



UNIVERSIDAD DE JAÉN

**FACULTAD DE CIENCIAS
SOCIALES Y JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO
PENAL, FILOSOFÍA DEL DERECHO,
FILOSOFÍA MORAL Y FILOSOFÍA**

TESIS DOCTORAL

**TEORÍA DE LA MEDIACIÓN Y DERECHOS
FUNDAMENTALES: LA MEDIACIÓN EN EL
ÁMBITO FAMILIAR**

**PRESENTADA POR:
MARÍA DOLORES PÉREZ JARABA**

**DIRIGIDA POR:
DR. D. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUIR-ROIG**

JAÉN, 9 DE MARZO DE 2017

ISBN 978-84-9159-138-2

**TÍTULO: TEORÍA DE LA MEDIACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES:
LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR.**

ÍNDICE.....3

**INTRODUCCIÓN: METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA TEMÁTICA DEL
TRABAJO.....11**

PARTE PRIMERA.- TEORÍA GENERAL DE LA MEDIACIÓN.

**CAPÍTULO 1. EL CONFLICTO EN LA SOCIEDAD ACTUAL Y EL
FUNDAMENTO DE LA MEDIACIÓN.....21**

**1.1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA MEDIACIÓN Y EL CONFLICTO EN LA
SOCIEDAD ACTUAL.....21**

**1.2. EL CONFLICTO: NATURALEZA SOCIAL Y RELACIÓN CON LA
MEDIACIÓN.....32**

**1.2.1. TEORÍAS ACTUALES SOBRE EL CONFLICTO: PERSPECTIVAS
OBJETIVAS Y SUBJETIVAS.....41**

A) Orientación sociológica del conflicto.....42

B) Orientación psicosocial del conflicto.....49

C) Orientación psicológica del conflicto.....54

**1.2.2. ELEMENTOS DEL CONFLICTO: SU RELEVANCIA PARA LA TEORÍA
DE LA MEDIACIÓN.....57**

A) Causas del conflicto: El problema de la mediación.....58

B) Las partes en el conflicto: Las personas y su contexto.....63

C) La figura del mediador en conflictos: Neutralidad e imparcialidad.....69

D) El proceso de mediación del conflicto: Estilos de mediación.....72

E) El acuerdo y post-acuerdo: Resolución y transformación del conflicto.....81

**1.3. EL FUNDAMENTO DE LA MEDIACIÓN EN LA SOCIEDAD
DEMOCRÁTICA.....84**

1.3.1. LA MEDIACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA-DELIBERATIVA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	86
1.3.2. EL FUNDAMENTO BÁSICO DE LA MEDIACIÓN: DE LA HETERECOMPOSICIÓN A LA AUTOCOMPOSICIÓN.....	96
1.3.3. LA JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIACIÓN: JUSTIFICACIÓN JURÍDICA, SOCIAL, POLÍTICA Y MORAL.....	106
1.4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN: LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	123
1.4.1. LA MEDIACIÓN DENTRO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA....	134
1.4.1.1. La crisis de la justicia y los sistemas alternativos de resolución de conflictos.....	136
1.4.1.2. Límites constitucionales a la mediación desde la Tutela Judicial Efectiva.....	141
1.4.1.3. Contenido del derecho a la Tutela Judicial Efectiva en relación a la mediación como método alternativo de resolución de conflictos de trascendencia jurídica.....	147
1.4.2. PONDERACIÓN JUDICIAL Y SU RELACIÓN CON LA MEDIACIÓN.....	183
1.4.2.1. La argumentación y la mediación.....	188
1.4.2.2. Contextos de entrada a la mediación.....	204
1.4.2.3. Máximas para el mediador/máximas de la mediación.....	205
1.4.3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS “RELACIONES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES”: SU IMPORTANCIA PARA LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA MEDIACIÓN.....	209
1.4.3.1. Los Derechos Fundamentales como límites a la contratación entre particulares.....	212
1.4.3.2. La tutela judicial efectiva en la mediación, entendida como una “relación entre particulares”.....	224
CAPÍTULO 2. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. LA MEDIACIÓN, CONCEPTO Y ELEMENTOS.....	229
2.1. INTRODUCCIÓN: SOBRE “EL ARTE” DE LA MEDIACIÓN.....	229

2.2. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (ADR). CONCEPTO, TIPOS Y DISTINCIÓN ENTRE LA MEDIACIÓN Y OTROS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	232
2.2.1. ORIGEN DE LOS ADR.....	232
2.2.1.1. En Estados Unidos.....	237
2.2.1.2. El caso de Alemania.....	240
2.2.1.3. Regulación en Europa.....	244
2.2.2. LA MEDIACIÓN: UNA VISIÓN HISTÓRICA.....	249
2.2.3. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS INCLUIDOS EN LOS ADR.....	257
2.2.4. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	265
2.2.5. EL TERCERO EN LOS ADR.....	268
2.3. DE UN CONCEPTO AMPLIO A UN CONCEPTO RESTRINGIDO DE LA MEDIACIÓN. DEFINICIONES DE MEDIACIÓN: JURÍDICA, SOCIAL, PSICOLÓGICA.....	274
2.4. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN EN SENTIDO RESTRINGIDO.....	292
2.5. MODELOS DE MEDIACIÓN.....	298
2.5.1. EL MODELO DE HARVARD.....	300
2.5.2. EL MODELO CIRCULAR- NARRATIVO DE SARA COOB.....	307
2.5.3. EL MODELO TRANSFORMATIVO DE BUSH Y FOLGER.....	313
2.5.4. EL MODELO DE CARNEVALE.....	317
2.5.5. EL MODELO DE CONTINGENCIAS ESTRATÉGICAS.....	318
2.6. EL PROCESO DE MEDIACIÓN: EL PLAN DE MEDIACIÓN Y SUS FASES.....	320
2.7. LA FIGURA DEL MEDIADOR.....	326
2.7.1. DEFINICIÓN DE MEDIADOR.....	326
2.7.2. HABILIDADES DEL MEDIADOR.....	331
2.7.3. LA FUNCIÓN DEL MEDIADOR RESPECTO A TERCEROS.....	335
2.7.4. COMPETENCIAS DEL MEDIADOR.....	336

2.7.5. CÓDIGO DE CONDUCTA MEDIADORA.....	340
2.8. TÉCNICAS Y HERRAMIENTAS DE LA MEDIACIÓN.....	344
2.8.1. TÉCNICAS DE MEDIACIÓN.....	348
2.8.1.1. Variables que influyen en las estrategias.....	349
2.8.1.2. Tácticas de la mediación.....	351
2.8.1.3. Las microtécnicas de la mediación.....	353
2.8.2. HERRAMIENTAS EN LA MEDIACIÓN.....	360
2.8.3. HABILIDADES DEL MEDIADOR.....	375
CAPÍTULO 3. TIPOS DE MEDIACIÓN Y SU AMBITO DE APLICACIÓN.....	379
3.1.- INTRODUCCIÓN: LA MEDIACIÓN COMO MODELO JURÍDICO Y SOCIAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	379
3.2.- ÁMBITOS SOCIALES DE LA MEDIACIÓN: LA MEDIACIÓN ESCOLAR, COMUNITARIA E INTERNACIONAL.....	388
3.2.1. MEDIACIÓN ESCOLAR.....	389
3.2.1.1. Objetivos de la mediación escolar.....	393
3.2.1.2. El mediador en Centros Educativos.....	396
3.2.1.3. Las Aulas de Convivencia.....	398
3.2.2. MEDIACIÓN COMUNITARIA E INTERCULTURAL.....	400
3.2.2.1. Concepto de mediación intercultural.....	404
3.2.2.2. Modelos Teóricos en la mediación intercultural.....	407
3.2.3. MEDIACIÓN INTERNACIONAL.....	411
3.2.3.1. Iniciativas recientes en el ámbito de la mediación en el Sistema de Naciones Unidas.....	415
3.2.3.2. El grupo de Amigos de la mediación.....	416
3.2.3.3. La mediación internacional en la Unión Europea.....	417
3.2.3.4. España y la mediación internacional.....	419
3.2.3.5. Principales retos de futuro de la mediación internacional.....	420
3.3. AMBITOS JURÍDICOS DE LA MEDIACIÓN: CIVIL Y MERCANTIL, LABORAL, PENAL Y CONCILIACIÓN Y REPARACIÓN EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL.....	421
3.3.1. MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.....	426

3.3.1.1. Concepto de mediación en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	430
3.3.1.2. Principios informadores.....	431
3.3.1.3. Ámbito objetivo de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	443
3.3.1.4. Ámbito subjetivo de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	445
3.3.1.5. El procedimiento de mediación.....	447
3.3.1.6. Régimen jurídico de la figura del mediador.....	448
A) El Estatuto del Mediador.....	449
B) El acceso a la profesión de mediador y requisitos de formación.....	453
C) Las instituciones en la mediación civil y mercantil.....	460
D) El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación.....	462
E) Responsabilidad de los mediadores.....	464
F) El carácter retribuido de la mediación.....	469
3.3.1.7. La mediación electrónica.....	469
3.3.1.8. El acuerdo en mediación.....	482
3.3.1.9. La ejecución de los acuerdos de mediación.....	486
3.3.2. MEDIACIÓN EN MATERIA LABORAL.....	493
3.3.2.1. Clasificaciones funcionales de los conflictos laborales.....	495
3.3.2.2. Los medios autónomos de solución de conflictos en los convenios colectivos.....	505
3.3.2.3. La flexibilidad interna y externa en el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos.....	506
3.3.2.4. La mediación como vía para solventar el conflicto laboral.....	508
3.3.3. MEDIACIÓN PENAL.....	511
3.3.3.1. Normativa en materia de mediación penal.....	516
3.3.3.2. Principios penales y mediación.....	520
3.3.3.3. Principios generales de la mediación penal.....	530
3.3.3.4. Ventajas y desventajas de la mediación penal.....	532
3.3.4. CONCILIACIÓN Y REPARACIÓN EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL.....	534
3.3.4.1. La justicia restauradora en la responsabilidad penal de los menores.....	536
3.3.4.2. La conciliación con la víctima y la reparación del daño.....	540
3.3.4.3. El programa de mediación y el Equipo Técnico de la Fiscalía de Menores.....	550

PARTE SEGUNDA.- TEORIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

CAPÍTULO 4. LA FAMILIA COMO ÁMBITO DE MEDIACIÓN: LA INSTITUCIÓN FAMILIAR Y LOS DERECHOS IMPLICADOS.....563

4.1. INTRODUCCIÓN: LA ESPECIAL ADECUACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO VÍA DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES.....563

4.2. LA FAMILIA: EVOLUCIÓN, SISTEMA FAMILIAR Y PODER.....573

4.2.1. EVOLUCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LA FAMILIA.....575

4.2.2. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EN LA NORMATIVA CIVIL ESPAÑOLA.....589

4.2.3. LA FAMILIA COMO SISTEMA Y LA INTERACCIÓN FAMILIAR.....593

4.2.3.1. La crisis y cambios del grupo familiar.....601

4.2.3.2. Límites del sistema familiar.....603

4.2.3.3. Las reglas y rituales familiares.....607

4.2.3.4. Los mitos.....608

4.2.3.5. La interacción familiar.....609

4.2.4. EL PODER EN LA FAMILIA: ESTRUCTURAS.....617

4.3. MEDIACIÓN FAMILIAR Y DERECHOS DE GÉNERO.....621

4.3.1. GÉNERO Y MEDIACIÓN.....625

4.3.2. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO LÍMITE PARA LA MEDIACIÓN.....628

4.4. MEDIACIÓN Y LOS MENORES DE EDAD.....650

4.4.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....654

4.4.1.1. El alcance del interés superior del menor en el ámbito de la mediación familiar.....656

4.4.1.2. Fundamento del interés superior del menor.....659

4.4.2. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....670

4.5. MEDIACIÓN FAMILIAR Y TERCERA EDAD.....677

4.6. MEDIACIÓN FAMILIAR Y PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.....681

4.7. LA MEDIACIÓN INTER-GENERACIONAL.....	689
CAPÍTULO 5. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA. ANTECEDENTES Y ACTUALIDAD.....	691
5.1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LOS ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA.....	691
5.2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FACILITADORA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	708
5.3. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA.....	718
5.4. LA IGUALDAD DE LOS CÓNYUGES COMO PRINCIPIO ESENCIAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	723
5.5. NOTAS DISTINTIVAS DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES EN LOS PROCESOS JURISDICCIONALES Y LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO ALTERNATIVA.....	729
5.6. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE MEDIACIÓN FAMILIAR Y LAS VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN.....	733
5.6.1. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE MEDIACIÓN FAMILIAR.....	736
5.6.2. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	741
5.7. LA MEDIACIÓN FAMILIAR DENTRO DEL PROCESO.....	742
5.8. LA INTERVENCIÓN DE LOS PROFESIONALES DEL DERECHO EN RELACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE MEDIACIÓN FAMILIAR.....	748
5.8.1. LA INTERVENCIÓN PROFESIONAL EN LOS TEMAS DE FAMILIA: EL MEDIADOR FAMILIAR Y EL ABOGADO DE FAMILIA.....	750
5.8.2. LA POSICIÓN DEL JUEZ Y EL FISCAL EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	753

5.9. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN FAMILIAR.....	757
5.10. REVISIÓN Y EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN FAMILIAR.....	760
5.10.1. REVISIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN FAMILIAR.....	760
5.10.2. EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN FAMILIAR.....	761
5.11. LA REGULACIÓN JURÍDICA AUTONÓMICA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR. EL CASO DE ANDALUCÍA.....	764
5.11.1. LA DISPERSIÓN LEGISLATIVA AUTONÓMICA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	764
5.11.2. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ANDALUCÍA: CARACTERÍSTICAS, OBJETO Y PRINCIPIOS.....	770
5.11.2.1. Características fundamentales de la mediación familiar en Andalucía....	772
5.11.2.2. Objeto de la mediación familiar en la Ley andaluza de mediación familiar.....	774
5.11.2.3. Principios de la mediación familiar en Ley andaluza de mediación familiar.....	776
5.11.3. EL MEDIADOR EN LA LEY ANDALUZA DE MEDIACIÓN FAMILIAR Y SU FORMACIÓN.....	779
5.11.3.1. El mediador en la Ley andaluza de mediación familiar.....	779
5.11.3.2. La formación del mediador.....	781
5.11.4. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN LA LEY ANDALUZA DE MEDIACIÓN FAMILIAR.....	783
5.12. IDEALIDAD Y REALIDAD EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR: PERSPECTIVAS DE FUTURO.....	785
CONCLUSIONES.....	791
BIBLIOGRAFÍA.....	797

INTRODUCCIÓN: METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA TEMÁTICA DEL TRABAJO.

La introducción al presente trabajo de tesis doctoral, “*Teoría de la mediación y derechos fundamentales: La mediación en el ámbito familiar*”, nos parece oportuno dividirla en dos apartados. El primero, en el que justificamos la metodología de trabajo aplicada a la investigación. El segundo, en el que hacemos un relato pormenorizado de los distintos capítulos de la tesis, fundamentando su contenido y sus relaciones. Consideramos, de esta manera, que la introducción cumple así con lo establecido en las normas de lectura y defensa de tesis doctorales de la Universidad de Jaén¹.

Para comprender *la metodología* de la presente tesis doctoral, conviene recordar que el trabajo se enmarca dentro del “Programa de Doctorado en Derecho público” de la Universidad de Jaén. El programa ha tenido un contenido principalmente jurídico, por lo que en su desarrollo se ha incidido en la metodología jurídica de investigación. En la investigación social, según es conocido, son varios los estilos metodológicos para abordar el estudio de un tema o temática social. Uno de estos métodos es el que se conoce como, *método jurídico*. Así, con independencia de la materia o tema concreto de investigación, sea propio de la teoría del Derecho, el derecho público o el derecho privado, en el ámbito de la investigación jurídica, persiste una triple división de elementos para cualquier trabajo de investigación: El estudio de la doctrina jurídica, el análisis de la legislación y el examen de la jurisprudencia. De esta manera, *doctrina, legislación y jurisprudencia*, conforman los tres planos de análisis de cualquier investigación en el ámbito de las ciencias jurídicas. Estos tres planos propios de la investigación jurídica han sido considerados en la presente tesis doctoral.

La *doctrina*, es definida por el conjunto de problemas básicos y reflexiones que, los estudiosos y profesores de Derecho, han ido elaborando para intentar ofrecer soluciones a las grandes cuestiones del Derecho. El contenido de lo que

¹ Según el *Reglamento de Doctorado de Universidad de Jaén*, aprobado en Consejo de Gobierno de 6 de febrero de 2012, una tesis doctoral ha de contener, necesariamente, una introducción, en la que se justifique la unidad temática de la tesis.

podemos llamar, el debate doctrinal, se expresa principalmente a través de las publicaciones científicas (libros y artículos), pero también es abordado en reuniones científicas (congresos, seminarios, jornadas), en la divulgación científico-jurídica y en distintos tipos de informes y opiniones. De manera general y con gran consenso, se entiende que el estudio de la doctrina sobre cualquier tema jurídico, constituye el pilar básico. En este sentido, la presente tesis doctoral, ha tomado como regla principal el examen de las distintas y más recientes visiones que sobre el tema de la mediación y la mediación familiar en particular, están siendo mantenidas por la doctrina.

No obstante, no puede desconocerse que la mediación como método de resolución entre las partes de un conflicto, asesorado por un tercero, el mediador, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, viene siendo objeto de estudio por otras ciencias sociales distintas de la ciencia jurídica. Por ese motivo, junto con la doctrina jurídica, el estudio de teóricos de la mediación pertenecientes a la sociología, la psicología o el trabajo social, también han sido tomados en consideración. Por eso, la idea de doctrina que hemos debido desarrollar en el trabajo, aunque tiene a la doctrina jurídica como eje del análisis, se extiende también a los teóricos y prácticos de la mediación que no tienen formación jurídica, pero a cuyos trabajos científicos y reflexiones, hemos debido acceder para completar la visión doctrinal sobre la mediación y la mediación familiar.

El análisis de *la legislación*, según indicábamos, constituye el segundo plano de análisis del método jurídico. La legislación nos remite, principalmente, al Derecho vigente que regula institucionalmente las acciones y relaciones sociales. En cuanto la legislación es un objeto de estudio principal de la doctrina jurídica, el presente trabajo ha tenido en consideración la regulación jurídica de la mediación y de la mediación familiar. Además, en la tesis doctoral, los derechos fundamentales han sido el otro criterio central de trabajo, junto con la mediación, por lo que la doctrina jurídica y la legislación sobre derechos fundamentales ha sido examinada lo más detalladamente posible. Este protagonismo del método jurídico, sin embargo, no nos ha hecho dejar de lado la importancia de las observaciones y reflexiones que, sobre la legislación y el Derecho en general, y sobre la regulación jurídica de la mediación en particular, han sido formuladas por los teóricos de la mediación provenientes de otros ámbitos distintos del jurídico de las ciencias sociales.

Por último, la *jurisprudencia*, conforma el tercer plano del método jurídico. Las decisiones judiciales sobre los casos jurídicos, conjuntamente con la legislación, es lo que nos permite obtener una visión completa de cualquier ordenamiento jurídico; desde su ámbito general o legal, hasta su ámbito más concreto o de aplicación e interpretación del Derecho. Por esta razón, todo estudio jurídico, no puede prescindir del examen de la jurisprudencia o decisiones judiciales que sobre el tema que se trabaja han tenido lugar. Además, para el caso de la presente tesis doctoral, debido a que la mediación forma parte de los llamados, “métodos de resolución de conflictos alternativos al proceso judicial”, no podíamos dejar de lado analizar, tanto el proceso judicial y sus garantías (tutela judicial efectiva), así como examinar aquellas decisiones judiciales de los tribunales que abordaban, centralmente o de forma colateral, el tema de la mediación.

El método jurídico, en sentido estricto, se compone de esos tres elementos de necesaria investigación. Por lo tanto, la presente tesis doctoral, ha adoptado la metodología jurídica como método básico de investigación.

En cuanto a los *contenidos y estructura* de la tesis doctoral, ésta se ha dividido en dos partes y cinco capítulos. *La primera parte*, “teoría general de la mediación”, consta de tres capítulos; capítulo 1: “El conflicto en la sociedad actual y el fundamento de la mediación”; capítulo 2: “Los métodos alternativos de resolución de conflictos. La mediación, concepto y elementos”; capítulo 3: “Tipos de mediación y su ámbito de aplicación”. *La segunda parte*, “teoría de la mediación familiar”, ha sido dividida en dos capítulos; capítulo 4: “La familia como ámbito de mediación: La institución familiar y los derechos implicados”; capítulo 5: “Regulación jurídica de la mediación familiar en España: Antecedentes y actualidad”. Después de estos contenidos básicos, la tesis doctoral concluye con un apartado de conclusiones y un apéndice bibliográfico.

Antes de pasar a la descripción de cada capítulo del trabajo, es oportuno justificar que su división en dos partes, obedece a la necesidad de examinar la mediación en dos planos diferentes y complementarios a la vez. Por un lado, en la parte general, la mediación es examinada como una propuesta teórica y práctica con pretensiones de teoría general del conflicto en la sociedad. Por otro lado, una

vez ha sido estudiada la mediación como teoría general, haciendo hincapié en su relación con otros medios o métodos de resolución del conflicto y sobre sus extensos ámbitos de aplicación, tanto social como jurídicos, la segunda parte de la tesis, se concentra en la mediación familiar, sus rasgos comunes con cualquier otro tipo de mediación y su regulación jurídica en España. Así, hemos considerado que, procediendo desde lo más general a lo más concreto, la *especificidad* de la mediación familiar, queda ubicada lo más concretamente posible, dentro del marco de la teoría general de la mediación y de la teoría de los derechos fundamentales de la sociedad democrática.

Partiendo de la distinción en dos partes del presente trabajo, *el capítulo primero* de la tesis, “el conflicto en la sociedad actual y el fundamento de la mediación”, tiene como objeto básico el examen del conflicto en la sociedad y su relación con la mediación. Dado que la mediación ha aparecido recientemente como un método de resolución de conflictos, en el que las partes son las protagonistas de su conflicto y de su posible acuerdo de resolución, siendo el “mediador” un tercero sin poder de decisión, nos parecía que lo más oportuno era proceder al estudio de los distintos tipos de conflictos (sociales, culturales, interpersonales), haciendo un análisis de sus causas y el papel que la mediación puede jugar al intentar resolverlos. A partir de esta primera aproximación, adoptamos el planteamiento de que la mediación, como método comunicativo y de acuerdo autónomo de las partes (autocomposición) de resolución de conflictos, solamente resulta comprensible en el marco de la democracia y de la cultura de los derechos fundamentales. Y dentro de los derechos fundamentales, la “tutela judicial efectiva”, es objeto de un especial análisis, sobre todo, porque nos decidimos por ver en la mediación; un medio complementario y activamente colaborador del proceso judicial y de su constante necesidad de reforma democrática y participativa ciudadana.

El capítulo segundo, “los métodos alternativos de resolución de conflictos. La mediación, concepto y elementos”, trata de la reciente aparición, a mediados del siglo XX, de los llamados, “métodos alternativos de resolución de conflictos” (ADR: *Alternative dispute resolution*), a los cuales pertenece la mediación, junto con la negociación, la conciliación y la extensión del arbitraje. En este capítulo

cobra mayor sentido todo lo analizado en el primer capítulo, pues, al hacer depender la mediación actual de la democracia participativa y los derechos fundamentales, por una parte, intentamos encuadrar históricamente a la mediación y el resto de ADR, a través de un “concepto restringido de mediación”, únicamente posible en el contexto democrático actual y, por otra parte, entendemos que las distintas teorías o modelos teóricos de mediación (modelo Harvard, modelo narrativo, modelo transformativo, etc.), solo han sido posibles como propuestas teóricas de mediación basada en la democracia y los derechos. Pues, a través del examen que estas teorías hacen, tanto de la figura del mediador neutral, la dinámica del proceso mediador igualitario entre las partes y las habilidades y técnicas responsables del mediador, se nos aparece con más claridad que, la característica “autocompositiva” de la mediación, es decir, que sean las partes las que discutan su conflicto y decidan o no un acuerdo de reconciliación, solo resulta posible como un ideal social participativo, que se corresponde con los valores básicos, sociales y jurídicos, de nuestras sociedades democráticas. El ideal de que; no fuese necesario que un “tercero investido con poder de decisión” (el Estado, representado por el juez, como paradigma), tenga que decidir *en lugar de* las partes inmediatamente implicadas en un conflicto.

El capítulo tercero, “tipos de mediación y su ámbito de aplicación”, continúa precisando aún más la tesis del fundamento democrático, basado en derechos fundamentales, de la mediación moderna. Pues, el objeto de este capítulo, es dar una visión lo más detallada posible de la extensión social y jurídica de la mediación en la actualidad. Muchos teóricos y prácticos de la mediación han manifestado que la mediación puede resolver cualquier tipo de conflicto; internacional, comunitario, grupal, familiar. De hecho, dada la expansión de la mediación hacia la resolución de cualquier tipo de conflicto (macro, meso o micro), da la impresión de que más que de un método o una técnica de resolución de conflictos, estaríamos en presencia de “un arte”. Para comprender la expansión actual de la mediación, hacemos una división entre, sus ámbitos de aplicación social (conflictos escolares, conflictos comunitarios y grupales, conflictos internacionales) y su ámbitos de aplicación jurídica (conflictos civiles y mercantiles, laborales, penales y de justicia penal juvenil). El resultado al que pretendemos llegar en este capítulo es que, los ámbitos jurídicos

de aplicación de la mediación, a pesar de múltiples reticencias heredadas del pasado, ya son más que comparables con los ámbitos sociales, más informales que los jurídicos y de donde surgió la mediación. Poniendo de manifiesto las limitaciones de la mediación en muchos ámbitos jurídicos, fundamentalmente en el derecho penal, no obstante, este capítulo trata de abordar la conexión, de presente y de futuro, entre el proceso judicial y la mediación, vistos colaborativamente y no como “métodos” opuestos o condenados a ser opuestos.

El capítulo cuarto, “la familia como ámbito de mediación: La institución familiar y los derechos implicados”, abre, como decíamos antes, la segunda parte de la tesis, dedicada en concreto a la mediación familiar. Si bien a lo largo de la primera parte de la tesis, siempre que a nuestro parecer era pertinente (por ejemplo, en “la mediación civil”, analizada en el capítulo tercero), no hemos dejado de aludir a la mediación familiar dentro de un contexto más amplio, en este capítulo cuarto, la mediación familiar pasa a ser el objeto exclusivo del estudio que se realiza, por lo que el capítulo comienza dando un “concepto” de la mediación familiar. Pero, para dar cierta continuidad a la parte general de la tesis con esta otra concretada en la mediación familiar, en el capítulo continuamos con el examen de la “institución familiar”, su evolución jurídica y social, así como de todos los “sujetos de derecho” que, en caso de mediación, pueden verse implicados en esta institución básica para nuestra sociedad. Por eso, aunque la mujer, los menores, los mayores, las personas discapacitadas (dependientes), son titulares de derechos específicos, además de todos los derechos fundamentales individuales, con independencia de si viven o no en el seno de una familia, no obstante, dado el carácter básico de la institución familiar, nos pareció oportuno hacer un análisis de la incidencia que el proceso de mediación familiar, dado el caso, podría tener en su posible colisión con los derechos específicos de cada uno de los anteriores colectivos.

El capítulo quinto, “regulación jurídica de la mediación familiar en España: Antecedentes y actualidad”, trata de la reciente regulación jurídica de la mediación familiar y sus antecedentes en España. Si en el capítulo cuarto, era la institución familiar y los derechos de sus miembros el núcleo del estudio, ahora pasan a ser los cónyuges y la autonomía del proceso de mediación familiar, tanto

extra-judicial como intra-judicial, lo que intentamos destacar. Así, debido a que en España no hay una ley estatal específica sobre mediación familiar, hemos debido tomar como referencia básica, la ley 5/2012, sobre mediación civil y mercantil. A partir de esta ley, además de la obligada referencia a Constitución española y la legislación civil básica, hemos procurado dar una visión lo más aproximada posible del funcionamiento de la mediación familiar, sus procesos y técnicas provenientes de otras ciencias sociales, en relación con el proceso judicial civil. En este sentido, nos hemos extendido en las materias de derecho de familia susceptibles de mediación, así como en la función del abogado, el fiscal y, por supuesto, el juez, en relación con el proceso mediador, sus ventajas para la agilización de la justicia, así como al acuerdo de mediación y su ejecución judicial. Por último, y dado que solo existen “leyes de mediación familiar” a nivel autonómico en España, hemos considerado oportuno el examen de la mediación familiar en Andalucía. Por dos razones; primero, porque nos sirve de ejemplo de regulación española sobre mediación familiar; segundo, porque la “ley andaluza”, al ser relativamente reciente, se ha beneficiado de los errores y también de las virtudes de otras legislaciones autonómicas ya existentes.

Este capítulo quinto, acaba con un breve apartado en el que reflexionamos sobre el futuro de la mediación familiar, que esperamos complemente y ayude a la agilización y reforma del proceso civil. También, esta es la idea final que ponemos de manifiesto en nuestras conclusiones. Con la mediación se trata de impulsar una cultura de diálogo, de acercamiento a la postura del otro, haciendo un esfuerzo sincero por conocer su realidad. Exige una escucha más activa y comprometedora de la que normalmente practicamos, tanto a nivel cotidiano como durante cualquier proceso judicial. Nos exige un alto grado de empatía, de hacer un esfuerzo por ponernos en el lugar de la otra persona, de saber ceder llegado el momento. Al entrar en la cultura de la mediación, nos acercamos más a una cultura de la paz, en la cual la comunicación y el respeto son básicos. En esa cultura de la paz y del diálogo, según consideramos, no puede prescindirse del Derecho y la Justicia. Ni el Derecho y la Justicia pueden ausentarse por más tiempo de su compromiso con la paz y con el diálogo.

Una tesis doctoral, de acuerdo con una experiencia compartida, se puede describir como un esfuerzo de “mediación” entre, un problema interminable y unos plazos universitarios y vitales extenuantes. Más allá del trabajo personal, este es el lugar adecuado para mostrar mi agradecimiento, en primer lugar, al Prof. Francisco Javier Ansuátegui, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, por su dedicación y trato personal en el largo recorrido de dirección de la tesis doctoral. Espero que su labor y ánimos para el trabajo universitario, se vean reflejados en la redacción del trabajo de tesis. A mis colegas y amigos del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén, Ramón Ruiz, Alberto del Real y José Antonio López, les quedo muy agradecida por haberme recibido en un ambiente de trabajo cordial y por los buenos consejos que de ellos he recibido durante el trabajo en mi tesis. También a mis colegas del Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Filosofía Moral y Filosofía, les quedo agradecida por haber creado un espacio de trabajo, en el que alguien a caballo entre la abogacía y la docencia, ha sido comprendida con gran indulgencia, algo inaudito en cualquier otro proceso. A los profesores responsables del programa de Doctorado, Jorge Lozano Miralles y Ramón Ruiz, les pido disculpas por todo el trabajo administrativo que les he podido crear, al que siempre respondieron con rigor y gran cordialidad. También tengo un reconocimiento para mis compañeros y compañeras de Doctorado, con los que he compartido seminarios y reflexiones de gran interés.

Por último, mi hija María y mi familia, en el transcurso de mi trabajo en la tesis, más allá de crearme cualquier tipo de conflicto, me han alentado siempre a resolverlos, aún en aquellos momentos en los que yo no estaba en condiciones para negociar. A ellas les dedico el resultado de mi trabajo. Espero que no estén en desacuerdo.

PARTE PRIMERA.- TEORÍA GENERAL DE LA MEDIACIÓN.

CAPÍTULO 1. EL CONFLICTO EN LA SOCIEDAD ACTUAL Y EL FUNDAMENTO DE LA MEDIACIÓN.

1.1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA MEDIACIÓN Y EL CONFLICTO EN LA SOCIEDAD ACTUAL.

La relación entre Derecho y Sociedad (*ubi societas, ibi ius*), es una de las primeras máximas de la enseñanza jurídica. Solemos utilizarla para plantear, simplemente, que vivir en sociedad supone asumir la presencia del *conflicto* y, correlativamente, la necesidad del *Derecho* para darle alguna solución socialmente aceptada. De la misma manera, si consultamos algunas de las teorías sobre la mediación, nos aparece inmediatamente una máxima similar a la anterior; *donde existe una sociedad, existe la mediación*². En esta introducción tratamos de concretar este tipo de afirmaciones generales, con la intención metodológica de obtener una mejor aproximación al objeto principal de estudio del presente trabajo: *La mediación en el ámbito familiar*.

En efecto, si comenzamos por relacionar la mediación con las bases de la sociedad moderna, sabemos que la modernidad surge históricamente en ruptura con cualquier tipo de sociedad del pasado, jerarquizadas en su estructura social y fundadas sobre bases trascendentales o religiosas. Sin tal ruptura, sería imposible que los derechos y libertades, así como la democracia universal, conquistas todas ellas de la modernidad, pudieran haberse desarrollado en sociedades desigualitarias y vinculadas a una visión cerrada de la vida. Incluso en la actualidad, en plena era de la globalización, el reto más importante sigue siendo la universalización de los derechos humanos³, luego de que todavía persisten

²“La mediación tiene una larga historia. La biblia afirma que Jesús es un mediador entre Dios y el hombre”. MOORE, Ch., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, trad. de Aníbal Leal, Granica, Buenos Aires, 2010, p.52.

³Para comenzar ya con las múltiples relaciones que se pueden dar entre los derechos y la familia, ante los efectos de la globalización sobre la universalidad de los derechos, el Prof. Mario Losano ha escrito recientemente cómo la familia ha pasado a desempeñar funciones que antes eran propias del Estado social: “En una atmósfera de globalización y libre circulación de capitales, la reducción del Estado social se ha acompañado con la deslocalización de un número cada vez más creciente de empresas... También los subsidios por desempleo tienen una fecha de caducidad; así es como aparecen paliativos anómalos, desde el trabajo sumergido hasta la familia patriarcal. En esta última, la pensión de los ancianos sirve para mantener a los jóvenes desempleados y la presencia de abuelos sustituye la carencia de guarderías infantiles, o bien la familia entera se hace cargo de

modelos de Estados y sociedades jerárquicas, con nula o escasa legitimidad democrática⁴.

Durante la Ilustración, fue la hipótesis del “estado de naturaleza” de los siglos XVII y XVIII, la que dio expresión a la ruptura de la modernidad con el pasado. Según esta hipótesis, los seres humanos nacerían desvinculados respecto de todo poder político, pero, viviendo simplemente con los recursos y pasiones naturales, el “estado de naturaleza” deviene inmediatamente un lugar de *conflicto permanente*, en el que cada ser humano actúa movido por meras fuerzas naturales, internas y externas a los propios individuos. A estas fuerzas naturales es imposible oponer ninguna limitación, dado que la civilización y la cultura todavía no habrían aparecido. Por eso, Jean Jacques ROUSSEAU, llamará *buen salvaje* al ser humano natural, definiéndolo también como: “*Un animal estúpido y limitado*”⁵. En esta situación natural, la vida del ser humano no se distingue de la vida de los animales (*homo homini lupus*). La guerra de todos contra todos, define al conflicto propio del “estado de naturaleza”, de acuerdo ahora con la visión de Thomas HOBBS: “*La naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en sus facultades de cuerpo y alma, que aunque puede encontrarse en ocasiones a hombres físicamente más fuertes o mentalmente más ágiles que otros, cuando consideramos todo junto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan apreciable como para justificar el que un individuo reclame para sí cualquier beneficio que otro individuo no pueda reclamar con igual derecho. Pues, en lo que se refiere a fuerza corporal, el más débil tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte, ya mediante maquinaciones secretas o agrupados con otros que se ven en el mismo peligro*”⁶.

No obstante, el racionalismo de la Ilustración, aportará la solución para salir del contradictorio y conflictivo “estado de naturaleza” que, de prolongarse, llevaría a la destrucción del ser humano. En palabras de ROUSSEAU: “*Tal estado*

la asistencia a quienes no pueden valerse por sí mismos”. LOSANO, M., “Las teorías del solidarismo y su influencia en la formulación de los derechos fundamentales económicos”, en, LOSANO, M. (Ed.), *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis*, trad. Luis Lloredo Alix, Dykinson, Madrid, 2011, p.59.

