

LA MEDIACIÓN: MÉTODO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

HELENA SOLETO MUÑOZ

*Profesora Titular de Derecho Procesal. Mediadora.
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas
Universidad Carlos III de Madrid.*

SUMARIO

1.- ¿Qué es mediación? 1.1. Aproximación al término 1. 2. La mediación y la conciliación: ¿términos equivalentes? 1.3. ¿Escuelas o estilos de mediación? 2.- La mediación conectada con el Tribunal: la derivación 2.1. Mediación y mediación intrajudicial o mediación conectada con el Tribunal 2.2.- Las referencias a la mediación en el proceso civil español: la modificación de la LEC de 2005 2.3. La derivación de los conflictos a la mediación 2.3. a) La derivación: nivel de obligatoriedad 2.3.b) Pautas de derivación 2.3.c) Experiencias piloto en mediación familiar intrajudicial 2.3.d) Conclusiones sobre la derivación 3.Cuestiones pendientes en mediación en el ámbito civil: la Directiva de mayo de 2008 4. Conclusiones. Bibliografía

1.- ¿Qué es mediación?

1.1. Aproximación al término

La mediación es uno de los instrumentos para conseguir la autocomposición o acuerdo entre las partes.

Es difícil pretender delimitar qué es o qué no es la mediación; posiblemente porque se trata de una institución jurídica de reciente introducción en nuestro ordenamiento, que tiene diverso reflejo normativo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales españoles y en los distintos ámbitos territoriales en los que se ha comenzado a implantar.

Posiblemente busquemos una definición de la mediación, lo que es, lo que no es, lo que no puede hacerse, cómo hay que hacerla... en coherencia con nuestra tradición jurídica romana, sin embargo es preciso señalar aquí que establecer límites claros y excluyentes en relación con el concepto de mediación no es conveniente, porque precisamente una de las características del procedimiento de mediación ha de ser la flexibilidad.

Dicho esto, intentando establecer unos límites difusos, y desde un punto de vista jurídico podríamos decir que la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo.

La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso.

Es esta visión la que se recoge en la Directiva de 21 de mayo de 2008, donde se define en el artículo 3 como “un proceso estructurado en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”

Los elementos a los que en la Directiva se hacen referencia son:

- estructura del proceso
- dos o más partes
- voluntariedad del proceso
- acuerdo de las partes
- ayuda del mediador

En general, estos elementos son admitidos por la doctrina y la práctica de la mediación como consustanciales al concepto de mediación, si bien la cuestión de la estructura del proceso o la voluntariedad del proceso no se encuentran perfectamente cristalizadas de forma generalizada.

Es decir, que, en cuanto a la estructura del proceso, la regla general es que la mediación no tiene una estructura fija, si no que ha de ser flexible, adaptándose a las necesidades de cada caso.

Sí se puede establecer una mínima estructura basada en una primera fase en la que las partes, tras ser informadas de las características del proceso de mediación, acordarían iniciar el proceso, seguida de una segunda fase de búsqueda del acuerdo y de una tercera fase de plasmación del acuerdo.

Pretender establecer normativamente otras fases o etapas puede suponer limitar la esencia de la mediación, la libertad de las partes. Además, ha de tenerse en cuenta que todas estas fases pueden darse en una única sesión de mediación, como es habitual, por ejemplo, en los sistemas de Reino Unido o de Estados Unidos.

En cuanto a la voluntariedad del proceso, es generalmente admitido que forma parte de la esencia de la mediación, sin embargo en algunos ordenamientos y corrientes doctrinales se considera que es posible obligar a las partes a acudir a la mediación, o al menos a una primera sesión informativa, como veremos más adelante.

En las definiciones adelantadas nos referíamos a la visión de la mediación vinculada a un conflicto con posible relación con un proceso, sin embargo una perspectiva más amplia de la mediación nos permitiría definirla como un proceso en el que un tercero imparcial ayuda a otros a gestionar constructivamente y posiblemente resolver un conflicto, planear una transacción o definir los contornos de una relación¹.

El mediador, por su parte, de acuerdo con el artículo 3 de la Directiva de 2008, *“todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”*, que, como se apunta en el mismo artículo, podrá incluso ser un Juez, pero nunca el competente del asunto. Así, las características del mediador serán imparcialidad, competencia y que guarde la confidencialidad del asunto.

En todo caso, el resultado de la mediación pertenece a las partes, y el mediador no podrá transmitir el contenido o la actitud de las partes al Tribunal, como consecuencia de su obligación de confidencialidad, con excepciones por orden público². Esta obligación ha de garantizarse sobre todo en los casos en los que exista una relación de trabajo estrecha entre mediador y Tribunal, como puede ser el caso de mediadores integrados en los equipos de los Tribunales³.

1. 2. La mediación y la conciliación: ¿términos equivalentes?

Habitualmente se intenta establecer cuáles son las fronteras entre la mediación y una institución análoga, la conciliación, sin embargo, ya adelanto que la tarea es ardua y que probablemente no tendrá un resultado claro.

¹ MENKEL-MEADOW, *Dispute resolution: Beyond the Adversarial Model*, Nueva York (EEUU): 2005, pág. 265

² Precisamente el artículo 7 de la Directiva de 2008 se dedica a la confidencialidad, estableciéndose dicho deber con las excepciones consecuentes con el orden público (protección de un menor o prevención de daños físicos o psicológicos de una persona) o cuando el propio sistema exija el conocimiento del contenido para permitir la ejecución del acuerdo.

“1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:

a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o

b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación.”

³ Compartimos la visión de BUTTS GRIGGS, Respuestas al cuestionario del CEJ, 2008, en cuanto a que se manifiesta contraria a la comunicación al Juzgado de información sobre la mediación, fuera de si las partes acudieron y llegaron a un acuerdo, como consecuencia de la confidencialidad. Lo contrario sería confundir la figura del mediador con la del perito.

En nuestro sistema jurídico, la conciliación ha sido una figura incómoda en el proceso civil, limitada a partir de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 a los justos términos de la voluntad de las partes⁴, ello dio lugar posiblemente a la diferenciación de GIMENO basada en la institucionalización de la conciliación y el carácter espontáneo de la mediación⁵, o a la distinción de MORENO CATENA entre mediación, en la que el mediador ofrece soluciones, o conciliación, en la que simplemente aproxima a las partes⁶. ORTUÑO y HERNÁNDEZ GARCÍA se refieren a la conciliación que realiza el Juez como intento de aproximación de posiciones⁷.

En el ámbito laboral, punta de lanza en cuanto a fomentar el acuerdo de las partes y la negociación, se han recogido referencias a mediación y conciliación, sin distinguirse eficazmente ambas instituciones⁸.

Por otra parte, en el derecho comparado no existe una distinción absoluta entre mediación y conciliación; ambos términos pueden referirse a la intervención de un tercero para llegar a un acuerdo, así como a la propia posibilidad de un acuerdo entre las partes⁹. En general, en los sistemas anglosajones, la conciliación engloba a la mediación, y, por otra parte, se considera que la actividad de conciliación es más intervencionista¹⁰.

