conflictes*.
- 144 Tot i que no han estat objecte d'estudi en aquest treball els intents de conciliació obligatoris institucionalitzats a Espanya i a Itàlia en alguns àmbits materials –per no tractar-se de mediació– el cert és que el fet de la seva imposició ha estat percebuda pels particulars i pels professionals més com un obstacle que com una oportunitat. Entre les raons del seu fracàs es trobarien la reduïda dotació de mitjans, una regulació poc sensible a les particularitats d'aquests mètodes, i la mateixa formació del jurista.
- 145 Segons Hensler (2003, p. 68) o Nolan-Haley (1998, p. 1369), el secret, la confidencialitat i la privacitat han donat lloc en ocasions a conductes que no serien tolerables davant un tribunal.
- 146 V. comentari de Hardy (2008).
- 147 Cas Telecom Italia SpA, de data 18 de març de 2010 (procediments reunits n. C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, -(172), en sol·licitud de pronunciament prejudicial respecte de la Directiva 2002/22/CE de serveis universals de telefonia, i establiment d'una obligació d'intent de conciliació en los casos de controvèrsies entre usuaris finals i subministradors de serveis –*tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale*– i la seva adequació a l'article 234 CE. Afegeix que l'article 34 de la Directiva del Parlament Europeu i del Consell de 7 de març de 2002 (2002/22/CE) relativa al servei universal i als drets dels usuaris en matèria de xarxes i serveis de comunicació electrònica ha de ser interpretat en el sentit de que no obsta a l'existència d'una normativa d'un Estat membre que estableixi que en cas de controvèrsies en matèria de serveis de comunicacions electròniques entre usuaris finals i subministradors d'aquests serveis s'estableixi un intent obligatori de conciliació extrajudicial com a condició processal per acudir a la jurisdicció dels tribunals.
- 148 En aquest sentit es manifesta Hardy, a *op. cit.*, conclusions, amb fundament en l'extens informe assenyalat.
- 149 V. la *Society of Professionals in dispute Resolution*, SPIDR, 1991.
- 150 Així el principi de confidencialitat i autonomia de la voluntat privada (self-determination) i llibertat per concretar l'objecte, el contingut, el procés, les regles, l'abast dels estàndards i principis.
- 151 Que la pràctica que es porti a terme respongui, en definitiva, a la nomenclatura utilitzada, és a dir, garantir que *practice sticks to the definition*. V. gr., en el cas danès, els jutges adopten un paper molt actiu, amb l'obligació d'intentar la mediació a la mateixa seu del tribunal, abans d'iniciar tot procés. La seva activitat, en ocasions excessivament incisiva, ha creat tensions i temors en les parts.
- 152 Com la tradició confuciana informa, la rectificació de la terminologia emprada és important; es cometen errors quan es denomina a una cosa o fet amb un significat que no correspon.
- 153 Com assenyalava el *Llibre Verd sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes de la Comissió de les Comunitats Europees*, el tercer que hagi intervingut en una mediació no hauria d'intervenir com a àrbitre al marc del mateix litigi, atès que durant el procediment ha tingut accés a informacions que un àrbitre no sempre pot obtenir. Quan el tercer ha de participar de manera activa a la cerca de solucions, el debat hauria de respectar el principi contradictori, tot evitant els "caucus", per a brindar a les parts la mateixa possibilitat de ser escoltades.
- 154 No és estrany que l'Informe de la Comissió Europea per a la Eficiència de la Justícia (CEPEJ) de l'any 2008, expressa que, per a els casos de mediació intraprocessal (*judicial mediation*), els tribunals poden recomanar a les parts visitar un mediador, o bé assignar aquesta tasca als serveis de mediació –*in-house services*– o, fins i tot, designar a altres jutges o personal judicial per a aquesta funció. La Directiva 2008/52/CE disposa així mateix que no serà admissible la mediació portada a terme per un jutge que sigui responsable d'un procés judicial relacionat amb la qüestió o qüestions objecte del litigi. S'exclouen també les gestions que l'òrgan jurisdiccional o jutge competent per a conèixer del conflicte realitzi en el context d'un procés judicial relatiu al conflicte, així com els casos en els quals l'òrgan jurisdiccional o el Jutge sol·licitin ajuda o assessorament d'una persona competent.



- 155 Com preveu la Recomanació de les Comunitats Europees 2001/310/CE.
- 156 Recollit a aquesta darrera Recomanació, sota el terme eficàcia.
- 157 Com ha estat observat, la presencialitat i la immediatesa no són requisits estructurals o indispensables per al bon desenvolupament de la mediació; tampoc són trets que responguin a cap tradició jurídica; no hi ha precedent a altres experiències i legislacions que aconsellin el seu manteniment i extensió a tota la mediació en l'àmbit del Dret privat; i la seva incorporació contravindria les mateixes Recomanacions del Consell d'Europa i de l'Unió Europea. Comportaria, finalment, un fre innecessari a la ubiqüitat i un obstacle injustificat al desenvolupament d'aquesta institució.
- 158 És el perfil professional exigít al mediador en molts dels països que han regulat aquest concret aspecte. La co-mediació en determinats àmbits, com el familiar, ha mostrat també el potencial de la col·laboració de professionals provinents de disciplines diverses.
- 159 La mediació establerta com a obligatòria i pas previ a la jurisdicció, obligaria a un minuciós estudi dels supòsits i les matèries als que, efectivament, la mediació resulta apropiada i convenient. L'experiència italiana, de tradició i cultura jurídica molt propera a la nostra podrà oferir, en un futur mediat, informació preciosa a aquests efectes, atès que ha instaurat la mediació obligatòria a gran part de les controvèrsies civils i mercantils. Per altra banda, sembla oportú tenir en compte les experiències pretèrites i dotar de mitjans materials suficients a toda iniciativa tendent a la institucionalització d'un sistema de mediació, acompanyada de polítiques d'impuls des de les pròpies Administracions –amb campanyes informatives– i inclusió de programes de formació adequats dels operadors, amb adaptació dels Estudis de Dret.