⁴Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Kant, Rawls y la moralidad del orden internacional”, *Revista de Ciencias Sociales*, Chile, Universidad de Valparaíso, nº 47, 2002, pp.593-631.

⁵ROUSSEAU, J.J., *El contrato social o principios de derecho político*, trad. de M^a José Villaverde, Tecnos, Madrid, 1995, p.19.

⁶HOBBS, T., *El Leviatán, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad. de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 2006, p.105.

*originario no puede subsistir y el género humano perecería si no cambiase de manera de ser*⁷. Así que, la Razón habrá de conquistar la naturaleza humana y, a través de ella, introducir la *gran mediación* en qué consiste el Contrato Social. Como conocemos, el Contrato social es considerado como el *acuerdo* por el cual, todo ser humano natural, acepta vivir en sociedad y, por lo tanto, ser gobernado por leyes creadas y aplicadas por una nueva persona política; el *Estado de Derecho*⁸.

La hipótesis del “estado de naturaleza” y el subsiguiente Contrato Social, nos describen de manera general la génesis moderna del conflicto y de la mediación. Así, considerando la sociedad actual como heredera de las hipótesis naturalistas y políticas de la Ilustración, no cabe duda de que el conflicto y la mediación se hallan íntimamente conectadas. Por eso, no nos asombra el que todavía se describa al ser humano como un ser egoísta, que procura la realización de su interés por encima de cualquier otra cosa, dejando en un segundo plano sus deberes, el interés de los demás o el bien común. Siendo todos portadores de iguales derechos, las dificultades de relación entre dos seres cualquiera puede ser el origen del conflicto, cuando ambos quieren lo mismo y eso que quieren o desean no puede ser obtenido por las dos partes. Por este motivo, fácil de constatar en la vida cotidiana, el conflicto persiste en nuestra sociedad y, asimismo, también la necesidad de encontrar una regla/convención que permita solucionarlo. Una regla que necesitará ser interpretada y aplicada. De manera que tendrá que surgir una *tercera persona*, lo más alejada posible de las partes y del conflicto, que será quien deba decidir cuál de las pretensiones deba ser atendida preferentemente y cuál, por el contrario, debe ser desechada o, eventualmente, si es posible atender a ambas peticiones, estructurándolas para hacerlas compatibles.

Partiendo de las hipótesis generales de la sociedad moderna, es decir, el “estado de naturaleza” (*conflicto*), el Contrato Social (*mediación*) y el necesario

⁷ROUSSEAU, J.J., *El contrato social o principios de derecho político*, Ob. cit., p.14.

⁸ROUSSEAU, J.J., *El contrato social o principios de derecho político*, Ob. cit., pp.15-16. “De inmediato, esta acto de asociación produce, en lugar de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe por este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública, que se constituye mediante la unión de todos las restantes, se llamaba en otro tiempo Ciudad-Estado, y toma ahora el nombre de república o de cuerpo político, que sus miembros denominan Estado, cuando es pasivo, soberano cuando es activo y, poder, al compararlo con sus semejantes. En cuanto a los asociados, toman colectivamente el nombre de pueblo y se llaman en concreto ciudadanos, en tanto que partícipes de la autoridad soberana y, súbditos, en cuanto están sometidos a las leyes del Estado”.

establecimiento del Estado (*tercera persona*), encontramos estos mismos elementos, que cualquiera puede constatar, también al nivel de su propia experiencia de la realidad de la vida cotidiana. Pero a diferencia de la vieja sociedad pre-industrial y de primera industrialización ilustrada, la revolución tecnológica actual está conduciendo a la emergencia de un nuevo tipo de sociedad⁹, que presenta rasgos y características diferentes a las sociedades industriales clásicas y en las que está surgiendo una nueva problemática de desigualdad, de precarización laboral, de tendencias de exclusión social, de nuevos modelos de familia, que, a nuestro modo de ver, exigen una adecuación de los conceptos y los modelos interpretativos tradicionales a las nuevas realidades¹⁰.

En la sociedad global actual, por lo tanto, si observamos la dinámica de los conflictos en sus distintos ámbitos, internacionales, intergrupales, comunitarios o familiares, podemos comprobar que; la mayoría se resuelvan sobre la base del “mero poder”, otras en función del Derecho y, las menos, tomando a las partes del conflicto como interlocutores válidos de la solución. Sin embargo, también podemos observar que en las sociedades más avanzadas y democráticas, la proporción anterior comienza a invertirse: Hay una mayor parte de los conflictos que se solucionan mediante distintas formas de acuerdos entre las partes (a través de procedimientos como la *conciliación*, la *negociación*, el *arbitraje* y la *mediación*, que entran dentro de lo que se conoce internacionalmente con las siglas ADR¹¹), muchas otras disputas se saldan a través del Derecho, mediante mecanismos estrictamente administrativos y/o judiciales y, afortunadamente, las menos lo hacen sobre la base del “mero poder” de una de las partes en conflicto.

⁹Las teorías sociológicas actuales, nos describen nuestras modernas sociedades democráticas; bien, como “sociedades complejas y entrópicas” (Luhmann), sin una soberanía política clara; bien, como “sociedades líquidas” (Bauman), en las que las relaciones sociales, especialmente las familiares, han dejado de ser estables y son constantemente inestables y fugaces; bien, como “sociedades biotecnológicas” (Latour), en las que el papel de las máquinas y la tecnología pasan a ser un compañero de vida irremplazable. Sobre todas estas teorías sociales, vid. BAUMAN, Z., *El arte de la vida*, trad. Dolors Udina, Paidós, Barcelona, 2008, pp.33-65; LUHMANN, N., *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, trad. de Joxetxo Berian y José M^a García Blanco, Trotta, Madrid, 1998, pp.71-98; LATOUR, B., *Nunca fuimos modernos*, trad. Víctor Goldstein, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007, pp.15-30.

¹⁰Vid. DE LUCAS, J., “El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo”, en, DE LUCAS, J. (Coord.), *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 14 y ss.; LATOUCHE, S., *El planeta de los naufragos. Ensayo sobre el postdesarrollo*, trad. de Emma Calatayud, Acento Editorial, Madrid, 1993, pp.3-21 (capítulo dedicado a la exclusión, de los llamados por Latouche: “Los naufragos del desarrollo”).

¹¹Alternative Dispute Resolution (ADR). En adelante se utilizará la abreviación, ADR, para referirnos a los distintos métodos alternativos de resolución de conflictos.

Cuando pensamos como ciudadanos de nuestra sociedad y, por lo tanto, nos involucramos en un universo de acciones compartidas, bien sea en la familia, en el barrio, en el trabajo, en la escuela o en cualquier otro espacio, no podemos pensar que actuamos como “seres moralmente neutros”, una expresión que nos recordaría a los “seres naturales” de la hipótesis ilustradas de nuestra sociedad. Para comprender el origen y la necesidad que ha llevado a implantar “medios alternativos de resolución de conflictos” ADR, es indispensable referirnos a las distintas situaciones que, en la actualidad, son origen del conflicto. Como expondremos más adelante de manera más detallada, los expertos en sociología, comunicación y psicología, han concluido que lo que caracteriza el grado de civilización de una sociedad, no es la mayor o menor conflictividad de sus integrantes, sino el modo compartido y reflexivo en que los conflictos acometen y se solucionan. Transformar nuestra vivencia del conflicto a través de un mejor conocimiento del mismo (*transforming conflict through insight*), pasa a ser la finalidad general de los ADR. Como han señalado MELCHIN y PICARD: “*No hay duda de que el conflicto esta en nuestras cabezas...Concebimos la vida social y política desde posiciones que contienen la diferencia y la disensión. Como ciudadanos, estamos implicados en este escenario, no simplemente como observadores, sino como participantes que hemos asumido la tarea de pensar y trabajar los desafíos del conflicto*”¹². Esto nos va a llevar a analizar algunas de las características que rodean a nuestra sociedad y sus conflictos, así como este nuevo recurso, *la mediación*, que se encuadra entre los métodos alternativos de resolución y que se aplica a la resolución de conflictos en distintos niveles; macro-conflictos (internacionales), meso-conflictos (comunitarios y grupales) y micro-conflictos (familiares)¹³.

Sin el estudio previo de las bases actuales del conflicto, no podemos entender por qué surgieron los medios o métodos, ADR. Entre estos métodos, surgidos institucionalmente en los Estados Unidos de Norteamérica desde

¹²MELCHIN, K. R y PICARD, CH. A., *Transforming conflict through insight*, University of Toronto Press, Toronto, 2009, p.3.

¹³SCHVARSTEIN, L., “La mediación en contexto”, en GOTTHEIL, J y SCHIFFRIN, A. (Comps.), *Mediación: Una transformación de la cultura*, Buenos Aires, Paidós, 1996, p. 227: “A lo largo de los últimos años, mi práctica como consultor de organizaciones sociales en general y de organizaciones ligadas al sector justicia en particular, me ha llevado a tomar conocimiento de la aplicación de métodos alternativos para la resolución de conflictos. La mediación es, sin duda, entre todos ellos, uno en el que podemos cifrar las mayores expectativas favorables en cuanto a su utilización en distintos contextos”.

mediados del siglo XX¹⁴, como veremos más adelante, se conoce a la institución de *la mediación* de la siguiente manera, definida ahora de forma aproximativa y con independencia de su definición jurídica¹⁵ y sus varios modelos teóricos¹⁶:

Un *método institucionalizado y alternativo al procedimiento judicial*, nacional o internacional, de resolución de conflictos tanto de carácter privado como público, iniciado voluntariamente o por requerimiento, en el que las partes del *conflicto* son las protagonistas de plantear, desarrollar y reflexionar en condiciones de igualdad los términos del conflicto que los separa, siendo la figura del *mediador*, la de aquel profesional ajeno al conflicto particular en cuestión, que auxilia a las partes con distintas técnicas y herramientas elaboradas por diversas disciplinas sociales, para que sean las propias partes las que consigan llegar, eventualmente, a un *acuerdo* que ponga término al conflicto, cuyo contenido será fruto de la

¹⁴Aquí solo nos referimos al origen moderno o actual de las mediación y los demás métodos ADR. Desde esta perspectiva, fue la creación de la agencia federal norteamericana, *Federal Mediation and Conciliation Service*, en 1947, la que se viene considerando como la primera regulación actual de los ADR. Su competencia era para el marco laboral. Desde este primer ámbito laboral, fueron las, *Alternative Dispute Resolution Act*, de 1975 (ADRA-1975) y posteriormente de 1998 (ADRA-1998), los hitos legislativos destacables, pues extendieron a otros ámbitos del Derecho los métodos ADR. Posteriormente, solo destacar la necesidad de homogeneización de la legislación norteamericana sobre mediación que se produjo con la, *Uniform Mediation Act* (2001), lo que, como veremos en otros capítulos del presente trabajo, pasa a ser una necesidad también para la dispersa legislación española sobre mediación familiar, especialmente. Vid. MORAN, G. M., “La mediación en EEUU”, en, SOUTO GALVÁN, E., (Dir.), *La mediación. Un instrumento de conciliación*, Madrid, Dykinson, 2010, pp.45-70.

¹⁵Respecto de las definiciones jurídicas que interesan a la legislación española, referidas todas ellas al ámbito del derecho privado y la mediación familiar, pueden destacarse: “Un procedimiento estructurado, se cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio, intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento poder ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el derecho de un Estado miembro” (Art.3, Directiva 2008/52/UE, del Parlamento Europeo y Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. DOUL, N°136/3, de 24 de mayo 2008); “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intenta voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador” (Art.1, Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. B.O.E., N°162, de 7 de julio 2012); “...se entiende por mediación familiar, el procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos, que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto” (Art.2, Ley 1/2009, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. B.O.J.A., N° 80, de 2 de abril de 2009).

¹⁶Lo que sigue es una definición aproximativa y propia de la *mediación*. Más adelante (cap.2), nos adentraremos en el examen de las definiciones de mediación de los distintos modelos teóricos sobre mediación: El “modelo de Harvard”; el “modelo circular-narrativo”, de Sara Cobb; el “modelo transformativo”, de Bush y Folger, etc.

acción comunicativa de las partes y nunca el producto de la decisión del mediador o mediadora.

Partiendo de esta definición provisional y propia, interesa resaltar los siguientes elementos para concretar y desligar algo más la definición de la mediación de otras formas de resolución de conflictos, ofreciendo a la vez una explicación sucinta del porqué de los distintos apartados del presente capítulo:

Primero, consignar ya que *el mediador* o mediadora, se distingue de la figura del *árbitro*, propio de la institución del arbitraje, quien detenta la decisión sobre el conflicto, así como, obviamente, de la función decisoria del *juez* en el Derecho o, por último, de la labor de los *negociadores* de un conflicto, cuya actuación es normalmente, *pro parte*¹⁷. Estas tres figuras, también surgieron históricamente antes que la mediación y la figura del mediador, considerado en un sentido restringido¹⁸. Por lo tanto, frente a estas figuras que intervienen de forma “heterocompositiva”, es decir, con un tercero decisor del conflicto, la figura del mediador, al no tener capacidad decisoria, posibilita la “autocomposición” de las partes en la decisión sobre el conflicto, sea éste de carácter internacional, comunitario intergrupual o familiar. Esta es la diferencia específica de la mediación en relación con el resto de métodos ADR.

Segundo, dado que *el conflicto* es la causa u origen que permite entender las distintas formas de su apaciguamiento establecidas por los seres humanos y sus instituciones, en las que el Estado de Derecho continúa siendo la más general e

¹⁷“El negociador tratará de ganar a cualquier precio...El arbitraje es, por su estructura, parecido a un juicio, en cuanto que es un tercero quien decide sobre el caso que se le presenta y las partes aceptan esa decisión; sentencia, en el caso de un juicio; laudo, en el caso del arbitraje”. SCHIFFRIN, A., “La mediación: Aspectos generales”, en GOTTHEIL, J y SCHIFFRIN, A. (Comps.), *Mediación: Una transformación de la cultura*, Ob. cit., p.41.

¹⁸La alusión al mediador/a (en adelante: mediador) en *sentido restringido*, tiene que ver con la definición restringida de la mediación que daremos en el capítulo segundo del trabajo. Brevemente, *la mediación en sentido restringido*, es el concepto de mediación que contiene todos los elementos que hemos descrito en la definición aproximativa y que, temporalmente, solo es posible encontrar en el concepto jurídico actual y, con distintas variantes, en los distintos *modelos teóricos de mediación*, aunque los estudios históricos consiguen encontrar rasgos de la mediación y de la figura del mediador en épocas históricas anteriores. Como han escrito, Melchin y Picard, aunque se puede estudiar la mediación en la historia y en distintas culturas, sin embargo, con el conjunto de características con que hoy concebimos la mediación: “Aparece en el contexto contemporánea de los Estados Unidos, como una flexible y eficiente alternativa a los procesos judiciales del sistema de justicia. Los programas de mediación tuvieron su desarrollo entre las décadas de 1960 y 1970, enfocándose a la reconciliación entre víctimas y ofensores, como alternativas a la sentencia para jóvenes delincuentes y en los conflictos familiares y comunitarios”. MELCHIN, K. R y PICARD, CH. A., *Transforming conflict through insight*, Ob. cit., p. 41.

importante, en el presente capítulo hemos de comenzar analizando la realidad del conflicto, también como origen de la implementación de nuevos sistemas alternativos de resolución del conflicto, ADR, fundamentalmente, la mediación. Por eso, comenzamos el presente capítulo del trabajo por la exposición de la llamada, *teoría del conflicto*¹⁹, haciendo un breve análisis acerca de su contenido, sus conceptos básicos, hasta llegar a aproximarnos a su propia naturaleza, objetiva y subjetiva. Se hará referencia a los tipos de conflicto resolubles a través de los ADR, según la clasificación de la doctrina, así como a las estrategias y los modos de resolución del mismo, para finalizar con los aspectos que, en nuestra opinión, apoyan el vínculo de la teoría del conflicto con los sistemas alternativos de resolución de conflictos, debido a la importancia que tiene el estudio del conflicto en todos ellos y, sobre todo, para nuestro objeto de estudio: *La mediación familiar*.

Tercero, en la definición se comenzaba por caracterizar a la mediación como “*método institucionalizado*²⁰ y *alternativo al procedimiento judicial*”, lo que viene siendo el rasgo identificativo de la mediación más difícil de mantener y más polémico, por consiguiente. Por eso, entre los teóricos y prácticos de la mediación, se habla de la existencia de “dos almas” en la mediación; *una*, que liga la mediación directamente a las necesidades del proceso judicial, su agilización y descongestión; *otra*, que insiste en la esencia social y psicológica de la mediación,

¹⁹La denominada, *teoría del conflicto* (conflictología), es un compendio de diversas investigaciones difícil de resumir (sociológicas, políticas, psicológicas, éticas, jurídicas, etc.). Partiendo de que el conflicto es una constante social e individual (auto-conflicto), la conflictología aparece con tal denominación en el último cuarto del siglo XX, comenzando por autores de las comunidades cuáqueras. Desechando la *violencia* (desde la guerra a la violencia física y verbal), como forma no-pacífica de no-solución de los conflictos: “Con el nombre de *conflictología o resolución de conflictos*, la comunidad universitaria internacional designa preponderantemente a la ciencia del conflicto, una ciencia de talante abierto que recoge innumerables sistemas de conocimiento, disciplinas y tecnologías. Surge, por un lado, de lo que se conoce como *estudios de paz*, pero añade muchas otras vías de reflexión y conocimiento”. VINYAMATA CAMP, E., *Conflictología. Curso de resolución de conflictos*, Ariel, Barcelona, 2009, p.15.

²⁰El actual proceso de institucionalización y regulación jurídica de la mediación (comunitaria, familiar, intercultural, internacional, etc.), ha sido destacada por los estudios sociológicos sobre el conflicto y la participación informal, toda vez que la doctrina jurídica y la legislación sobre mediación han hecho su aparición en un tema no formalizado jurídicamente hasta fechas recientes. Vid. BARROSO, I., HERMOSO, B., MORENTE, F., “La mediación institucional ante el conflicto social: ¿Articulación o desarticulación de la participación ciudadana?”, en MORENTE MEJÍAS, F. (Coord.), *Mediación en tiempos de incertidumbre*, Dykinson, Madrid, 2010, p.251. No obstante, el proceso de juridificación no se trata de algo propio de la mediación, sino que tiene que ver: “Con la manera en que, en la historia reciente, ha ido evolucionando el fenómeno jurídico, entendido como aspecto constitutivo de la sociedad entera, con una intensificación que ha llevado a hablar, precisamente, de *juridificación* de la sociedad”. RODOTÁ, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, trad. Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2010, p.29.

como forma de participación ciudadana de las partes en la resolución de sus conflictos²¹. Se trata, claro está, de establecer el encaje, las posibilidades y los límites de la mediación en el Estado de Derecho. Por ejemplo, en nuestra legislación se excluye el uso de la mediación en los casos de “violencia de género”, un problema en estrecha relación con la mediación familiar. La solución que hemos encontrado en el presente trabajo, consiste en hacer depender la aparición de la mediación de la presencia de dos requisitos más generales. *Por un lado*, la democracia participativa y universal propia del constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial. La idea básica es que, resulta imposible considerar que el Estado de Derecho, representado en la definición por la figura del Juez, pudiera haber manifestado un interés serio por la mediación como método de colaboración de los afectados en un conflicto, si antes éstos no han sido reconocidos como ciudadanos, que participan en condiciones de igualdad en la expresión de la voluntad general. *Por otro lado*, la forma jurídico-política por la cual se accede a la condición de ciudadanos, pasa necesariamente por el reconocimiento de sus derechos fundamentales. De ahí que, en el presente trabajo, se establezca una relación fuerte entre los derechos fundamentales y la mediación. Para el caso de la mediación familiar, será la propia evolución y extensión de la definición jurídica de familia, la que nos ha de señalar esta clara conexión entre los derechos y la institución familiar, según veremos extensamente en la segunda parte del trabajo. No obstante, en el presente capítulo, la relación entre los derechos fundamentales y la mediación se hace depender del estudio de “la tutela judicial efectiva”, analizada desde distintas perspectivas, que incluyen; la analogía de la mediación con la ponderación judicial de los derechos y con el respeto de los derechos fundamentales a las relaciones jurídicas de derecho privado, en donde la mediación familiar está directamente presente.

Por último, somos conscientes de que al partir de nuestra primera definición aproximativa de la mediación, estamos a la vez decantándonos por una visión teórica de la mediación que, para otros estudiosos del tema²², sociólogos,

²¹Vid. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., MERINO ORTIZ, C., FERNÁNDEZ VILLANUEVA, I., RUIZ GARCÍA, M.J., “La intervención en conflictos mediante procesos adaptativos: Valores de la mediación e intuicionismo ético”, *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, N°3, 2015, pp.39-40.

²²Al conjunto de los estudiosos y prácticos de la mediación, podemos aplicarles la idea de Thomas S. Kuhn, según la cual, trabajan dentro de un *paradigma*. Así, podemos entender por paradigma, al conjunto de temas y problemas sobre los que se establece una normalidad de investigación y

psicólogos o trabajadores sociales, puede parecer en exceso jurídica. Así, hemos definido la mediación como un “instituto”, lo cual tiene un sesgo jurídico evidente. Además, el asunto de lograr o no lograr un “acuerdo” entre las partes en conflicto, un dilema también muy jurídico, para modelos teóricos sobre la mediación, de origen psicosocial, como por ejemplo el de BUSH y FOLGER (*modelo transformativo*), puede ser una alternativa impropia²³. No es que no veamos en la mediación los elementos básicos desarrollados por las teorías no jurídicas de la mediación. Al contrario, desde una visión más jurídica e institucional de la mediación, consideramos que en la mediación se pueden dar todos esos elementos básicos y hacer que contribuyan a mejorar realmente la acción del sistema judicial; ser un medio más igualitario para las partes que el proceso judicial en la resolución de su conflicto (*visión sociológica*); un ámbito para negociar los intereses de las partes que, de otra manera, acudirían con posiciones enfrentadas al proceso judicial (*visión basada en los intereses*); un espacio en el que conseguir narrativas de liberación personal respecto de un relato conflictivo y saturado para las partes (*visión narrativa*); un proceso de

resultados (*ciencia normal*). Para el caso de los teóricos y prácticos de la mediación, a pesar de sus distintas visiones de partida, suponemos que la idea de *participación de las partes*, en lugar de proseguir el conflicto “por otros medios no participativos” y, asimismo, la *figura del mediador*, neutral e imparcial, conforman los elementos normales o asumidos en la mediación. Sin embargo, la proliferación actual de nuevas teorías y prácticas de mediación, formales e informales, dejan abierta la posibilidad de que la mediación se convierta, ella misma, en un terreno pleno de *anomalías*, lo cual no sabemos aún si es un motivo de enriquecimiento o de crisis del *paradigma de la mediación*. Citando sobre este aspecto a T.S. KUHN, éste señala que: “La ciencia normal posee un mecanismo interno que siempre que el paradigma del que procede deja de funcionar de manera efectiva, lleva aparejado el relajamiento de las restricciones que atan a la investigación. En este punto, los científicos comienzan a comportarse de modo diferente, al mismo tiempo que cambia la naturaleza de sus problemas de investigación. Sin embargo, durante el periodo en el que el paradigma se aplica con éxito, la profesión resolverá problemas que es raro que sus miembros hubieran emprendido sin él... La investigación científica normal, va dirigida a la articulación de aquellos fenómenos y teorías que ya proporciona el paradigma”. KUHN, T.S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Agustín Contín, FCE, Madrid, 1987, p.53.

²³“Montando los dos corceles de la *revaloración* y el *reconocimiento*, Bush y Folger arguyen que la mediación puede hacer mucho más que promover acuerdos o mejorar las relaciones. Puede transformar la vida de la gente, infundirle tanto un sentido más vivido de su propia eficacia personal (revalorización) como un mayor apertura y más aceptación por referencia a la persona instalada en el extremo opuesto de la mesa (reconocimiento). Incluso, si no se alcanza un acuerdo, si no hay reconciliación, de todos modos debe considerarse a la mediación como un éxito si aporta revalorización y reconocimiento. Y si también hay acuerdo, tanto mejor”. RUBIN, J.Z., “Prólogo”, en BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, trad. de Aníbal Leal, Granica, Buenos Aires, 2008, p.16.

transformación interpersonal y social, a través de la revalorización personal y el reconocimiento del otro (*visión transformativa*)²⁴.

Pero, como veremos, son tantas y tan diversas las metodologías con que se afronta el estudio de la mediación que, al tratar este trabajo principalmente sobre *la mediación familiar*, no podemos dejar de lado que se trata de una institución básica de nuestra sociedad. Así, según consideramos, no es posible enfrentarnos a la mediación familiar con las mismas herramientas metodológicas con que se aborda, por ejemplo, la mediación comunitaria o intergrupala. Ni la noción de comunidad, ni la de grupo o grupos, son considerados como instituciones formales de la sociedad actual. Su carácter informal, permite aplicarles una concepción más sociológica o psicosocial de la mediación, lo que no quiere decir que no existan normas jurídicas que delimitan el comportamiento de los miembros de comunidades o grupos. Además, los llamados, *lazos familiares*, observados más allá de su regulación jurídica y del propio contrato de matrimonio, es decir, a nivel del análisis sociológico y psicológico, han sido considerados como un modelo de *relaciones estables*, tanto del punto de vista objetivo (sociológico), como subjetivo (psicológico), mientras que los lazos electivos que unen una comunidad o diferencian un grupo, son vistos como, *relaciones inestables*, al menos en una sociedad democrática²⁵.

Otro asunto distinto es que, en la sociedad actual, “*todo lo que era sólido se desvanezca en el aire*”²⁶. De ahí nuestro interés por la mediación en general y por su aplicación al ámbito familiar. En fin, esperamos que estas primeras

²⁴Respecto de estas distintas perspectivas sobre la mediación. Vid; GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La mediación a debate en Europa: ¿Hacia la voluntariedad mitigada?”, *Anuario de mediación y solución de conflictos*, Nº3, 2015, pp. 22-36; MELCHIN, K. R y PICARD, CH. A., *Transforming conflict through insight*, Ob. cit., pp.43-48; BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, Ob. cit., pp.39-64.

²⁵GARRIDO MEDIANA, L. y GIL CALVO, E., “El concepto de estrategias familiares”, en GARRIDO MEDIANA, L. y GIL CALVO, E., (Eds.), *Estrategias familiares*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, pp.16-17: “Siempre hay fuertes limitaciones objetivas, de naturaleza estructural (material o social), que constriñen el margen de elección que les queda abierto a las familias...Pero, por muy rígidas que sean estas restricciones deterministas y, tanto si proceden del ambiente físico como de la estructura social, el caso es que a las familias siempre les queda algún margen de maniobra, por estrecho que sea, para adaptarse a las limitaciones impuestas por el entorno...Y, en la medida en que efectivamente se tomen con algún margen de libertad, nos hallaremos ante la estrategia de la familia (aunque sus actores piensen encontrarse ante muestras de amor o de voluntad divina), que prescribe, restringe o prohíbe las actividades de sus miembros con la esperanza de que ello redunde en el mayor o mejor bien de la familia”.

²⁶BERMAN, M., *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*, trad. Andrea Morales, Anthropos, Barcelona, 2013, p.1: “Ser modernos es formar parte de un universo en el que, como dijo Marx, *todo lo sólido se desvanece en el aire*”.

inconsistencias desde las que partimos, obtengan cierta congruencia a lo largo del trabajo.

1.2. EL CONFLICTO: NATURALEZA SOCIAL Y RELACIÓN CON LA MEDIACIÓN.

Para comprender la necesidad de la implementación de métodos alternativos de resolución de conflictos, entre los que se encuentra la mediación, según decíamos, es indispensable referirnos a la situación que origina dichos métodos: El conflicto. La reflexión sobre sus condiciones histórico-sociales y sus posibilidades de estructuración surgen, generalmente, cuando aparece algún tipo de situación que coloca a la sociedad en claro antagonismo. Cuando el antagonismo es irresoluble en el seno de la sociedad, la situación de partida es la que acaba provocando, en mayor o menor medida, la transformación de las sociedades²⁷.

Si suponemos, en el nivel social general, que el conflicto es constitutivo de nuestra vida en común y, tal y como afirma la teoría del conflicto o conflictología, sería algo, “*connatural con la vida misma, está en relación directa con el esfuerzo por vivir*”²⁸, se entenderá también que en todas las relaciones sociales más concretas, sean del tipo que sean, es decir, familiares, laborales, comunitarias, culturales, siempre se han de producir tensiones. Si estas tensiones son dominables o pueden canalizarse de forma adecuada, estaremos dentro de unos criterios de equilibrio y normalidad. Sin embargo, estas situaciones a veces no son

²⁷ Vid. PECES-BARBA, G. y DORADO PORRAS, J., “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en, PECES-BARBA, G./FERNÁNDEZ, E./DE ASÍS ROIG, R. (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II (Siglo XVIII), volumen I: *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 3-219. Sobre el tema de los cambios sociales estructurales que se han producido a través del conflicto, en referencia a la revolución moderna en Europa durante el siglo XVIII, Gregorio Peces-Barba, escribe lo siguiente: “Evidentemente la defensa de un absolutismo ilustrado preparaba el terreno para la libertad y los derechos humanos, que sólo llegarían en el siglo XIX, porque la Monarquía española, después de unos titubeos iniciales, cerró filas contra Francia a partir de 1789, para que las ideas revolucionarias no se propagasen a nuestro país. Por otra parte, y ya con valor más general de lucha del absolutismo contra instituciones, como los Parlamentos en Francia, cerró el camino reformista inglés en el continente. Sólo quedó la ruptura y la revolución” (*ibidem*, p. 81).

²⁸ VINYAMATA CAMP, E., *Conflictología. Curso de resolución de conflictos*, Ob. cit., p.125. Vid. ENTELMAN, R., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2005, p.44: “El conflicto es una forma de relación social”.

fácilmente reconducibles. El enfrentamiento de intereses no controlados y de difícil concertación, nos lleva a la confrontación e incluso puede conducirnos en términos más extremos a la violencia verbal y física. Aquí podemos entender que nos encontramos ante un conflicto que se ha desarrollado hasta su nivel más alto; *la violencia*.

Puesto que la violencia constituiría el nivel máximo de expresión de los conflictos no resueltos (*meta-conflictos*), la primera preocupación de la teoría del conflicto fue evitar la escalada de la violencia. Con la violencia, la sociedad, los grupos o los individuos, según el caso, han perdido la posibilidad de controlar los conflictos que le son constitutivos. No es de extrañar, entonces, que las primeras teorías del conflicto aparecieran después de los periodos de las guerras mundiales como estudios sobre la paz. Comenzando por una *corriente minimalista*, tras la Segunda Guerra Mundial, la teoría de los conflictos se conformó con estudiar y considerar la paz como la simple ausencia de la guerra, nacional o internacional. En un segundo paso, una *corriente intermedia*, incluyó estudios sobre las instituciones que los Estados mantienen para los casos de guerra, análisis de la violencia organizada de grupos en el seno de la sociedad y de las amenazas que impiden la convivencia social pacífica. Por última, una *tercera corriente maximalista*, se afianza desde las décadas de 1970 y 1980, cuya estrategia consiste en tener una visión más global de la violencia, tanto social como internacional, distinguiendo entre violencia latente (cultural y social) y violencia directa (guerra, violencia física y verbal). Va a ser en el ámbito de esta tercera corriente cuando los estudios sobre el conflicto se extienden a las prácticas ADR, como el arbitraje, la negociación y, sobre todo, la mediación de conflictos internacionales, comunitarios y familiares²⁹. En esta tercera fase maximalista de estudios sobre la paz y los conflictos, destaca la figura de Johan GALTUNG, con su conocida máxima: “*Si quieres la paz, prepárate para la paz*”³⁰. Una inversión completa de la vieja máxima del *ius bellum*: si quieres la paz, prepárate para la guerra.

En los estudios sobre mediación, el análisis y desarrollo de la teoría del conflicto también era la premisa básica. El ser humano, por su necesidad de

²⁹Vid. VALENCIA AGUDELO, G.D., GUTIÉRREZ LOAIZA, A. y JOHANSSON, S., “Negociar la paz: una síntesis de los estudios sobre la resolución negociada de conflictos armados internos”, *Estudios Políticos*, N°40, 2012, pp.152-154.

³⁰CALDERÓN CONCHA, P., “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, *Revista Paz y Conflictos*, N°2, 2009, p.65.

relacionarse socialmente, es por naturaleza conflictivo, sin que ello, dice OTERO PARGA, “*tenga que ver con la bondad o maldad de la especie humana*”³¹. Si además del conflictivo, afirmamos que el ser humano es egoísta, entendiendo por tal expresión, que buscamos preferentemente la satisfacción personal, el bien particular y el ejercicio de nuestros derechos individuales, antes que la atención a los intereses o necesidades de los demás, como ha afirmado MOORE: “*A causa de la presencia ubicua del conflicto y de los costes físicos, emocionales y monetarios, que a menudo son consecuencia de las disputas, la gente trató de encontrar modos de resolver sus diferencias. Las soluciones que persiguen son las que permiten satisfacer sus intereses y minimizar sus costes*”³². Y la mediación aparecía como uno de los instrumentos sociales adecuado para gestionar todo tipo de conflictos, evitando su entrada en el contexto de la violencia. Cuando existe un conflicto, mediando entre las partes, hace falta un “tercer lado”, inspirado en una nueva cultura de la negociación (*homo negotiator*). Como describe uno de los promotores en 1979 del “programa de Harvard sobre negociación y mediación”, Willian URY: “*El tercer lado es gente (de la comunidad) que, usando un cierto tipo de poder (el poder de los pares) desde una cierta perspectiva (una base común), en respaldo de un determinado proceso (diálogo de no violencia), apuntan a un cierto producto (un “triple triunfo”)*”³³.

Partiendo de que podemos admitir que existe un gran consenso a la hora de situar el conflicto en un contexto normal de las relaciones humanas, se considera que la valoración que se haga de éste, no siempre tiene que ser negativa o perjudicial, ni para las relaciones, ni para el desempeño de la tarea o función social que cada cual esté realizando. Esta normalidad conflictiva de las relaciones humanas, han escrito DE DIEGO VALLEJO y GUILLÉN GESTOSO, es asimismo el punto de partida de cualquier proceso de mediación: “*Así, las partes realizarán un relato de los hechos que rodean la situación conflictiva o cómo es desde su propia perspectiva personal, por lo que el mediador, cuando los invita a*

³¹OTERO PARGA, M., “Las raíces históricas y culturales de la mediación”, en, SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, p.170.

³²MOORE, Ch., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ob. cit., p. 25.

³³URY, W. L., *Alcanzar la paz: Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, trad. Jorge Piatigorsky, Paidós, Barcelona, 2005, p.40. Tripe triunfo; para las partes y para el “tercero”, que representa a toda la comunidad.

relatar su problema, lo exteriorizan verbalmente desde el reclamo de una posición. La posición es siempre lo que traen las partes a la mediación: el enojo, la petición, la demanda”³⁴. Y ello con independencia de quiénes son los que han requerido iniciar la mediación; las mismas partes, la administración, el juez. No obstante, como ha escrito MOORE, la forma de ingreso en la mediación, querida por las partes o decidida por un tercero, sí puede afectar al trabajo del mediador y a la probabilidad de un acuerdo: “Cada uno de estos medios de ingreso propone alternativas estratégicas específicas con respecto a las actividades del mediador y puede afectar la calidad, el tipo y la probabilidad de un acuerdo”³⁵.