De hecho, cuando en la Directiva sobre Mediación en asuntos civiles y mercantiles publicada el 26 de mayo de 2008 se define en el artículo 3 lo que se entenderá por mediación, se apunta a “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación...”.

Se podría distinguir mediación de conciliación en cuanto que la mediación es un procedimiento en la que el mediador utiliza determinadas técnicas y sigue unas reglas, y la conciliación es la ocasión en la que las partes pueden llegar a un acuerdo, sin embargo, no entiendo que sea posible realizar una distinción jurídica absoluta, ni en el sistema español ni en general en el derecho comparado.

⁴ El acto de conciliación era preceptivo, y en la práctica no se solía llevar a cabo con la voluntad de llegar a un acuerdo.

⁵ En MORENO CATENA, CORTES DOMINGUEZ y GIMENO SENDRA, Introducción al Derecho Procesal, Colex, 2000.

⁶ MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Introducción al Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 41.

⁷ ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal, Documento de trabajo 110/2007, Fundación alternativas, pág. 13, achacan su fracaso histórico a los errores de planteamiento de la institución. Vid. el interesante trabajo de ORTUÑO y HERNÁNDEZ en relación con la reforma del modelo de Administración de justicia heredado de la ilustración.

En el art. 3. a) II de la Directiva de mayo de 2008 se hace referencia a la conciliación judicial, excluyéndola del ámbito de la Directiva.

⁸ SOLETO MUÑOZ, La mediación en el ámbito laboral, en Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente, Tecnos, 2007.

⁹ La ley francesa de 8 de febrero de 1995, relativa a la organización de la jurisdicción y al procedimiento civil, penal y administrativa utiliza los términos mediación y conciliación sin establecer distinción entre ellos.

¹⁰ Así, por ejemplo, en la ley modelo de UNCITRAL para conciliación en asuntos mercantiles se prefiere el término conciliación, en la idea de que engloba diferentes métodos de resolución no heterocompositivos. Vid. WIWEN-NILSSON, Tore; Commercial dispute settlement: issues for the future, pág. 2.

En el sistema de Reino Unido se considera que en la conciliación el tercero tiene una actividad más intervencionista que en la mediación. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_en.htm#107, al igual que en Alemania http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_en.htm y La mediation en Europe, Synthèse, Marco Bouchard, GEMME, p. 3.

La mediación por lo tanto es una forma de autocomposición, parte de las denominadas ADR, formas alternativas de resolución de las disputas, entre las que también se encuentra el arbitraje y otras formas mixtas de resolución diferentes a la jurisdicción, a las que se recurre con cierta frecuencia en los sistemas jurídicos anglosajones, entre los que existen numerosos procesos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito privado y procesos alternativos de resolución de conflictos públicos, es decir, vinculados con la Administración de Justicia¹¹.

La mediación también puede entenderse como una forma de negociación asistida, en la que el mediador ayuda a las partes a identificar sus intereses, las opciones existentes y los posibles acuerdos, recogiendo incluso el acuerdo final en caso de existir¹².

1.3. ¿Escuelas o estilos de mediación?

Se cuestiona la existencia de “escuelas” de mediación. Probablemente podríamos asistir a una descripción de distintas escuelas basadas en unas u otras técnicas, nuevas escuelas que se arroguen tales diferencias, especialidades o tendencias, y que pueden ser innumerables.

Lo cierto es que en el panorama estadounidense, en el que la mediación y la negociación tienen gran relevancia en las relaciones jurídicas, la doctrina y la práctica identifican formas de hacer mediación más facilitadora o más evaluativa.

Esto significa que se plantea la cuestión de si el mediador ha de ser una simple vía de comunicación de las partes, facilitándola, y facilitando por lo tanto el acuerdo, o si, todo lo contrario, el mediador puede ser evaluativo o directivo, sugiriendo o incluso aconsejando vivamente soluciones a las partes, o dando su opinión sobre el conflicto y su personal visión sobre el posible acuerdo o evaluando las posibilidades de triunfo ante los Tribunales¹³.

Entiendo que cada mediador puede tener su estilo personal, pero que es conveniente que amplíe su repertorio para poder ser un facilitador más adecuado en cada caso al que se enfrente: es

¹¹ Entre los procesos ADR privados se pueden enumerar el Arbitraje, que puede revestir las siguientes formas: arbitraje vinculante, arbitraje no vinculante, arbitraje de oferta final, arbitraje limitado, la Localización de hechos, que puede darse en su variedad de localización neutral o de localización por experto, ambas orientativas o vinculantes, o la localización conjunta; Mediación, Med-arb, Minijurado, ADR escalonado, Reg-neg, Ombudsman, Asociación, Cláusula contractual, Aproximación de dos caminos.

Entre los procesos ADR en los Tribunales, se pueden enumerar la Mediación conectada con los Tribunales, la Evaluación neutral prematura, el Arbitraje conectado con los Tribunales, Juicio sumario de jurado, ADR en Apelación, Conferencias con el Juez, Mini juicio, Multiopción ADR, Semana de Acuerdos, Juicio privado. Vid. Center for Public Resources, The ABC's of ADR, y Guía de la Asociación Americana de Abogados (American Bar Association) <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/cppdr/resources/ABA%20Guide%20to%20ADR%20Processes.doc>

¹² De acuerdo con SANDER, mediación es negociación llevada a cabo con la asistencia de una tercera parte. SANDER, GOLDBERG, ROGERS y COLE, *Dispute resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, pág. 111

¹³ Es ilustrativo a este efecto el trabajo de RISKIN, *The new old grid and the new new grid system*, *Notre Dame Law Review*, 79,1.

Además de esta distinción entre estilos facilitativos o evaluativos, también es generalmente aceptado como estilo en Estados Unidos el estilo transformativo, liderado por BUSH y por FOLGER. En el mismo sentido, BUTTS GRIGGS, Thelma, *Manual para la mediación laboral*, con MUNDUATE et alii, CARL, 2008.

diferente la forma de abordar la mediación en un caso en el que no existen relaciones personales entre las partes de un caso en el que sí existen (familia, trabajo, vecindad...), e igualmente es distinta la forma de abordar un conflicto puntual (disputa sobre linde de fincas...) que un conflicto amplio (separación, herencia...).

En general, la visión de la mediación en España y en Europa es de una mediación facilitadora, si bien desde el ámbito anglosajón, en el que se lleva trabajando en mediación desde hace más tiempo, tampoco se excluye una mediación evaluativa, de acuerdo con las circunstancias y la materia del conflicto.

En este sentido, en la Directiva de 26 de mayo de 2008, en el considerando 11º, se hace referencia a la exclusión de la definición de mediación de las formas “evaluativas” de terceros: *“La presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto.”*

La dicción de este Considerando ha de entenderse como de exclusión de figuras distintas a la mediación como el “informe de experto”, o figuras análogas, de repercusión en países anglosajones en los que el tercero hace recomendaciones formalmente, admitiéndose por lo tanto la mediación evaluativa, siempre que no conlleve recomendaciones formales.