Lo que intentamos resaltar hasta ahora es que el conflicto es teorizado y vivido como un hecho social insoslayable, presente necesariamente en la vida social a todos los niveles y consecuencia de la misma interacción social. Detrás de todo cambio social y personal, se puede afirmar, hay siempre algún conflicto, más o menos explícito, percibido o no subjetivamente como tal, pero conflicto en todo caso. De acuerdo con TODOROV, existiría, pues, una *naturaleza antropológica del conflicto*, que nos afectaría desde el nacimiento y que va unida a la necesidad, también antropológica, que tenemos del “reconocimiento de los demás”³⁶. Los conflictos pueden preverse en ciertos casos y, una vez producidos, puede frenarse su escalada o agravamiento que, de continuar, puede provocar muchas más dificultades en la resolución o gestión de los mismos. Pero, al igual que los encuentros y las coincidencias, las diferencias y los conflictos también forman parte de las relaciones cotidianas. Sería imposible pensar en sociedades, grandes o pequeñas, que no tuvieran conflictos o en las que las personas nunca entraran en desacuerdos. Lejos de las utopías de la “sociedad ideal”³⁷, toda sociedad histórica

³⁴DE DIEGO VALLEJO, R. y GILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Pirámide, Madrid, 2008. p.34.

³⁵MOORE, Ch., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ob. cit., p. 89.

³⁶TODOROV, Tz., *La vida en común*, trad. de Héctor Subirats, Taurus, Madrid, 1995, p.24: “Lo propio de los honores es que deben sernos otorgados por otros, por aquellos que están habilitados para hacerlo; por lo tanto, estos otros que, semejantes a nosotros, aspiran a las mismas distinciones, no pueden ser reducidos a roles de rivales u obstáculos. Aquí el otro es irreductiblemente diferente de uno y a la vez complementario. ¿Pero no sucede lo mismo en otras tantas relaciones sociales, de amistad o de aprendizaje, y aun en la del recién nacido con su madre?” .

³⁷Vid. RAMIRO AVILÉS, M.J., “Ideología y utopía: Una aproximación a la conexión entre las ideologías políticas y los modelos de sociedad ideal”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 128, 2005, pp.87-128.

es productora de conflictos y, al cabo, de métodos o mecanismos para su resolución.

Ahora bien, partiendo de esta realidad social del conflicto, por otro lado, el conflicto puede producir en las personas que lo padecen distintos efectos emocionales, cogniciones y motivaciones. Las emociones que se asocian a un conflicto pueden ser muy diversas, afectando al comportamiento de las partes y a su capacidad para convivir (familia) o realizar su trabajo en cualquier organización o empresa³⁸. Además, el conflicto puede ser interpretado y valorado de muy diversas formas por las partes que lo están padeciendo. Mientras, unos, pueden percibir el conflicto como una situación negativa, donde sólo caben las pérdidas para una o ambas partes, otras personas lo pueden percibir como una oportunidad para obtener una mejora frente a la situación actual. Si tomamos el caso de la “custodia de los hijos” ante un conflicto familiar, WORCHEL y LUNDGREN, han descrito la distinta valoración que los padres pueden hacer del caso, lo que determina la aplicación o no aplicación de la mediación: *“La custodia del hijo puede ser el medio para lograr varios fines. Un objetivo del conflicto puede ser herir todo lo posible a la otra parte. Si tal es el resultado deseado, nos enfrentamos con conflictos de suma cero tanto de medios como de fines y, el compromiso o la decisión de una tercera parte, pueden ser las únicas soluciones. Sin embargo, para tomar un enfoque más benevolente, ambas partes pueden estar sinceramente preocupadas por el bienestar del hijo y, las propuestas de custodia opuestas, representan la percepción de cada parte de cómo asegurar del mejor modo posible ese bienestar. En este caso, en lugar de permitir que la pareja se encierre en el asunto de la custodia del hijo, el mediador puede subrayar la preocupación mutua en relación al bienestar del hijo y, a la pareja enemistada, se le puede presentar la tarea de considerar todos los aspectos del bienestar del hijo”*³⁹.

³⁸Vid. DE DREU, C.K.W., HARINCK, F. y Van VIANNEN, A.E.M., “Conflict and performance in groups and organizations”, *International Review of Industrial and Organizational Psychology*, Volume 14, 1999, pp. 369-414. Como regla general, al referirnos al conflicto, solemos asociarlo al momento en que estalla la confrontación, pero, habitualmente, antes de que estas tensiones salten, estos autores han estudiado el proceso de la quemadura (*burnout*) de las relaciones en el seno de los grupos.

³⁹WORCHEL, S. y LUNDGREN, S., “La naturaleza y la resolución del conflicto”, en DUFFY, K. G., GROSCHE, J.W. y OLCZAK, P.V. (Eds.), *La mediación y sus contextos de aplicación*, trad. de M^a Ángeles Caroz, Paidós, Barcelona, 1996, p.36.

Debido a que la valoración del conflicto que hagan las partes, puede llegar a determinar el que la mediación sea descartada o, por el contrario, de comienzo, casi todos los autores de *la teoría de la mediación*, señalan la importancia de tener una visión en sus justos términos del significado del conflicto⁴⁰. Aunque más adelante nos ocupamos extensamente sobre dicha valoración, podemos ahora provisionalmente decir que los mediadores parten de un visión optimista sobre las posibilidades de aplicar la mediación a casi cualquier conflicto, incluida una valoración mejor que la aplicación de la ley o el Derecho. Como ha escrito una experta en mediación, Marta OYHANARTE: “¿Por qué la mediación aparece como la técnica más adecuada para la resolución de los más variados conflictos?...¿Puede haber algo mejor que la ley para la resolución de un conflicto? Es aquí donde la mediación comienza a dar mejores respuestas, porque es un procedimiento en el cual los participantes, con la asistencia de una persona imparcial (mediador), aíslan las cuestiones en disputa con el objeto de desarrollar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo que sea mutuamente aceptable...La mediación trabaja en distintos niveles. Puede detener una pelea, crear un diálogo, iniciar una negociación, resolver cuestiones subyacentes, promover la conciliación y perdón. Más que imponer una solución permite al problema crear su propia solución, representa la posibilidad de la simultaneidad de las diferencias y la interdependencia humana”⁴¹. Advertidos, pues, de la ambigüedad que nos plantea social y psicológicamente el conflicto, si acudimos ahora al, “Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española”, el término *conflicto*, significa⁴²:

1. m. *Combate, lucha, pelea.*
2. m. *Enfrentamiento armado.*

⁴⁰MELCHIN, K. R y PICARD, CH. A., *Transforming conflict through insight*, Ob. cit., p.125: “En las últimas décadas, hemos asistido al ascenso de la mediación, la justicia restaurativa y la participación democrática. En cada uno de ellos observamos una alternativa a los enfoques más tradicionales, que dejaban la carga de la resolución de los conflictos en los hombros de figuras con autoridad. Consideramos que el incremento de estos enfoques alternativos son señal del mayor papel para los ciudadanos en relación con los conflictos que surgen en el curso de nuestras vidas. Nuestro interés está en explorar el papel del aprendizaje obtenido en lo conflictos”.

⁴¹OYHANARTE, M., “Los nuevos paradigmas y la medicación”, en GOTTHEIL, J y SCHIFFRIN, A. (Comps.), *Mediación: Una transformación de la cultura*, Ob. cit., pp.30-31. En el mismo sentido optimista: “Los conflictos, no son ni buenos ni malos, sino fructíferos compañeros de camino”. MARSAL, S., “La mediación en la acción social”, *Revista de Educación Social*, Nº 2, 2004 (<http://www.eduso.net/res/?b=4&c=24&n=80>. Número dedicado a la mediación en la educación social)

⁴² <http://dle.rae.es/>

3. *m. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida.*
4. *m. Problema, cuestión, materia de discusión. Conflicto de competencia, de jurisdicción.*
5. *m. Psicol. Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos.*
6. *m. desus. Momento en que la batalla es más dura y violenta.*

Hemos expuesto los distintos significados del Diccionario español sobre el conflicto, porque es la primera fuente de conocimiento para la mayoría de la población. Lo que descubrimos, entonces, es que en los diccionarios el conflicto es identificado desde la perspectiva de la confrontación, la incompatibilidad y la emoción negativa. El primer significado que encontramos, en las entradas del Diccionario referido, relaciona el conflicto con la idea de lucha, combate, pelea o, en su nivel más intenso, de enfrentamiento armado que refleja la expresión conductual del conflicto. El segundo significado, podemos relacionarlo con la incompatibilidad, que tiene que ver con las dificultades de coexistencia. Así, en nuestro *lenguaje social o natural*, si atendemos al Diccionario Académico, se habla del conflicto como de un problema, de materia de discusión, dificultad de funcionamiento. Incluso, si continuamos leyendo definiciones de “otros diccionarios de uso de la lengua”, se aplica para materiales inertes o programas informáticos que entran en conflicto⁴³. Y, además, casi siempre el término conflicto se mueve en el campo de las emociones negativas; tensión, malestar, angustia, desgarró.

Por ejemplo, continuando con la definición del vocablo *conflicto*, OVEJERO⁴⁴ ha observado que el conflicto designa una situación compleja que se define. *En primer lugar*, porque hace mención a una determinada estructura de las relaciones sociales que pueden enfrentar a individuos (conflicto interpersonal) a grupos (conflicto intergrupál), a organizaciones (conflicto social) o a naciones (conflicto internacional). Pero su naturaleza puede ser muy variada, pues las partes pueden perseguir fines antagónicos o pueden defender valores contradictorios, pero sin que exista enfrentamiento entre ellos definidos por un mismo fin o interés. Sin embargo, *en segundo lugar*, también es posible encontrar

⁴³Puede hacerse la prueba, por curiosidad, de la pluralidad de “significados virales”, sociales y naturales, del término *conflicto*, consultando la página web: <https://20000lenguas.com/2014/12/07/20-diccionarios-online-que-deberias-conocer/>.

⁴⁴Vid. OVEJERO, A., *Técnicas de negociación: Cómo negociar eficaz y exitosamente*, McGraw-Hill, Madrid, 2004, p.75 y ss.

situaciones antagónicas en las que las partes persiguen la misma meta, aunque ahora de manera competitiva, sintiendo en estos casos una percepción más interna o psicológica del conflicto, pues solo uno de los competidores conseguirá acceder al fin o interés pretendido por ambos⁴⁵.

Otros expertos en mediación, como MUNDUATE y MARTÍNEZ⁴⁶, manifiestan que los conflictos se definen por sus experiencias subjetivas que no necesariamente tienen base objetiva. Sin embargo, DE DIEGO VALLEJO y GILLÉN GESTOSO⁴⁷, ensayan una definición más amplia, al entender que los conflictos son situaciones en las que dos o más personas entran en desacuerdo, porque sus posiciones, intereses, necesidades, deseos o valores son incompatibles, o son percibidos como incompatibles, donde juegan un papel muy importante los sentimientos y las emociones y, donde la relación entre las partes, puede salir robustecida o deteriorada en función de cómo sea el proceso de resolución del conflicto.

La inevitable polisemia del vocablo “conflicto”, ha dado lugar a numerosas interpretaciones sobre su verdadera naturaleza y podría sumergirnos en un “bucle interpretativo” interminable, si nos empeñáramos en dilucidar, “los diversos conflictos” que subyacen en la descripción de cada *tipo de conflicto*. Así, MORENO MARTÍN⁴⁸, se pregunta hasta qué punto la actividad psíquica es

⁴⁵ En la teoría de juegos, perseguir la misma meta no significa que el ganador, por el simple hecho de haber llegado el primero, obtenga el mejor resultado para él mismo. Puede que, por otro lado, llegar a un nivel “Pareto-óptimo”, en el que ningún competidor pierde, sea más ventajoso para quien pretende ser el ganador. Y es que, como ha escrito Bolaños, perseguir solamente un fin ganador puede llevar a mantener el conflicto y, por lo tanto, no dar solución alguna al reparto de ventajas o ganancias: “La situación en la que un jugador desea la victoria y está dispuesto a mantener el conflicto indefinidamente hasta conseguirla, la preferencia máxima es la victoria, lo que ocurre también en la mayoría de los esquemas racionales, pero la novedad es que la siguiente preferencia es el conflicto, despreciando el acuerdo...y ello resulta decisivo en el análisis”. BOLAÑOS CARMONA, M.J., “Los dilemas en mediación o cómo crear relaciones beneficiosas”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J. L. (Dir.). *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Madrid, Tecnos, 2015, p.84.

⁴⁶Vid. MUNDUATE, L. y MARTINEZ, J.M., *Conflicto y negociación*, Eudema, Madrid, 2003, p. 69.

⁴⁷DE DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso y técnicas*, Ob. cit., p 36.

⁴⁸MORENO MARTÍN, F., “La mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto”, en GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación, un método de ? de conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, p.24: “La primera estrategia, la diferenciación entre conflicto y competencia permite diferenciar los aspectos objetivos y subjetivos. Diferenciación competencia (confrontación objetiva) de conflicto (vivencia subjetiva de la confrontación) ha sido de gran utilidad en la evolución de los estudios sobre el conflicto pues ha generado teorías de gran aplicabilidad, como la idea de que los conflictos son situaciones de competencia que están mal reguladas, al tiempo que han inspirado gran cantidad de propuestas de intervención que combinan competencia y cooperación. La segunda estrategia para abordar la interpretación subjetiva del

autónoma de las circunstancias objetivas o, por el contrario, es un reflejo más o menos fiel de las mismas. Considera que esta pregunta ha sido durante décadas un motivo constante de discusión entre quienes, *por un lado*, consideran que son las estructuras socio-económicas las que generan los conflictos, sean percibidos o no por los individuos y, *por otro lado*, quienes se fijan en los procesos cognitivo-emocionales (motivación y percepción) y en la lógica de la interacción (persuasión, comunicación), para destacar que son estos procesos los que dan naturaleza de conflicto a las situaciones.

Pero esta dicotomía, entre una visión objetiva y otra subjetiva del conflicto, ha evolucionado hasta nuestros días. En efecto, hasta poco después de la Segunda Guerra Mundial, las ciencias sociales eran reacias a dejar la descripción de la realidad al arbitrio de las interpretaciones de quienes las vivían. El que un conflicto, lo fuese o no en función de la interpretación de sus protagonistas, no parecía que se asociara bien con las características de la universalidad y la objetividad científica. Sin embargo, la inclusión de la perspectiva de las partes en el conflicto, lo que podemos llamar la “vivencia del conflicto”, pasará a ser un punto de partida para los estudios sobre el conflicto tan relevante como las causas objetivas o estructurales que lo determinan. Porque, pequeños conflictos, digamos subjetivos, pueden llegar a ser muy violentos y, sin embargo, conflictos muy significativos objetivamente, pueden ser vividos subjetivamente como absolutamente pacíficos⁴⁹. Por eso, hemos de avanzar un poco más en la teoría actual sobre el conflicto, básico para entender el papel de los ADR y, lógicamente, la mediación.

conflicto es la más utilizada en las ciencias sociales, hasta la irrupción de la visión postmoderna. El razonamiento que siguen es el siguiente: si los conflictos tienen sus raíces en regularidades objetivas que los determinan, pero no se manifiestan cuando se dan estas condiciones es porque permanecen latentes esperando la llave que los saque a la luz. No es problema del conflicto en sí, sino de los protagonistas que deberían hacerlo manifiesto”.

⁴⁹VINYAMATA CAMP, E., *Conflictología. Curso de resolución de conflictos*, Ob. cit., p.35: “Cuando hablamos de violencia cada cual lo hace desde una perspectiva diferente. Algunos se centran en los elementos estructurales, como la política, el desarrollo económico o el funcionamiento de la Justicia, lo que les lleva a menospreciar los factores psicológicos e individuales. O al contrario, se fijan únicamente en los elementos éticos del comportamiento humano, y no conceden importancia a los factores políticos, que consideran consecuencias de la moral individual”.

1.2.1. TEORÍAS ACTUALES SOBRE EL CONFLICTO: PERSPECTIVAS OBJETIVAS Y SUBJETIVAS.

A partir de lo expuesto hasta ahora sobre algunos rasgos del estudio y valoración del conflicto para la teoría de la mediación, podemos aceptar con OVEJERO⁵⁰, la existencia de tres grandes formas de ver el conflicto, según la perspectiva o la orientación desde la que lo analicemos:

a) *La Orientación sociológica.* Parte de que el conflicto social está causado por “algo” que va más allá de lo meramente individual, que afecta a la sociedad y a los grupos y es un producto de la organización social. Cada grupo ocupa diferentes posiciones en la organización social y también tiene diferentes intereses, lo que haría que el conflicto se sitúe fuera del individuo. Aquí, son las clases sociales o los grupos sociales, los actores del conflicto y de sus formas de resolución, no el individuo.

b) *La Orientación psicosociológica.* Esta perspectiva de análisis se sitúa en un término medio entre el plano individual y el social, es decir, analiza el nivel de interacción entre el individuo y los sistemas sociales en cuyo seno vive. Utiliza las dos perspectivas anteriores, puesto que le son muy útiles, integrándolas a ambas. El conflicto en el plano social, es una situación que se define por ciertas relaciones de poder entre organizaciones, grupos e individuos. El conflicto en el plano psicológico, se centra en cómo se viven las relaciones de poder y las conductas individuales de hostilidad y competencia. Aunque siempre hay una determinada estructura social que crea y define el conflicto, la aptitud y aprendizaje individual del conflicto aparece en esta orientación como un elemento clave, tanto de adaptación como de cambio social.

c) *La Orientación psicológica.* Se considera que la especificidad del conflicto se sitúa dentro del individuo, en su forma de percepción, en sus motivaciones y los rasgos de su personalidad. Aunque aquí se parte del conflicto interior, será la conducta externa del individuo, su visión del otro o los demás, el aspecto más relevante. Partiendo de que el conflicto es un dato

⁵⁰Vid. OVEJERO, A., *Técnicas de negociación: Cómo negociar eficaz y exitosamente*, Ob. cit., pp. 126 y ss.

estructural de la sociedad, la orientación psicológica considera que, la percepción o narración individual del mismo, es lo que establece la diferencia específica.

Abordaremos a continuación un análisis de estas distintas perspectivas sobre el conflicto social. Comenzaremos por la orientación sociológica, considerándola la visión objetiva sobre el conflicto, pues lo hace radicar en las clases sociales, la estructura del poder social o en alguna otra causa más allá del individuo⁵¹. Las contradicciones de esta orientación sociológica, nos darán pie al análisis de la irrupción de las orientaciones psicosociales y psicológicas en el estudio del conflicto. Veamos.

A) *La orientación sociológica del conflicto.*

En el ámbito de la teoría sociológica, se suele considerar que el análisis de las estructuras sociales de dominación constituyen el objeto de estudio para entender el conflicto. Partiendo de la *teoría marxista* sobre las clases sociales, éstas son vistas como los agentes del conflicto y, llegado a un punto, de su violencia expresa. Como ha escrito BOBBIO, en su descripción de la obra Marx, la lucha de clases sería el fundamento del conflicto y de su superación histórica: *“Para Marx, todo momento histórico debe llegar a su degeneración para que se desarrollen las fuerzas destinadas a eliminarlo o crear algo nuevo. Al principio de la fuerza de la negatividad están ligadas dos formulaciones distintas de la necesidad de las oposiciones: 1) Todo momento histórico genera en su seno contradicciones, las cuales son el resorte del desarrollo histórico. En un cierto punto, casi fatalmente, un situación histórica entra en contradicción con otra situación histórica y el porvenir es el resultado del abrirse de la contradicción; 2) las contradicciones históricas dan origen a antagonismos, es decir, a la lucha entre los representantes de la clase de cuyo seno estas contradicciones se liberan y, aquellos que son víctimas de estas contradicciones, al mismo tiempo, son los*

⁵¹Vid. BECERRIL RUIZ, D., “Sociología y conflicto social”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Ob. cit., pp.58 y ss.

*predestinados a superarlas; a esta lucha está confiada la creación de la nueva sociedad*⁵².

La consideración de que los individuos se sitúan en el marco de una clases social, dominante o dominada, hace posible para el marxismo revolucionario el que se pueda adquirir “conciencia de clase”⁵³. Para la teoría social liberal dominante, el individuo es un ser aislado. Por lo que la adhesión del individuo a su clase social, le permite comprender que sus intereses son los que definen su clase social, económica y socialmente dominada. Aunque la opción revolucionaria sigue presente en la tradición marxista, fue la llamada, *teoría crítica de la escuela de Frankfurt*, con autores conocidos como ADORNO, HORKHEMER, MARCUSE, primeros representantes de la escuela y, HABERMAS, su actual representante, la que ha obtenido más respeto en los análisis sociales, debido a la incorporación de la dialéctica de clases como un problema no resuelto en la sociedad capitalista. La “teoría crítica”, en sus primeras propuestas desde su creación, en 1937, hasta la década de 1960, basó sus análisis del conflicto de clases en un sentido negativo; mediante la crítica a las teorías de la “acción social”⁵⁴ y de las instituciones y el Estado reproductoras de la dominación⁵⁵. Para profundizar en esta crítica, MARCUSE⁵⁶, llamó la atención sobre la *unidimensionalidad* del hombre moderno, dominado por la alienación de

⁵²BOBBIO, N., *Ni con Marx ni contra Marx*, trad. Lia Cabbib Levi e Isidoro Rosas Alvarado, FCE, México, 1999, pp.125-126.

⁵³“El proletariado se realiza a sí mismo al suprimirse y superarse, al combatir hasta el final su lucha de clase y producir así la sociedad sin clases. La lucha por esa sociedad, mera fase de la cual es incluso la dictadura del proletariado, no es sólo una lucha con el enemigo externo, con la burguesía, sino también y al mismo tiempo, una lucha del proletariado consigo mismo, con los efectos destructores y humillantes del sistema capitalista en su conciencia de clase”. LUKÁCS, G., *Historia y conciencia de clase* (tomo I), trad. Manuel Sacristán, Sarpe, Madrid, 1984, p.166.

⁵⁴“El pensamiento crítico y su teoría se oponen a ambas formas de pensamiento. No es la función de un individuo aislado, ni la de una universalidad de individuos. Antes bien, toma conscientemente como sujeto al individuo determinado en sus relaciones reales con otros individuos y grupos, en su confrontación con una determinada clase y, por último, en su entrelazamiento, mediada de este modo, con el todo social y la con la naturaleza. Este sujeto no es un punto, como el Yo de la filosofía burguesa. Su exposición consiste en la construcción del presente histórico”. HORKHEIMER, M., *Teoría tradicional y teoría crítica*, trad. José Luis López y López de Lizaga, Paidós, Barcelona, 2000, p.45.

⁵⁵ “Todo el sentido del concepto de institución, o de conformación social objetiva, o de organización...es decisivo para la sociología...El destino social y, con ello, la acción social de cada ser humano, depende mucho más de estas instituciones y puede ser explicado mucho mejor a partir de estas instituciones, que si se considera la acción como el sustrato último e inmediato y se cree poder explicar lo social en general a partir de la acción social”. ADORNO, T.W., *Introducción a la sociología*, trad. Eduardo Rivera López, Gedisa, Barcelona, 2006, p.141.

⁵⁶Vid. MARCUSE, H., *El hombre unidimensional*, trad. Antonio Elorza, Ariel, Barcelona, 1981, pp.69 y ss.

la sociedad de masas. La causa de esta unidimensionalidad, fue el paso dado desde la década de los años 50 del siglo XX, de una cultura bidimensional y contradictoria, a una única cultura. Para MARCUSE, señala GIDDENS: “*La clase obrera había dejado de ser la “negación material” del orden industrial avanzado y se había convertido en parte integrante de ese orden*”⁵⁷. Fuera de la teoría social vinculada con el marxismo, la noción marxista de clase social fue sometida a crítica en 1949 por MARSHALL⁵⁸, considerando que los derechos igualitarios de ciudadanía harían que la noción de clases sociales, enfrentadas en un eterno conflicto, se fuesen extinguiendo. Basándose en parte en los análisis de MARSHALL, también DAHRENDORF observó que el conflicto de clases de la sociedad industrial desarrollada, había que reelaborarla en términos de conflicto de grupos de intereses. Según DAHRENDORF: “*El supuesto principal de la teoría de clases consiste, como ya vimos, en la reducción del conflicto de los grupos de interés o los cuasi-grupos, cuya causa determinante es la estructura de dominación*”⁵⁹. La solución que planteó nuestro autor para apaciguar el conflicto, consistió en una democratización del reparto del poder en las asociaciones de dominación, que eran para DAHRENDORF, el autoritarismo empresarial y la dominación política: “*En ambas asociaciones de dominación (la industria y la política), hallamos cambios estructurales derivados por un proceso democrático, así como por la remoción parcial del personal titular de los puestos de autoridad*”⁶⁰. Una nueva cultura empresarial, el sindicalismo organizado hacia la negociación y, sobre todo, el desarrollo de la democracia política y los derechos, fueron para DAHRENDORF las bases de su teoría social del conflicto: “*Los*

⁵⁷GIDDENS, A., *Política, sociología y teoría social. Reflexiones sobre el pensamiento social clásico y contemporáneo*, trad. Carles Salazar Carrasco, Paidós, Barcelona, 1997, p.235.

⁵⁸MARSHALL, T.H., “Ciudadanía y clase social”, en, MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, trad. Pepa Linares, Alianza Editorial, Madrid, 2007. La cita de Marshall sobre el asunto es bastante representativa del lenguaje de la época: “Ya he señalado que el siglo XX la ciudadanía y el sistema de clases del capitalismo se han hecho la guerra. La frase es quizás demasiado dura, pero está bastante claro que la primera ha modificado en varios aspectos al segundo” (*ibidem*, p.68)

⁵⁹DAHRENDORF, R., *Las clases sociales y sus conflictos en la sociedad industrial*, trad. de Manuel Troyano, Rialp, Madrid, 1962, p.244.

⁶⁰DAHRENDORF, R., *Las clases sociales y sus conflictos en la sociedad industrial*, Ob. cit., p.269. A partir de esta obra de Ralf Dahrendorf, publicada en 1957, éste viene siendo considerado como el primer sociólogo, junto con Lewis Coser, que hizo del conflicto su principal objeto de estudio, criticando a la sociología de su época, sobre todo al funcionalismo de Parsons, de no prestar atención al conflicto. En la p.45, de la obra que venimos comentado, Dahrendorf escribe: “Los conflictos no son casuales, sino producto sistemático de la estructura de la propia sociedad...semejante imagen de la sociedad se halla en acusada contradicción con las que constituyen las bases de las consideraciones actuales de algunos teóricos de la sociología”.

derechos civiles están amenazados siempre. Los derechos civiles tienen que defenderse en todas partes”⁶¹.

Continuando con la teoría crítica de la escuela de Frankfurt, debido a la perspectiva negativa de la sociedad capitalista que tenía la teoría crítica, ésta sufrió un cambio desde los años 70 del siglo pasado con la obra de HABERMAS: “*Quiero por mi parte insistir en que el programa de la primera Teoría Crítica fracasó, no por este o aquel azar, sino por el agotamiento del paradigma de la filosofía de la conciencia. Voy a tratar de mostrar que el abandono de ese paradigma, su sustitución por una teoría de la comunicación, permite retornar a una empresa que en su momento “quedó interrumpida” con la crítica de la razón instrumental*”⁶².

A partir de esta evolución de la teoría crítica, HABERMAS considerará que la “acción comunicativa”, entendida socialmente como el compromiso entre las clases sociales por ir resolviendo sus conflictos, podía ser la forma en que, una valoración marxista siempre negativa de la sociedad capitalista, pasara a ser un medio para plantear de forma activa la contradicción entre; los ideales de libertad e igualdad de la sociedad capitalista y su no realización en el “mundo de la vida”. Según HABERMAS: “*Al normalizarse el status de los trabajadores mediante la participación cívica y el ejercicio de los derechos sociales, la masa de la población consigue la oportunidad de vivir en libertad, justicia social y bienestar creciente. Ello presupone que las intervenciones estatales pueden garantizar la coexistencia pacífica entre el capitalismo y la democracia*”⁶³. Con la obra de HABERMAS⁶⁴, el debate público-democrático de las contradicciones de la sociedad, ha pasado a ser valorado positivamente para resolver los conflictos estructurales de la sociedad moderna a través de la ética discursiva: Vida privada/vida pública; ética competitiva/ética comunicativa.

⁶¹DARHRENFORF, R., *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, trad. de Francisco Ortiz, Mondadori, Madrid, 1990, p.206.

⁶²HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa* (Tomo I), trad. de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1987, p.493.

⁶³HABERMAS, J., *Ensayos políticos*, trad. de Ramón García Cotarelo, Península, Barcelona, 1988, pág.120.

⁶⁴HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa* (Tomo I), Ob. cit., p.70: “Para aclarar el difícil concepto de *mundo de la vida* (*Lebenswelt*) racionalizado, conectaremos con el concepto de racionalidad comunicativa y analizaremos las estructuras del mundo de la vida que permiten a los individuos y a los grupos adoptar orientaciones racionales de acción”. Vid. PINO ARTACHO, J., “El conflicto en la teoría sociológica”, en PINO ARTACHO, J. (Dir.), *El conflicto social*, Universidad de Málaga, Málaga, 1988, pp.161-200.

Por lo que respecta a la sociología del siglo XX que no se vincula con la tradición marxista, *la teoría funcionalista* de PARSONS, fue de la más influyentes en los estudios sociológicos durante el período posterior a la Segunda Guerra Mundial. Según la teoría funcionalista, al conjunto de instituciones o subsistemas del sistema social habían de ser considerados como, fundamentalmente *funcionales*, en el sentido de que estaban concebidos para la integración de las acciones sociales de los individuos en todos los ámbitos de su vida social; económica, política, familiar y cultural. Cuando se producen conductas *disfuncionales o desviadas* y, por lo tanto, se plantea el conflicto en el sistema social, éstas deben ser evaluadas para ser incorporadas o excluidas, según su naturaleza de mayor o menor confianza con el conjunto del sistema social. En palabras de PARSONS: “*La teoría del control social es la opuesta a la teoría de la génesis de las tendencias a la conducta desviada. Se trata del análisis de aquellos procesos del sistema social que tienden a contrarrestar las tendencias desviadas, y de las condiciones en que operarán tales procesos. Al igual que en el caso de la teoría de la desviación, esta debe siempre enunciarse con referencia a un determinado estado de equilibrio del sistema o subsistema en el que se incluya una especificación de las pautas normativas institucionalizadas en ese subsistema, así como al juego de las fuerzas motivacionales que se hallan en relación con la conformidad y la desviación a partir de tales pautas*”⁶⁵.

Esta forma de concebir el sistema social, dio lugar a que la teoría funcionalista no prestara suficiente atención al conflicto social⁶⁶. Únicamente MERTON se planteó, en el seno de la teoría funcionalista, el examen de que era el propio sistema social, estructurado para *la competencia* entre los individuos por unos mismos objetivos escasos (dinero, poder, influencia, status, etc.), el que producía las conductas desviadas o no guiadas por las normas sociales institucionalizadas (*anomia*). En palabras de MERTON: “*La estructura social produce una tendencia a la anomia y a la conducta divergente. Este orden social, presiona para derrotar a los competidores*”⁶⁷. Fue también fundamental la obra

⁶⁵PARSONS, T., *El sistema social*, trad. de José Cazorla y José Jiménez Blanco, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p.193.

⁶⁶GIDDENS, A., *Política, sociología y teoría social. Reflexiones sobre el pensamiento social clásico y contemporáneo*, Ob. cit., p.215: “Se ha criticado con frecuencia a Parsons por la escasa atención que prestó a las cuestiones relacionadas con el conflicto y el poder”.

⁶⁷MERTON, R., “Estructura social y anomia: Revisión y ampliación”, en, ANSHEN, R.N., (Dir.), *La familia*, trad. de Jordi Solé Tura, Península, Barcelona, 1998, p.102.

de 1959 de WRIGHT MILLS⁶⁸, *La imaginación sociológica*, para que la teoría social comenzara a despertar de su situación de burocratización, en la que el “empirismo abstracto”, absorto en la objetividad de sus datos estadísticos, dejaba de plantear, según WRIGHT MILLS: “*Los problemas de la naturaleza de la sociedad y del hombre*”⁶⁹. La apuesta por un mayor trabajo creativo del sociólogo, es lo que WRIGHT MILLS llamó, la imaginación sociológica: “*Es la capacidad de pasar de las transformaciones más impersonales y remotas a las características más íntimas del yo humano, y de ver las relaciones entre ambas cosas*”⁷⁰.

A partir de críticas como las de WRIGHT MILLS, la sociología objetivo-estructural comenzó a incorporar elementos subjetivos en el análisis social. No obstante, para no confundirse con la psicología, en general, se trató de observar cómo los individuos perciben la estructura social de la que forman parte. La obra de SMELSER de 1963, sobre el “comportamiento colectivo”, acuñó la idea de que los conflictos sociales que animaban los distintos movimientos sociales, se debían a, “*una tensión estructural del sistema social*”⁷¹. Se había introducido en la sociología la perspectiva subjetiva respecto del conflicto que planteaban los movimientos sociales y los individuos, pero con connotaciones de *perspectiva simbólica*. Es decir, bajo la apariencia de que las relaciones sociales de dominación parecían estar siendo superadas por los individuos, en realidad los individuos las estaban reproduciendo, debido al carácter anónimo e impersonal del poder social que mantienen las estructuras de dominación de la sociedad moderna. Pues, la diferencia entre otras sociedades del pasado y la sociedad moderna, en palabras de BOURDIEU, consiste en que la dominación ya no es personal, sino estructuralmente impersonal: “*Así, las sociedades precapitalistas y protocapitalistas, no ofrecen las condiciones para una dominación impersonal y,*

⁶⁸WRIGHT MILLS, C., *La imaginación sociológica*, trad. de Florentino M. Torner, FCE, México, 2000, p.117: “La nueva ciencia social ha venido a servir cualesquiera fines que sus clientes burocráticos tengan a la vista. Quienes promueven y practican este estilo de investigación, adoptan fácilmente la perspectiva política de sus clientes y jefes burocráticos”.

⁶⁹WRIGHT MILLS, C., *La imaginación sociológica*, Ob. cit., p.73.

⁷⁰WRIGHT MILLS, C., *La imaginación sociológica*, Ob. cit., p.27.

⁷¹Vid. TEJERINA, B., *La sociedad imaginada. Movimientos sociales y cambio cultural en España*, Trotta, Madrid, 2010, pp.10-12. En la acción de los movimientos sociales, señala Tejerina, el conflicto va a considerarse como, *una estructura específica de relación social*: “El conflicto se constituye como una estructura de interacción entre las partes. Esta estructura de interacción está formada por posicionamientos de acción-reacción sucesivos de cada contendiente en respuesta a los movimientos del oponente” (*ibídem*, p.155).

menos aún, para una reproducción impersonal de las relaciones de dominación. No disponen de la violencia oculta de los mecanismos que basta con librar a un “laissez faire”, como el mercado de trabajo o el mercado escolar”⁷². En el mismo sentido, la “teoría de la estructuración” del sociólogo GIDDENS, mantiene que las estructuras sociales presenta una dualidad, al ser el producto de la interacción entre los individuos y las mismas estructuras sociales. Según GIDDENS: “La constitución de agentes y la de estructuras no son dos conjuntos de fenómenos dados independientemente, no forman un dualismo sino que representan una dualidad”⁷³.

La visión sociológica en la actualidad, podemos resumir, plantea el conflicto como una interacción de factores estructurales y personales, aunque dando más relevancia a los factores sistémicos de la sociedad. De esta manera podemos entender que la noción sociológica de, *entropía social* (equilibrio inestable), señale a los conflictos como aquellas situaciones que retroalimentan a las sociedades complejas actuales, que no son capaces de obtener un equilibrio social sin plantearse los desafíos que un entorno o ambiente conflictivo les planea. El entorno o ambiente conflictivo, puede ser planteado todavía sobre bases funcionalistas, como lo hace la “teoría de sistemas” de LUHMANN, para quien el conflicto que proviene del entorno es controlable por el sistema social: “El concepto de sistema presupone el de entorno y viceversa”⁷⁴. Pero, también puede valorarse como un riesgo difícil de controlar, como señala BECK: “Algunos creen que el riesgo induce control, de modo que cuanto mayor es el riesgo mayor es la necesidad de controlabilidad. El concepto de “sociedad del riesgo global”, sin embargo, llama la atención sobre la controlabilidad limitada de los peligros que nos hemos creado”⁷⁵.

⁷²BOURDIEU, P., *Las estrategias de la reproducción social*, trad. Alicia Beatriz Gutiérrez, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p.44.

⁷³GIDDENS, A., *La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración*, trad. de José Luis Echeverry, Amorrortu, Buenos Aires, 1995, p.61. Vid. CAMPIONE, R., *La teoría social de A. Giddens. Una lectura crítica desde la teoría jurídica*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 135: “(para Giddens) la estructura, a diferencia de la visión funcionalista clásica, no es externa a la acción humana, ni es únicamente una fuente de constricción sobre la iniciativa de un sujeto constituido independientemente”.

⁷⁴LUHMANN, N., *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, Ob. cit., p.72.

⁷⁵BECK, U., *La sociedad del riesgo global*, trad. de Jesús Alborés Rey, Siglo XXI, Madrid, 2009, p.9.

B) La orientación psicosocial del conflicto.

La visión psicosocial del conflicto, como hemos señalado antes, aparece cuando la teoría sociológica presta una mayor atención a los aspectos subjetivos del conflicto. Una definición de la visión psicosocial del conflicto, implica entender que: “*Los roles sociales y de la vida política, tienen un efecto socio-psicológico fundamental en nuestra sociedad. Por lo que, la expresión social-psicológico, sugiere una recíproca interacción entre los atributos de la personalidad y la manera en que se asumen los roles*”⁷⁶.

Se suele considerar entre los teóricos del conflicto y de la mediación⁷⁷, la obra de 1956 del sociólogo de origen alemán, COSER⁷⁸, *Las funciones del conflicto social*, como iniciadora de un punto de irrupción sobre la “funcionalidad del conflicto”, lo cual suponía valorar el conflicto también en atención a la perspectiva subjetiva de las partes del conflicto; las actitudes hostiles y de armonía, el conflicto como un estímulo para la cohesión de las relaciones de los grupo y, fundamental, las relaciones más íntimas (familiares) vistas desde la perspectiva del conflicto⁷⁹. Las bases teóricas de COSER⁸⁰ tenían una doble génesis. *Por un lado*, los estudios de psicología social, especialmente de LEWIN, en los que éste consideró la importancia del “espacio vital”, en donde la conducta individual se hace depender de las experiencias vitales del sujeto y de su ambiente social. *Por otro lado*, consideró al sociólogo idealista, SIMMEL, como al único gran sociólogo clásico que prestó especial interés por el conflicto como forma de socialización y cohesión, y no como mera disfunción. No obstante su interés por el conflicto, COSER estableció una limitación gravemente disfuncional al conflicto: Cuando éste se utiliza para cohesionar al grupo mediante el enfrentamiento con otro grupo (*enemy*), lo cual puede acarrear graves

⁷⁶ENGHAAS-KNOBLOCH, E. y VOLMERG, B., “Towards a social psychology of peace”, *Journal of Peace Research*, Vol. 25, 1988, p.247.

⁷⁷Vid; VINYAMATA CAMP, E., *Conflictología. Curso de resolución de conflictos*, Ob. cit., pp.41-42; MELCHIN, K. R y PICARD, CH. A., *Transforming conflict through insight*, Ob. cit., p.29.

⁷⁸COSER, L.S., *The functions of social conflict*, New York, The Free Press, 1964, p.31: “Lejos de ser disfuncionales, un cierto grado de conflicto es esencial en la formación de los grupos y en la persistencia de la vida del grupo”.

⁷⁹Vid. COSER, L.S., *The functions of social conflict*, Ob. cit., pp.60-66.

⁸⁰Vid. COSER, L.S., *The functions of social conflict*, Ob. cit., pp.25-29; TEJERINA, B., *La sociedad imaginada. Movimientos sociales y cambio cultural en España*, Ob. cit., pp.152-153.

consecuencias internas en la estructura del grupo; la hostilidad que termine en ruptura⁸¹.

Precisamente va a ser el análisis del conflicto en su grado de máxima expresión, a través de la violencia, lo que está en la base de la creación en 1959 del, *Instituto Internacional de Investigaciones para la Paz*, por el noruego Johan GALTUNG. Se ha dicho de la obra de GALTUNG⁸², que supone más de la mitad de los estudios sobre la paz y los conflictos de los últimos 50 años. Matemático y sociólogo de formación, resultaría difícil incorporarlo a la visión psicosocial del conflicto, si no fuera porque sus ideas han inspirado tanto a sociólogos como a psicólogos, por solo mencionar a las disciplinas afines a la visión psicosocial del conflicto. Como ha escrito GUTIÉRREZ, en el prólogo a la obra de GALTUNG de 1996: “*Gracias a este cruce de dos planteamientos (estructural y no-estructural), Johan supera una visión mecánica del conflicto como simple sistema cerrado, introduce en él la dimensión humana y lo muestra como un sistema abierto al entorno y al mundo con profundidad temporal*”⁸³.

Para comprender la teoría sobre el conflicto de GALTUNG, es necesario hacer mención a sus primeras definiciones de *paz* y *violencia*. Comenzando por esta última, la *violencia* es definida por GALTUNG como: “*La causa de la diferencia entre lo potencial y lo actual, entre lo que podría haber sido y lo que es. Violencia es lo que incrementa la distancia entre lo potencial y lo actual, y lo que impide que descienda esa distancia*”⁸⁴. Esta definición amplia de la violencia, implica que lo que “podría haber sido”, era una utilización del potencial social y personal para obra de la paz, pero que es utilizado para crear e incrementar la violencia. En cuanto a su definición de *paz*, GALTUNG escribe: “*Un concepto amplio de violencia conduce a un concepto amplio de paz. Tal y como una moneda tiene dos caras...la paz tiene dos caras; ausencia de violencia personal y de violencia estructural*”⁸⁵. Posteriormente, en 1990, añadirá GALTUNG, a la violencia personal (directa) y estructural (indirecta), la noción de violencia

⁸¹COSER, L.S., *The functions of social conflict*, Ob. cit., pp.87 y ss.

⁸²Vid. CALDERÓN CONCHA, P., “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, Ob. cit., p.60.

⁸³GUTIÉRREZ, J., “Prólogo”, a, GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, trad. de Teresa Toda, Bakeaz-Gernika y Gogoratuz, Bilbao-Gernika, 2003, p.10 (paréntesis nuestro).

⁸⁴GALTUNG, J., “Violence, peace and peace research”, *Journal of Peace Research*, Vol. 3, 1969, p.168.

⁸⁵GALTUNG, J., “Violence, peace and peace research”, Ob. cit., p.183.

cultural: “*Por violencia cultural entendemos aquellos aspectos de la cultura, la esfera simbólica de su existencia – ejemplificada en la religión y la ideología, la lengua y el arte, las ciencias empíricas y las formales (lógica y matemáticas)- que pueden ser usadas para justificar o legitimar la violencia personal-directa o la estructural*”⁸⁶. A partir de 1990, por lo tanto, definirá su idea de paz como ausencia de los tres tipos de violencia, “*la paz es la ausencia/reducción de todo tipo de violencia*”⁸⁷ que completan su pensamiento y su famoso “triángulo de la violencia”. En este triángulo, la violencia directa es la parte manifiesta y visible de la violencia, mientras que la violencia estructural, condicionada por las instituciones sociales y, la cultural, proyectada en la psique de los individuos como valores e ideales, conforman la parte oculta o latente de la violencia⁸⁸.

Sin embargo, la mera ausencia de la violencia, sobre todo la violencia directa y personal, es concebido por GALTUNG como una idea de paz en sentido negativo (ausencia de violencia directa). Pero, dado que la violencia trae causa de su latencia estructural y cultural, una visión positiva de la paz, ha de transformar todo el “triángulo de la violencia”, al menos, en un “triángulo de conflicto” y, a partir de la pacificación de la violencia a través del conflicto, transformar los conflictos en una oportunidad para el desarrollo y la civilización. Según GALTUNG: “*La paz es el contexto en el cual se despliegan los conflictos de forma no violenta y creativa. Para conocer la paz, tenemos que conocer el conflicto y saber cómo pueden transformarse los conflictos, tanto de manera no violenta, como de manera creativa*”⁸⁹.

Una vez se ha parado la escalada de la violencia y surgen las bases del conflicto, éste aparece como la ocasión propicia para los trabajadores por la paz. En palabras de GALTUNG: “*El conflicto se convierte, entonces, en el Gran Maestro, un regalo espiritual para todos nosotros*”⁹⁰. En el “triángulo del conflicto”, en la parte manifiesta, aparecen los comportamientos conflictivos y, en la parte todavía latente u oculta, aparecen las actitudes subconscientes de los

⁸⁶GALTUNG, J., “Cultural violence”, *Journal of Peace Research*, Vol. 27, 1990, p.291.

⁸⁷GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Ob. cit., p.31.

⁸⁸GALTUNG, J., “Cultural violence”, Ob. cit., p.294. Vid. CALDERÓN CONCHA, P., “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, Ob. cit., p.75.

⁸⁹GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Ob. cit., p.31.

⁹⁰GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Ob. cit., p.352.

protagonistas del conflicto, atrapados por la contradicción que les produce el conflicto estructural-social y el cultural en el que viven⁹¹. Para GALTUNG, sólo la toma de *concienciación* por las partes de los contenidos manifiestos y la latentes del conflicto, puede transformar el conflicto en una oportunidad para el diálogo, interior y exterior al sujeto, con el que comenzar la construcción de la paz y potenciar la vida.

Como la transformación de los conflictos es un proceso sin fin, GALTUNG pide a los actores de la paz (mediadores, conciliadores, etc.) que asuman una filosofía de carácter oriental (taoísmo, hinduismo de GANDHI), para enfrentar los desafíos y fracasos ante los conflictos: “*El concepto taoísta, del “yin/yang”, uno creciente, otro decreciente, en búsqueda de un punto de armonía, es como se dice de la casualidad, no una ley, sino la forma de la ley. Como mínimo nos puede ayudar a ver el conflicto como algo en perpetuo cambio, siempre dinámico*”⁹². La referencia a la religión y filosofía orientales es algo continuo en el pensamiento de la paz de GALTUNG. De hecho, éste descalifica a las religiones monoteístas (Cristianismo, Islam) por constituir una base para la cultural vertical o excluyente, mientras que el politeísmo y el panteísmo, tendrían una visión horizontal o inclusiva de la cultura.

La misma crítica hace GALTUNG a la democracia burocrática occidental, reproductora de la violencia estructural y, así mismo, al patriarcado occidental, máximo exponente del varón como actor de la violencia directa, especialmente en la familia y contra la mujer⁹³. Se trata de una crítica deliberada por parte de nuestro autor, ya que es de occidente desde donde parten la mayoría de las propuestas de pacificación que, generalmente, son impuestas a otras culturas como una solución universal y única. Y la *mediación*, por lo tanto, también es criticada por GALTUNG, cuando el mediador (tercera parte) acude a los conflictos con herramientas y técnicas preconcebidas: “*Los mediadores y árbitros no son tan diferentes de los mecanismos aleatorios de resolución de conflictos,*

⁹¹Vid. GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Ob. cit., p.109.

⁹²GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Ob. cit., p.131.

⁹³GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Ob. cit., p.70: “Decir que el 95% de la violencia directa es cometida por hombres es probablemente quedarse corto. Esto no quiere decir que no haya mujeres que participen en bandas delictivas, incluso violentas, que apoyen la guerra, etc., solo quiere decir que los actos de violencia directa son cometidos por hombres”.

así que tiene que haber mucha fe tanto en la sabiduría como en el mandato. Pero una horizontalización general de la transformación del conflicto, sería un cambio revolucionario muy importante. Puede que los abogados tengan mala prensa, pero las revueltas antijueces son aún cosa del futuro”⁹⁴.

Otro autor importante dentro de esta visión psicosocial es LEDERACH. Además de ser un mediador con experiencia en todos sus ámbitos, internacional, comunitario y familiar, LEDERACH ha escrito específicamente sobre la paz y los conflictos. Así, tomando como fundamentos teóricos, por un lado, al sociólogo WRIGHT MILLS y su *imaginación sociológica* y, por otro lado, a una *visión poética* individual y colectiva del mundo, LEDERACH⁹⁵ ha analizado los conflictos desde, *la imaginación moral*, en donde la historia estructural y la biografía personal están conectadas. Parte de la idea de combinar la aproximación *prescriptiva* sobre los conflictos con la aproximación *estimulante*. La aproximación prescriptiva, dice LEDERACH: “*Tiende a reducir el conflicto a reglas, técnicas y herramientas, que considera universalmente aplicables a cualquier conflicto*”⁹⁶. Por el contrario, la aproximación estimulante: “*Parte de que el conflicto es una oportunidad enfocada principalmente al descubrimiento, creación y solidificación de modelos que surgen de las fuentes presentes en un lugar concreto y responde a las necesidades de ese contexto*”⁹⁷.

En la tensión que surge entre esas dos aproximaciones al conflicto, LEDERACH⁹⁸ llama la atención sobre el “*esfuerzo artístico*”, de las partes y sobre todo de los mediadores, en el que esa tensión acaba transformándose en un camino para construir la paz. Los elementos para construir espacios de paz en los conflictos son; la levadura crítica y la confianza en un momento inesperado (serendipia): “*Saber reconocer y luego seguir el flujo de la corriente de lo inesperado*”⁹⁹. En cuanto a la “levadura crítica”, consiste en una mirada interior

⁹⁴GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Ob. cit., p.157.

⁹⁵LEDERACH, J.P., *La imaginación moral. El arte y el alma de la construcción de la paz*, trad. de Teresa Toda, Bakeak Gernika Gogoratuz, Bilbao-Gernika, 2007, pp.49 y ss.

⁹⁶LEDERACH, J.P., *Preparing for peace. Conflict transformation across culture*, Syracuse, Syracuse University Press, 1995, p.53.

⁹⁷LEDERACH, J.P., *Preparing for peace. Conflict transformation across culture*, Ob. cit., p.55.

⁹⁸LEDERACH, J.P., *La imaginación moral. El arte y el alma de la construcción de la paz*, Ob. cit., p.24.

⁹⁹LEDERACH, J.P., *La imaginación moral. El arte y el alma de la construcción de la paz*, Ob. cit., p.173.

de los mediadores en el conflicto que, en lugar de querer ser una “gran masa crítica”, basta con que sean unos cuantos (artesanos de la paz) que han reflexionado profundamente sobre los conflictos y, utilizando los medios de comunicación sociales actuales, logran crear desde su posición de artesanos del conflicto una masa crítica que crece exponencialmente para lograr una cultura de la paz¹⁰⁰.

C) *La Orientación psicológica del conflicto.*

En la orientación psicológica del conflicto, la perspectiva del sujeto es lo más relevante. Como ha señalado RUBIN: “*Una perspectiva psicológica focaliza su atención sobre las percepciones más que en la realidad. Esto no quiere decir que la realidad no sea importante, sino que lo que la gente piensa acerca de la realidad, más que la propia realidad, es lo que marca la diferencia*”¹⁰¹.

En la visión psicológica, como ha descrito MANZANOS, son las emociones subjetivas y la lógica emocional lo que conforman la base de los conflictos: “*Los conflictos humanos y los problemas que los ocasionan, no responden a la lógica aritmética (problema-solución) y, por tanto, la lógica emocional de partida para afrontar los conflictos ha de ser la de establecer mecanismos para aprender a convivir con ellos en términos de generar vínculos convivenciales acordados, y no en términos de negociación o de negación del conflicto o de imposición de soluciones por parte de quienes ostenta el poder*”¹⁰².

La ciencia psicológica se ocupa del estudio de esa lógica de las emociones de los individuos. Las emociones son la forma en que los individuos percibimos internamente la realidad. Por tanto, siendo la realidad conflictiva, también lo va a ser la vida interior de los sujetos. El origen de los estudios sobre la conflictividad interna del “yo”, se suele atribuir a la obra de FREUD, desde comienzos de siglo XX. Éste habría planteado la separación del “yo psíquico” respecto de sus factores biológicos. Según GAY: “*La subversión por parte de Freud de la ortodoxia reinante fue el resultado de un cambio de mentalidad lento y en absoluto*

¹⁰⁰Vid. PÉREZ SALAZAR, B., “Levadura crítica y el arte de amasar la paz”, *Revista de Economía Institucional*, N° 19, 2008, p.401.

¹⁰¹RUBIN, J.Z., “Conflict from a psychological perspective”, en HALL, L. (Ed.), *Negotiation. Strategies for mutual gain*, Sage Publications, London, 1993, p.123.

¹⁰²MANZANOS, C., “Génesis de los conflictos, sociedad del miedo e industrialización del control”, Ob. cit., p. 21.

planificado. Cuando finalmente realizó su revolución, ésta consistió en no descartar la teoría neurológica, sino en invertir la jerarquía aceptada de la interacción mente-cuerpo. Él le otorgó la primacía a la dimensión psicológica del funcionamiento mental, pero no el monopolio”¹⁰³. Durante el siglo XX hasta la actualidad, la psicología ha evolucionado respecto de la teoría freudiana. Básicamente, la percepción conflictiva del sujeto, puede ser atribuida a causas biopsicológicas o neurológicas, lo que ha dado lugar a una visión psicológica cercana a la ciencia biológica y los estudios neurológicos¹⁰⁴. Por otro lado, es la psicología social la que ha optado por referir las conductas subjetivas a causas más amplias, entre las que el “ambiente vital del sujeto” es fundamental, tal y como afirmaba el psicólogo LEWIN¹⁰⁵, uno de los pioneros en la psicología social.

Aplicada la visión psicológica al ámbito social de los grupos (familia, grupos informales) y organizaciones (instituciones, empresas), es de resaltar la importancia de la distinción que hace ROBBINS¹⁰⁶ entre, “gestión del conflicto” y “resolución del conflicto”. Pues, a diferencia de la segunda, la gestión del conflicto, engloba el desarrollo de técnicas tanto para resolver como para estimular psicológicamente el propio conflicto. Esta visión del conflicto, tiene que ver con la cantidad de conflictos que cualquier grupo y organización puede internalizar, lo cual, según BROWN¹⁰⁷, adopta la forma de una “U invertida”. Así, un nivel o cantidad de conflicto excesivamente elevado, provoca la presencia de resultados negativos para la organización y, al mismo tiempo, un nivel muy bajo de conflicto, suele generar una actitud de estancamiento que hace que los resultados alcanzados no sean tampoco satisfactorios. Por lo que, un nivel óptimo sería aquél en el que se da suficiente conflicto para impedir el estancamiento, estimular la creatividad, permitir la liberación de tensión y promover el cambio,

¹⁰³GAY, P., *Freud. Vida y legado de un precursor*, trad. de Jorge Piatigorsky, Paidós, Barcelona, 2010, p.154.

¹⁰⁴Vid. CASTRODEZA, C., *La darwinización del mundo*, Herder, Barcelona, 2009, pp.244-254.

¹⁰⁵“Uno de los enfoques de Kurt Lewin fue la atención a las dinámicas de los grupos. En particular, prestó atención a la influencia de los grupos en la formación de la conducta de sus miembros”. RAFFERTY, A. y GRIFFIN, M.A., “Organizational change”, en BARLING, J. y COOPER, C.L. (Eds.), *The SAGE handbook of organizational behavior*, SAGE publications, London, 2008, p.605.

¹⁰⁶Vid. ROBBINS, S.P., “Conflict management and conflict resolution are not synonymous terms”, *Management Review*, Winter-1978, pp.67-75.

¹⁰⁷Vid. BROWN, L.D., *Managing conflict and organizational interfaces*, Addison-Wesley, Reading (Massachusetts), 1983, pp.123 y ss.

aunque tampoco puede ser tan intenso como para alterar la coordinación de las actividades dentro del grupo u organización.

Para este ámbito de los grupos y organizaciones, por último, VAN DE VLIERT¹⁰⁸ concreta cuales son los aspectos psicológicos que se suscitan ante una intensidad adecuada del conflicto:

a.- El conflicto sería un medio que posibilitaría el cambio organizacional del grupo, pues modifica la estructura actual del poder, los patrones de interacción y las actitudes arraigadas entre sus miembros.

b.- El conflicto favorece la cohesión psicológica del grupo ante un conflicto con otro grupo o grupos. Las amenazas externas que resultan de esta situación tienden a incrementar la identificación y la solidaridad con el propio grupo, a la vez que disminuyen las divergencias y la tensión intragrupo.

c.- El conflicto produce un incremento en el nivel de tensión del grupo y lo torna más constructivo y creativo, ya que un nivel de tensión muy bajo provee las bases para un conformismo desmotivador de sus miembros, que limita la autocrítica y la creatividad de los miembros del grupo.

Pero, en la visión psicológica del conflicto, últimamente ha sido la publicación en 2013 de la obra de COBB, *Hablando de violencia*¹⁰⁹, la que pretende ofrecer una teoría psicológica general sobre la violencia y el conflicto. Sara COBB, exponente de la llamada “teoría circular-narrativa de la mediación”, ha pasado así a ser una teórica del conflicto más allá de la mediación. Para COBB, todos los conflictos y situaciones violentas, dependen “especialmente” de la forma en que son narradas o relatadas por las partes. En relación al conflicto palestino-israelí, dice COBB: “*Este conflicto, como todo los conflictos, es una función de los relatos que se han dicho, repetido y anunciado sobre el conflicto*”¹¹⁰. Desde una posición teórica englobada en la denominada, *psicología narrativa*¹¹¹, COBB

¹⁰⁸Vid. VAN DE VLIERT, E., “Escalative intervention in small groups conflicts”, *Journal of Applied Behavioral Science*, N° 21 (1), 1985, pp.19-36.

¹⁰⁹COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, trad. de María N. Prunes y Cecilia Sobrom, Gedisa, Barcelona, 2016.

¹¹⁰COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.19.

¹¹¹COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.215: “La teoría relacional presume que el *self* (el sí mismo, la identidad del individuo) existe en y a través de las interacciones con los otros”.

intenta dar por zanjada la controversia entre, perspectivas objetivas y subjetivas sobre el conflicto, que venimos analizando.

Aunque más adelante expondremos detenidamente la teoría de la mediación de esta autora, no obstante, resulta interesante insistir ahora en que COBB, no solo pretende que su “teoría circular-narrativa” se aplique a la mediación, sino que pase a ser una teoría psicológica, política y social, a la altura de las más clásicas. Según FREEMAN¹¹², con esta obra, COBB incorpora una novedad en el análisis de la violencia y el conflicto, que hace posible para la “psicología narrativa”, pasar de la *violencia narrativa* (narrativas radicalizadas) de las partes en el conflicto, hacia una narración crítica y creativa del conflicto (*narrativas mejor formadas*). Como escribe COBB: “*Describiré la manera en que la escalada del conflicto contribuye a la radicalización de las narrativas del conflicto, que servirán de base para entender el extremismo y ofreceré una base para una teoría crítica de las narrativas que vinculan el poder y la subjetividad con los procesos narrativos. A su vez, ese modelo va a encuadrar mi discusión acerca de la relación entre la estética y la transformación de la narrativa, base de una teoría acerca de la resolución de conflictos como proceso narrativo*”¹¹³.

Apoyándonos en esta última obra de COBB, podemos ver ahora ciertos elementos y conceptos de las teorías del conflicto analizadas, que son de interés a la hora de abordar el conflicto en la mediación.

1.2.2. ELEMENTOS DEL CONFLICTO: SU RELEVANCIA PARA LA TEORÍA DE LA MEDIACIÓN.

Después del examen que hemos realizado sobre las distintas teorías sobre la violencia y el conflicto, podemos estar de acuerdo con REDORTA, cuando escribe que: “*Preguntarse por las fuentes del conflicto es adentrarse primero en la filosofía, la religión y cuantas opiniones existen que pretendan dar cuenta de a qué razón responde el ser humano*”¹¹⁴. En las teorías del conflicto hemos podido

¹¹²“Cobb, realiza el tipo de psicología que creo todos necesitamos y debemos tener”, (p.11), ha escrito Mark Freeman, en el “prólogo” a la obra de Sara Cobb que venimos comentando.

¹¹³COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.162.

¹¹⁴REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos*, Paidós, Barcelona, 2007, p.34

adentrarnos un poco en los distintos elementos que lo conforman; elementos estructurales (cultura y poder), elementos sociales y psicológicos (contextos vitales y percepciones personales). Diferenciar, por tanto, entre situaciones normales y conflictivas, no parece nada fácil. Los conflictos también tienen una naturaleza latente y no siempre son percibidos por los agentes sociales. La mediación, hemos visto, aparece como uno de los grandes recursos para resolver y transformar los conflictos. Frente al resto de formas de resolución de conflictos, por el papel principal que da a las partes del conflicto y porque su resolución no cae en manos de un tercero, siendo el mediador un factor neutral y sin capacidad de decisión, la mediación aparece como un método igualitario, horizontal y democrático para afrontar los conflictos.

No obstante, la cuestión es considerar hasta qué punto la mediación puede afrontar, transformar y resolver todos los conflictos. Sus causas pueden ser muy profundas, teniendo sus bases en la cultura, la estructura social o ser invisibles para la mayoría de los individuos, y las técnicas de la mediación, como veremos en el siguiente capítulo, se orientan hacia el diálogo-mediado entre las personas inmersas en el conflicto. Por lo tanto, identificar qué elementos de la teoría general del conflicto son asumibles por la mediación y qué elementos, tal vez, sobrepasan a la mediación, es lo que se expone a continuación.

A) Causas del conflicto: El problema de la mediación.

Siguiendo a FISAS, al resumir las distintas visiones que tratan de explicar el conflicto, éste sostiene que sus puntos de vista eran totalmente insuficientes para dar cuenta de la totalidad del fenómeno “conflicto”. En el siguiente cuadro, trata FISAS¹¹⁵, de contextualizar a las distintas teorías sobre el conflicto:

ALGUNOS GRANDES PROCESOS BÁSICOS DE CONFLICTO		
AUTOR	TIPO DE CONFLICTO	PROCESO RESULTANTE
Freud	Conflicto entre el deseo y la prohibición (Lucha por el deber)	Represión/ Defensa

¹¹⁵Vid. FISAS, V., *Introducción al estudio de la paz y los conflictos*, Lerna, Barcelona, 1987, pp.178-179.

Darwin	Conflicto entre el sujeto y el medio natural (Lucha por existir)	Diferenciación/Adaptación
Marx	Conflicto entre clases (Lucha por la igualdad)	Estratificación Jerarquía Comparación social
Piaget	Conflicto entre la toma de decisiones por el sujeto y su entorno (experiencia)	Resolución de dilemas Aprendizaje

Otra forma de resumir las visiones existentes históricamente sobre el conflicto, sería la realizada por HOCKER Y WILMOT¹¹⁶, según la cual:

- a) El conflicto y la lucha son innatos en todos los animales, incluyendo al hombre;
- b) el conflicto se origina en la naturaleza de las sociedades y depende de cómo se han estructurado y cómo se regula;
- c) el conflicto es una aberración, una disfunción de los sistemas sociales;
- d) el conflicto ocurre porque es funcional para el sistema social;
- e) el conflicto ocurre porque se persiguen objetivos incompatibles;
- f) el conflicto es consecuencia de una pobre comunicación, mala percepción, defectuosa socialización y otros procesos inconscientes.

Para FISHER¹¹⁷, habría que incluir las diferencias económicas, las diferencias en valores y en el poder, como fuentes básicas de los conflictos. También afirma¹¹⁸ que los siete elementos de una situación de conflicto son; los intereses, las opciones para satisfacerlos, la legitimidad, la relación entre las partes, la comunicación, los compromisos potenciales y las alternativas a la solución negociada. En base a ello, REDORTA¹¹⁹ elabora el siguiente cuadro:

¹¹⁶Vid. HOCKER, J. y WILMOT, W., *Interpersonal conflict*, William C. Brown Company Publishers, Dubuque, 1985, pp.6 y ss.

¹¹⁷Vid. FISHER, R., "Intergroup conflict", en DEUTSCH, M. y COLEMAN, P (Comps.), *The handbook of conflict resolution*, Jossey-Bass Publisher, San Francisco, 2000, p.169.

¹¹⁸FISHER, R., KOPELMAN, E. y KUPFER, A., *Más allá de Maquiavelo*, Granica, Barcelona, 1996, p.109.

¹¹⁹REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos*, Ob. cit., p.36.

ELEMENTOS BASICOS QUE APARECEN EN LA CONFRONTACIÓN				
Poder	Necesidades	Valores	Intereses	Percepción y comunicación
Capacidad de coacción	Búsqueda de satisfactores	Creencias centrales	Objetivos deseados	Interpretación y expresión

Aunque este cuadro no agota las fuentes del conflicto, tiene la ventaja de su simplicidad y de recoger, con carácter general, los elementos en que se ubican las más importantes. También podemos mencionar, que existen diversas causas por las que determinadas conductas individuales y situaciones suelen considerarse conflictivas. Conductas que se generan tanto por motivos internos individuales como por fallos a nivel de grupo o de una organización, también aplicables a la familia y las relaciones de pareja, que son los que conviene afrontar para superar la situación conflictiva. Entre estas causas encontraríamos:

- No participación, distanciamiento de algún miembro de un grupo.
- Crítica destructiva de las ideas o del trabajo de los demás
- Rumores sobre temas personales
- No asunción de las funciones asignadas.
- Distracciones y pérdidas de tiempo.

A nivel individual, casi siempre, la causa suele ser que uno o más miembros de un grupo se sienten excluidos del mismo por las más diversas razones, como pueden ser; por no conocer o no entender bien los objetivos, métodos y reglas del grupo; por estar en desacuerdo con los objetivos generales o no entender su verdadero papel, ni haberle sido explicadas claramente sus funciones y competencias; por no ser capaz de hacer ver sus intereses y valores personales y, por tanto, sentir que no es tenido en cuenta; por la falta de confianza, bien en sí mismo o en la eficacia del equipo de trabajo. Todas estas situaciones generan

sentimientos de exclusión que provocan una reacción defensiva que se manifiesta de forma más o menos sutil¹²⁰.

El conflicto, pues, tiene todos esos elementos, objetivos y subjetivos. Desde esta perspectiva, el interés por aprovechar el conflicto consiste en que no derive en violencia. Cuando cualquier conflicto solo tiene a la violencia como válvula de escape, la mediación se hace imposible y el conflicto intratable o mudo. Como describe BILBENY: *“Un conflicto es mudo cuando el diálogo está ausente y la falta de diálogo es su causa principal. El mutismo no es el efecto, sino la causa del enfrentamiento. La mayoría de conflictos intratables se caracterizan porque las partes, en un primer momento, creen o hacen ver que creen en la “imposibilidad de resolverlo”. En un segundo momento, parecen convencidas de la “inutilidad” de intentarlo. Y al final, y en conclusión, todo lo que resolverán es “dejar de hablarse” entre ellas”*¹²¹.

Debido a que la mediación se considera un método dialogado entre las partes, auxiliado por el mediador neutral¹²², para la eventual resolución de cualquier conflicto, el problema básico de la mediación consistirá en examinar si el conflicto es susceptible de ser objeto de expresión, tanto verbal como no verbal o gestual. Conocemos que los conflictos también tienen otras formas de encauzarse sin violencia; los movimientos sociales, las manifestaciones, la organización de partidos políticos, las asociaciones de intereses y otros. Sin embargo, en la mediación se requiere que las partes en el conflicto, individualmente (conflicto familiar) o por representación (conflicto comunitario o internacional), entablen un diálogo en el que pongan de manifiesto las circunstancias que los separan. La mera presencia “muda” de las partes, puede ser el inicio de la mediación, pero las teorías de la mediación siempre buscan el “momento” en que la comunicación entre las partes de comienzo.

En efecto, ante la magnitud del conflicto, bien sea de carácter social o psicológica, en la mediación se intenta conseguir ese “momento” que saque al

¹²⁰REDORTA, J., *Como analizar los conflictos*, Ob. cit., p.37.

¹²¹BILBENY, N., *Reglas para el diálogo en situaciones de conflicto*, Catarata, Barcelona, 2016, p.21.

¹²²BILBENY, N., *Reglas para el diálogo en situaciones de conflicto*, Ob. cit., p.34: “Cuando los adversarios no consiguen pactar ni dialogar...se recurre a la vía de la mediación, en que un tercero reorienta la situación y acerca directa o indirectamente a los oponentes”.

conflicto de su letargo. Es lo que BILBENY ha llamado, “*la lucha por el diálogo*”¹²³. Este momento o situación es conceptualizado de distintas maneras:

a) *Momento “insight”*: Es visto como un momento “intelectivo” (insight) en que, cuando todo aparecía como confuso y perdido para la mediación, aparece inesperadamente una circunstancia no construida, sino que viene dada al conflicto. Esta circunstancia, que es descrita como una revelación casi trascendental, cambia el panorama y permite la labor del mediador en la construcción del diálogo¹²⁴.

b) *Serendipia*: Cuando el conflicto no obtiene diálogo o el diálogo es pésimo, la serendipia consiste en la capacidad de esperar por el mediador, un momento, acontecimiento o hecho azaroso, que puede ser la clave para un diálogo positivo, antes imposible o pobre¹²⁵.

c) *Yin/yang*: Se trata más bien de una actitud filosófica ante las partes del conflicto. Al mediador se le pide que establezca una ponderación de lo “bueno” y lo “malo” que traen las partes a la mediación. Como las partes, inicialmente, mutuamente potencian su lado positivo y descalifican como negativo al adversario, solo se iniciará el diálogo cuando estas posiciones maximalistas y excluyentes hayan desaparecido; mediante el reparto más o menos armonioso, asumido por las partes del conflicto, de lo positivo y lo negativo (yin/yang)¹²⁶.

d) *Transformación*: Momento o situación en que el clímax de una situación conflictiva que parecía irresoluble por la mediación, da un vuelco gracias a un cambio de actitud de una o de las dos partes, buscada por el mediador, iniciándose así el proceso de fortalecimiento personal y reconocimiento del otro¹²⁷.

¹²³BILBENY, N., *Reglas para el diálogo en situaciones de conflicto*, Ob. cit., p.95.

¹²⁴MELCHIN, K. R y PICARD, CH. A., *Transforming conflict through insight*, Ob. cit., p.53: “Antes del *insight* tenemos una masa confusa de cosas...No construimos el insight...lo recibimos y llega de manera inesperada...Cuando los mediadores son conscientes de este momento, ellos pueden ayudar a las partes a obtener autoconocimiento y a tener interés por los problemas y preocupaciones de los otros”.

¹²⁵Vid. LEDERACH, J.P., *La imaginación moral. El arte y el alma de la construcción de la paz*, Ob. cit., p.173 y ss.

¹²⁶GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Ob. cit., p.40: “Los postulados *yin/yang*, integrado en una forma de entendimiento como conocimiento apodíctico (sintético a priori), se entienden aquí como fuente de hipótesis, una intuición, que siempre debe contrastarse con la realidad empírica venidera. Más concretamente, la hipótesis requiere un equilibrio, una armonía entre los dominantes y los dominados, o entre los aspectos dominantes y dominados de su relación”.

¹²⁷BUSH, R.A.B. y FOLGER, J.P., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, Ob. cit., p.33: “En cierto sentido, (las partes)

e) *Brainstorming*: Ante una narración radicalizada por las partes, que es similar a no tener narración del conflicto, la “tormenta de ideas”, estructurada en distintas fases, es concebida como una alteración y complicación de las narraciones irreconciliables y simples de las partes, hacia la búsqueda de un diálogo que lleve a una “mejor narrativa” del conflicto¹²⁸.

Como se puede observar, hacer posible que el conflicto pase a su fase de diálogo entre las partes, pasa a ser el problema básico de la mediación y, por eso, entre los mediadores se habla más de la mediación como *un arte* que como una técnica o método.

B) Las partes en el conflicto: Las personas y su contexto.