En el articulado de la Directiva no hay referencias a la forma evaluativa o no de la mediación, únicamente, en la definición del artículo 3 se remarca que el acuerdo es de las partes, auxiliadas por el mediador, lo que supone que no se ha querido entrar en la disquisición sobre las limitaciones a la mediación, que hubieran impedido el acuerdo de los países europeos, con muy diversas visiones sobre la cuestión.

La mediación se ha llevado a cabo en España principalmente en el ámbito escolar, vecinal, penal, laboral y familiar, si bien, a efectos jurídicos y con trascendencia a nivel judicial, únicamente el laboral, el familiar y el relativo a la responsabilidad penal de menores han sido regulados.

En España, se ha regulado la mediación en el ámbito laboral, como forma de resolución de conflictos a nivel territorial nacional o inferior, en el que destacan los servicios de las Comunidades Autónomas, muy diversos unos de otros, y en los que sólo en algunos se desarrolla una verdadera actividad mediadora¹⁴.

El principal ámbito de implantación de la mediación es el familiar, inicialmente a través de leyes de Comunidades Autónomas, y, posteriormente, de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de julio de 2005, en la que se introdujo expresamente la posibilidad de suspensión del proceso matrimonial en el caso de acudir las partes a mediación.

¹⁴ Vid. SOLETO MUÑOZ, La mediación en el ámbito laboral, en *Mediación y solución de conflictos: habilidades...*

Por otra parte, la mediación penal tiene relevancia en cuanto a la responsabilidad penal de los menores, regulada en la Ley correspondiente y sobre todo en su Reglamento de desarrollo. La mediación penal de adultos se lleva a cabo puntualmente, en programas piloto o en servicios financiados por diferentes Administraciones¹⁵, sin embargo no se encuentra regulada expresamente¹⁶.

2.- La mediación conectada con el Tribunal: la derivación

2.1. Mediación y mediación intrajudicial o mediación conectada con el Tribunal

Como decíamos, la mediación es una forma de resolución de conflictos que puede darse en el ámbito privado o estar vinculada con un proceso vivo.

La mediación intrajudicial será aquella que se lleve a cabo una vez se haya iniciado un proceso a través de demanda, y en cualquier momento de su devenir, es decir, que es posible que exista mediación al principio del proceso civil, en pleno proceso e incluso en fase de ejecución de sentencia.

Las partes acudirán a la mediación bien a partir de alguna gestión de un organismo oficial, bien por iniciativa propia. En cualquiera de los casos podemos hablar de mediación intrajudicial, pues se produce una vez iniciado el proceso y desarrollo y resultado tendrá efectos en dicho proceso, sin embargo, generalmente se hace referencia a mediación intrajudicial cuando la iniciativa de la mediación parte del órgano jurisdiccional o cuando se utilizan los servicios del órgano jurisdiccional.

Sería más correcto hacer referencia a la mediación conectada con el Tribunal, tal como se denomina a esta clase de mediación en el sistema estadounidense (court-connected mediation), aunque en otros países de Europa en general se denomina mediación judicial, como en Bélgica distinguen, de la voluntaria¹⁷, o en Francia de la convencional¹⁸.

El término más adecuado puede ser el de mediación conectada con el Tribunal o mediación intrajudicial, pues el término mediación judicial puede llevar a la errónea conclusión de que es el Juez el que lleva a cabo la labor de mediación.

¹⁵ Vid. Los trabajos de SÁEZ VALCÁRCEL, FREIRE PÉREZ, PASCUAL RODRÍGUEZ, RÍOS MARTÍN, BENITO OSÉS, SANTOS ITOIZ y SÁNCHEZ ÁLVAREZ respecto del proyecto piloto en mediación penal de adultos del CGPJ en Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2006.

¹⁶ La vía jurídica para dar eficacia al acuerdo es habitualmente la atenuante o la conformidad, incluso premiada del art. 801.

¹⁷ Vid. Loi 21 février 2005 modifiant le code judiciaire en ce que concerne la médiation. La médiation en Europe..., cit., pág. 8

¹⁸ Rapport d'Information sur la médiation en Europe, Asssemblée nationale, 13 de febrero de 2007, presentado por FLOCH, Jacques, pág. 14. ORTUÑO y HERNÁNDEZ se refieren también a la mediación privada o contractualista: Sistemas alternativos..., cit., pág. 41.

La mediación no conectada con el Tribunal, es decir, la de las partes a su iniciativa y con servicios privados o no vinculados al Tribunal, podrá tener sus efectos en el proceso de la misma forma que la mediación conectada con el Tribunal, a través de figuras como la suspensión del proceso, y su resultado relevancia procesal con la figura de la transacción.

2.2.- Las referencias a la mediación en el proceso civil español: la modificación de la LEC de 2005

La ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, introdujo la mediación en el proceso civil, concretamente en el ámbito del proceso de familia, aplicable para la separación, nulidad o divorcio de los cónyuges, modificación de medidas y procesos sobre guarda, custodia y alimentos de hijos menores de edad.

En la propia Exposición de Motivos de la Ley se hace referencia a la importancia de lograr el acuerdo de los cónyuges sobre las medidas que los afecten, sobre todo cuando existan menores de edad, permitiendo el acceso en todo momento a la vía de la mediación:

“De esta forma, las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio...”

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

A través de la citada ley se han introducido dos referencias a la mediación en la LEC: la primera, en el artículo 770, relativo al procedimiento principal, creándose un nuevo apartado séptimo, en el que se indica que *«Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación.»*

La ley hace énfasis en la suspensión a instancia de las partes, dejando fuera de la regulación la posible derivación realizada por el órgano jurisdiccional. Así, es posible la suspensión de las actuaciones, sin embargo, tal como se ha observado en los proyectos piloto llevados a cabo en distintas ciudades españolas, la suspensión de las actuaciones es un elemento en contra de la aceptación de las partes de acudir a la mediación, pues en la mayoría de los casos quieren ver su asunto zanjado lo antes posible.

Señala acertadamente BUTTS GRIGGS que en principio no es conveniente suspender actuaciones, pero tampoco celebrar actuaciones durante la mediación, pues ello favorece la

confrontación, con lo que lo más adecuado será llevar a cabo la mediación con anterioridad a las vistas¹⁹, posición también de HINOJAL²⁰.

La segunda novedad en cuanto a mediación introducida por la ley de 2005 se encuentra en el artículo 777, sobre el procedimiento de mutuo acuerdo, en el que se podrá adjuntar “*en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar*”. Entendemos que la referencia del art. 777 es hecha a los casos en los que la mediación se inicia a instancia del Tribunal, y que, por lo tanto, no se refiere a la mediación a la que las partes accedieran con anterioridad a la judicialización de su ruptura, caso en el que podrán adjuntar el acuerdo de mediación si así lo desean.

En la Disposición final tercera de la Ley de 2005 se anunció la futura legislación sobre mediación, que estaría “*basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas*”, lo que aún no se ha producido.

Pues bien, estas referencias han sido insuficientes para regular la cuestión de la mediación en el proceso civil, únicamente se refieren a la mediación familiar, ámbito en el que es muy necesaria, y sólo se hace referencia a la posibilidad de suspensión del proceso.