Es una realidad que las partes de cualquier conflicto no pueden aislarse completamente de su contexto vital. Aunque las partes son las protagonistas de la mediación, pues acceden voluntariamente o con “voluntariedad mitigada”¹²⁹ a su realización, no obstante, los distintos tipos de conflicto (macro, medio o micro), dependen sustancialmente de los contextos en que se han generado. Desde esta perspectiva, la mediación puede definirse también, según DANIELS, como: “*El proceso a través del cual lo social y lo individual se conforman el uno al otro*”¹³⁰. Por eso, las partes del conflicto han de ser vistas de una manera global, es decir, en relación con las necesidades, intereses, relaciones y emociones, suscitadas por cada tipo de conflicto.

tenían conciencia de que ellos mismos habían adoptado decisiones y establecido compromisos que reorientaron una escalada que, fácilmente, podía haber desembocado en las crónicas de homicidios en Queens...De tanto en tanto, los mediadores participan en sesiones semejantes a ésta. No puede sorprender que tiendan a atribuir estos casos a la suerte...Los profesionales pueden atribuir a la suerte los casos potencialmente instructivos porque carecen de los marcos que permiten adoptar otra actitud...Lo que sugiere el caso del *matón sensible* (y otros por el estilo) es que puede aplicarse un enfoque de la práctica que realice el potencial transformador del proceso de mediación”.

¹²⁸COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.343: “Juntas, estas fases y los procesos vinculados con ellas, constituyen los puntos de inflexión que conforman el pasaje de narrativas de conflicto a narrativas mejor formadas. Juntas, garantizan que los relatos que se obtienen estén contruidos sobre historias estables, en las que cada parte desempeñó su propio papel”.

¹²⁹GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La mediación a debate en Europa: ¿Hacia la voluntariedad mitigada?”, *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, N°3, 2015, p.26: “Voluntariedad mitigada. Es decir, la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa de mediación, pero no la obligatoriedad de concluir una mediación antes de acudir a la vía judicial”.

¹³⁰DANIELS, H., “Mediation: An expansion of the socio-cultural gaze”, *History of Human Sciences*, Vol. 28 (3), 2015, p.34.

Partiendo de estas premisas, una vez que las partes han decidido entablar el diálogo respecto del conflicto, DE DIEGO VALLEJO Y GUILLÉN GESTOSO¹³¹ hacen referencia al análisis diferenciador de los elementos del conflicto que involucra a las partes. Aquí vamos a distinguir entre los elementos que tienen que ver con las personas (a) y los que hacen referencia a su contexto (b):

a) Las personas en el conflicto: Su poder, intereses y emociones.

La identificación de las partes en conflicto, nos lleva a una primera tipología de los conflictos, dependiendo de si los conflictos son; intrapersonales, interpersonales, intergrupales o internacionales. Así, podemos distinguir entre, por un lado, *los protagonistas principales*, que serían quienes están directamente implicados en el conflicto y, por otro lado, *los protagonistas secundarios*, que serían aquéllos que lo están indirectamente, pero que tienen algún interés o que pueden influir en el resultado. Es muy importante en la mediación saber si las partes que se encuentran ante el mediador son las protagonistas directas del conflicto (mediación familiar e intra-grupal) o su representación (mediación grupal e internacional).

Puesto que el poder, definido a nivel personal, es la capacidad de influencia de los protagonistas principales y secundarios en el conflicto, es necesario saber qué influencia y poder tienen cada uno sobre los demás; si existe una relación de desigualdad o si existen coaliciones dentro de los grupos. Atendiendo a la relación de poder, KENNEDY, BENSON Y MCMILLAN¹³², consideran que podemos negociar o dialogar cuando no nos dominan ni dominamos a los demás, pues, cuando una persona, grupo o institución, tiene un dominio total sobre la otra parte, se puede prescindir del diálogo. La negociación es sólo una de las vías de resolución de conflictos, pero requiere una relación equitativa de poder entre sus protagonistas. En ausencia de un poder compartido, una parte puede decidir unilateralmente los resultados sin necesidad de negociar con la otra parte. Por ello, el que las partes de una relación de interdependencia comiencen o no una negociación, depende de la medida en que el poder sea compartido o se halle distribuido entre las partes. La mediación, por su propia exigencia de neutralidad,

¹³¹Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p. 38.

¹³²Vid. KENNEDY, G. BENSON, J. y McMILLAN, *Cómo negociar con éxito*, Deusto-Bilbao, 1982. p.74.

procura igualdad de oportunidades para ambas partes, restituyendo en parte el desequilibrio¹³³.

La relación de poder entre las partes se establece por la dependencia mutua en relación a determinados intereses. Como han estudiado MUNDUATE y MARTÍNEZ¹³⁴, la relación poder/interés, vendrá determinado por las pérdidas que a cada una de las partes le supone no llegar a un acuerdo con la otra parte y, paralelamente, por los costes que supone a cada una aceptar las peticiones y condiciones que la otra parte trata de imponer. El resultante, sería el cociente que va a determinar la futura consecución o no de un acuerdo. Por eso, desde “la teoría estratégica de la negociación de conflictos”, SCHELLING analizó la importante que es en la negociación de intereses; tanto, “*el poder de saber auto-limitarse*”¹³⁵, como la atención a la racionalidad de las decisiones de *la otra parte* respecto de los intereses en conflicto: “*Estudiar la estrategia del conflicto consiste en aceptar que la mayoría de las situaciones de conflicto son situaciones de negociación. En ellas, la habilidad de un actor para conseguir sus fines depende en un grado importante de la elección o decisión que el otro actor tomará*”¹³⁶.

¹³³Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.38. Estos autores, siguiendo a Yuki y Tracey, concretan una serie de tácticas de influencia entre las partes en los procesos de negociación, como son:

-*Persuasión racional*: En la que se emplean argumentos lógicos y evidencias objetivas. Por ejemplo, explicar detalladamente por qué es adecuada la oferta de negociación que propone la otra parte.

-*Intercambio*. Se prometen recompensas o beneficios tangibles. Por ejemplo, se ofrece considerar una oferta de negociación siempre que se considere la oferta de la otra parte.

-*Recurrir a aspiraciones*: Se recurre a los valores, ideales y aspiraciones de la otra persona. Por ejemplo, se describe su oferta de negociación como una oportunidad única para el logro de las aspiraciones de la otra parte.

-*Consulta*: Se solicita la participación y se consideran las ideas y sugerencias de otras personas. Por ejemplo, cuando se anima a terceras partes no directamente implicadas en la negociación a expresar su opinión sobre los asuntos de discusión.

-*Relaciones personales*: Se recurre a los sentimientos de lealtad y amistad. Por ejemplo, se pide que se acepte realizar una concesión en aras de la amistad.

-*Adulación*: Se alaga y se adula. Por ejemplo, se dice a la otra persona que es la más cualificada para valorar en su justo término la oferta de negociación que se va a realizar.

-*Legitimación*: Se basa en las políticas, reglas, prácticas habituales o tradicionales. Por ejemplo, se estima que su oferta de negociación es legítima, basándose en documentos como instrucciones de trabajo, estatutos o acuerdos internacionales.

-*Presión*: Ocurre cuando se exige y amenaza. Por ejemplo, se amenaza con romper la negociación sin no se acepta la última oferta.

-*Coalición*: Se recurre a la ayuda de otras partes implicadas. Por ejemplo, cuando una parte pide a otras personas del entorno que expliquen las razones por las que apoyan la propuesta.

¹³⁴Vid. MUNDUATE, L. y MARTINEZ, J.M., *Conflicto y negociación*, Ob. cit., pp.78 y ss.

¹³⁵SCHELLING, T.C., *The strategy of conflict*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1980, p.22.

¹³⁶SCHELLING, T.C., *The strategy of conflict*, Ob. cit., p.5.

No obstante la importancia del poder e intereses de las partes, lo que en la mediación ha pasado a ser un tema de estudio básico, es la distinta forma de *percepciones del problema*. Muchas veces, sobre todo cuando se realiza mediación en el ámbito familiar, puede verse que una de las partes está seriamente afectada por un problema, mientras que la otra ni siquiera es consciente de que exista. Las *emociones y los sentimientos* influyen de manera tajante sobre la percepción del conflicto y sobre el futuro de su resolución. Sobre qué es una emoción, OATLEY, KELTNER y JENKINS¹³⁷, la han conceptualizado como un estado mental o un proceso mental, provocado por un evento de determinada intensidad, que puede ser medido a través de las respuestas comportamentales fisiológicas. Estos estados o procesos son provocados por eventos importantes para los intereses y metas del individuo. En cualquier conflicto, así como en el proceso de resolución que puede llevarse a cabo, el mediador puede localizar innumerables emociones y sentimientos más o menos duraderos¹³⁸.

Existen dos momentos básicos para que afloren sentimientos en la mediación; en los *momentos previos*, pues es el momento del desahogo y de analizar las implicaciones emocionales del conflicto y el daño psicológico recibido y; en la fase que se denomina “*cuéntame*”, de forma que cada parte pueda ser consciente de cuáles son los sentimientos del otro, algo que normalmente desconocería, de forma que pueda ir creándose cierta empatía entre las partes¹³⁹. Las personas que acuden a un proceso de mediación, se suelen sentir ofendidas, frustradas, desconfiadas, resentidas o traicionadas y, para mantener un tono racional y un diálogo fructífero acerca de los temas más importantes, el mediador debe controlar y minimizar el efecto de las emociones negativas. Si controla las emociones en una etapa temprana del proceso, los sentimientos manifestados francamente o bien experimentados en silencio, pueden bloquear o eliminar toda posibilidad de acuerdo.

La percepción, hemos visto, es un proceso psicofísico, por el cual la realidad de nuestro entorno es tamizada por nuestra propia realidad psíquica, es decir,

¹³⁷Vid. OATLEY, K. KELTNER, D. Y JENKINS, J., *Understanding emotion*, Blackwell Publishing, London, 2006, pp.151 y ss.

¹³⁸Vid. BIZQUERRA ALZINA, R., “Emoción y conflicto”, *Centre D'estudis Jurídics Europeus i Mediació*. WP 3/2010 de 25 de Octubre.

¹³⁹Vid. REDORTA, J. OBIOLS, M. y BISQUERRA, R., *Emoción y conflicto. Aprenda a manejar las emociones*, Barcelona, Paidós, 2006, pp.23 y ss.; LACA AROCENA, F., “Actitudes y comportamientos en las situaciones de conflicto”, *Revista de enseñanza e investigación en psicología*, Nº 1, 2005, pp.117-126.

nuestras experiencias anteriores, nuestra jerarquía de valores, nuestras tensiones personales o los estereotipos fijados en nuestra mente. PRUITT Y RUBIN¹⁴⁰, recogen algunos aspectos sobre los que podría incidir esta tendencia del grupo hacia las actitudes y percepciones negativas sobre la otra parte¹⁴¹ y que tienden a incrementar la escalada del conflicto. Estos aspectos serían los siguientes:

a) Culpabilizar las experiencias desagradables. Las actitudes tienden a estructurar las percepciones, de modo que se culpa a las partes sobre las que existe animadversión y se presta el beneficio de la duda a los simpatizantes.

b) Desconfianza preconcebidas. Las partes tienden a considerarse mutuamente como amenazantes cuando realizan alguna acción ambigua. No se concede el beneficio de la duda a cualquier acción que provenga de la otra parte y esto fortalece la escalada de conflicto.

c) Disminución de la inhibición de la agresión. Se tiende a evitar la agresión hacia las partes con las que se simpatiza y se respeta, mientras se tiende a agredir con facilidad a las partes hacia las que se siente animadversión.

d) Falta de empatía con el adversario. Es similar a la falta de comunicación con el mismo¹⁴², lo que fuerza la incompreensión entre las partes. Aunque es difícil de observar, la utilización de la empatía puede servir también como mecanismo de autoprotección.

e) Las actitudes y percepciones de suma cero. Tienden a adjudicar una situación de suma cero a la negociación, asumiendo que; lo que es bueno para una de las partes, es malo para la otra y viceversa.

f) La percepción de las partes como enemigos. En la escalada del conflicto, se incrementan las actitudes y percepciones negativas sobre la otra parte, por lo que el adversario comienza a ser considerado como un enemigo y, el conflicto, comienza a ser observado como una “guerra” de buenos y malos, acusando a la

¹⁴⁰Vid. PRUITT, D.G. y RUBIN, J.Z., *Social conflict. Escalation, stalemate and settlement*, Random House, New York, 1986, pp.134.

¹⁴¹RABBIE, J.M. y WILKENS, C., “Intergroups competition and its effect on intra and intergroups relation”, *European Journal of Social Psychology*, Nº1, 1971, pp.215-219. Estos autores señalan que el fenómeno por el que los miembros de un grupo perciben y juzgan a su propio grupo más favorable y le otorgan mayores preferencias que a cualquier otro grupo, provocando la competencia intergrupos, es una situación aceptada por la investigación social. El hecho de que dicha discriminación ocurra incluso cuando los miembros de los diversos grupos nunca se hayan encontrado los unos con los otros, indica que el aspecto que se halla implicado no es exclusivamente una consecuencia, sino una causa del conflicto intergrupos y estar siempre presente en el proceso previo a la interacción entre los negociadores.

¹⁴²Vid. REDORTA, J., OBIOLS, M. y BISQUERRA, R., *Emoción y conflicto. Aprenda a manejar las emociones*, Ob. cit., pp. 23 y ss.

otra parte de todo lo que va mal. En estos casos se corta la comunicación, la empatía es especialmente débil y la resolución del conflicto se vuelve muy difícil.

b) El contexto del conflicto: Posiciones, valores sociales y cultura.

Las *posiciones* corresponden al estado inicial de las personas cuando se enfrentan a un conflicto. Es lo que en principio reclama cada parte, pues piensan que así se sentirán satisfechas. Son las respuestas que pueden darse a la pregunta; ¿qué quieres? Suponen la fachada de los intereses negociables y a menudo inhiben la comprensión del problema. Como han estudiado, PATTON, FISHER Y URY¹⁴³, las posiciones, en principio, no produce acuerdos inteligentes, resulta ineficaz negociar en base a ellas y además pone en peligro las relaciones personales. Un buen mediador será capaz de ayudar a las partes a diferenciar entre las posiciones y los intereses que se esconden bajo éstas. Por lo general, las posiciones esconden las “tensiones”¹⁴⁴ que produce en las partes los valores y cultura del contexto del que forman parte.

En cuanto a los *valores sociales y la cultura*, es donde más se pone de manifiesto los conflictos estructurales en los que se ha formado el conflicto. Estos conflictos estructurales, como han analizado GALTUNG y COBB, no dependen tanto de las partes en conflicto, sino que conforman los prejuicios, las relaciones de poder y la situación social en donde han vivido las partes. Cuando se trata de una mediación internacional o cultural, COBB ha señalado cómo los grupos sociales de pertenencia de las partes, pueden condicionar completamente la mediación y, llegado el caso, dirigir la mediación desde fuera del proceso de mediación, a través de presiones a las partes. En contextos sumamente conflictivos, participar en la mediación pone en peligro a las partes. De la siguiente manera lo describe COBB: “*Participar en un taller para la resolución de problemas puede entenderse como una “deserción” del grupo, lo cual puede poner en peligro la vida de los propios participantes*”¹⁴⁵.

¹⁴³FISHER, J., URY, W. y PATTON, B., *¡Obtenga el sí: El arte de negociar sin ceder*, trad. de Aida Santapau, Gestión, Madrid, 2000, pp.112 y ss.

¹⁴⁴MUNDUATE, L. y MARTINEZ, J.M., *Conflicto y negociación*, Ob. cit., p.78. Autores que definen la tensión como la energía invertida por los individuos o los grupos para enfrentarse (tensión negativa) o ponerse de acuerdo (tensión positiva).

¹⁴⁵COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.34.

En cuanto a *la cultura* de pertenencia de las partes, no cabe duda que los análisis de GALTUNG que hemos descrito antes, son los más complejos. Conocer los valores básicos de la cultura de las partes, aunque es necesario para una buena mediación, no obstante, requiere algo más que un “espacio de diálogo”. Lo más que puede hacer la mediación, en estos casos estructurales, consiste en ser un elemento más en la promoción del desarrollo y la cultura de la paz. Es imposible que la mediación pueda resolver conflictos culturales que han movido y mueven el mundo. Como ha escrito GALTUNG: “*Mejor es hacer pequeños avances en todos los espacios en dirección al desarrollo, que grandes saltos en una sola dirección*”¹⁴⁶.

C) La figura del mediador en conflictos: Neutralidad e imparcialidad.

Hemos visto cómo las personas implicadas en el conflicto, acceden a dialogar o negociar entre ellas a través de todo un cúmulo de situaciones de poder, de intereses y emociones adversas de todo tipo. En la estructura de la mediación, el papel o función asignada a la figura del mediador, consiste en situarse ante las partes en conflicto en una posición de *neutralidad e imparcialidad*. Estas dos cualidades del mediador, son básicas para la legitimidad de la mediación, pues están en estrecha relación con la ausencia de capacidad decisoria del mediador. Como ha señalado ASTOR, la legitimidad de la mediación: “*Está fuertemente vinculada a dos características: La resolución acordada por las partes y la neutralidad del mediador*”¹⁴⁷. Sabemos que la neutralidad e imparcialidad, son también cualidades exigibles en el arbitraje y en la posición jurídica del juez. Sin embargo, dado que el árbitro y el juez, cada uno en su ámbito de legitimación, sí que poseen el poder de decisión sobre el caso conflictivo, desde la mediación se viene considerando que la neutralidad de ambas figuras queda, al final, truncada por la “imposición” de su decisión a las partes del conflicto¹⁴⁸.

¹⁴⁶GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Ob. cit., p.257.

¹⁴⁷ASTOR, H., “Mediator neutrality: Making sense of theory and practice”, *Social and Legal Studies*, Vol.16 (2), 2007, p.222.

¹⁴⁸SCHIFFRIN, A., “La mediación: Aspectos generales”, en, GOTTHEIL, J. y SCHIFFRIN, A. (Comps.), *Mediación: Una transformación de la cultura*, Ob. cit., p.39: “Si bien el juez tiene amplias facultades que le permiten evaluar la prueba, está limitado a interpretar la ley. Debe imperativamente traducir las pretensiones de las partes a conceptos jurídicamente válidos. Su posibilidad de imaginar soluciones que, sin contradecir la norma legal, sean más versátiles, esta limitada... Aunque quisiera hacerlo, su función no es reconciliar intereses opuestos y la sentencia, en general, implicará que si uno “gana” el otro pierde”.

Esta visión de la mediación como la única forma completamente neutral de resolución de conflictos, se hace depender de una estimación del mediador como un tercero al conflicto, que acudiría al mismo sin ningún tipo de prejuicios, preferencias o intereses. Pero esta idealización de la figura del mediador es cuestionable. Es fácil definir la neutralidad del mediador, por ejemplo, suponiendo que su labor es simplemente; la paciencia, la escucha y la curiosidad intelectual¹⁴⁹. Por el contrario, está más extendido el reconocimiento de que, el mediador, *influye* a través del proceso de mediación en las posiciones, actitudes y reflexiones de las partes. Como señalan COBB y RIFKIN: “*La mediación es un método para limitar las estructuras dominantes de poder, no un foro en el que solo se escuchan las distintas voces*”¹⁵⁰. Esta posición más realista, que duda sobre la neutralidad e imparcialidad del mediador, no es algo aislada.

Si distinguimos ahora entre, neutralidad e imparcialidad, y consideramos que la “imparcialidad” del mediador tiene que ver con que no decide sobre el conflicto, podemos concluir que el mediador es imparcial¹⁵¹. Ahora bien, la “neutralidad” del mediador es lo que pasa a ser cuestionable. Durante el proceso de mediación, es cierto que al mediador se le exige que trate a las partes equitativamente. Sin embargo, debido a que las partes acuden a la mediación desde posiciones y visiones encontradas, los propios valores, influencias familiares y cultura del mediador, posibilita que éste, de manera directa o indirecta, tenga mayor aprecio por la posición de una u otra parte en el conflicto. Esto no significa que la influencia del mediador sea negativa¹⁵², sino que requiere un examen más amplio respecto de la mera idea de que el mediador es simplemente neutral. Así, se ha experimentado que en conflictos entre personas de color negro, sea un *mediador negro* quien actúe en estos conflictos, debido a que los prejuicios raciales no estarían presentes en el mediador. Que solo puedan ser

¹⁴⁹Vid. SCHUTTE, B., “What makes a great mediator?”, *U.K. Mediation Journal*, 2015 (Issue, 1), p.32.

¹⁵⁰COBB, S. y RIFKIN, J., “Neutrality as a discursive practice: The construction and transformation of narratives in community mediation”, *Law, Politics and Society*, N°11, 1991, p.71.

¹⁵¹Vid. ASTOR, H., “Mediator neutrality: Making sense of theory and practice”, Ob. cit., p.227.

¹⁵²Vid. KENNY, D.A., “Reflections on mediation”, *Organizational Research Methods*, Vol. 11, N°2, 2008, p.356; TOFIGHI, D. y THOEMMES, F., “Single-level and multilevel mediation analysis”, *Journal of Early Adolescence*, Vol. 34 (1), 2014, p.114. Estos autores destacan los efectos, directos, indirectos y difusos, de la influencia del mediador, desde una perspectiva comparativa respecto de la no mediación del conflicto o el uso de otros métodos. En general, aunque se evalúa la influencia del mediador, ésta no es descalificada sino valorada como un compromiso del mediador con las partes del conflicto.

mediadores quienes conozcan bien el idioma de las partes, tanto el formal como el informal o de la calle. Asimismo, que en una disputa familiar de un matrimonio homosexual, la elección de un *mediador gay*, se consideró que sería más neutral que un mediador heterosexual. Sin embargo, como señala ASTOR¹⁵³, con estas prácticas, tal vez se eliminaría un prejuicio, pero no todos los demás que acompañan la vida del mediador.

Por lo tanto, aceptando que el mediador tiene influencia en las partes en el conflicto, reorientando la comunicación y apreciando más la situación de una parte que la otra, caben distintas valoraciones generales sobre la neutralidad del mediador:

a) Una crítica a la neutralidad de la mediación, al considerar que cualquier tercero en el conflicto (mediador, arbitro, juez) debe dejar su posición “vertical” o ajena al conflicto y adoptar una visión “horizontal” o de toma de partido en la transformación del conflicto. Esta es la crítica que realiza GALTUNG: *“El problema esencial es que es poco probable que los participantes en el conflicto sean honestos y constructivos cuando están expuestos a la transformación impuesta. Hay que impresionar a una persona que tiene poder sobre ellos”*¹⁵⁴.

b) Una valoración positiva de la influencia del mediador, siempre que su influencia vaya pareja hacia la crítica de la parte dominante en cualquier conflicto, haciendo posible que la parte sometida, *nazca en la narrativa del conflicto*, es decir, se escuche su voz. Esta es la posición de COBB, quien señala que: *“Cualquier acción en el mundo depende de cómo está descrita y, reflexivamente, las acciones pueden o no tener influencia (transformar) en el discurso en que son descritas. Desde este punto de vista, la producción de natalidad, de la subjetividad particular, es en sí misma una obra de arte, requiere de una apreciación estética para esa persona y esa “apreciación” es una función de la manera en que se moviliza el lenguaje”*¹⁵⁵.

c) Una estimación de la neutralidad, no en términos abstracto, sino en términos concretos de confianza en la reputación y trayectoria del mediador, siempre que no utilice el mediador “su modelo cultural” de mediación como el

¹⁵³Vid. ASTOR, H., “Mediator neutrality: Making sense of theory and practice”, Ob. cit., pp.231-232.

¹⁵⁴GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Ob. cit., p.156.

¹⁵⁵COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.316.

único posible, como defiende LEDERACH: “*El cambio no está tanto en la formación, sino en transformar la relación entre el mediador y las partes... Tal movimiento transformador no es nunca fácil ni necesariamente claro*”¹⁵⁶.

Frente a estas valoraciones generales respecto de la neutralidad del mediador, ASTOR ha propuesto un conjunto de medidas para seguir manteniendo su neutralidad, en el marco de unas limitaciones oportunas. Así, la necesidad del reconocimiento de las influencias familiares, políticas y culturales del mediador, que éste proyectará sobre las partes del conflicto; la práctica de la “co-mediación”, entendida como la puesta en común de las experiencias de mediación entre los propios mediadores; la apertura a otras perspectivas sobre la mediación que la practicada por el mediador; maximizar el control de las partes en la mediación, restringiendo en lo posible la acción directa del mediador; redirigir la relación de poder entre las partes hacia su mayor igualdad, no obstante las posibles preferencias de mediador por una u otra parte¹⁵⁷.

En todo caso, resulta evidente que el reconocimiento de la influencia del mediador sobre las partes, supone una lectura más realista de la figura del mediador, además de acercar la mediación un poco más hacia la dinámica del poder, presentes en el arbitraje y la labor judicial. No obstante, de la misma forma que esta toma de conciencia sobre, *el poder del mediador*, no debe significar la descalificación de su estatus de neutralidad, por otro lado, incluye al mediador en una reflexión más amplia, sobre la democracia participativa de nuestra sociedad y sobre la complejidad de la tutela judicial que, a nuestro modo de ver, permite que la mediación sea valorada como un elemento importante en la construcción de nuestra democracia y en una mejora de la tutela judicial efectiva, como analizaremos más adelante en el presente capítulo.

D) El proceso de mediación del conflicto: Estilos de mediación.

El proceso de mediación es el núcleo central de la mediación. En el proceso de mediación es donde adquirirá mayor interés los elementos anteriores, tanto el enfrentamiento a las causas del conflicto, las personas y su contexto, así como la valoración del papel neutral e imparcial del mediador. La importancia está en que,

¹⁵⁶LEDERACH, J.P., *Preparing for peace. Conflict transformation across culture*, Ob. cit., p.70.

¹⁵⁷Vid. ASTOR, H., “Mediator neutrality: Making sense of theory and practice”, Ob. cit., pp.230-236.

dependerá del proceso de mediación el que se llegue a una resolución acordada o no del conflicto. Como es el elemento de la mediación sobre el que más se ha escrito, de manera resumida, es importante hablar de tres factores que influyen a la hora del desarrollo del proceso de mediación.

En primer lugar, podemos hablar de la *dinámica del conflicto*, que podríamos considerar la historia del mismo. Para ello, el mediador tiene que reflexionar sobre el “conflicto latente”, como una situación en la que las partes no llegan a percibir la contraposición que los separa o, al menos, no lo ven de una forma explícita, como hemos visto antes en las causas del conflicto y la necesidad del diálogo, pero que está ahí y se trata de conectar con un hecho o momento concreto que lo haga patente y lo saque a la luz¹⁵⁸.

En segundo lugar, *la relación y la comunicación* entre las partes, juega un papel muy importante en el proceso de resolución del conflicto. Una relación en la que existe confianza, entendimiento, respeto y amistad, puede hacer que cada conflicto que surja se aborde de forma más fluida y eficiente. Por el contrario, si la relación está deteriorada, basada en la desconfianza o en el desprecio mutuo, será muy complicado afrontar con éxito la resolución de un determinado conflicto¹⁵⁹. La forma en que se comunican las partes es un dato muy importante en el proceso del conflicto. Si es un conflicto entre iguales, probablemente compartan unos *códigos culturales* que les acerquen y que faciliten la comunicación de forma que puedan entenderse¹⁶⁰. Si el conflicto no es entre iguales, probablemente, esos mismos códigos alejen y dificulten la resolución del conflicto. Es importante, además, ver quién habla a quién. Muchas veces, por timidez o por diferencias de competencia en la comunicación verbal, ésta es

¹⁵⁸KENNEDY, G. BENSON, J. y McMILLAN, *Cómo negociar con éxito*, Ob. cit., pp. 80 y ss. Preguntas como; ¿qué ocurrió? ¿qué otros problemas se añadieron? ¿qué actividades han aumentado el conflicto?, etc. ayudan a detectar el problema desencadenante del verdadero conflicto. También es necesario referirse al “grado de polarización” del conflicto, es decir, un conflicto está polarizado, cuando las partes se ven a sí mismas en la posesión de toda la razón, negando la más mínima a la parte contraria. Las partes no perciben intereses comunes y están totalmente instaladas en la dinámica de enfrentamiento: yo gano tú pierdes.

¹⁵⁹ Existen una serie de dicotomías que ayudan a entender los distintos tipos en que se pueden encontrar la relación entre las partes que se ven inmersas en un conflicto. Cada uno de los pares, serían dos polos entre los que existe un continuo de diferentes grados: 1) Poca relación/Mucha relación; 2) Confianza/Desconfianza; 3)Amistad/Hostilidad; 4) Huida/Enfrentamiento; 5) Calma/Emocionalidad; 6) Conocimiento/Desconocimiento (prejuicios).

¹⁶⁰ En la comunicación se pueden producir distorsiones producto de la mala información, de rumores, de estereotipos, o prejuicios que es necesario tener en cuenta por parte del mediador a la hora de reequilibrar el poder.

prácticamente unidireccional, sólo habla uno de ellos, y el mediador debe ayudar a un reequilibrio de la competencia verbal.

Por último, tenemos que hablar de los *estilos de enfrentamiento al conflicto*. Son básicamente cinco posibilidades: competición, evitación, acomodación, compromiso y colaboración. Ninguna de ella se da de forma totalmente pura. En este sentido, cada mediador ha de advertir el estilo con el que las partes afrontan el conflicto y, en consecuencia, compensar un estilo con otro.

1. Dinámica del conflicto: Historia del conflicto.

Como ha estudiado varios teóricos del conflicto y la mediación, ENTELMAN, REDORTA, ALZATE y DE DIEGO Y GUILLEN, los conflictos tienen una historia que hay que indagar a través de múltiples variables, dependiendo del tipo de conflicto. Resumiendo las aportaciones de estos autores, podemos resumir en cuatro las diferentes causas o historias de donde proceden los conflictos¹⁶¹:

a) Hay conflictos basados en hechos o en situaciones o acontecimientos que están ocurriendo o han ocurrido. Para determinarlos hay que buscar alguna forma de objetivar los datos, recogerlos y evaluarlos. Pero es importante diferenciar entre los hechos ocurridos y la relación entre las partes. Cada parte tiene interés en ambas cosas; los hechos y la relación. En muchas ocasiones, la relación es más importante que cualquier otro resultado sobre un problema concreto.

b) Hay conflictos de relación y comunicación¹⁶². En ellos no existe una causa concreta, tangible, más allá de la propia relación deteriorada. En este tipo estarían los conflictos de agresiones, lucha, insultos, desvalorizaciones, rumores, confusión, malos entendidos. También entrarían los conflictos de percepciones. Aunque la realidad es una sola, cada parte en el conflicto, tiene su propia visión. Cada uno narra lo sucedido desde su propio punto de vista. Es necesario, no solo analizar cómo se percibe el problema, sino también las percepciones que unos tienen sobre las otras personas.

¹⁶¹Vid. ENTELMAN, R. *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Ob. cit., pp.75 y ss.

¹⁶²DE DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.45.

c) Hay conflictos de intereses y necesidades¹⁶³. Se trata de buscar la forma de satisfacer los intereses y las necesidades a través de alguna solución alternativa que supere la contraposición de las posiciones iniciales. Podemos encontrar; a) conflictos por recursos, que son los conflictos que se generan por tener, acceder o prestar bienes, no solamente objetos (recursos), sino tiempos, espacios y todo tipo de recursos y; b) los conflictos por actividades, desacuerdos en la forma de distribuir el poder, realizar trabajos, ocuparse de tareas.

d) Hay conflictos por preferencias, valores y creencias. En cuanto a las diferencias de valores, siempre que sea posible, se pueden buscarse valores, preferencias o creencias superiores (macropatrones) que compartan todas las partes, pues no todos los valores están al mismo nivel en una jerarquía.

El conflicto puede tomar diferentes formas; desde disputas internacionales, luchas políticas e incidentes de fronteras, hasta disputas personales que pueden hacer escalada hasta agresiones u homicidios. Debido a esta variedad de formas, ALZATE¹⁶⁴ ha analizado que el trabajo de resolución de todo tipo de conflictos se basa en la idea de que el conflicto es un valor positivo, que manejado de forma constructiva, puede hacernos obtener muchos beneficios, pues no sólo nos ayuda a aprender nuevas formas de resolver problemas, sino a construir mejores relaciones y más duraderas y a aprender sobre nosotros mismos y sobre los demás.

Por su parte, REDORTA¹⁶⁵, ha encontrado dieciséis “patrones de conflicto” en función de; recursos escasos, de poder, de protección de autoestima, de valores, estructural, de identidad, normativo, de expectativas, de inadaptación, de información, de intereses, atributivo, de incompatibilidad personal persistente, de inhibición, de legitimación y de inequidad. Todos estos patrones nos lleva a determinar que, cualquier conflicto, comporta una serie de discrepancias que, derivadas de distintas fuentes, condicionan el contenido y la forma de abordaje del mismo¹⁶⁶.

¹⁶³DE DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p. 47: “La mediación como herramienta para resolver conflictos en bastantes ocasiones no logrará resolver plenamente el problema planteado, pero sí debería en todos los casos, restablecer o mejorar la relación entre las partes”.

¹⁶⁴ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., “La dinámica del conflicto”, en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Ob. cit., p. 37.

¹⁶⁵Vid. REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos. La tipología de los conflictos como herramienta de mediación*, Ob. cit., p.92.

¹⁶⁶Vid. REDORTA, J., “Análisis de Conflictos por patrones: La nueva herramienta CAT.©”, *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*. Vol.1, N° 10, 2014, pp. 310-323.

Sobre la base de estos patrones de conflictos, REDORTA ha creado la herramienta que él denomina, CAT (*Conflict Analysis Tipology*). Está basada en su investigación cualitativa y comprende el aislamiento de esos dieciséis patrones básicos de conflicto. Es una nueva clasificación que arranca de los trabajos empíricos de MOORE¹⁶⁷, para ampliar de forma muy profunda su tipología y añadir importantes aspectos no considerados suficientemente hasta el momento. Se pretende que cualquier tipo de conflicto, sea cual sea el nivel de análisis, desde lo interpersonal a lo intergrupalo o internacional, tenga cabida en este modelo. Aquello que es relevante en esta herramienta¹⁶⁸ es el grado de pertenencia que se asigna a cada patrón, de manera que debe buscarse, uno o unos “patrones dominantes”, para cada tipo de conflicto .

Otra clasificación de tipos de conflicto, siguiendo a DE DIEGO Y GUILLÉN,¹⁶⁹ es la que los relaciona con una serie de estrategias específicas, éstos serían:

a) *Conflictos respecto de la información y datos*. En estos casos las intervenciones se orientarían a acordar cuáles son los datos significativos, a concertar un sistema de recogida de datos, a desarrollar criterios comunes para evaluar la información y a utilizar a terceros de forma consensuada (expertos sobre el tema o materia).

b) *Conflictos en las relaciones entre las partes*. Las intervenciones deberían orientarse a realizar un control sobre la expresión de las emociones, mediante algunos procedimientos y reglas. También a promover la expresión de las emociones, legitimando los sentimientos y canalizándolos, a aclarar percepciones y promover lo positivo, a bloquear el comportamiento repetitivo de carácter negativo y a alentar actitudes positivas de resolución de problemas.

c) *Conflictos relacionados con los valores*. Las intervenciones de mediación se dirigirán a evitar los valores que separan a las partes, a permitir que las partes coincidan y discrepen, a crear esferas de influencia en las que prevalezca un conjunto de valores y, finalmente, a buscar una “meta-valor superior” que puedan compartir las partes.

¹⁶⁷Vid. MOORE, C., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Ob. cit., pp.43-86.

¹⁶⁸Vid. REDORTA, J., “Análisis de Conflictos por patrones: la nueva herramienta CAT.©”, Ob. cit., p. 316.

¹⁶⁹Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C. *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.127 y ss.

d) *Conflictos que afecten a bases estructurales*. Debido al nivel estructural del conflicto, las intervenciones del mediador se pueden dirigir a; definir claramente los roles de las partes y modificar estos roles; a reemplazar pautas de conducta destructiva; a reasignar el control y la propiedad de recursos; a establecer un proceso equitativo y cambiar, el “regateo por el regateo”, por intereses asumibles; a modificar las relaciones físico-ambientales, realizando un control sobre presiones externas a las partes.

e) *Conflictos de intereses discrepantes y excluyentes*. Las intervenciones del mediador posibles serían; concentrarse en los intereses y no en las posiciones; buscar criterios externos y objetivos de reparto de intereses; explorar soluciones integradoras e intentar ampliar alternativas o recursos.

2. Relación y comunicación.

Un conflicto empieza cuando una parte, de modo intencional o no, invade o afecta negativamente algún aspecto psicológico, físico o territorial de la otra parte. El daño puede ser real (objetivamente comprobable), o puede ser solamente percibido por la parte afectada (daño subjetivo)¹⁷⁰. En el proceso de mediación, la relación entre las partes y su comunicación del propio conflicto, siguiendo a MUDUATE y MARTÍNEZ¹⁷¹, se compone de cuatro etapas básicas; oposición potencial, cognición y personalización, comportamiento y control del conflicto:

¹⁷⁰Vid. SORIANO JIMÉNEZ, JC., “Proceso y manejo del conflicto”, *Revista Llegó para Quedarse*, N°19, 2010, pp. 56 y ss. Soriano Jiménez, considera que en mediación exista un conflicto, deben darse la presencia de condiciones o variables que lo propicien; la comunicación, la estructura y las personales:

1.1) *La comunicación*: La fuente de comunicación representa las fuerzas contrarias que surgen de los problemas semánticos, los malos entendidos y el ruido de los canales de comunicación. Uno de los grandes mitos es que la mala comunicación causa conflicto, si pudiéramos comunicarnos mejor se acabarían nuestros conflictos, sin embargo la mala comunicación no es la fuente de todos los conflictos, aunque los problemas del proceso de comunicación retrasa la colaboración y estimula los malos entendidos.

1.2) *La estructura*: Incluye variables como, tamaños, grados de especialización, claridad de jurisdicción, compatibilidad de metas de los miembros, estilos de liderazgo, sistema de recompensa y el grado de dependencia entre los grupos. El tamaño y la especialización actúan como fuerzas y estimulan el conflicto. Cuanto mayor sea el grupo y cuanto más especializadas sean sus actividades tanto mayor es la probabilidad de conflicto.

1.3) *Variables personales*: Los factores personales incluyen los sistemas de valores individuales de cada persona, así como las características de la personalidad. La evidencia indica que ciertos tipos de personalidad conducen a un posible conflicto y esta podría ser la variable menos estudiada al considerar los conflictos sociales. Aquí se hace referencia a los diferentes sistemas de valores. Por ejemplo, las diferencias de valores son la mejor explicación para aspectos como los prejuicios, los desacuerdos en cuanto a la contribución personal para el grupo.

¹⁷¹Vid. MUNDUATE, L. y MARTINEZ, J.M., *Conflicto y negociación*, Ob. cit., p.93 y ss.

1ª etapa: Oposición potencial. Es la primera etapa del proceso del conflicto y supone la presencia de condiciones capaces de crear la oportunidad de comunicación de un conflicto. La oposición potencial puede traer su causa de diferentes fuentes del conflicto que ya se han visto; equívocos de información, diferencias de valores, intereses enfrentados.

2ª etapa: Cognición y personalización. Las condiciones que se citan en la primera etapa generan frustración y, en esta etapa, se crea la posibilidad cognitiva de superarla. Las condiciones de oposición potencial anteriores, sólo desembocarán en el conflicto cuando éste afecte a una o más personas que, además, las conocen. Es decir, es necesario que una o más personas conozcan la existencia de las condiciones previas. Sin embargo, que se perciba el conflicto, no significa que éste se haya personalizado cognitivamente, pudiendo las partes continuar sufriendo emociones no controladas como; ansiedad, tensión, frustración u hostilidad.

3ª etapa: Comportamiento. En la tercera etapa del proceso del conflicto, un miembro puede realizar acciones que frustran la obtención de las metas de otros o van contra sus intereses. Es necesario que la acción mediadora se realice de forma intencionada y, en tales circunstancias, quede patente el conflicto. El conflicto externo o patente, adopta una enorme gama de conductas, desde formas sutiles, indirectas y muy controladas de interferencia, hasta la lucha directa, agresiva e incontrolada.

4ª etapa: Control del conflicto. Como directrices generales, como si del líder de un grupo se tratara, el mediador ante una situación conflictiva, ha de tratar de controlar el conflicto; no asustarse y mantener la calma o suspender toda actividad, mientras no se conozca bien qué es lo que hay detrás de una conducta conflictiva de cualquier parte; no malinterpretar, pues la precipitación y las actuaciones no meditadas empeoran la situación general, siendo más conveniente volver a escuchar las razones de las personas, antes que tomar decisiones equivocadas; no forzar las reacciones, pues la forma en la que actúe el mediador, tendrá gran repercusión en el comportamiento de las partes o de sus grupos de pertenencia. Por ello, debe ser perfectamente consciente de sus reacciones para no perder el respeto de las partes y el control del conflicto.

Por último, observando la comunicación de las partes hacia la cooperación (grado en que una persona procura satisfacer los intereses de la otra), o hacia la

asertividad (grado en que trata de satisfacer sus propios intereses), se pueden distinguir cinco *orientaciones del control del conflicto*: Competencia, colaboración, evitación, adecuación y compromiso:

a) *Competencia*¹⁷². Es un método asertivo. Se produce cuando se aprecia que una persona trata de favorecer sus intereses, sin importarle las consecuencias que ello acarrea a los que intervienen en el conflicto. Decimos que esta persona compete y domina. Esta orientación de control de conflicto puede ser apropiada: Cuando es vital la acción inmediata; en cuestiones importantes; contra los que se aprovechan de un comportamiento no competitivo.

b) *Colaboración*¹⁷³. Es un método cooperativo. Se produce cuando todas las partes en conflicto desean satisfacer los intereses de todos, buscando una solución que beneficie todas las partes. En la colaboración, el comportamiento de todas las personas tiende a resolver el problema y a aclarar las diferencias, más que a adecuarse a los diversos puntos de vista.

c) *Evitación*¹⁷⁴. Es un método no cooperativo y no asertivo. Se da cuando una persona puede admitir la existencia de un conflicto y, no obstante, su reacción puede consistir en alejarse de él o en suprimirlo. Las situaciones para las que puede resultar apropiada esta orientación serían: Cuando una situación es trivial o bien urge resolver problemas más importantes; cuando una o las dos partes se dan cuenta de que no pueden satisfacer sus deseos; para lograr que las partes se tranquilicen y recobren la objetividad; para la obtención de información que reemplaza a una decisión precipitada o inmediata; cuando otros pueden resolver el conflicto más satisfactoriamente; cuando las cuestiones parecen secundarias o sintomáticas de otras.

d) *Adecuación*¹⁷⁵. Método cooperativo y no asertivo. Se observa cuando las partes en conflicto desean calmar a su oponente, estando dispuestas a anteponer los intereses del otro a los propios. Puede utilizarse: Cuando se descubre que

¹⁷²MUNDUATE, L. y MARTINEZ, J.M., *Conflicto y negociación*, Ob. cit., p.93.

¹⁷³Las situaciones apropiadas en las que puede aconsejarse manejar el conflicto bajo esta orientación son las siguientes:

- 1.- Cuando es necesario encontrar una solución integradora para ambas partes y sus tipos de interés no admiten el compromiso.
- 2.- Cuando el objetivo, consiste en aprender.
- 3.- Para aprovechar las ideas de personas con distinto punto de vista.
- 4.- Para lograr la aceptación al incorporar en un consenso los diferentes intereses.
- 5.- Para resolver los sentimientos que han entorpecido la relación.

¹⁷⁵MUNDUATE, L. y MARTINEZ, J.M. *Conflicto y Negociación*, Ob. cit., p.94.

alguien está equivocado; cuando la cuestión o interés es más importantes para una parte que para la otra; para obtener “crédito social” en cuestiones posteriores del proceso; cuando la armonía y la estabilidad tienen prioridad.

e) *Compromiso*¹⁷⁶. Método cooperativo. Se da cuando las partes que intervienen en un conflicto deben renunciar a algo, se presenta la negociación, la cual culmina en un resultado de compromiso, donde no hay ni vencedor ni perdedor. Las situaciones en que esta orientación puede resultar apropiada son: Cuando las metas son importantes pero no justifican el esfuerzo o la posibilidad de arruinar modos más asertivos; cuando las partes en igualdad de poder, persiguen objetivos distintos, mutuamente accesibles; para lograr arreglos temporales a cuestiones complejas; para obtener soluciones adecuadas ante la presión del tiempo.

3. Estilos de gestión del conflicto.

Debido a la complejidad de los conflictos, las partes en conflicto pueden adoptar distintos “estilos de gestión”. En el proceso de mediación, es importante la identificación de estos estilos y ser reconducidos, dado el caso, por el mediador. Los estilos o formas de gestión del conflicto que las partes pueden plantear, se parecen mucho a las formas de comunicación y relación entre las partes¹⁷⁷. Pero, la diferencia está en que; *el estilo* es un comportamiento continuado o de estrategia en todo el proceso de mediación, y no tanto una manera de comunicar un asunto o problema en particular¹⁷⁸.

Autores como MUNDUATE y MEDINA¹⁷⁹, han estudiado los distintos estilos estratégicos de comportamiento en la mediación del conflicto y han establecido la siguiente clasificación: Integrativo, servilista, dominante, evitación, compromiso¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Como paso intermedio entre la asertividad y la cooperación.

¹⁷⁷ Vid. MUNDUATE, L. y MARTINEZ, J.M., *Conflicto y negociación*, Ob. cit., p.94.

¹⁷⁸ Vid. MUNDUATE, L. y MARTINEZ, J.M., *Conflicto y negociación*, Ob. cit., p.93.

¹⁷⁹ Vid. MUNDUATE JACA, L. y MEDINA DIAZ, F.J., *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Pirámide, Madrid, 2006, p.85 y ss.

¹⁸⁰ Ambas dimensiones tienen dos puntos extremos: alto interés/ bajo interés, cuya combinación da lugar a cinco estilos distintos de afrontar el conflicto: Integración (alto interés propio y alto interés por la otra parte); servilismo (bajo interés propio y alto interés por la otra parte); dominación (alto interés propio y bajo interés por la otra parte); evitación (bajo interés propio y por la otra parte); tendencia al compromiso (alto interés propio y por la otra parte).

a) *Estilo integrativo*. Este estilo implica la colaboración entre las partes, por lo que puede llevar a la apertura, el intercambio de información y el examen de las diferencias existentes, para tratar de llegar a una solución que sea aceptable para las partes implicadas. Presupone una comunicación directa entre las partes, lo que posibilita la resolución de problemas, conduciendo a soluciones creativas e imaginativas para las mismas.

b) *Estilo servilista*. Es una actitud continuada de bajo interés por uno mismo y alto interés por la otra parte. Cuando una de las partes adopta este estilo, opta por no tomar en cuenta las diferencias existentes con la otra parte, centrándose en enfatizar y destacar los aspectos comunes entre ambas para procurar satisfacer el interés de la otra. Supone en cierto grado una renuncia para la persona que adopta este estilo.

c) *Estilo dominante*. Es un estilo donde se da un alto interés por uno mismo y un bajo interés por los demás. Es un estilo que ha sido identificado con una orientación de ganador/perdedor. Se trata de un tipo de personas que procurará por todos los medios lograr su objetivo y que, en consecuencia, tenderá a ignorar durante el proceso las necesidades y expectativas de su oponente.

d) *Estilo de evitación*. Se observa cuando se da un bajo interés, tanto por los resultados propios, como por los resultados de la otra parte. Está claramente asociado con la retirada o esquivar el problema o conflicto. En ocasiones, se adopta la postura de posponer el conflicto hasta un momento más propicio. En otras ocasiones, consiste en la simple retirada ante una situación que se considera puede resultar amenazante.

e) *Tendencia al compromiso*. Consiste en un estilo intermedio entre el interés propio y el de los demás. Aquí las partes ceden algo en su posición para poder tomar una decisión mutuamente aceptable o beneficiosa para ambas. Puede significar un intercambio de concesiones, y otras ocasiones, la búsqueda de una posición y solución intermedias.

E) El acuerdo y post-acuerdo: Resolución y transformación del conflicto.

Llegar a formalizar un *acuerdo* entre las partes del conflicto, es un indicador de que los retos a los que se han enfrentado las partes y el mediador se han resuelto satisfactoriamente. Debido a que el acuerdo en mediación ha de ser el producto del diálogo y las negociaciones a las que han llegado las partes a

través del proceso de mediación, el acuerdo pasa a ser el resultado “auto-compositivo”, que pone fin a la mediación. Con el acuerdo, entramos en la “fase post-conversacional” de la mediación. Como ha señalado BILBENY: “*Es ahora el momento en que se decide suscribir o no el acuerdo que se apuntaba como deseable, o al menos posible, desde el inicio del encuentro para conversar o durante él. Es importante, también, porque sea cual sea la decisión adoptada, es ahora la ocasión para valorar el resultado de la conversación*”¹⁸¹.

El que el proceso de mediación concluya en un acuerdo, es visto por muchos mediadores como una parte esencial de la mediación. Si anteriormente resaltábamos, *el poder del mediador*, esta capacidad de influencia sobre las partes en el conflicto, es valorada desde la óptica de si el mediador ha logrado o no conducir a las partes hacia una resolución acordada¹⁸². Las habilidades del mediador, según RAIFFA, están directamente relacionadas con lograr un acuerdo: “*Un mediador guía o ayuda a la gente a llegar a un acuerdo voluntario*”¹⁸³. Otras posiciones teóricas, consideran que es la transformación de las partes en conflicto lo esencial de la mediación, no contemplando el llegar a un acuerdo como una finalidad básica de la mediación. De nuevo, BUSH y FOLGER, son los representantes de esta opción: “*La mediación puede y debe ser una auténtica alternativa frente a otros procesos. La mediación “no” debe ser el lugar al que las partes se acercan para obtener el resultado final del arreglo, precisamente porque puede “apuntar más alto*”¹⁸⁴.

Existen perspectivas más complejas sobre el acuerdo. Se trata de aquellas que, además de considerar viable llegar a un acuerdo concreto, hacen hincapié en contemplar la resolución del conflicto en el marco de, *una matriz de solución*, que se compone tanto del acuerdo, como de un “meta-acuerdo”. Esta es la noción de resolución defendida por COBB: “*Juntos, el acuerdo y el meta-acuerdo, sirven para contar el relato de dónde estuvieron las personas, cómo se relacionaron,*

¹⁸¹BILBENY, N., *Reglas para el diálogo en situaciones de conflicto*, Ob. cit., p.150.

¹⁸²MOORE, Ch., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ob. cit., p. 50: “Si el mediador no tiene autoridad para decidir, ¿posee algún género de influencia? La autoridad del mediador reside en su capacidad para apelar a las partes para concertar un acuerdo sobre la base de los intereses de aquéllas, o el desempeño anterior o la reputación del mediador como recurso útil. La autoridad o reconocimiento del derecho a influir sobre el resultado de la disputa, es algo que le otorgan las propias partes”.

¹⁸³RAIFFA, H., “The neutral analyst: Helping parties to reach better solutions”, en, HALL, L. (Ed.), *Negotiation. Strategies for mutual gain*, Ob. cit., p.14.

¹⁸⁴BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, Ob. cit., p.404.

*hacia dónde van y por qué, cuál va a ser el aporte de cada parte y cuáles son las condiciones del acuerdo. El meta-acuerdo presenta un contexto para garantizar que el acuerdo esté inmunizado contra las “fluctuaciones”. Los acuerdos no son estables a menos que, y hasta que, la narrativa en la que se basan esté fijada en la red social más amplia y sea elaborada por la red social”*¹⁸⁵. Es cierto que la mediación también puede acabar en un *desacuerdo*. Este puede ser, tanto un desacuerdo pasivo, como un desacuerdo activo: “Uno, el “desacuerdo pasivo”, es por el deficiente desarrollo de la conversación. En este caso, siempre se puede volver a intentar el diálogo. El otro, es el “desacuerdo activo”, que no tiene que ver con el dialogar mismo, sino con el mantenimiento de la posición inicial o el interés por mantener el foco del conflicto”¹⁸⁶.

Ahora bien, además de concluirse un acuerdo, tanto en el caso planteado por COBB sobre la necesidad de un meta-acuerdo, como en el caso del desacuerdo, lo que se plantean son situaciones que podemos entender como distintos resultados a contemplar dentro del “post-acuerdo”. Es decir, cualquier acuerdo consensuado por las partes, también tiene que encontrar su fijación y posibilidad de ser efectivo en el contexto social donde tiene que ejecutarse, como señalaba COBB. Un acuerdo de las partes, puede tener un “contenido ideal” o un “contenido pésimo”, características que solo pueden ser interpretadas por sus posibilidades de ejecución en su contexto social y jurídico. Y ésta es una interpretación que, según consideramos, el primero que debe hacerla es el propio mediador. El ámbito del post-acuerdo se describe según la máxima de que, “*los acuerdos hay que cumplirlos*”¹⁸⁷, sobre todo cuando han sido el fruto de la voluntad concertada de las partes. Pero el cumplimiento del acuerdo, además de a las partes, concierne al examen del contenido del acuerdo y su conexión con la realidad social y jurídica en donde ha de tener efectividad. Por eso, el post-acuerdo es el momento en que la mediación se encuentra de nuevo con la realidad

¹⁸⁵COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.344.

¹⁸⁶BILBENY, N., *Reglas para el diálogo en situaciones de conflicto*, Ob. cit., p.151.

¹⁸⁷GOTTHEIL, J., “La mediación y la salud del tejido social”, en GOTTHEIL, J y SCHIFFRIN, A. (Comps.), *Mediación: Una transformación de la cultura*, Ob. cit., p.223: “Es en este lugar donde aparece el rol de los mediadores: Hacer más probable que las partes en conflicto se pongan de acuerdo y cumplan, en lugar de perturbar la vigencia de las normas; que encuentren un sentido conveniente a ambas partes para su situación, que generen paz y orden consensuados y no conflicto y orden impuesto, también para que los ciudadanos adquieran conciencia de su deber de cumplir”.

social y jurídica, de donde surgió como método de resolución de conflictos: “*Los seres humanos son comunicantes, no porque hablen (atributo consecuente del sistema lingüístico), sino porque relacionan u organizan mediaciones simbólicas –de modo consciente o inconsciente-, en función de algo “común” para compartir*”¹⁸⁸.

En cuanto a la posibilidad del *desacuerdo*, volver a reiniciar la mediación o pasar a otros medios de resolución del conflicto (negociación, arbitraje, proceso judicial), también depende de las condiciones del contexto social y jurídico en que se ha dado el conflicto. Y de la necesidad de analizar esos contextos, sociales y jurídicos, es de lo que nos ocuparemos en los siguientes apartados del presente capítulo.

1.3. EL FUNDAMENTO DE LA MEDIACIÓN EN LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA.

En esta segunda parte del capítulo, hablaremos de la mediación como una manifestación de la democracia participativa deliberativa en el Estado Constitucional, pues, en los últimos años estamos asistiendo a un significativo cambio en este concepto, particularmente orientado hacia la idea de que los ciudadanos colaboren activamente en los espacios públicos, como detentadores de nuevos derechos, manifestaciones que se están originando en un contexto de globalización económica, en la que el Estado es incapaz de mantener el monopolio sobre los derechos de ciudadanía y empieza a entender la necesidad de la colaboración de la sociedad civil en algunos aspectos. La desigualdad producida por la globalización, es clave para entender estos cambios. Como ha escrito STIGLITZ: “*Hemos examinado el papel que desempeñan las fuerzas del mercado, la política y la búsqueda de rentas a la hora de crear el elevado nivel de desigualdad de nuestra sociedad. Así mismo, son importantes los cambios más genéricos de la sociedad, unos cambios que afectan a las normas como a las*

¹⁸⁸SODRÉ, M., “Red y participación activa”, en SIERRA CABALLERO, F. y FÁVARO GARROSSINI, D. (Eds.), *Comunicación y ciudad. La mediación social en la nueva cultura urbana*, Gedisa, Barcelona, 2016, p.54.

*instituciones. También ellos están condicionados por la política y, a su vez, contribuyen a condicionarla*¹⁸⁹.

Estudiaremos algunos aspectos relacionados con el ámbito de la mediación en los que, la ciudadanía, pasa a ser el espacio social donde nacen nuevos derechos y nuevas generaciones de derechos que resultan de las nuevas esferas de soberanía. Como ha señalado ANSUÁTEGUI ROIG: “*Obsérvese que a través de los conceptos de Estado de Derecho, Constitución y democracia, circula una línea común constituida precisamente por los derechos. El proceso de adopción de decisiones en sede democrática asume como uno de sus elementos el reconocimiento y garantía de los derechos...Si lo anterior es cierto, podemos llegar a la conclusión de que el funcionamiento de la democracia implica el ejercicio de derechos*”¹⁹⁰.

En este campo, es el acceso a vías cooperativas para la resolución de conflictos, como medios orientados hacia la comunicación, lo que se apoyan en una concepción de relaciones sociales solidarias y comprometidas. Pues, con una participación cooperativa responsable, la ciudadanía se acostumbraría a solucionar los problemas por sí mismos, lo que ya no sería una responsabilidad exclusiva de los operadores jurídicos, acercando así a los ciudadanos el sistema de justicia. Hablaremos de la justificación jurídica, social, política y moral de la mediación, basándola en una necesidad, cada vez más extendida, por resolver conflictos sin la presencia inmediata de una autoridad externa como veremos con los movimientos de reforma de la justicia. Analizaremos las causas del porqué los ciudadanos acuden de forma generalizada a los tribunales y las ventajas que pueden generarse en algunos ámbitos, como el familiar, con este *método colaborativo* que es la mediación¹⁹¹. Al adentrarnos en el fundamento y la naturaleza de mediación como instrumento de la democracia participativa, también analizaremos el requisito de la voluntariedad en la utilización de este método, pues es un principio esencial en la aplicación de este procedimiento.

¹⁸⁹STIGLITZ, J.E., *El precio de la desigualdad*, trad. de Alejandro Pradera, Taurus, Madrid, 2012, p.114.

¹⁹⁰ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, p.344.

¹⁹¹SOTELO MUÑOZ, H. y RUIZ LÓPEZ, C., “Elementos esenciales del derecho colaborativo”, *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, N°3, 2015, p.100: “El derecho colaborativo parte de un principio de colaboración contrapuesto al estilo confrontativo: Señal de identidad de la abogacía hasta hace poco más de 20 años”.

Por último, la contraposición entre autonomía/heteronomía en los métodos de resolución de conflictos, también es un tema básico en el contexto de la teoría de la democracia. Supone una evolución sufrida a lo largo de la historia en las formas de resolver conflictos y el distinto papel que pueden jugar las partes y los terceros¹⁹². Por eso, también estudiaremos la posición de los distintos autores frente a la disputa doctrinal entre; *alternabilidad* o *complementariedad* de la mediación en relación con el tradicional proceso judicial. Dada la importancia de la potestad jurisdiccional, con la mediación se faculta a los ciudadanos a participar y afrontar de forma distinta sus conflictos; se trata de ofrecerles una opción más, pues la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental.

1.3.1. LA MEDIACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA-DELIBERATIVA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

En los últimos años estamos asistiendo a un significativo cambio en el concepto de participación ciudadana, particularmente orientado hacia la idea de democracia participativa. Ello lo descubrimos en nuevas expresiones que se apoyan, entre otros fenómenos, en una enorme eclosión de organizaciones sociales, en la puesta en escena de “*novísimos movimientos sociales*”, también denominados, “*movimiento de movimientos*”, y en innumerables experiencias innovadoras de participación ciudadana. Todos estos nuevos movimientos, inspirados en las nuevas formas de comunicación de la red tecnológica global¹⁹³, han sido conceptualizados como una nueva forma de democracia; *la democracia de interacción*. Según ha escrito uno de sus teóricos, ROSANVALLON: “*Esta democracia de interacción desborda ampliamente la escena electoral-*

¹⁹²RAY, L., “El sistema legal descubre nuevas herramientas: Las técnicas de resolución de disputas”, en DUFFY, K. G., GROSCH, J.W. y OLCZAK, P.V. (Eds.), *La mediación y sus contextos de aplicación*, Ob. cit., p.229: “Un número creciente de abogados están descubriendo que disfrutan actuando como terceras partes neutrales (a saber, mediadores, árbitros, jueces privados). Algunos realizan este servicio como profesión, otros sirven como voluntarios, por amor al bien. Esta nueva percepción de la resolución de la disputa, está acercando al sistema legal”.

¹⁹³Vid. ZAMBELLI, S., “Democracia e internet. Apuntes para la reflexión”, en COTARELLO, R. y OLMEDA, J.A. (Eds.), *La democracia del siglo XXI. Política, medios de comunicación, internet y redes sociales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp.123-134.

representativa. Tiene por actores al mundo militante de las asociaciones, cuyo movimiento dibuja una especie de doble cooperador y contradictorio del poder...esbozan el equivalente de instituciones invisibles o de estructuras informales para organizar la democracia contemporánea”¹⁹⁴.

Todas estas manifestaciones se están originando en un contexto de globalización de centralidad económica que, entre otros aspectos, está erosionando la función tradicional de la democracia en el seno del Estado-nación, al perder éste parte de los atributos que le son propios, como por ejemplo la regulación del mercado y la prestación de servicios universales. Una realidad advertida de forma precisa por HELD: *“La teoría y la práctica democráticas afrontan, así, un desafío superlativo; las corporaciones de negocios y los bancos multinacionales gozan de un “poder estructural” desproporcionado sobre la comunidad política y, en consecuencia, sobre la naturaleza de los resultados democráticos...La democracia está empotrada en un sistema socioeconómico que garantiza la “posición privilegiada” a ciertos intereses. Por consiguiente, los individuos y los grupos de interés no pueden ser tratados como entidades necesariamente iguales y, el Estado, no puede ser considerado un árbitro neutral entre todos los intereses*”¹⁹⁵.

Todos estos síntomas, como ha señalado BECK, nos llevan a la idea de vivir en *“una sociedad del riesgo”*¹⁹⁶. Los efectos de la insostenibilidad ambiental de un modelo productivo, la insolidaridad de un modelo socioeconómico que pone de relieve el nuevo fenómeno de la exclusión social, y el impacto que todo ello tiene sobre las particularidades del territorio y de las culturas, van acompañadas de respuestas y resistencias que cobran un sentido alternativo en un *“doble vínculo local-global”*¹⁹⁷. Esta vinculación dual se construye en la medida que el Estado

¹⁹⁴ROSANVALLON, P., *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, trad. de Herber Cardoso, Paidós, Barcelona, 2010, p.280.

¹⁹⁵HELD, D., *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, trad. Sebastián Mazzuca, Paidós, Barcelona, 1997, p.294.

¹⁹⁶BECK, U., *La sociedad del riesgo global*, Ob. cit., p.29: “La sociedad del riesgo, pensada hasta sus últimas consecuencias, quiere decir sociedad del riesgo global. Pues, su principio axial, sus retos, son los peligros producidos por la civilización que pueden delimitarse socialmente, ni en el espacio, ni en el tiempo”.

¹⁹⁷OLMEDA, J.A., “Gobierno electrónico, ciberpolítica y democracia”, en COTARELLO, R. y OLMEDA, J.A. (Eds.), *La democracia del siglo XXI. Política, medios de comunicación, internet y redes sociales*, Ob. cit., p.19: “La ignorancia del papel de los medios digitales en la vida política contemporánea, significa estar fuera de sintonía con cómo forman su identidad política los jóvenes, cómo se estructuran actualmente la comunicación política en los sistemas de medios de

declina sus funciones tradicionales y es incapaz de mantener el monopolio sobre los derechos de ciudadanía.

La ciudadanía, como ha señalado ALGUACIL GÓMEZ, se vuelve hacia el lugar donde se intentan forjar nuevos derechos ciudadanos¹⁹⁸. Es en el ámbito de la vida cotidiana, donde los sujetos pueden acceder a las habilidades políticas, a los derechos de ciudadanía, a la comunicación, al conocimiento, a la conciencia y, como consecuencia, a la acción social y a las innovaciones y, por tanto, a los valores universales. De este modo se produce un doble vínculo, se accede a los valores universales de ciudadanía desde las particularidades del territorio y de la cultura. Ese doble vínculo apunta a nuevas generaciones de derechos que resultan de las nuevas esferas de soberanía. Así, las tres clásicas generaciones de derechos monopolizadas por el Estado-nación (los derechos civiles, políticos y sociales-económicos), se proyectan hacia una estrategia dual que incorpora los ámbitos extremos, macro y micro, permitiendo pensar en su articulación y en el desarrollo de nuevas generaciones de derechos que dan sentido a la misma.

La conciencia globalista nos dice que habitamos en un mundo finito cuyos recursos para satisfacer las necesidades humanas, son patrimonio de la toda la humanidad y de sus generaciones venideras, pero, además, son recursos vulnerables cuya gestión democrática debe basarse en la inteligencia entendida como la capacidad humana para atenuar, frenar y reorientar la entropía, lo que marcaría una cuarta generación de derechos. Según BRESSER-PERERIRA, se trataría de los derechos republicanos, entendidos como el derecho de todo ser humano a la *res publica* o patrimonio público¹⁹⁹. El acceso a esta capacidad que se origina solo puede realizarse desde la implantación de una quinta generación de derechos definidos como; el derecho de todo ciudadano a decidir subsidiariamente sobre los asuntos que le afectan, sobre los asuntos públicos de una *democracia participativa*²⁰⁰.

En el ámbito de la teoría política, para tener una comprensión de cuáles son las condiciones de *la democracia participativa-deliberativa*, las propuestas de

comunicación por todo el mundo desarrollado. Nuevas formas de organización, posibilitadas por internet, ayudarían a reclutar ciudadanos previamente inactivos para la participación política”.

¹⁹⁸Vid. ALGUACIL GOMEZ, J. “La democracia participativa como estrategia para la gestión relacional”, *Revista Intervención Social*, Vol.13, N°3, 2004, pp.290 y ss.

¹⁹⁹Vid. BRESSER-PERERIRA, L., “Ciudadanía y res-publica: La aparición de los derechos republicanos”, *Revista Instituciones y Desarrollo*, N°8/9, 2001, pp.7-42.

²⁰⁰ALGUACIL GOMEZ, J., “La democracia participativa como estrategia para la gestión relacional”, Ob. cit., p.291.

HABERMAS y RAWLS, siguen siendo las más estudiadas y consistentes. Si repasamos, aunque sea sumariamente, las condiciones públicas de validez y verdad del discurso racional, según HABERMAS, y la teoría del liberalismo político y la justicia como imparcialidad, de acuerdo con RAWLS, encontraremos que, tanto la Comunidad Ideal de Comunicación (CIC)²⁰¹ de HABERMAS, como la “idea rawlsiana” sobre los principios de la justicia²⁰², parten del rechazo del irracionalismo en la construcción de sus modelos racionales de democracia. HABERMAS descarta todos aquellos argumentos no-rationales, emotivos o interesados, cuando establece las condiciones de la CIC: *“Llamamos racional a una persona que puede justificar sus acciones recurriendo a las ordenaciones normativas vigentes. Pero, sobre todo, llamamos racional a aquél que en un conflicto normativo actúa con lucidez, es decir, no dejándose llevar por las pasiones ni entregándose a sus intereses inmediatos, sino esforzándose por juzgar imparcialmente la cuestión desde un punto de vista moral y por resolverla consensualmente. El medio en que puede examinarse hipotéticamente si una norma de acción, esté o no reconocida de hecho, puede justificarse imparcialmente, es el “discurso práctico”, es decir, la forma de argumentación en que se convierten en tema las pretensiones de rectitud normativa”*²⁰³.

Por su parte, RAWLS, no admite doctrinas sociales comprensivas que no sean razonables, es decir, no contempla la presencia de doctrinas comprensivas irrazonables (irracionales) en la estructura política básica de la sociedad democrática: *“Evidentemente, una sociedad puede albergar también doctrinas comprensivas irrealistas e irracionales, incluso desquiciadas. En cuyo caso el problema consistirá en contenerlas de tal modo que no minen la unidad y la justicia de la sociedad”*²⁰⁴. Ambos autores han considerado deliberadamente oportuno dejar fuera del discurso o debate racional a cualquier discurso irracional.

²⁰¹HABERMAS, J., *Ensayos políticos*, Ob. cit., p.134: “El contenido utópico de la sociedad de la comunicación se reduce a los aspectos formales de una intersubjetividad íntegra. Incluso la expresión “situación ideal de habla” induce a error en la medida que sugiere una configuración concreta de la vida”.

²⁰²RAWLS, J., *La teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, F.C.E., Madrid, 1995, p.340-341: “*Primer principio*: Todas las personas son iguales en punto a exigir una esquema adecuado de derechos y libertades básicos iguales, esquema que es compatible con el mismo esquema para todos; y en ese esquema se garantiza su valor equitativo a las libertades políticas iguales, y sólo a esas libertades”; *segundo principio*: “Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: primero, deben andar vinculadas a posiciones y cargos abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y segundo, deber promover el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad”.

²⁰³HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa* (Tomo I), Ob. cit., p.38.

²⁰⁴RAWLS, J., *El liberalismo político*, trad. Antoni Domènech, Crítica, Barcelona, 1996, p.12.

Tanto para HABERMAS como para RAWLS, la democracia participativa coincide con la forma del discurso racional o del discurso de lo razonable y, sólo desde estas premisas, resulta oportuno el examen de los contenidos de la democracia participativa y deliberativa. En palabras de HABERMAS, en una democracia deliberativa: *“Son válidas todas aquellas normas a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su consentimiento como participantes en sus discursos racionales”*²⁰⁵. En cambio, para RAWLS, solo las normas públicas o políticas son susceptibles de acuerdo, dejando que en la vida privada, cada persona o grupo tengan sus propias ideas de la justicia: *“El constructivismo político no critica, pues, las descripciones religiosas, filosóficas o metafísicas de la verdad y de la validez de los juicios morales. Su criterio de corrección es la razonabilidad, y dados sus propósitos políticos no necesita ir más allá... No hay ninguna base pública que permita distinguir entre las creencias verdaderas y las falsas”*²⁰⁶.

Partiendo de la relevancia de las teorías sobre la democracia de HABERMAS y RAWLS, resulta comprensible que la teoría de la mediación se haya visto implicada como forma de participación comunicativa, democrática y justa en la resolución de los conflictos. Desde la mediación, ROZEBLUM²⁰⁷, siguiendo estas teorías, considera que es posible construir una sociedad donde prevalezca el diálogo y la cooperación, en lugar de modelos donde lo que importa es ganar a costa de que los demás pierdan. El espacio público hace referencia a un ámbito complejo que encierra distintos postulados filosóficos, expresiones humanas y categorías de análisis. La dicotomía entre lo público y lo privado ha sido muy discutida en nuestra cultura democrática liberal, como dos categorías opuestas y antagónicas que todavía no han sido superadas, a pesar de los intentos de “reconceptualización” teórica y propuestas prácticas que se han realizado desde las expresiones políticas actuales. Por ello, al intentar incluir la mediación como propuesta, se debería realizar una revisión crítica a esta dicotomía²⁰⁸. Porque, justamente esta práctica, trata de enlazar, de transformar

²⁰⁵HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p.260. Vid. PRIETO NAVARRO, E., “Algunas consideraciones sobre la relaciones entre Derecho e integración social en el último Habermas”, *Doxa*, N° 15/16,1994, pp. 339-352

²⁰⁶RAWLS, J., *El liberalismo político*, Ob. cit., p.159.

²⁰⁷Vid. ROZEBLUM DE HORWITZ, S., *Mediación. Convivencia y resolución de conflictos en la comunidad*, Graó, Barcelona, 2007, pp.147 y ss.

²⁰⁸Vid. IANNITELLI, S., LLOBET E, M. y TEJERO, E., “La mediación comunitaria como práctica de creatividad social y de construcción de ciudadanía”, *Documentación Social*, N°148, 2008, pp.117-131.

las fracturas y los conflictos a partir de nexos y de los vínculos. Mediar significa estar en medio, lo que cumple la función de relación, más concretamente de interrelación y de interdependencia que surge con vocación de superar la lógica de supuestos irreconciliables, en este caso, lo público y lo privado.

En la mediación, está extendido tiene el principio, *ganar/ganar, yo gano/tú ganas*, frente al tradicional *ganar/perder*, que es al que nos lleva normalmente a la resolución estrictamente judicial de los conflictos. Dado este fundamento, sus principios y metodología, la mediación tienen gran potencialidad en la mayoría de conflictos que se producen entre las personas a nivel particular (mediación familiar). En cuanto a nivel social, es una realidad que cada vez son más frecuentes los conflictos entre los vecinos y su administración local²⁰⁹, problemas que deben encauzarse por la vía del diálogo, de la colaboración y de la participación, utilizando la mediación como método democrático para encontrar soluciones entre las partes en conflicto, el vecindario y los gobernantes locales.