Es precisa la regulación de la eficacia del acuerdo de mediación, que no se recoge como documento de trascendencia jurídica en el proceso, salvo en la referencia del artículo 777 como documento a aportar “en su caso” y junto al convenio regulador. La naturaleza jurídica del acuerdo de mediación no es clara, se trata en principio de una transacción, que el Juez debe convalidar, lo que no hará de ser contrario al interés público.

En proceso de familia el acuerdo de las partes se ha de integrar en el convenio regulador, pero también es susceptible de acogerse por el Juez en cualquier momento del proceso el acuerdo general o puntual de las partes, y en este sentido la Ley de 2005 refuerza la facultad del Juez de procurar el acuerdo de las partes..

Los acuerdos de las partes han de respetar el interés público para ser aprobados por el Tribunal, lo que se controlará en caso de existir menores, incapaces o ausentes afectados por el resultado del proceso, con el concurso además del Fiscal.

La calificación de un acuerdo como contrario al interés público corresponde al Juez, y se basará habitualmente en que no garantice el bienestar del menor. Encontramos un amplio margen de discrecionalidad en este ámbito, que puede dar lugar a la transposición de valores personales en cuanto a lo conveniente o no conveniente para el menor, y contra el que se manifiesta la propia Exposición de Motivos de la ley de 2005: “*La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los*

¹⁹ BUTTS GRIGGS, Respuestas..., cit.

²⁰ HINOJAL, El abogado en la mediación familiar, CEJ, 2007, pág. 6, http://www.cej.justicia.es/doc_users/ponencias/2007/2007_3229_4_5128_1.pdf

hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación”.

Es conveniente delimitar qué cuestiones son susceptibles de control por el juzgador y qué cuestiones no, siendo evidente que las cuestiones patrimoniales pertenecen al ámbito absolutamente privado, con la excepción de los alimentos, que habrán de garantizar en lo posible el bienestar del menor y que sí son de requerido control judicial.

En cuanto al resto de cuestiones que se recogen en un acuerdo de mediación, únicamente la guarda y custodia del menor y las comunicaciones y visitas del no custodio son susceptibles de revisión por el Juez en casos extremos en los que el acuerdo de las partes sea gravemente perjudicial para el menor desde la perspectiva del Juez²¹.

En lo relativo a los efectos de la mediación en el proceso, como señalábamos antes, son comunes a los de la mediación no conectada con el Tribunal; el proceso puede suspenderse si las partes lo solicitan al tribunal, según se establece en el artículo 19 de la LEC: “las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada, mediante auto, por el tribunal, siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días”.

Este plazo es posiblemente muy escaso para desarrollar la mediación, inferior a plazos previstos para realizar la mediación en leyes de mediación familiar de Comunidades Autónomas: las normas catalanas establecen que la duración del procedimiento de mediación será de un máximo de tres meses, a contar desde la primera reunión del mediador y las partes, prorrogables por otros tres meses.

De durar la mediación más allá de los dos meses de suspensión, teóricamente el Tribunal podría requerir a las partes o dictar resolución regulando las medidas sobre las que las partes discrepaban, sin embargo, lo habitual será que el Tribunal no realice ninguna actuación, y dado que los efectos de la falta de actuación no se dan hasta los dos años (caducidad de la instancia, art. 237 LEC), en principio no habrá mayor problema.

Por otra parte, en la práctica, se prorroga por los Jueces el plazo de suspensión si se solicita por las partes y se aporta prueba de la diligencia en la tramitación de la mediación²².

²¹ MARTÍN NÁJERA, PÉREZ SALAZAR y UTRERA adjuntan al Protocolo sobre mediación familiar intrajudicial del CGPJ de 2008 una sentencia de la AP de Toledo en la que se afirma que “*la voluntad de los cónyuges recogida en el Convenio Regulador sobre la guarda y custodia compartida sólo puede ser sustituida por el juez si existen razones de peso*”, “*son los ex-cónyuges los que, conforme a la normativa del Código civil, regulan su separación y sientan las bases de la misma, siendo la intervención judicial sólo proyectable sobre los hijos menores de existir y hacerse necesaria en aplicación del principio “favor lili” y en el supuesto de que el mismo no se salvaguarde en debida forma por los padres...*” (S. de 12 de febrero de 2008). También adjuntan la tabla realizada por PÉREZ MARTÍN para realizar una aproximación a las pensiones alimenticias. En relación con este último punto, es interesante la experiencia alemana, en la que los jueces junto con los abogados de familia acuerdan periódicamente unas ecuaciones y tablas sobre la cuestión. Vid. SOLETO MUÑOZ, *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Tirant lo Blanch, 2002.

²² En el Protocolo del CGPJ 2008 se hace referencia a la prórroga de la suspensión adjuntándose certificación del mediador de que continúa la mediación.

2.3. La derivación de los conflictos a la mediación

La gran diferencia entre ambos tipos de mediación (privada e intrajudicial) estribará en el inicio del procedimiento de mediación: las partes van al proceso cuando no consiguen resolverlo privadamente, por lo tanto, la derivación del conflicto a mediación es la nota distintiva; cuándo, cómo y qué asuntos derivar a mediación. La derivación de un asunto a mediación se circunscribe en principio a una sesión informativa o primera sesión, a partir de la cual las partes acordarán o no iniciar un procedimiento de mediación.

Esta derivación soporta una tensión entre dos principios básicos del proceso: la autonomía de la voluntad y la imparcialidad judicial.

La autonomía de la voluntad se traduce en el proceso civil en el principio dispositivo, que supone que el objeto y la pretensión pertenecen a las partes y que el juzgador tiene un deber de congruencia,²³ principio que, como es sabido, incide parcial y no totalmente en el proceso de familia como consecuencia del interés público subyacente²⁴.

Este principio puede verse amenazado por el principio de autoridad judicial: el Juez es un tercero ajeno y superior al conflicto que impone su solución, que, por lo tanto ha de comportarse de forma imparcial.

Surge así la tensión cuando el Juez o el Tribunal realiza la derivación a la mediación: ¿puede entenderse esta derivación como una amenaza al principio dispositivo? ¿es posible una derivación obligatoria para las partes?

2.3. a) La derivación: nivel de obligatoriedad

Uno de los elementos esenciales de la mediación es la voluntariedad, afirmada contundentemente por nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, al hacer referencia a que las partes solicitarán la suspensión para intentar la mediación, así como por la Directiva de mayo de 2008, voluntariedad evidente para que acepten el resultado de la mediación; es decir, como señala BUTTS GRIGGS²⁵, que la característica de la voluntariedad es consustancial a la aceptación del resultado de la mediación, pero no respecto de la derivación a una sesión informativa²⁶;

Es conveniente, conforme a la voluntariedad, consecuencia del principio de libre disposición, que las partes acudan voluntariamente a la mediación, sin embargo, ello no puede suceder si no conocen las características de la mediación. Lo primero será entonces recibir

²³ Vid. GIMENO SENDRA, Instituciones de Derecho Procesal

²⁴ SOLETO, El interés público en el proceso de familia, Revista de Derecho de Familia, Lex Nova, nº. 18, 2003

²⁵ BUTTS GRIGGS, Respuestas al cuestionario del CEJ sobre mediación, Madrid, febrero de 2008.