La judicialización de los conflictos más variados, ha llevado a suponer que los tribunales resultaban el único ámbito apropiado para resolver cualquier problema, aunque no fuera solamente jurídico, sino también económico, político, social o cultural. Como ha señalado ARES GIORGIANO: *“Quizás se pretendió que el Derecho cubriera el vacío dejado por una ética social, de la que hemos carecido y todavía careceremos en nuestra sociedad actual, tan postmoderna y globalizada”*. Pero esto desbordó las posibilidades del Poder Judicial: *“...porque intrínseca y técnicamente era imposible que pudiera dar soluciones efectivas a problemas no jurídicos, o mejor, no necesariamente judicializables”*²¹⁰.

El proceso judicial formalizado ha sido el eje sobre el que ha girado la protección de los derechos individuales. Apelando a la vía judicial adversarial para resolver conflictos personales y grupales, una vez concluido el proceso, en muchas ocasiones, sabemos que las sentencias no resuelven las disputas en su sentido real y, en otras ocasiones, no dejan satisfechas a ninguna de las partes, ni siquiera a la supuestamente ganadora. Por esta cuestión, es por lo que desde hace años, se intentan implementar los procedimientos extrajudiciales de resolución de

²⁰⁹Asuntos como la recogida de basura, la realización de obras por parte del Ayuntamiento (recordemos el conflicto en el barrio burgalés de Gamonal), o el mantenimiento o mejora de espacios públicos, suelen generar conflicto.

²¹⁰ARES DE GIORGIANO, C. “La mediación y el ciudadano. Responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas”, en RUBIO CARRACEDO, J., ROSALES, J y TOSCANO MENDEZ, M. (Dir.) *Democracia, ciudadanía y educación*, Akal, Madrid, 2009, p. 321.

conflictos²¹¹, en los que son los mismos afectados quienes van a intervenir directamente en la composición del conflicto y en la posible solución. Entre estas vías cooperativas para la resolución de conflictos, vemos que la mediación está orientada hacia la comunicación, más que hacia la confrontación y que se apoya en una concepción de relaciones sociales solidarias y comprometidas.

Estas vías pueden encuadrarse dentro del, *paradigma procedimental cooperativo*, sostenido por HABERMAS, según el cual, los sujetos jurídicos, destinatarios y también autores del Derecho, en su condición de ciudadanos, pueden entenderse entre sí (reconocer “al otro”), sobre cuáles son sus problemas y cómo deben ser resueltos en el futuro: *“Una constitución puede entenderse como un proyecto histórico que los ciudadanos prosiguen de nuevo en cada generación...En la escena política, sin embargo, se encuentran enfrentados los actores políticos que discuten sobre fines colectivos y sobre la distribución de los bienes colectivos. Solo ante los tribunales y en el discurso jurídico se ponen directamente en juego los derechos individuales reclamables judicialmente. También el derecho vigente debe interpretarse de manera nueva, en los contextos cambiantes a la vista de las nuevas necesidades y constelación de intereses...En esta “lucha por el reconocimiento”, se articulan experiencias colectivas de integridad vulnerada”*²¹².

De nuevo desde la teoría de la mediación, ARÉS DE GIORGIANO²¹³ se pregunta cómo es posible participar efectivamente en la búsqueda de consensos, aún cuando sabemos que las situaciones conflictivas generan siempre procesos precarios, pues considera que, no es lo mismo participar en una mediación que estar “realmente” presente en ella. La mediación apunta a resolver las llamadas disputas en justicia, que es cuando personas en desacuerdo apelan a principios de justificación diferentes para sostener argumentadamente sus puntos de vista y, si cabe, buscar los modos de un acuerdo válido. La mediación protege las relaciones interpersonales y convoca a las partes involucradas en el conflicto a encontrarse y

²¹¹Vid. VARGAS, J.E. “ Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial en sistemas judiciales”, *Centro de Estudios de Justicia de las Américas* (CEJA), N° 2, 2002, pp.11-19

²¹²HABERMAS, J., *La inclusión del otro*, trad. Juan Carlos Velasco, Paidós, Barcelona,1999, pp.189-190.

²¹³Vid. ARES DE GIORGIANO, C., “La mediación y el ciudadano. Responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas”, Ob. cit., p.319 y ss.

conversar para facilitar una posible solución, favoreciendo el diálogo y la escucha profunda de los protagonistas, por lo que esto se lograría con menores costes emocionales y económicos, y en un tiempo más breve que en el proceso adversarial tradicional.

Pero, es complicado el dar a conocer las posiciones de una parte y persuadir a la otra de que las acepte, si no puede expresarse. Como seres autónomos que somos, no sólo tenemos derecho a ser oídos, sino que también tenemos derecho a escuchar lo que el otro tenga que decir y, para lograr esta competencia cívica, los ciudadanos precisan de oportunidades para expresar sus propios puntos de vista, para aprender de los otros y para entablar discusiones. Sin esas posibilidades, hay riesgo de que los ciudadanos: *“Se transformen en seres silenciosos, súbditos perfectos de gobiernos autoritarios”*²¹⁴. Para alcanzar esa participación efectiva y responsable, hay que pararse a observar la realidad cotidiana, para, desde allí, construir o descubrir las posibilidades entre las que se elegirían las más adecuadas para cada uno. Para ello hay que conocer, en primer lugar, la realidad de la que se parte. La falta de información empobrece las posibles opciones. Muchas veces se toman decisiones desde posiciones dogmáticas equivocadas y sólo la disposición al diálogo es la que permite superar ese dogmatismo y egoísmo. De lo que se trata es de estar capacitados para juzgar y tomar decisiones posibles, razonables y prudentes y, esta capacidad no es congénita, sino que forma parte de la educación democrática, moral y ciudadana.

Por ello, propone ARES DE GIORGIANO que a los ciudadanos, se les debería proporcionar, no sólo el acceso a la información legal, sino también la comprensión de sus derechos y deberes, así como las posibles vías legales para hacerlos valer y los modos más apropiados para resolver sus conflictos: la mediación, la conciliación, el arbitraje, la negociación: *“Se trataría de acercar a los ciudadanos el sistema judicial, pensando también en los efectos beneficiosos futuros. Además de estos mecanismos, podrían instituirse prácticas de participación efectiva, que actualicen el sentido de la vida democrática y que*

²¹⁴ARES DE GIORGIANO, C., “La mediación y el ciudadano. Responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas”, Ob. cit., p.327: “Si acostumbramos, a través de una decidida acción educativa, a los niños y jóvenes al diálogo, aún confrontativo, para zanjar diferencias, al menos en su etapa inicial, el beneficio para estos jóvenes se hará extensivo el día de mañana, a través de ellos en su rol de ciudadanos, a la sociedad entera, con lo que habremos contribuido eficazmente a la pregonada cultura de la paz”.

enseñen a ejercer la ciudadanía”²¹⁵. Se trataría de luchar contra lo que CARCOVA ha llamado, “*la opacidad del Derecho*”²¹⁶, que puede desembocar en un efectivo desconocimiento del Derecho. Una ignorancia de nuestros ordenamientos jurídicos complejos, debido a situaciones de marginalidad o exclusión social, lo que puede afectar incluso a los operadores jurídicos.

Podemos concluir, pues, que la sociedad democrática, su sistema de derechos individuales y sociales, así como el acceso a las garantías del proceso judicial, conforman el contexto social y político para el desarrollo de la mediación. Concebida la democracia como un proceso participativo y deliberativo, la mediación es una institución (o método) que permite a los ciudadanos tomar conciencia de las dificultades de la resolución de sus conflictos; familiares, grupales o comunitarios. Sin embargo, cuando la mediación se da a un *nivel inter-cultural e internacional*, los mediadores se han de enfrentar a problemas culturales propios de nuestra sociedad global que, tal vez, supone adentrarse en sociedades que no se conforman democráticamente, o no tienen tradición democrática²¹⁷. Estos casos también pueden darse en la mediación familiar. Cuando uno de los cónyuges, por ejemplo, es un emigrante cuyas tradiciones y creencias sobre la familia, son desigualitarias respecto de nuestro sistema democrático de familia.

Hasta qué límites, pues, puede nuestra sociedad democrática atender la interculturalidad, pasa a ser un reto. Para HABERMAS, los derechos democráticos han de estar por encima de las situaciones culturales, en cuanto son una conquista universal. En su teoría, por lo tanto, los derechos y la democracia son capaces de reconocer y englobar las diferencias culturales: “*Tan pronto como tomemos en serio esta conexión interna entre el Estado de Derecho y la democracia, se ve claramente que el sistema de los derechos no sólo no es ciego frente a las desigualdades sociales de vida, sino tampoco lo es frente a las diferencias culturales. El “daltonismo” de la lectura selectiva desaparece cuando se supone que*

²¹⁵ARES DE GIORGIANO, C. “La mediación y el ciudadano. Responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas”, Ob. cit., p.328.

²¹⁶CARCOVA, C. *La opacidad del Derecho*, Trotta, Madrid, 2006, p.78. Y ello es explicable por la complejidad técnica de los institutos jurídicos, los mecanismos formales del Derecho, los contenidos oscuros del Derecho y la variedad y cruce de pautas culturales que constituyen visiones fragmentadas del mismo.

²¹⁷GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Ob. cit., p.91: “Las democracias tienen buenos motivos para estar orgullosas, pero no para ser farisaicas, autojustificativas”.

le atribuimos a los portadores de los derechos subjetivos una identidad concebida de modo intersubjetivo. Las personas, también las personas jurídicas, se individualizan sólo a través de un proceso de socialización. Bajo esta premisa, una teoría de los derechos correctamente entendida reclama precisamente aquella política del reconocimiento que protege la integridad del individuo, incluso en los contextos de vida que configuran su identidad. Para ello no se requiere ningún modelo alternativo que corrija el sesgo individualista del sistema de los derechos mediante otros puntos normativos, sino tan sólo su realización consecuyente²¹⁸.

Pero hay visiones más limitativas de los derechos culturales. Un autor como KYMLICKA, ha propuesto una, *ciudadanía multicultural*, pero sola para las culturas arraigadas en el sociedad democrática mayoritaria. Sin embargo, establece limitaciones para los inmigrantes que llegan con sus valores culturales a vivir en un sociedad democrática. En palabras de KYMLICKA: “En mi opinión, la expectativa de la integración no es injusta, pues los inmigrantes tienen la opción de quedarse en su cultura original. Dada la conexión entre elección y cultura que he esbozado anteriormente, las personas deberían poder vivir y trabajar en su propia cultura. No obstante, como sucede con cualquier derecho, se puede renunciar a él, y la inmigración es una manera de renunciar al propio derecho. Cuando decidieron desarraigarse, los inmigrantes renunciaron voluntariamente a algunos de los derechos inherentes a su pertenencia nacional original²¹⁹”.

En los problemas culturales se produce una tensión entre, por un lado, el respeto a las diferencias culturales de las partes y, por otro, la consideración de su igualdad de derechos²²⁰. Por eso, los teóricos de la mediación y los mediadores culturales, reivindican una *cultura cívica*. Se entiende esta cultura, como una síntesis entre la igualdad de derechos y el pluralismo cultural: “La interculturalidad es una tarea política por hacer, un ideal por el que luchar, un estado dinámico de diálogo e interacción creativo y productivo entre culturas que se ponen de acuerdo en un hecho básico: Existe o debe existir un estado previo que haga posible la interculturalidad. Esta presupone el pluralismo cultural y la

²¹⁸HABERMAS, J., *La inclusión del otro*, Ob. cit., pp.194-5.,

²¹⁹KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, trad. Carme Castells, Paidós, Barcelona, 1996, p.136.

²²⁰DEL REAL ALCALÁ, J. A., *El derecho a la identidad cultural: ¿Derechos de las personas o derechos de los pueblos?*, Thompson Reuters, Navarra, 2014, p.115: “El tipo de conexión que establezca el derecho a la identidad cultural, como derecho colectivo de los pueblos, con el valor jurídico de la dignidad humana, es absolutamente determinante para la noción jurídica que resulte de este derecho”.

*existencia de una cultura cívica, respetada por todos y de obligado cumplimiento. Todos somos ciudadanos, aunque de diferente cultura y formación, que tenemos unos derechos y unas obligaciones cualquiera que sea nuestra lengua, costumbres, preferencias y aspiraciones. La cultura cívica, base y fundamento de cualquier otra, establece dos grandes principios: La igualdad de derechos de los ciudadanos y el respeto a las diferencias culturales*²²¹. Como podemos leer, los problemas interculturales es otro de los retos importantes para la sociedad democrática. La mediación puede ayudar al diálogo cultural, pues su fundamento principal es la “auto-composición” del conflicto y del acuerdo por las partes implicadas.

1.3.2. EL FUNDAMENTO BÁSICO DE LA MEDIACIÓN: DE LA HETERECOMPOSICIÓN A LA AUTOCOMPOSICIÓN.

Existe un amplio consenso sobre la idea de que, al entrar en la cultura de la mediación²²², nos acercamos a una cultura de paz entre las partes. Podemos decir que es una filosofía en la que se da importancia a la comunicación y al diálogo social, como formas pacíficas para resolver los conflictos o como formas de participación ciudadana.

También conocemos que la principal función del poder judicial o de los tribunales, consiste en amparar a los ciudadanos en la tutela de sus derechos, la llamada constitucionalmente, *tutela judicial efectiva*, en el art. 24 de la CE. Esta función tutelar, podríamos encuadrarla como la genérica de resolución de conflictos que tiene encomendada el propio ordenamiento jurídico, en cuanto sistema organizativo de la sociedad. El ejercicio exclusivo de la jurisdicción que ostenta el poder judicial, no excluye que estos conflictos puedan ser resueltos por vías diferentes de la jurisdiccional. La “jurisdiccionalización”²²³ de las sociedades

²²¹ARANDA TORRES, C., “¿Es posible una comprensión universalista de la cultura? Las paradojas del concepto de interculturalidad”, en GUERRRO VILLALBA, J.A. (Ed.), *Estudios de mediación intercultural*, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2006, p.28.

²²²Vid. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho y Quantor, Madrid, 2009, pp.59 y ss; GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., “Mediación: una aproximación desde el Derecho y la psicología”, en, GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación, un método de ? de conflictos. Estudio interdisciplinar*, Ob. cit., p.8.

²²³Vid. DE DIEGO VALLEJO, R. y GILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.28.

modernas, provocada por el aumento de la litigiosidad, en cantidad y calidad, la internacionalización y transnacionalización de los asuntos, a veces hacen inoperantes las soluciones nacionales, reglamentadas y estatalizadas y, en general, el interés de los Estados por buscar una mayor eficiencia en la justicia, ha tenido dos consecuencias; 1) el intentar que todos los ciudadanos puedan acceder a la justicia y; 2) buscar soluciones de justicia alternativa o complementaria que ayuden a la descongestión de los tribunales de justicia y mejoren la calidad de la justicia.

En el pensamiento jurídico y político, alguien tan destacado como ALCALÁ-ZAMORA, ya señalaba que existían tres formas de resolver un litigio: “*Proceso, autocomposición y autodefensa se nos presentan, como las tres posibles desembocaduras del litigio; pero ello no quiere decir que se encuentren en el mismo plano, ni que presenten las mismas ventajas, ni que necesariamente se repelan*”²²⁴. Esta referencia al proceso (heterocomposición, en nuestro lenguaje), a la autocomposición y a la autodefensa, como los tres métodos de resolución de un conflicto, puede servirnos para los intereses de nuestro análisis. Así, podemos diferenciar históricamente entre los tres conceptos: autodefensa, heterocomposición y autocomposición.

a) Autotutela o autodefensa.

Este método, por llamarlo de algún modo, se caracteriza por la ausencia de un tercero que resuelva el conflicto y por la imposición coactiva de una de las partes sobre la otra. Esto es, una parte impone su voluntad sobre la otra; ejemplo clásico de este método de solución de controversias es la ancestral “ley del talión”²²⁵. Siguiendo a ALCALÁ-ZAMORA, éste indica sobre la autodefensa que: “*Se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto y aún a veces los dos, como en el duelo y en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro mediante su acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso*”²²⁶. A la autodefensa la

²²⁴ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios diversos de derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1985, p.56.

²²⁵Vid. CASTAÑO JIRALDO, J., “Por qué son mal llamadas las justicias alternativas: La mediación un mecanismo adecuado para la resolución de conflictos”, en AA.VV., *¿Qué tan alternativas son las justicias alternativas?*, Universidad de Medellín, Medellín, 2007, p.62.

²²⁶ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribuciones al estudio de los fines del proceso*, UNAM, México, 1ª reimpresión, 2000. p.50.

llama, “justicia de propia mano”, y considera que se trata de una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo. Es la más primitiva de las formas de resolver los conflictos, caracterizada por la imposición del fuerte sobre el débil y por el sentimiento de venganza. Estas razones justifican la desaparición paulatina de la autodefensa en los distintos ordenamientos jurídicos, que no en la sociedad. De hecho, hasta hace relativamente pocos años, algunos países seguían contemplando el duelo en sus legislaciones. Sin embargo, con la aparición y evolución de las sociedades democráticas, el Estado adquiere el monopolio en el ejercicio de la fuerza, sustrayendo ésta de manos privadas.

Aunque con carácter general podamos señalar que la autotutela ha desaparecido y está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, todavía podemos encontrar algunos vestigios de la misma en nuestro Derecho. Así, en el ámbito civil destaca la defensa posesoria inmediata²²⁷ y, en el ámbito penal, la legítima defensa²²⁸; pero evidentemente, no tienen carácter absoluto y se deben ajustar a las exigencias y a los límites impuestos por un Estado de Derecho, como lo es el nuestro. Por ejemplo, la legítima defensa requiere que se reúnan una serie de requisitos establecidos en la legislación penal y constitucionalmente.

Otra manifestación de la autodefensa que actualmente perdura es la guerra. Suponiendo que queda excluida la guerra de agresión, descartada por la mayoría de los ordenamientos jurídicos y el orden internacional, *la guerra*, sigue siendo la máxima manifestación del uso de la violencia ante un conflicto surgido entre varios países. Por tanto, podemos concluir que la “autotutela” está básicamente excluida de los ordenamientos jurídicos de las sociedades democráticas.

b) Heterocomposición.

Desde la anterior posición de autodefensa, de estilo hobbesiano propio del “estado de naturaleza”, se evoluciona hacia los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos, donde las partes en conflicto se someten a un tercero y es éste el que impone una solución a la controversia. El tercero ocupa una posición *supra* partes, pues los litigantes están obligados a aceptar la solución impuesta.

²²⁷Artículo 441 y ss. del Código civil, por medio de la defensa posesoria, toda persona tiene el derecho a defender sus propiedades de posibles intentos de usurpación.

²²⁸El artículo 20.5 del C.P exime de responsabilidad criminal al que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos; por lo tanto está legitimando la autotutela como mecanismo de resolución de conflictos, siempre que se reúnan los requisitos legalmente establecidos.

Entre dichos métodos de resolución de litigios, en la sociedad actual, encontramos el arbitraje y el proceso judicial.

En el arbitraje²²⁹, las partes acuerdan someter la controversia a la decisión de uno o varios árbitros ajenos a las partes y que no están integrados en el órgano judicial. Así, GIMENO SENDRA, define el arbitraje como: “*Un método heterocompositivo para la solución de los conflictos intersubjetivos de naturaleza disponible, al que las partes previa y voluntariamente deciden someterse, y en que uno o varios terceros ponen fin, de una manera definitiva e irrevocable, al litigio planteado mediante la aplicación del derecho objetivo o conforme a su leal saber o entender*”²³⁰. En cuanto al estudio pormenorizado del proceso judicial, de momento lo dejamos de lado, pues será objeto de un específico tratamiento en el apartado de este capítulo sobre, “la tutela judicial efectiva”.

c) Autocomposición.

Respecto de los métodos autocompositivos de resolución de conflictos, CARNELUTTI se refería a estos métodos como, “*equivalentes jurisdiccionales*”²³¹. La diferencia frente a la jurisdicción, está en que son las propias partes las que intentan solucionar la controversia que las separa; en estos procedimientos puede intervenir un tercero, pero dicho tercero no tiene capacidad decisoria. En este tipo de métodos prima el principio de autonomía²³². Algunos autores, según hemos examinado con anterioridad, consideran que por el hecho de que intervenga un tercero, implica que ya nos encontramos ante los medios heterocompositivos. Aunque para otros, y es el criterio que aquí se seguirá, la clave para diferenciar la autocomposición de la heterocomposición, no es tanto la intervención de terceros, sino de quién nace la solución del conflicto; del tercero o de las partes en conflicto.

Continuando con las posiciones doctrinales, hay quienes consideran que la mediación y la conciliación ocupan una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición. Así, este sector de la doctrina considera

²²⁹GUASP, J., *EL arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956, p.63.

²³⁰GIMENO SENDRA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V. y ALMAGRO NOSETE, J. *Derecho procesal, Tomo I (Vol.II) Proceso Civil (2)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1986, p. 482.

²³¹CARNELUTTI, F., *Sistema di diritto processuale civile*, Tomo I, 1936, Nº14, p. 55.

²³²Entre dichos mecanismos podemos destacar la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, la transacción, la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Sin embargo, no es pacífica la división entre los distintos métodos autocompositivos.

que, al margen de los dos citados métodos, se puede destacar: “Una tercera órbita intermedia ubicada entre las anteriores donde igualmente participa un actor distinto a los involucrados (rasgo heterocompositivo), pero sin capacidad jurídica para imponer una solución, sino que es un “ayudante”, para que las mismas partes avancen (rasgo autocompositivo), en el proceso de construir las mejores opciones que pueden satisfacer sus intereses”²³³. Sin embargo, otro sector de la doctrina, considera que la mediación tiene naturaleza de método heterocompositivo de resolución de conflictos²³⁴. Y otros autores, consideran que siempre que el conflicto sea solucionado por las partes, estamos ante la autocomposición, puesto que si la solución viene impuesta por un tercero, ya nos encontraríamos ante la heterocomposición.

Dejando al margen esta discusión doctrinal, la autocomposición se caracteriza por la resolución del conflicto por las propias partes; son ellas mismas las que abordan la disputa e intentan poner fin al litigio, que es lo que ocurre en mediación. En algunas ocasiones puede intervenir un tercero, así ocurre en la conciliación y en la mediación, pero su intervención debe limitarse a acercar posturas. Así, la potestad de decidir sobre el conflicto, sería un criterio clave, a nuestro juicio, para diferenciar la autocomposición de la heterocomposición. También, los métodos autocompositivos, en un sentido genérico, tienen en común con los medios de autotutela, que en ambos métodos, son las propias partes las que resuelven el conflicto. Sin embargo, la gran diferencia entre ellos es la ausencia de la imposición del criterio de una de las partes sobre la otra, que es lo que caracteriza la autocomposición.

Una vez sentado lo anterior, y quedando fijada la naturaleza autocompositiva de la mediación como vía de resolución de conflictos, podemos plantearnos si la mediación es una *alternativa* a la jurisdicción o si ha de considerarse un *complemento* de la misma, pues cuando se habla de la mediación,

²³³CASTAÑO JIRALDO, J., “Por qué son mal llamadas las justicias alternativas: La mediación un mecanismo adecuado para la resolución de conflictos”, Ob. cit., p.72.

²³⁴Vid. FAJARDO MARTOS, P., “Estrategia y mediación. Análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que regulan la mediación”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: Perspectiva multidisciplinar*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, pp.143-146. Este autor, al hacer referencia a la figura del mediador, señala que, “se trata de hacer referencia a una nota muy distinta como es la proactividad no decisoria, del mediador”. En este caso podría variar la naturaleza de la figura del mediador, que podría pasar de ser entendido como un mecanismo de heterocomposición *sui generis* no decisorio, en vez de ser autocompositivo.

así como del resto de métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, la doctrina no es pacífica. Encontramos autores que se refieren a ellos como realmente alternativos al proceso judicial, y otros, como complementarios al mismo.

Si acudimos de nuevo al diccionario, la Real Academia Española de la Lengua, define la palabra *alternativa* como, “opción entre dos o más cosas”²³⁵. Si concebimos, por tanto, la mediación como una alternativa al proceso, debemos optar entre acudir a la mediación o al proceso judicial. Sin embargo, esto en la práctica no es realmente así. Las partes tienen la opción de decidir si acuden a la mediación o al proceso judicial y, desde esa perspectiva, sí podemos encontrarnos con una alternativa. En caso de que opten por la vía judicial, el juez resolverá el conflicto. Sin embargo, en caso de que decidan acudir a la mediación, pueden darse varias posibilidades:

En primer lugar, que a través de la mediación las partes resuelvan la controversia y lleguen a un acuerdo, solucionando, por tanto, el conflicto. *En segundo lugar*, que las partes inicien la mediación y no deseen continuar el proceso mediador, por lo que el conflicto seguirá presente y tendrán que acudir a la vía judicial para resolverlo. *En tercer lugar*, que las partes a pesar de que se hayan sometido a un procedimiento de mediación, no hayan conseguido resolver la controversia por acuerdo, por lo que podrán acudir al proceso para que el juez establezca la decisión²³⁶. De esta forma se pone de manifiesto que realmente *no existe* una alternativa entre una opción y otra, porque si con la mediación no se obtiene resultados, las partes siempre podrán acudir al proceso judicial. De hecho, consideramos que no podía ser de otro modo si atendemos al art. 24 de la CE, que

²³⁵4. f. *Opción entre dos o más cosas*. <http://dle.rae.es/>

²³⁶MARLOW, L., *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, Granica, Barcelona, 1999. Este autor, considera que la mediación no es un método alternativo de resolución de disputas, pp.33-34: “Cuando hablamos sobre medios alternativos de resolución de disputas, normalmente estamos hablando sobre un procedimiento que se diseña para llevar a las partes al mismo lugar, pero por una ruta diferente. No es el objetivo del viaje lo que se cuestiona, sino simplemente el camino que se tomará (los procedimientos que se emplearán) hasta llegar allí. Desde el punto de vista de nuestro sistema jurídico adversarial ¿Cuál es el objetivo? Asegurar que se protegen los derechos legales de cada una de las partes y que obtengan un acuerdo que sea justo y equitativo...un mediador no está intentando llevar a la pareja al mismo lugar, está intentando llevarlos a uno muy diferente. Por consiguiente, no se le ocurrirá usar el mismo mapa de carreteras (procedimiento) ni juzgar los dos resultados con el mismo criterio”.

garantiza el acceso a la justicia. Una interpretación distinta consideramos que podría suponer una vulneración del citado precepto²³⁷.

En este sentido, refiriéndose al arbitraje como alternativa al proceso, se manifiesta el TS español: *“El ordenamiento jurídico español concede a los particulares la posibilidad de optar para la solución de sus problemas socio-jurídicos entre el cauce o vía jurisdiccional y el extrajudicial (arts. 1809 y ss., y especialmente a estos efectos el 1814 del CC); haciendo uso de esta facultad y de lo dispuesto en el artículo 1255 del citado cuerpo legal, los aquí contendientes concertaron acudir al cauce extrajudicial – arbitraje- para solventar las cuestiones que del cumplimiento del contrato entre ellos celebrado pudieran surgir; el artículo 24.1 CE que se estima infringido por los recurrentes, se limita a señalar el derecho que todo ciudadano tiene a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, mas no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela al cauce extrajudicial –arbitraje en este caso- como aquí han hecho”*²³⁸.

A pesar de esto, el propio TS, refiriéndose ahora a la mediación como una alternativa, ha descrito su naturaleza jurídica utilizando la expresión, “modalidad alternativa al proceso”. Así, establece que: *“...puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica”*²³⁹.

A nuestro juicio, es acertado conceptualizar la mediación como un complemento colaborativo a la vía judicial, tal y como argumentó el TS claramente en materia de arbitraje. No obstante, debemos detenernos en poner de manifiesto que, en esta materia, la doctrina está dividida, por lo que podemos encontrar autores que defienden la mediación como un complemento a la vía judicial y otros que sitúan a la mediación como una alternativa al proceso. De este modo, dentro del sector doctrinal que defiende la complementariedad respecto del proceso judicial, podemos destacar a GARCÍA VILLALUENGA, que sitúa a los

²³⁷Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La mediación familiar: Panacea cuestionable”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº 6, 2000, p.29-44. En este artículo, el autor mantiene una posición crítica respecto a la mediación, cuestionando la mediación preceptiva, porque considera que estos métodos son absolutamente incompatibles con la realidad sociológica y constitucional.

²³⁸STS de 9 de octubre de 1989. Fundamento Jurídico 2º.

²³⁹STS 2290/2010, de 20 de julio. Fundamento Jurídico 4º.

ADR en general como complementos del proceso²⁴⁰. En la misma línea, HINOJAL LÓPEZ²⁴¹, que niega que nos encontremos ante una justicia alternativa y también ORTUÑO MUÑOZ²⁴².

Sin embargo, otro sector doctrinal pone de manifiesto que la mediación supone una alternativa al proceso, como TARUFFO, que además de concebirla como una alternativa, la condiciona para que sea válida sólo si es capaz de ofrecer una protección de los derechos básicamente equivalente, “*a la alcanzable mediante el proceso*”²⁴³. Dicho autor vincula, por tanto, la viabilidad de la mediación a que la misma ofrezca protección a los derechos de las partes de una forma similar al proceso judicial.

Por su parte, BARONA VILAR establece que: “*Cuando se llega a un acuerdo y el proceso ya había comenzado implica una terminación anormal del proceso basado en el principio dispositivo que rige la autonomía de la voluntad. En este sentido, las formas anormales de terminación del proceso son medios a través de los cuales se produce una alternativa al desarrollo íntegro del proceso; por ejemplo, basta pensar en el desistimiento, la renuncia, el allanamiento, la transacción y la caducidad, con efectos procesales, ya sea por voluntad de una de las partes, que hace dejación de la pretensión o del proceso, bien por voluntad de ambas que dejan transcurrir el tiempo sin actividad alguna o porque deciden llegar a un acuerdo*”²⁴⁴.

Otros autores, como BELLOSO MARTÍN, aprecian una naturaleza híbrida en estos métodos al establecer que: “*Estos medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos en ocasiones son complementarios, sucesivos o previos a la vía jurisdiccional, pero no puede olvidarse que también constituyen vías alternativas*”²⁴⁵. Otros, como ARÍAS RODRÍGUEZ, llevan a confusión desde el

²⁴⁰Vid. GARCÍA VILLALUEGA, L., “La mediación familiar. Introducción a la mediación civil (especial referencia a la mediación familiar)”, *Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, 2008, pp.125-129.

²⁴¹Vid. HINOJAL LÓPEZ, S., “Los menores ante la mediación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 5, 2005, pp. 147-182.

²⁴²Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19 de abril de 2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas”, *Iuris-La ley*, Nº 77, noviembre 2003, pp.42-48.

²⁴³TARUFFO M., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p.105.

²⁴⁴BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative dispute resolution” (ADR) y derecho procesal*. Ob. cit., pp.196-197

²⁴⁵Vid. BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización. La Directiva europea 52/2008/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en AA.VV., *Direito Processual da*

punto de vista terminológica puesto que a pesar de denominarlos, “alternativos”, parece que los conceptúan como un complemento al proceso. Señala esta autora que: *“Ninguna duda se suscita en la UE respecto a que los métodos alternativos de solución de litigios facilitan un mejor acceso a la justicia, al igual que desempeñan una función complementaria de ésta sin pretensión de sustitución, a más de reconocerse explícitamente que esos medios denominados alternativos se adaptan mejor por su flexibilidad al carácter de determinados litigios, predominantemente los familiares, erigiéndose en instrumentos indiscutibles al servicio del apaciguamiento social”*²⁴⁶.

Por último, otro sector de la doctrina, deja al margen el debate de la complementariedad o no de la mediación, para profundizar sobre si es un buen método de resolución de conflictos. En este sentido, ANDRÉS CIURANA, pone de manifiesto que: *“La mediación y los demás métodos de solución de conflictos no deben entenderse como alternativas a la jurisdicción, ni siquiera como complemento de ésta. Se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, deben considerarse como medios independientes de acceso a la justicia, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de los ciudadanos”*²⁴⁷. Señalando a continuación que se debe dar la posibilidad al ciudadano de que elija entre varias opciones, cuál prefiere para resolver el conflicto. Pues, según ANDRÉS CIURANA: *“Una sociedad moderna, en la que prime el bienestar de los ciudadanos y la libertad como valor social básico, debe poner a disposición de sus ciudadanos diversos medios de resolución de conflictos y permitir que opten por aquél que mejor se ajuste a sus intereses. Constituye un error colocar la jurisdicción –la potestad estatal- en el centro del sistema de justicia civil y mercantil de un país y relegar los demás mecanismos de solución de conflictos al lugar de los medios alternativos, cuya única razón de ser se encuentra en que son medios idóneos para “descongestionar los tribunales”... La base para la reflexión se encuentra, pues, en la idea de libre acceso de los ciudadanos a la justicia y que el desarrollo de las ADR debe verse desde esta perspectiva, y con*

Universidade Estadual de Rio de Janeiro – UERJ, 2ª ed., Río de Janeiro, Año 2, Enero-Diciembre de 2008, pp.257-291.

²⁴⁶ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., “Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista Poder Judicial*, N° 88, p.136.

²⁴⁷ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, *Actualidad Jurídica*, N° 12, 2005, p.60.

*plena conciencia de que, en el fondo, ese desarrollo no depende de las leyes, sino del fomento de la «cultura de la mediación»*²⁴⁸.

Podemos concluir, que la mediación es considerada más como un complemento a la Justicia estatal, dada la importancia de la potestad jurisdiccional, aunque con la mediación se faculta a los ciudadanos para participar y afrontar de forma distinta sus conflictos; se trata de ofrecerles una opción más. Consideramos, pues, que se puede presentar la mediación como un complemento al proceso, no porque éste falle, sino porque no siempre se presenta como la vía óptima para resolver el caso concreto y se debe otorgar a las partes la posibilidad de que conozcan y elijan entre los diferentes métodos, aquél que se adecue mejor a sus necesidades. Tampoco puede considerarse que el hecho de acudir a la mediación suponga considerar como superado el sistema judicial. Autores, como DAMIÁN MORENO, ha sido reacios a considerar la alternativa de estos medios como una renuncia de los derechos del ciudadano. Así indica al respecto, que: *“Como cabe imaginar, la mayoría de los jueces han saludado con inusitada efusividad todo este tipo de medidas, pero en un momento en que, al fin, hemos conseguido poner el proceso al alcance de todos, pedirle ahora a los ciudadanos que renuncien a parte de sus derechos para que la justicia funcione, quizás resulte excesivo; desde luego no está mal saber que hay la posibilidad de hacerlo, pero logrando el adecuado equilibrio entre las distintas alternativas, de modo que sea su titular quien libremente decida qué hacer con su derecho... no vaya a ser que acabemos con el único instrumento que los poderes públicos han dispuesto para garantizar el respeto de nuestros derechos, ya que, de lo contrario, no sería extraño que haya quien acabara preguntándose si no le habrá llegado el fin a los derechos”*²⁴⁹.

Tras este resumen de las distintas posiciones doctrinales, consideramos que la mediación en ningún momento tiene que ser una renuncia de derechos, más bien al contrario, el ciudadano con la posibilidad de acudir a estos medios, adquiere un derecho muy importante como es la facultad de poder solucionar por él mismo sus controversias, adquiriendo en estos métodos un papel relevante la

²⁴⁸ ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, Ob. cit., p.62.