²⁶ Vid. GALEOTE MUÑOZ, La necesidad de un método profesional de mediación: la importancia de la interención del abogado en este proceso, IW Working Paper Derecho, 15/04/2005, pág. 2.

información sobre el procedimiento de mediación, lo cual se hace a través de la derivación a una primera sesión de mediación o sesión informativa por parte del Tribunal.

En algunas normas de las Comunidades Autónomas ya se hacía referencia a esta derivación²⁷, aunque finalmente la Ley de 2005 vino a recoger la suspensión del proceso a instancia de las partes, aunque no la derivación a instancia del Juez.

Por otra parte, aparece como obstáculo a establecer la obligatoriedad para las partes de la asistencia a la sesión informativa la exigencia constitucional de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. ¿Cómo combinar ambos intereses?

De establecerse una obligatoriedad de asistencia a la sesión informativa, deberíamos establecer consecuencias al incumplimiento. Parece imposible asumir la denegación del acceso a la jurisdicción, o una limitación de los derechos procesales de la parte que incumpla la obligación.

Una multa podría ser admisible, si bien se podría cuestionar desde el punto de vista constitucional, pero que podría justificarse en caso de mediación familiar y existir menores, dado que el principio general de protección del menor impregna nuestro ordenamiento.

La propia Directiva de mayo de 2008 se refiere a la voluntariedad de la mediación como uno de sus elementos básicos, si bien también se señala en el artículo 5, sobre recurso a la mediación, en el apartado 2, que “no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”, con lo que se admite cierto grado de injerencia sobre la voluntad de las partes pero a la vez garantizando el derecho a la tutela judicial efectiva²⁸.

En general, en los países de Europa se fomenta el uso de la mediación en el ámbito familiar, y en algunos países el Tribunal puede derivar obligatoriamente a las partes a una primera sesión de mediación, como puede ser en Finlandia, Malta, República Checa, y algunos Landern Alemanes²⁹, mientras que en otros países se favorece su uso, o se opta por la obligatoriedad de acudir a una sesión informativa sobre los efectos de la ruptura en los hijos para iniciar una acción legal como Reino Unido o Estados Unidos³⁰.

²⁷ Así, la normativa gallega o valenciana, aunque, como bien señalan ORTUÑO y HERNÁNDEZ, *Sistemas alternativos...*, cit., pág. 52 y SOLETO, *La mediación en el ámbito de la ruptura familiar, en Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, UNED, 2005, la competencia para reglar la derivación, como norma procesal, compete en exclusiva a la legislación nacional de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la Constitución

²⁸ ORTUÑO y HERNÁNDEZ, *Sistemas alternativos...*, cit., pág. 56, se refieren a la posibilidad de establecer una multa para la parte que no participe, o incluso a una condena en costas si sus peticiones no se ven recogidas por el Juez.

²⁹ *Rapport d'Information de la Asssemblée Nationale*, Francia, pág. 28.

³⁰ En Estados Unidos la variedad en cuanto a resolución alternativa de conflictos es muy amplia, y depende en gran medida de cada Estado e incluso de cada Condado y Tribunal. El origen puede estar en California, Estado en el que en 1980 se impuso la mediación obligatoria. Vid. MENKEL-MEADOW, *Roots and inspirations: a brief history of the Foundations of Dispute Resolution*, en *Handbook of dispute resolution*, BORDONE y MOFFIT dir., pág. 21, así como BUTTS GRIGGS, *Respuestas...*, cit., que se refiere a la experiencia del condado de Pima, en Arizona, donde es obligatorio asistir a una sesión sobre los efectos del divorcio y sobre mediación.

Puede ser positiva la introducción en nuestro país, en el ámbito de familia cuando existan menores de edad, de la obligatoriedad de la asistencia a una primera sesión informativa de las partes en un procedimiento contencioso, que se podría adelantar incluso a exigencia de procedibilidad para admitir la demanda a trámite, es decir, que se supeditara la admisión de la demanda –salvo para casos de violencia- a la presentación junto con la demanda del documento firmado por un mediador que refleje el intento de mediación por parte del demandante, lo que facilitaría el acceso a la mediación en general y remarcaría la privacidad del procedimiento, el control de éste por las partes y su independencia respecto del proceso principal. Como consecuencia al incumplimiento de alguna de las partes, podría imponerse una multa o la imposición de parte de las costas, a discreción del juzgador, como señalan ORTUÑO y HERNÁNDEZ³¹.

Probablemente la solución más adecuada estriba en fomentar positivamente el acceso a las formas de resolución alternativa de las disputas, favoreciendo el acceso a la mediación de forma privada, apoyando su uso a través de instrumentos no represores, sino de publicidad, y transmitiendo confianza en la institución de la mediación.

2.3.b) Pautas de derivación

El establecimiento de normas o incluso trabajos sin rango normativo como protocolos o enumeración de buenas prácticas en relación con la derivación podrá garantizar que la derivación sea respetuosa con los principios constitucionales genéricamente (derecho a la tutela judicial efectiva o derecho a un proceso debido) y con los principios relativos al proceso civil.

Curiosamente, la mediación tiene como finalidad hacer dueñas a las partes de su conflicto, puesto que el mediador auxilia a las partes a llegar a su acuerdo, sin embargo, una invitación a mediación puede ser entendida por las partes como una vulneración de sus derechos procesales.

Por otra parte, de la forma de la derivación dependerá el éxito de los procedimientos de mediación iniciados, fin principal de la derivación: si la mediación es utilizada para obtener resultados más satisfactorios para las partes, por una parte, y para descongestionar los Tribunales, por otra, buscando en resumen eficacia, la derivación habrá de obtener resultados en el sentido de que no podrá suponer un exceso de trabajo para el Tribunal y de que se conseguirá que las partes estén satisfechas con el procedimiento.

Así, se habrán de establecer pautas de derivación a mediación:

-es preciso determinar qué asuntos son susceptibles de ser sometidos a mediación

Varios estudios se han realizado sobre la mediación “obligatoria”, como el de WISSLER, R.L, .The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts, *Willamette Law Review*, 1977, 33, 565-579.cuyo resultado apunta la ventaja de la mediación para los abogados, que la recomiendan a sus clientes posteriores tras haber tenido experiencias de mediación obligatoria.

³¹ Vid. *Sistemas alternativos...*, cit.

- cuándo realizar la derivación
- cómo realizar a la derivación
- por quién la derivación ha de ser realizada.

También, por otra parte, se deben establecer pautas que controlen la eficacia de la mediación, basada principalmente en el resultado del procedimiento, si se llegó a un acuerdo, y, por otra parte, el grado de satisfacción de las partes con el procedimiento de mediación en relación con el proceso judicial.

2.3.c) Experiencias piloto en mediación familiar intrajudicial

En los últimos años se han generalizado programas de mediación familiar vinculada a procesos matrimoniales en distintos ámbitos territoriales.

Dado que diversas Comunidades Autónomas han regulado la mediación familiar a través de Leyes propias, desarrolladas en muchos casos por Reglamentos, en varias de ellas se ha institucionalizado la mediación familiar como un sistema de resolución de conflictos vinculado al proceso integrante incluso del sistema de asistencia jurídica gratuita.

La Comunidad más avanzada ha sido la de Cataluña, cuya Ley de Mediación data del año 2001, y cuyo Centro de Mediación Familiar organiza el servicio de mediación intrajudicial desde 2002³²

Además de estas experiencias, se han organizado programas piloto de mediación intrajudicial por el Consejo General del Poder Judicial en el ámbito familiar (también se ha desarrollado en el ámbito penal) que han dado como resultado documentos como el “Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de procesos de familia”, de mayo de 2008³³, que recoge las experiencias dirigidas por Pascual Ortuño desde el año 2006 en Barcelona, Madrid, Málaga, Palma de Mallorca, Pamplona y Sevilla.

En este protocolo se apunta que la selección de los casos en los que la mediación podrá tener resultado es realizada por el Juez, con el auxilio del personal correspondiente, y que en principio en todos los casos de familia debe hacerse la derivación a la sesión informativa. Se apunta en el Protocolo de 2008 como criterio que la controversia se centre en las medidas de carácter personal³⁴.

Entendemos que, ante la necesidad de priorizar en la selección podrían ser criterios orientadores la valoración del grado de confrontación de las partes, la existencia de hijos y la

³² VALL RIUS, La experiencia de la mediación familiar en Cataluña, en Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Estudios de Derecho Judicial, 2006, pág. 539, apunta que el Centro de Mediación Familiar de Catalunya asumió las mediaciones que hasta entonces realizaban los equipos psicosociales de los Juzgados.

³³ Los autores de este trabajo son los Magistrados Teresa Marín Nájera, Margarita Pérez Salazar y José Luís Utrera Gutiérrez

³⁴ Cada una de las experiencias se refleja en concreto en Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2007.

confrontación sobre su guarda, o la “habitualidad” de demandas y denuncias entre las partes. Por otra parte, en cuanto a la selección de los casos, nada impide que sea el secretario o bien otros funcionarios los que asuman este trabajo³⁵.

En cuanto al momento de la derivación: en el Protocolo de mayo de 2008 se destaca la flexibilidad en el momento de la derivación, aunque se apunta la conveniencia de realizarla en el primer momento posible: los asuntos pueden derivarse a mediación tanto en el proceso declarativo como en el de ejecución, en un primer momento, tras la contestación a la demanda, comunicando al mismo tiempo a las partes el día de la vista y la citación a sesión informativa, que se realizará en un momento anterior, o en la comparecencia para medidas provisionales o en el auto de medidas provisionales. En la fase de ejecución, la derivación dependerá

En cuanto a quién, en el Protocolo se remarca la conveniencia de que el Juez (o el Secretario en las comparecencias de inventario o liquidación de bienes), promueva la mediación, realizando recomendaciones a las partes y recabando la colaboración de los abogados para que sus clientes acudan a la primera sesión informativa.

Para ilustrar sobre cómo derivar a la sesión informativa, en el Protocolo de 2008 se apunta la posibilidad de hacerlo de forma oral a las partes en la vista correspondiente o bien a través de una Resolución formal, lo que también se hará cuando las partes accedan someterse a la sesión informativa.

Existen así dos momentos determinantes para la derivación a la mediación: un primer momento en el que el Tribunal invita a las partes a acudir a una sesión informativa, a lo que se pueden negar, y un segundo momento, tras la primera sesión o sesión informativa, en la que van a decidir si inician el procedimiento de mediación.

La sesión informativa o primera sesión correrá a cargo del profesional de la mediación, y se ilustrará a las partes sobre lo que es la mediación -lo que no impide que con anterioridad se les haya informado sobre ello por el Tribunal- y se recabará su acuerdo para seguir con la mediación.

2.3.d) Conclusiones sobre la derivación

Del proyecto piloto sobre mediación familiar llevado a cabo por el CGPJ en las cinco ciudades españolas citadas, podemos sacar en conclusión que la mediación familiar intrajudicial tiene más posibilidades de prosperar cuando existen en las instalaciones del Juzgado de familia espacios específicos para que los mediadores puedan ofrecer la sesión informativa en el momento, y que tiene más éxito cuando el Juez realiza una labor de comunicación a las partes animándolas a acudir a la mediación.

³⁵ BUTTS GRIGGS, Respuestas... apunta que no se trata de una labor que exija el trabajo del Juez.

Se ha planteado que el bajo índice de aceptación a la remisión a la mediación o que las partes que aceptan no lleguen en su mayoría a un acuerdo es un fracaso del proyecto, sin embargo considero contrariamente que todas las experiencias son positivas, pues en primer lugar se ha realizado una labor que tiene gran trascendencia en la vida de las familias que recondujeron su conflicto, en segundo lugar, se han abierto vías de comunicación en parejas que han aceptado y que no han aceptado acudir a mediación, y, en tercer lugar, se ha avanzado en la idea de la existencia de métodos alternativos de resolución de conflictos respecto de los justiciables y todos los operadores jurídicos que han tenido contacto con la experiencia.

Es verdad que el éxito de una mediación en un momento de alta confrontación como es el previo a una vista, o tras la demanda, sólo puede ser remoto, dada la actitud de las partes y sus defensas, y que posiblemente otros momentos sean más adecuados, como los momentos previos o preparatorios del proceso, en manos de los abogados.

El éxito de la mediación a efectos numéricos dependerá entonces de la aproximación que los abogados hagan al conflicto, de su conocimiento de la institución de la mediación y de la capacidad y voluntad de éstos de derivar los asuntos a mediación.

Quedará pendiente por lo tanto la realización de protocolos o buenas prácticas sencillos que recojan cuándo, quién y cómo ha de hacerse la derivación a mediación familiar para consumo interno de los Juzgados y Tribunales que sigan unas líneas generales a nivel nacional y que puedan adaptarse a las especificidades de cada región o incluso Partido Judicial, así como para Fiscales (posiblemente a través de normas internas como circulares o instrucciones), y, sobre todo, Abogados.

En cuanto a la derivación en asuntos civiles y mercantiles, la misma labor habrá de realizarse, si bien habrá de tenerse en cuenta la gran diferencia de la materia de conflicto, que simplificará los procedimientos de derivación y las necesidades materiales en la mediación, que podrían incluso permitir una mediación telemática (telefónica, por email...) dependiendo de la sencillez del asunto.

Es evidente la trascendencia de la Abogacía en el éxito de la mediación, de la intrajudicial, pero sobre todo, de la mediación privada: así lo adelanta la Directiva de mayo de 2008, en la que se dispone en el Considerando 25 que *“Los Estados miembros deben alentar a que se informe al público en general de la forma de entablar contacto con mediadores y organizaciones que presten servicios de mediación. También deben alentar a los profesionales*

del Derecho a informar a sus clientes de las posibilidades que ofrece la mediación.”

3. Cuestiones pendientes en mediación en el ámbito civil: la Directiva de mayo de 2008

La esperada Directiva 2008/517CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo sobre ciertos aspectos de la mediación asuntos civiles y mercantiles fue publicada el 25 de mayo de 2008, tras casi cuatro años de tramitación.

La Directiva supone uno de los mayores esfuerzos de la Unión Europea en cristalizar política de reforzamiento de los métodos alternativos de resolución de conflictos en los países de la UE establecida a raíz del Consejo Europeo de Tampere de 1999 como parte del derecho de acceso a los Tribunales, y que ha venido recogiendo en el Consejo de 2000 y en documentos como el proyecto de Constitución Europea o el Convenio de Lisboa.

Otras iniciativas legislativas que comulgan con la idea de la promoción de las formas alternativas de resolución de las disputas, pueden ser las que han culminado en la creación de la Red Judicial Europea, en el Reglamento de Bruselas II bis, la creación de la red FINNET, o la Directiva de 2003 sobre asistencia jurídica.

Por otra parte, sin formar parte del acervo de la UE, la Comisión ha favorecido que entidades privadas realicen un Código de Conducta Europeo, al que se podrán adherir diferentes entidades de los Estados.

El libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil fue la base sobre la que surgió la Directiva, cuyo objeto era más ambicioso que el resultado finalmente aprobado³⁶: la Directiva se refiere únicamente a conflictos transnacionales, aunque también se indica que nada impide que los Estados al trasponerla realicen una legislación comprensiva de la mediación a nivel interno (Considerando 8 de la Directiva).

El objeto de conflicto de la Directiva es el civil y mercantil, con exclusión expresa en el artículo 1 de asuntos fiscales, aduaneros, administrativos y sobre responsabilidad del Estado: “*La presente Directiva se aplicará, en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (acta iure imperii).*”

En el Considerando 10 se señala que precisamente “*no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente. Estos derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral*”, lo que permitirá que cada Estado establezca su aplicabilidad, es decir, que la Directiva no está enfocada en principio a la mediación en materias que no son de libre disposición de las partes, si bien ello no impide que los Estados realicen la misma normativa para asuntos civiles que para familia o el ámbito laboral al trasponer la Directiva.

En este sentido, se realiza en el Considerando 21 referencia al Reglamento de Bruselas II bis, en el que se establecía eficacia a los acuerdos en materia de familia, señalándose que la

³⁶ La falta de visión común de una institución tan nueva para la mentalidad continental como la mediación ha provocado la dificultad de la consecución de un texto común, que finalmente ha sido de mínimos, y que queda reflejada en el gran número de considerandos de la Directiva.

Directiva no se extiende a imponer a los Estados la obligación de dar fuerza ejecutiva a los acuerdos de mediación en el ámbito familiar: “*El Reglamento (CE) no 2201/2003 dispone expresamente que los acuerdos entre las partes deben tener fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que se han celebrado para poder ser ejecutivos en otro Estado miembro. Por consiguiente, si el contenido de un acuerdo resultante de la mediación en el ámbito del Derecho de familia no tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que ha sido celebrado o en el que se solicita que se le dé carácter ejecutivo, la presente Directiva no debe alentar a las partes a eludir la legislación del Estado miembro en cuestión mediante gestiones encaminadas a dotarlo de fuerza ejecutiva en otro Estado miembro.*”

La Directiva de 2008 exige a los Estados miembros que adecuen sus legislaciones en el sentido de que favorezcan el uso de la mediación privada (artículo 9 y Considerando 25³⁷) y de la conectada con el Tribunal, en la que los jueces podrán pedir a las partes que acudan a una sesión informativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 y el 5.

La Directiva se refiere principalmente a la mediación conectada con los Tribunales, ya sea porque la derivación se haga desde el Tribunal, o porque las normas del Estado establezcan la necesidad de acudir a la mediación como requisito de procedibilidad (art. 2), aunque, como ya hemos señalado, también existen disposiciones que alientan a los Estados a fomentar el recurso a la mediación de forma privada.

La ejecutividad que aborda la Directiva es un tanto “flexible”: se otorga un importante margen de discrecionalidad a los legisladores estatales, ya que se establece la obligación de los Estados miembros de dotar de ejecutividad a los acuerdos de mediación a instancia de las partes, si bien se salva la posibilidad de que el Estado al que se solicite no contemple su carácter ejecutivo, y no se considera aplicable la Directiva al reconocimiento de acuerdos ejecutivos por otro Estado. La ejecutividad podrá atribuirse a través de resoluciones judiciales o incluso de otros órganos.

Por último, la Directiva establece que los Estados garantizarán el eventual acceso a la jurisdicción de las partes que entablan un procedimiento de mediación en relación con los plazos de caducidad de las acciones y prescripción de los derechos.

4. Conclusiones.

Respecto de la visión de las ADR y la mediación

³⁷ “*Los Estados miembros deben alentar a que se informe al público en general de la forma de entablar contacto con mediadores y organizaciones que presten servicios de mediación. También deben alentar a los profesionales del Derecho a informar a sus clientes de las posibilidades que ofrece la mediación*”

La crisis del modelo o del mito de la justicia³⁸ (como modelo, por saturación de los tribunales, por insatisfacción de los usuarios...) apunta a la necesidad de acudir a formas alternativas de resolución de las disputas.

Otros países como Estados Unidos, ante una situación análoga en los años 70, recurrieron a otras formas de resolución de conflictos³⁹.

Es conveniente analizar diferentes posibilidades de resolución alternativa, sobre todo teniendo en cuenta las diferentes necesidades en razón de la materia del litigio y de los medios disponibles.

La propia Administración debe promover formas de resolución de conflicto con los administrados en los que el administrado se sienta escuchado y exista una auténtica voluntad de resolución del conflicto igualando el poder de las partes.

Deben promoverse formas alternativas de resolución de conflictos en determinados ámbitos en los que la especial materia exija una especialización, por ejemplo, el informe de experto vinculante o no vinculante.

Los Tribunales de Justicia deberían favorecer la existencia de distintas formas de resolución de conflictos para cada materia en su ámbito de competencia: por ejemplo, derivación a mediación, derivación a arbitraje, derivación a informe experto, derivación a abogado negociador...

Respecto de la derivación

La propia judicatura debe procurar el conocimiento de la institución de la mediación por Jueces y Magistrados para que confíen en ella y estén preparados para realizar la derivación, fomentando por otro lado el autoestablecimiento de limitaciones o buenas prácticas respecto de funciones como la conciliadora, que puede ser vivida por los ciudadanos como coactiva⁴⁰.

El establecimiento de protocolos de derivación claros y sencillos de los asuntos a mediación, consensuados con abogacía y los servicios sociales de mediación y aplicables para cada ámbito territorial en el que surja la necesidad.

La mediación puede ser una de las formas alternativas de resolución de conflictos que aporten más a la sociedad.

³⁸ ORTUÑO y HERNÁNDEZ, *Sistemas alternativos...*, cit., pág. 16, se refieren al modelo napoleónico en el que se ha transmitido a la sociedad que el único medio de resolver el conflicto es acudir a los Tribunales.

³⁹ En los años 70, a raíz de la conferencia del profesor SANDER (*Varieties in dispute processing*) en la que defendía la diversificación de modos alternativos de resolución de conflicto vinculados con el Tribunal (*Multi-door courthouse*), y de la actividad del Magistrado del Tribunal Supremo Warren Burger, se produjo el llamado “big bang” de las ADR en Estados Unidos. Vid. MENKEL MEADOW, *Roots and inspirations: a brief history of the Foundations...* cit.

⁴⁰ Señala ORTUÑO, ZAPATERO Y SÁEZ, en las conclusiones al curso “Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación”, que aunque algunos propugnen la práctica de la conciliación judicial, la experiencia no es positiva, pues además de que el juez pueda no tener habilidades negociadoras, su función puede quedar comprometida, pues el riesgo de prejuzgar es muy alto, y, por otro lado, estas actuaciones son vividas por los ciudadanos como injustas coacciones.

En el ámbito del conflicto familiar, probablemente sea una de las formas de resolución más adecuadas, si bien los ciudadanos la desconocen⁴¹

Además de la derivación a mediación cuando un asunto sea susceptible de ser mediado, puede ser positivo supeditar la admisión de la demanda –salvo para casos de violencia- en casos de familia con hijos menores a la presentación junto con la demanda del documento firmado por un mediador que refleje el intento de mediación por parte del demandante, lo que facilitaría el acceso a la mediación en general y remarcaría la privacidad del procedimiento, el control de éste por las partes y su independencia respecto del proceso principal. Como consecuencia al incumplimiento de alguna de las partes, podría imponerse una multa o la imposición de parte de las costas, a discreción del juzgador⁴².

Respecto de la trasposición de la Directiva de mayo de 2008

Teniendo en cuenta que el legislador habrá de trasponer la Directiva antes de 2011, se presenta una oportunidad para impulsar el uso de la mediación y otras ADR a través de una normativa y políticas específicas de las Administraciones.

Es positivo regular la mediación, si bien intentando no limitar sus posibilidades ni impedir su necesaria flexibilidad para adaptarse a las necesidades de las partes, del conflicto y los medios existentes.

Se abre en la actualidad una importante posibilidad de implantación de la mediación en conflictos civiles y mercantiles, que no tiene por qué seguir la misma estructura que la mediación familiar:

-Para la mediación civil y mercantil no es tan conveniente la comediación como lo es para el ámbito familiar

-La mediación civil y mercantil puede darse incluso a través de medios telemáticos, que han de favorecerse

-La mediación civil y mercantil puede tener una duración breve dependiendo de la complejidad del caso

-En la mediación civil y mercantil los abogados de las partes, de haber, deben participar en la mediación

-La preparación de los mediadores en el ámbito civil y mercantil no debe ser necesariamente tan extensa como la de los mediadores familiares.

El legislador español, al trasponer la Directiva, debe emanar una ley sencilla, que mantenga y respete la flexibilidad de la que la mediación debe contar para que sea exitosa, y que contenga así los mínimos establecidos en la Directiva relativos a:

⁴¹ HINOJAL, El abogado en la mediación familiar, CEJ, 2007, se refiere a la oferta que supera a la demanda en cuanto a mediación familiar no vinculada con los Tribunales, y que es necesaria una labor de difusión.

⁴² Vid. ORTUÑO y HERNÁNDEZ, Alternativas..., cit.

-la definición de mediación de la Directiva

-el objeto de la Directiva, ampliándolo a toda mediación relacionada con el Tribunal y a toda mediación voluntaria en todas las materias dispositivas, excluyéndose el ámbito penal.

-las características del mediador (imparcialidad, obligación de confidencialidad, exclusión del juez competente)

-las medidas relativas a interrupción de los plazos

-la ejecutividad de los acuerdos a través de resolución judicial en cuestiones no dispositivas (familia) y a través de otros medios en cuestiones dispositivas como la fe del notario o de otros funcionarios.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la mediación en el ámbito penal, en el que el principio de disposición se encuentra limitado a los ilícitos privados y algunos semipúblicos, debe regirse por otra normativa diversa a la de las cuestiones de derecho dispositivo, pues está inspirada e informada por otros principios. Únicamente los deberes del mediador pueden considerarse comunes.

Al Estado y distintas Administraciones e Instituciones quedará una importante labor de promoción de los métodos alternativos de resolución de conflictos, haciendo conocer a la ciudadanía su existencia y conveniencia, garantizando la preparación de los mediadores y, sobre todo, la consecución de la colaboración de la Abogacía en la confrontación de los conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

BOUCHARD, Marco, La mediation en Europe, Synthèse, GEMME,

BUTTS GRIGGS, Thelma, Manual para la Mediación Laboral, con MUNDUATE, MARTÍNEZ y MEDINA, Consejo Andaluz de Relaciones laborales, 2008

-Respuestas al cuestionario del CEJ sobre mediación, Madrid, febrero de 2008

GALEOTE MUÑOZ, La necesidad de un método profesional de mediación: la importancia de la interención del abogado en este proceso, Instituto de Empresa Working Paper Derecho, 15/04/2005, 22 págs.

GIMENO SENDRA, Fundamentos del Derecho Procesal: Jurisdicción, Acción y Proceso, Civitas, 1981

HINOJAL, Silvia: El abogado en la mediación familiar, CEJ, 2007

MARTÍN NÁJERA, M^a. Teresa, PÉREZ SALAZAR, Margarita y UTRERA GUTIÉRREZ, José Luís, Protocolo del CGPJ 2008

- Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, ORTUÑO (dir.), Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2006

MENKEL-MEADOW, Dispute resolution: Beyond the Adversarial Model, Nueva York (EEUU): 2005, pág. 265

-Roots and inspirations: a brief history of the Foundations of Dispute REsolution, en Handbook of dispute resolution, BORDONE y MOFFIT dir.

MORENO CATENA, CORTES DOMINGUEZ y GIMENO SENDRA, Introducción al Derecho Procesal, Colex, 2000.

MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Introducción al Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 41.

ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal, Documento de trabajo 110/2007, Fundación alternativas,

ORTUÑO (dir.) Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2006.

ORTUÑO, ZAPATERO Y SÁEZ, Conclusiones al curso “Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, en Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2006

RISKIN, The new old grid and the new new grid system, Notre Dame Law Review, 79,1.

SANDER, GOLDBERG, ROGERS y COLE, Dispute resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes, Aspen, 2003, 790 págs.

SOLETO MUÑOZ, La mediación en el ámbito laboral, en Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente, Tecnos, 2007.

- La mediación en el ámbito de la ruptura familiar, en Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI, UNED, 2005

-El interés público en el proceso de familia, Revista de Derecho de Familia, Lex Nova, nº. 18, 2003

-Las medidas provisionales en los procesos de familia, Tirant lo Blanch, 2002

VALL RIUS, La experiencia de la mediación familiar en Cataluña, en Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Estudios de Derecho Judicial, 2006

WISSLER, R.L., .The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts, Willamette Law Review, 1997, 33, 565-579.

WIWEN-NILSSON, Tore; Comercial dispute settlement: issues for the future

Center for Public Resources, The ABC's of ADR

Guia de la Asociación Americana de Abogados (American Bar Association)
<http://www.utexas.edu/law/academics/centers/cppdr/resources/ABA%20Guide%20to%20DR%20Processes.doc>

Rapport d'Information sur la médiation en Europe, Asssemblée nationale, 13 de febrero de 2007, presentado por FLOCH, Jacques.