²⁴⁹ DAMIÁN MORENO, J., “Mediación, sí y justicia para todos”, *Diario La Ley*, Nº 6644, Año XXVIII, 5 Feb. 2007, p.24.

autonomía de la voluntad. La mediación no siempre va a resultar el mejor método para solucionar los conflictos, unas veces puede resultar mejor que la vía judicial, pero para otras cuestiones va a ser totalmente insuficiente y habrá que acudir al proceso judicial. Por tanto, no se trata tanto de enfrentar el derecho a un proceso judicial y a la justicia, con el resto de métodos alternativos de resolución de conflictos, sino de que el ciudadano opte por aquél método que considere que mejor se adapta a sus necesidades, considerando siempre su naturaleza complementaria, pues en caso de que a través de “los métodos alternativos” no se obtenga una resolución satisfactoria al conflicto, siempre puede ejercerse el derecho a acudir a la vía judicial, tal como faculta el artículo 24 CE.

1.3.3. LA JUSTIFICACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA MEDIACIÓN: JUSTIFICACIÓN JURÍDICA, SOCIAL, POLÍTICA Y MORAL.

La necesidad de resolver conflictos, sin la imposición de una autoridad externa, ha sido un interés compartido por los movimientos de reforma de la justicia en los últimos años. Cuando decimos esto, parece que la solución de los conflictos interpersonales no precisan de la decisión impuesta por la decisión de un tercero, porque las personas debiéramos estar preparadas para superar y resolver el conflicto del modo más conveniente, con o sin ayuda de otro, pero sin intervención decisoria de nadie, salvo en ocasiones extremas. Pero las causas y los efectos de una situación crítica o conflicto, hacen que las partes sean incapaces, en un momento dado, de recurrir a sus habilidades personales para solucionar el conflicto y necesiten de ayuda²⁵⁰.

En el Estado de Derecho, tiene perfecta cabida un procedimiento de resolución de controversias en el que no tiene que intervenir necesariamente un órgano del Estado, sin deslegitimar en absoluto la función del Estado y, en concreto, al poder judicial, para la resolución de conflictos, como potestad derivada de la soberanía del Estado y como servicio público de tutela judicial al

²⁵⁰ Es constatable el carácter tendencialmente conflictivo o crítico de las relaciones humanas y el nivel de desconfianza que podemos tener en las capacidades y habilidades humanas para conseguir la avenencia o el acuerdo. Tal vez, debido a esa desconfianza, en la actualidad, el proceso judicial se sigue presentando como el método de resolución de conflictos más utilizado.

ciudadano, siendo en el marco de este servicio donde se encuadraría la mediación²⁵¹.

En este sentido, RAMOS MÉNDEZ, puso de manifiesto en 1994, lo que hoy en día sigue teniendo plena vigencia, que: “*Todo el mundo ha pasado de lavar el honor con la espada, para lavarlo por la vía judicial. Hoy todo el mundo siente la necesidad de apelar a los Tribunales y a veces por cosas que no debían llegar a la vía judicial*”²⁵². Algunos autores se preguntan por qué acudimos de forma tan masiva a la vía judicial y si es el proceso judicial la mejor opción para todos los ciudadanos²⁵³. La jurisdicción como forma perfeccionada de resolución de conflictos, implica una vía heterocompositiva en la que un tercero imparcial interviene en un conflicto y cuya decisión, siempre de carácter vinculante, impone la solución al litigio. Este sujeto, el juez, viene obligado, por razón de su oficio y competencia, a emitir una solución, cuyo cumplimiento deben acatar las partes, lo que hace que se sitúe o actúe; no *inter partes*, sino *supra partes*, en un nivel superior. Sin embargo, en las fórmulas heterocompositivas elementales, entre las que podemos incluir el arbitraje, puede exigirse un elemento más de perfección, que ha sido alcanzado en el marco del Estado de Derecho, o más propiamente en el Estado de Derecho Constitucional. El efecto satisfactorio de la solución no se alcanza ya con una mera decisión, sino que es necesario o es un elemento imprescindible, la legitimación de ese poder de decisión²⁵⁴.

Actualmente, aunque la realidad se va transformando, podemos observar cómo los ciudadanos siguen acudiendo de manera generalizada a los tribunales para resolver sus problemas, en vez de utilizar otros métodos, posibles y lícitos

²⁵¹GONZALEZ CANO, M. I., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, Ob. cit., p. 136: “El vocablo mediación, utilizado para designar este procedimiento alternativo de resolución de conflictos, es cuando menos equívoco, y ello porque la primera idea que sugiere es la de la solución por medio o a través de la intervención de un sujeto determinado y ello realmente no es así. El mediador en el proceso de mediación no tiene más función que la de asistir o ayudar a las partes en su intento de superar del mejor modo posible, la situación en que se encuentran, es un técnico que enseña a las partes a comunicarse, a recuperar sus habilidades de diálogo...si eventualmente.”

²⁵²RAMOS MÉNDEZ, F., “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito patrimonial”, *Justicia*, Vol. IV, 1994, p.812.

²⁵³ORTUÑO MUÑOZ, P., y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Documentos de Trabajo*. Nº 110, 2000 pp.24 y ss. Estos autores, ponen de manifiesto que es necesario reservar el proceso, “para lo que es necesario”, puesto que en nuestra justicia se ha producido una “invasión de la jurisdicción por falsos litigios”.

²⁵⁴Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, Ob. cit. pp. 24 y ss.

¿Por qué se acude a los tribunales sin reparar en estos métodos alternativos? MEJÍAS GOMEZ²⁵⁵, ha establecido que son varios los motivos:

1.- *La Ausencia de cultura de transacción.* Lo que hace que todos los conflictos se pretendan resolver mediante la decisión de un tercero que, investido de poder, sea quien decida la solución. Por eso, a veces se piensa que un abogado negociador es un abogado débil, porque suele confundirse la capacidad de diálogo con la debilidad y la fortaleza con la intransigencia. La sociedad en la que vivimos es claramente competitiva y todo se analiza desde el binomio *perder/ganar*, lo que nos lleva a olvidar las excelencias de resolver y gestionar los conflictos mediante el acuerdo consensuado.

2.- *Paternalismo estatal*²⁵⁶. Los ciudadanos acudimos a los tribunales como medio de resolución de conflictos, por la tendencia a creer que todos los problemas de los ciudadanos deben ser resueltos por los poderes públicos, consecuencia de una errónea interpretación paternalista del Estado del bienestar. En las sociedades democráticas, los ciudadanos participamos activamente en los asuntos públicos y, en nuestra opinión, la resolución autónoma de muchos conflictos podría ser un asunto público, pues todos los ciudadanos estamos interesados en vivir en una sociedad que sabe resolver *autónomamente* muchas de sus diferencias, acudiendo sólo al Estado cuando no hay otra solución.

3.- *La complejidad jurídica de los casos.* La complejidad cada vez mayor de la vida social, también ha hecho más complejo al Derecho. En el campo del derecho civil, mercantil, penal y, en general en cualquier ámbito jurídico, los conflictos se han vuelto más especializados jurídicamente. Esa complejidad de la vida social y jurídica, nos ha hecho más capaces técnica y socialmente, pero, también nos hace sentir vulnerables, sentir que no estamos lo suficientemente preparados²⁵⁷. Todavía en nuestra sociedad, en la que el éxito es lo primero, se

²⁵⁵Vid. MEJÍAS GOMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, El Derecho Editores, 2009, pp.59 y ss.

²⁵⁶MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p. 62: “Como si fuésemos ciudadanos pasivos que no desean asumir su madurez social y sus responsabilidades, mientras que sí estamos acostumbrados a asumir otras múltiples responsabilidades de nuestra vida cotidiana (en el trabajo, con la familia, amigos, con el prójimo en labores altruistas)”.

²⁵⁷ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “Aproximación a la mediación prejudicial que viene”, *Diario La Ley*, Nº 7088, 8 de enero de 2009. Aunque se intenta una simplificación del acceso a la justicia, todavía tenemos un proceso judicial burocratizado; presentación de poderes, documentos, etc., ante los juzgados. No es necesaria la tediosa espera de las audiencias previas o a los juicios orales;

nos incapacita para enfrentarnos personalmente a problemas que son catalogados como “fracaso”; un divorcio, una mala relación padres/hijos, etc.

4.- *Creciente protagonismo social y político del poder judicial*. Los jueces y tribunales han pasado de ser personajes anónimos, desconocidos y de escaso interés social, a ser grandes protagonistas en los medios de comunicación²⁵⁸. Estos mismos medios alientan, en ocasiones, a utilizar los procesos judiciales como venganza, o con la intención de enquistar el conflicto, de hacerlo durar eternamente utilizando torticeramente todos los medios que nos ofrece el ordenamiento jurídico. Es lo que se denomina, *uso fraudulento del proceso*, que se utiliza, en vez de para sus fines legítimos y lograr la paz social, permitir la convivencia en sociedad o resolver litigio, para mantener la situación de conflicto, incluso para aumentarlo²⁵⁹. Se ha dicho que, el proceso judicial²⁶⁰, en muchas ocasiones se utiliza para agredir al contrario, para vencerle, sin embargo, resultan más afectados terceros que son completamente ajenos al mismo, como por ejemplo, los hijos en un divorcio. La *escenografía y el boato público* del proceso judicial, colaboran a hacer más dura e intensa la prolongación del conflicto, mientras un procedimiento como la mediación, no tendría esa trascendencia pública.

Desde esta cultura de paz y de autonomía, la jurisdicción, seguiría siendo la *última ratio*, a la que todos los ciudadanos pueden acudir para obtener esa tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Pero ello no impide la existencia de otros procedimientos de resolución y gestión de conflictos, los llamados ADR, entre los que podemos destacar la mediación. Lo que se viene denominando como, *justicia formal*, no puede dar respuesta a la totalidad de

no es necesaria en muchas ocasiones la comparecencia de procuradores y abogados, la presencia de secretarios.

²⁵⁸ SAAVEDRA LOPEZ, M., “Jurisdicción”, en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. (Eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000, p.228: “El acelerado desarrollo de la sociedad postliberal y las graves convulsiones políticas que ha sufrido ésta en el siglo XX, han mostrado, de un lado, la incapacidad de la ley para regular una multitud de relaciones y de situaciones imprevistas e imprevisibles, y han ocasionado, de otro, un fenómeno de desconfianza de los ciudadanos en muchas de las disposiciones adoptadas por el legislador, que aparecen como la pura manifestación de un poder político sostenido plebiscitariamente, o como el producto contingente y ocasional de los intereses que logran imponerse oscuramente en los centros de decisión política... Los jueces se han visto forzados a adquirir un mayor protagonismo en la resolución de los conflictos, impelidos por la necesidad de responder en su propio ámbito a las exigencias de una reproducción estabilizada y legítima de las relaciones sociales”.

²⁵⁹ Vid. URY, W. L. *Alcanzar la paz*, Ob. cit., p.91 y ss.

²⁶⁰ BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Reus, Madrid, 2009, p.9.

demandas y solicitudes que se le plantean. La falta de una respuesta, o la obtención de una respuesta meramente ritual, ha hecho que los sistemas jurisdiccionales virasen hacia instrumentos que sirvan, con resultados satisfactorios, a las demandas sociales.

Ante los conflictos jurídicos que se suscitan, dos son las líneas que podrían aglutinar las diferentes vías de solución de los mismos. Junto a la vía de la justicia estatal, institucionalizada y reglamentada, que responde a una intervención mayoritaria pero no única de los órganos jurisdiccionales, es posible también acudir a cauces privados, cuasi-privados o en todo caso cauces donde la participación de los sujetos que se encuentran en conflicto; bien sólo en la opción e inicio; o bien en el mismo desarrollo del procedimiento judicial.

La cultura de la mediación²⁶¹, que tiene por efecto que las partes mejoren sus relaciones, está penetrando como fundamento en la legislación ya que sus normas no son propiamente fuentes formales de derecho sino que son simplemente elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos²⁶². La ley es un elemento mediador entre la naturaleza de las cosas y la determinación de lo justo o, para algunos, entre los principios o normas del Derecho natural y la realización del Derecho positivo. En suma, las leyes no se obedecen únicamente por el temor que suscitan sus amenazas, sino más bien por la persuasión de su relación con la justicia. Podemos decir, que la mediación está incidiendo en toda la jurisdicción, porque la idea de justicia, tiene que ver mucho con su fundamento. Ello se ha olvidado durante la etapa codificadora y constitucionalista que ha dominado la Jurisprudencia desde comienzos del siglo XX, pero ahora, se es más consciente de su valor con la presencia del concepto de Justicia participativa.

Si definimos la justicia desde la doctrina de la mediación, como: *“Dar a cada hombre y a cada grupo social lo necesario para su desarrollo pleno,*

²⁶¹La mediación aparece así, como un forma “para” la resolución de conflictos y no “de” resolución alternativa de conflictos, a través de la cual las partes en conflicto llegan por sí mismas a una solución con la ayuda de un mediador que, con su formación, ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento. Entre las principales características de la mediación se encuentran la voluntariedad y la igualdad entre las partes, pudiéndose acceder a ella de forma autónoma respecto de la jurisdicción, así como, una vez que ya se ha planteado el conflicto ante la misma.

²⁶²Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. *Manuales de metodología jurídica. Vol. II. Metodología de las leyes o de las normas*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004, pp. 84 y ss.

*reconociendo su protagonismo en la solución de sus controversias*²⁶³. Esta idea puede parecer muy novedosa, pero podemos recordar que los ciudadanos de una democracia, somos los protagonistas, no solo en la solución de nuestras controversias, sino fundamentalmente en la elección de nuestros representantes que han de elaborar las leyes que resolverán las mismas. No obstante, al mirar hacia atrás en el tiempo, podemos observar como en todas las sociedades, los hombres y las mujeres han evolucionado hacia nuevos marcos de relaciones. Los avances técnicos y científicos van paralelos a los avances sociales, aunque siempre son más lentos y más pausados, pero no por ello menos progresivos²⁶⁴. En las relaciones humanas, ha señalado BILBENY²⁶⁵, es muy frecuente que se produzca el diálogo y la mediación de forma espontánea, casual e informal, fenómeno ajeno al Derecho. Ninguna norma jurídica, por ejemplo, puede impedir a un hermano mediar en la discusión entre sus otros dos hermanos, aunque sí puede establecer el límite de lo “mediable”.

Desde una posición de teórico y práctico en la mediación, W. URY, que ha trabajado en infinidad de ocasiones como mediador durante varias décadas con disputas familiares, enfrentamientos laborales y conflictos étnicos, explica que las personas con las que trabajaba, tendían a adoptar una actitud pesimista sobre el diálogo y la mediación. URY²⁶⁶, preguntó a la gente por qué la paz le parecía tan inalcanzable, recibiendo como respuesta tres claras creencias sobre el conflicto humano:

a) La primera de ellas, comienza con la presión social. Decían que sólo existiría un camino; al llegar a un desacuerdo serio, no queda más alternativa que rendirnos o ir a la guerra. La batalla con palabras o con armas, desempeña una

²⁶³MARQUEZ ALGARA, M^a G. *Mediación y administración de justicia. Hacia la consolidación de una justicia participativa*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2004, p.43.

²⁶⁴DE DIEGO VALLEJO, R., /GILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*.. Ob. cit., p.18: “Los conflictos y desavenencias, son inherentes a las relaciones personales y no debe considerarse que son malos en sí mismos. Es más, que son necesarios para provocar cambios, para dinamizar las interrelaciones en una dirección cada vez más justa y más respetuosa con los intereses y los derechos de todos. El nuevo paradigma que en este sentido emerge en las relaciones humanas exige gestionar sobre las diferencias y las divergencias y reflexionar sobre cómo encontrar estrategias para tratar de resolver los conflictos de manera democrática y negociada”.

²⁶⁵Vid. BILBENY, N., *Reglas para el diálogo en situaciones de conflicto*, Ob. cit., p.111.

²⁶⁶URY, W. L., *Alcanzar la paz*, Ob. cit., pp.31-40. W. Ury, en su obra, señala que hoy en día el desafío más importante que tiene nuestra sociedad, es el de abordar las diferencias que surgen entre las personas. Este desafío puede plantearse a cualquier nivel y puede afectar a todas las esferas de nuestra vida cotidiana; matrimonios, amigos, socios comerciales, compañeros de trabajo, vecinos o naciones. En conflicto es inherente a cualquier relación.

función esencial como recurso final y como árbitro definitivo en los asuntos humanos.

b) La segunda, se refería a la lógica de la vida. Son muchas las razones por las que las personas pelean; desde los intereses conflictivos hasta la cólera, la pasión y el miedo, pasando por las luchas de poder. La vida es una lucha continua.

c) La tercera, centraba el conflicto en la naturaleza humana. Los seres humanos siempre han peleado desde el principio de los tiempos y siempre lo seguirán haciendo. El conflicto destructivo, la violencia y la guerra, son inherentes a la naturaleza humana y, por tanto, inevitables.

Si extrapolamos la encuesta de URY al ámbito de los conflictos familiares, ya que nuestro estudio se centrará en la mediación familiar principalmente, podemos entender que la población tenga dudas respecto de la mediación familiar, por el elevado grado de tensión emocional que conlleva la dinámica de la mediación. Sin embargo, tal vez sea mayor la tensión emocional en la dinámica confrontativa de los esquemas judiciales adversariales²⁶⁷. Podemos resumir estos conflictos familiares en los siguientes:

-Los conflictos familiares son muy densos psicológica y emocionalmente. En ellos se pone a prueba, precisamente en base a esta situación emocional, la capacidad de contención racional de los sentimientos y las mismas facultades racionales de las personas a la hora de alcanzar acuerdos. Las partes implicadas, a veces, no se ven capaces de llegar por sí mismas a soluciones consensuadas de futuro, viéndose abocadas a aceptar la decisión externa e imperativa (sentencia) de un tercero ajeno al conocimiento y experiencia de ese conflicto (el juez), que más tarde será objeto de impugnaciones, si hay cambio de circunstancias, cuando no de incumplimientos reiterados²⁶⁸.

- Los conflictos familiares afectan a cuestiones de naturaleza personal y a la intimidad de cada sujeto, pareja y familia. Por lo que parece inadecuado un

²⁶⁷LUQUIN BERGARECHE, R. *Teoría y práctica de la mediación familiar, intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p.44.

²⁶⁸UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “Nueva perspectiva en la gestión judicial de los conflictos familiares”, *Revista de estudios jurídicos*, Nº 2007, 2007, p.85: “El proceso judicial es una sucesión de actos de naturaleza racional dirigidos a lograr, en base al principio de contradicción de las pretensiones opuestas de cada parte, el convencimiento suficiente del juez acerca de los hechos como premisa para dictar una resolución que ponga fin al conflicto. Lo que realmente sucede es que, debido a los reiterados incumplimientos, en este ámbito, “tras la sentencia, empieza el verdadero pleito”, y con frecuencia un auténtico calvario personal y familiar para los implicados en un conflicto (la pareja, los hijos, la familia extensa...) que queda a lo largo del tiempo indefectiblemente irresuelto”.

proceso de naturaleza pública, como es el judicial, para el abordaje y tratamiento de unos conflictos en los que se ventilan cuestiones personalísimas y directamente vinculadas con la intimidad de los seres humanos y los grupos familiares.

- Los conflictos familiares no son de naturaleza estática, sino dinámica. Lo que quiere decir que lo que puede ser objeto de disputa en un momento determinado, puede no serlo después, y viceversa, pues las relaciones jurídicas sobre las que se sustenta el conflicto y la aparición en éste de nuevos elementos personales, relacionales, emocionales, nuevas circunstancias, hacen que constantemente se ponga en entredicho lo resuelto en un determinado momento y lugar, en base a una situación de hecho que, poco o nada, tiene que ver con la nueva realidad vivida²⁶⁹.

- Aunque el Derecho de familia, ha sufrido y está sufriendo profundas transformaciones, todavía hoy, el proceso de familia se encuentra sustentado en gran medida en una dinámica basada en la existencia de categorías de “víctima” y de “culpable” de los hechos, “vencedor” y “vencido” en el juicio, sin deparar en el coste personal que esta negativización y demonización del contrario, tiene y genera en el conflicto y sobre todo en los menores de edad.

- La propia naturaleza de las relaciones que se deciden en la sentencia dictada en los procesos de Derecho de Familia, y la especial importancia del elemento psicológico a la hora de determinar el interés superior de los menores de edad (la adopción de medidas que protejan su bienestar físico y psíquico en cada caso), hace que cobre especial relevancia el dictamen de los especialistas de profesiones no jurídicas, especialmente de la psicología y el trabajo social. En qué medida el Derecho de Familia, pase a ser permeable y sensible a la intervención de otros profesionales y de otras disciplinas y enfoques, que no encajan con los formalismos y rigideces propias del proceso judicial, es una cuestión importante para la mediación familiar²⁷⁰.

²⁶⁹Vid. LUQUIN BERGARECHE, R. *Teoría y práctica de la mediación familiar, intrajudicial y extrajudicial en España*, Ob. cit., p.44: “Sólo la voluntad libre y continuamente renovable de las personas puede ser capaz de adaptarse de forma tal a los cambios que se viven, y por ello el proceso deviene inadecuado y rígido por su determinismo espacio-temporal y por su carácter heterocompositivo, que impide asumir un protagonismo a los verdaderos protagonistas de los conflictos familiares y por tanto artífices de su solución y que son los implicados en ellos”.

²⁷⁰LUQUIN BERGARECHE, R. *Teoría y práctica de la mediación familiar, intrajudicial y extrajudicial en España*, Ob. cit., p.46: “La tarea del Derecho, con mayúsculas y el pretendido “automatismo de la respuesta judicial” quedan en este ámbito, en entredicho, si tenemos en cuenta que, en ocasiones, y debido a la imposibilidad del juez de abarcar distintos enfoques del todo

- Se puede advertir la debilitación de la facultad judicial de “*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*”, y del papel garantista del principio de legalidad positiva, que se manifiesta en las amplias facultades discrecionales de las que goza el juez de familia, debido a la proliferación en esta materia de conceptos jurídicos indeterminados²⁷¹. Al contrario de lo que sucede en otros campos del Derecho, en los que la resolución del caso es más o menos previsible y automática dentro de ciertos límites, piénsese en el Derecho penal, en el que el silogismo de la decisión judicial es un último eslabón en la labor de concreción de la norma legal, el Derecho de Familia, por contra, se caracteriza por permitir un margen de imprevisibilidad en la respuesta judicial, lo que lo cual se convierte en la práctica, en fuente de una litigiosidad innecesaria y, en ocasiones, estéril.

Ante esta realidad, la mediación puede tener algunas respuestas ante lo que constituye una argumentación aparentemente invencible, pues, parece haber pocas probabilidades de cambiar un patrón de conducta tan arraigado y fundamental, para hacerlo más cercano a las partes, par instaurar una cultura de paz y de comunicación entre ellas. A la luz de todos estos problemas, algunos autores, como ORTUÑO MUÑOZ²⁷², coinciden en diferenciar entre, *divorcio legal* y *divorcio emocional*, término mucho más amplio, así como entre partes del conflicto familiar y partes procesales, al tratar de una *litis de familia*. El conflicto familiar se extiende, a diferencia del proceso civil ordinario, por encima o más allá de los límites de la pareja implicada en la ruptura (se extiende a los hijos y a otras personas miembros de la familia extensa como los abuelos y otros familiares cercanos), que no tienen suficiente ocasión de ser escuchados ni tomados en consideración a lo largo de la vista judicial, ni en ningún momento de las actuaciones ni de las resoluciones judiciales, aunque se vean afectados por ellas. Otros autores, como ENTELMAN²⁷³, consideran que el sistema jurídico,

necesarios, dados estos intereses superiores, la autoridad judicial acaba delegando “de facto” en estos otros profesionales, la decisión última sobre el caso”.

²⁷¹Ejemplos de estos conceptos jurídicos indeterminados en nuestra legislación: “*Interés familiar más necesitado de protección*”, de los artículos 96 y 103 del antiguo Código Civil; “*incumplimiento de la los deberes de protección en la situación de desamparo del menor*”, en el antiguo artículo 172 del Código Civil; el “*interés o beneficio del menor*”, del artículo 92 del Código Civil y de la ley Orgánica 1/96, “*proporcionalidad*” del artículo 146 del CC, para la fijación de la cuantía de los alimentos.... “.

²⁷²Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P.: “La mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del Derecho de familia)”, *Revista de derecho de familia*, Nº 7, 2000, p. 45.

²⁷³Vid. ENTELMAN. R. *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Ob. cit., p. 53. Para Entelman, el derecho sería un sistema de normas que cumplen el doble rol de disuadir conductas

considerado como técnica de motivación social, representa un progreso indiscutible en la organización de la sociedad moderna, que al retener y administrar centralizadamente el monopolio de la fuerza, excluye a sus miembros del uso privado de la violencia. Las normas jurídicas funcionan en la vida social como instrumentos para la resolución de conflictos, entre pretensiones incompatibles entre dos o más sujetos, pero las normas jurídicas no encajan con la problemática del conflicto en toda su expresión.

Podemos decir que la mediación, como método novedoso de resolución de conflictos surge en este marco, como un sistema autónomo y específico, que cuenta con sus propios métodos y técnicas, con un marco de referencia teórico y un conjunto de conocimientos académicos. Ello sin minimizar la importancia de la figura del mediador, de su actitud, capacitación y destreza, siendo éste el que tiene la capacidad de ver en los conflictos una oportunidad de reequilibrar las relaciones humanas y, llegado el caso, de ayudar a las personas en su propio desarrollo²⁷⁴. Es por todos estos beneficios, por lo que últimamente se está consiguiendo una mayor difusión de la mediación entre los distintos ámbitos sociales, además de por otros factores, como son:

-Que se ha extendido mucho el conocimiento de la palabra mediación, debido a la reciente actividad que se está desempeñando en este ámbito para la resolución de conflictos, incluso en las escuelas primarias.

-La mediación se está difundiendo a todos los niveles de la sociedad a través de la obligatoriedad de la mediación familiar, en temas de custodia de hijos, dentro de la jurisdicción civil de Derecho de familia²⁷⁵.

declaradas prohibidas y de brindar apoyo a sus miembros para resolver conflictos, poniendo a disposición de una de las partes, en determinadas situaciones la fuerza monopolizada por la comunicada a ese efecto. Pero esta metodología no siempre está disponible para todos los enfrentamientos, pues existen otras problemáticas no regladas por el Derecho que nos vuelve insensibles a una realidad en la que solemos estar en conflicto con alguien contra nuestra voluntad, o sin advertirlo.

²⁷⁴RUBIN, J., D. PRUITT, D., y HEE, S., *Social conflict: escalation, stalemate and settlement*, McGraw-hill, New York, 1986. Estos autores, cuando trataban la forma de cómo analizar los conflictos y la tipología de los conflictos como herramienta de mediación, definían el conflicto como: “La diferencia de intereses percibida, o creencia que las partes en sus aspiraciones normales no pueden alcanzar simultáneamente” (p.5). Con esta idea, el conflicto se manifiesta ya de forma general en la interacción, en lo social, siempre más allá del individuo.

²⁷⁵BUTTS GRIGGS, T. “La mediación en Norteamérica”, en, SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coord.) *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Ob. cit., p.206: “Los juzgados de apelación del circuito Federal tienen su propio programa de mediación. Recientemente, desde septiembre de 2006, en un cambio que refleja una tendencia y la opinión de expertos en la administración de justicia, este programa federal es obligatorio para aquéllos casos derivados a ello. Existe una base de datos desarrollada en un

- La colaboración de Colegios de Abogados y Tribunales de Justicia para promover su conocimiento, por ejemplo, a través de semanas sobre mediación o *settlement week*²⁷⁶, ha ayudado a sensibilizar los juzgados, los abogados y a muchos ciudadanos, especialmente en lugares donde todavía no existen programas de mediación judicial.

-En las facultades de Derecho de algunas Universidades, se están incorporando en el currículo, distintos cursos sobre negociación y mediación, así como cursos sobre la resolución alternativa de conflictos en la gestión de los Grados, en temas como recursos humanos y gestión de empresas. Es más, es obligatorio en algunos Colegios de abogados, el que sus colegiados tomen cursos sobre distintos métodos ADR.

También las políticas públicas en materia de justicia, en estos últimos años, se han enfrentado al desafío de modernizar el sistema de administración de justicia, no sólo por la vía de aumentar la capacidad de éste para resolver conflictos, sino también haciéndose cargo del modo en que el sistema los resuelve²⁷⁷. Diversas iniciativas se encaminan en tal sentido. El modelo de adjudicación de derechos, hasta ahora predominante en nuestro ordenamiento jurídico, resulta especialmente inadecuado para resolver determinados conflictos. Por ejemplo, en los conflictos familiares por la naturaleza sistémica de éstos y el tipo de relaciones que están en juego. Por ello, a través de la introducción de la mediación, se pretende proporcionar a las partes instancias para llegar a soluciones cooperativas, donde se privilegie la participación directa de los involucrados, se mitiguen los niveles de confrontación y se mejoren los niveles de bienestar social²⁷⁸.

Gran parte de los autores que escriben sobre mediación, concuerdan en su carácter autocompositivo, en el rol facilitador del mediador y en la búsqueda de

proyecto del Colegio nacional de Abogados, el *American Bar Association*, en conjunto con la, *Hewlett Foundation*, que recopila todos los programas de mediación judicial en Estados Unidos, junto con su información de contacto y características. Estos programas están caracterizados según su nivel judicial, extensión geográfica, servicios y otra información”.

²⁷⁶Estos programas duran una semana y en algunos lugares se celebran una, dos o más veces al año. Los casos se derivan a la mediación, a veces por el juez y a veces voluntariamente. Se mandan tanto los casos complejos y antiguos como los más simples y nuevos.

²⁷⁷SAAVEDRA LOPEZ, M. “Jurisdicción”, Ob. cit., p.225: “En el Estado de Derecho el juez tiene como misión la correcta operatividad o instrumentalización de la ley y por ello hay que dotar a su función de las garantías que aseguren el éxito de esa labor instrumental. Tales garantías son epistemológicas, políticas y procesales”.

²⁷⁸Vid. VARGAS PAVEZ. M. “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación” *Revista de Derecho*, Vol. XXI, Nº 2, 2008. pp.183-202

satisfacción de los intereses y necesidades de las partes que permite, de ser necesario, la continuidad de las relaciones de los involucrados, como ocurre sobre todo en los conflictos familiares²⁷⁹. Su estudio se ha situado principalmente en el marco de procesos de ruptura de pareja, separación y divorcio, sin perjuicio de que ella puede cubrir un ámbito de intervención mayor, como, por ejemplo, los conflictos familiares intergeneracionales.

La incorporación de los mecanismos alternativos dentro de los procesos de reforma de los sistemas judiciales, puede tener variadas motivaciones. A juicio de VARGAS²⁸⁰, existen tres grandes justificaciones para el establecimiento de estos métodos: (a) Aumentar el acceso a sistemas de resolución de conflictos para aquellos casos que de otra manera no tendrían respuesta, principalmente aquellos que afectan a los sectores más pobres; (b) descargar de trabajo a los tribunales haciendo más eficiente su gestión y; (c) mejorar la calidad de soluciones a través de una mayor participación de las partes. Respecto a esta última justificación, algunos autores, como PEÑA, considera que para sostener económica y socialmente los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, se puede apelar a su vinculación con el proceso judicial: “*Poseen importantes ventajas para una política de justicia que desee ser eficiente y socialmente adecuada*”²⁸¹. El creciente aumento de los litigios y la mayor heterogeneidad en la composición de éstos, imponen al Estado el deber de brindar a la ciudadanía una oferta heterogénea de protección y tutela jurisdiccional. Además, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, ofrecen mayores niveles de bienestar social, en función de los menores costos que involucran y de la ampliación de acceso que provocan.

En el caso de los conflictos familiares, que son los que nos afectan en el tema de la mediación familiar, estas razones adquieren mayor relevancia debido a los singulares rasgos que este tipo de problemas poseen²⁸². En primer lugar,

²⁷⁹Vid. CÁRDENAS, E., *La mediación en conflictos familiares*, Editorial Lumen/Humanitas, Buenos Aires, 1998, p. 64; SUARES, M., *Mediando en sistemas familiares*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2002, p. 244; HAYNES, J., *Fundamentos de la Mediación Familiar*, Gaia Ediciones, Barcelona, 1993, p.17; MOORE, C., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ob. cit., p. 44.

²⁸⁰Vid. VARGAS, J. E., “Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial”, *Revista sistemas judiciales*, N° 2, 2002, p. 13-17.

²⁸¹PEÑA, C., “Los sistemas alternativos de resolución de conflictos”. *Revista de estudios sociales*, N° 88,1996, p. 91.

²⁸²Vid. CÁRDENAS, E., *La mediación en conflictos familiares*, Ob. cit., p. 65.

porque los mecanismos alternativos son especialmente adecuados para abordar los conflictos de familia, por la naturaleza sistémica y multidimensional de éstos. El sistema familiar está compuesto por diversos subsistemas (parental, conyugal, fraternal), que generan un abanico de relaciones de interdependencia entre sus miembros. De ahí que la ruptura de pareja, que pone fin al subsistema conyugal, no debiera afectar las relaciones entre padres e hijos, aunque en la práctica esto ocurre con no poca frecuencia. En segundo lugar, porque las soluciones en las que uno gana y el otro lo pierde, propias del sistema de adjudicación judicial de derechos, no contribuyen al ejercicio compartido de los roles parentales. Por el contrario, la adjudicación que supone la definición de vencedores y vencidos, no hace sino ahondar las diferencias y desacuerdos al interior de las familias. Por ello, se considera que este tipo de problemáticas exigen dejar atrás un, “*criterio individualista y lineal propio de nuestro derecho*”²⁸³, y dar paso a un criterio integrador y sistémico, que permita la mantención de las relaciones parento-filiales, más allá de la ruptura de pareja.

Al hablar de su justificación, también es necesario hablar de la voluntariedad en la utilización de la mediación. Hay consenso entre la doctrina de que la participación libre y voluntaria de las personas en un proceso de mediación, es uno de sus principios rectores. Nadie puede ser compelido a participar en una mediación, ni menos a llegar a acuerdos. La voluntariedad no solo se agota en la decisión de acceder al proceso, sino que exige asumir un rol protagónico en su desarrollo. Impone a las partes disponer de un ánimo colaborativo, adoptar una actitud activa en la búsqueda de alternativas de solución, tener apertura y flexibilidad para escuchar y valorar las alternativas propuestas por el otro. Incluso, hay quienes sostienen que estas exigencias pueden ser consideradas como verdaderos deberes éticos de las partes dentro de un proceso de mediación²⁸⁴.

La voluntariedad tiene dos dimensiones. La primera, comprende la etapa inicial del proceso –cuando la persona toma la decisión de acogerse a él– y, la segunda, comprende la facultad de retirarse de éste en cualquier momento sin necesidad de justificar los motivos, pues con que una sola de las partes decida no

²⁸³VARGAS PAVEZ. M. “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación” Ob. cit., p.197.

²⁸⁴GOMEZ, P. ,“Propuestas y reflexiones éticas acerca del ejercicio de la mediación en Chile como forma de resolución no adversarial de los conflictos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N°1999, p. 374.

continuar, el mediador pondrá fin al proceso. Los mediadores sostienen que en la medida que las personas participan directamente en la construcción de las soluciones, hay un mayor nivel de acuerdos, de satisfacción y de cumplimiento. Pero si uno de los principios fundantes de la mediación es la participación voluntaria de los involucrados en el conflicto, entonces, la expresión “mediación obligatoria”, no parece del todo adecuada o solo debe implicar la información sobre la mediación y solicitar iniciarla, no completarla²⁸⁵.

En un estudio sobre la eficacia de la mediación realizado en 1997, BRETT, BARSNESS Y GOLDBERG²⁸⁶, distinguen entre mediación voluntaria y mediación involuntaria. En el primer grupo –mediación voluntaria o facultativa–, se encuentran aquellos casos en que se llega a mediación por el acuerdo de las partes, por la solicitud de una de ellas o por el consejo de una tercera persona. En el segundo grupo –mediación involuntaria–, se encuentran aquellos que acceden al proceso porque han sido requeridos por una cláusula contractual, por orden del tribunal o la sugerencia del juez.

Por su parte, MOORE²⁸⁷, ha señalado que existen cuatro grandes vías de ingreso a la mediación; (a) por iniciativa directa de las partes, sea de una de ellas o ambas de común acuerdo; (b) por remisión de participantes secundarios, entendiendo por ellos a quienes no siendo partes directas están interesadas en la resolución de conflictos, como por ejemplo, familiares, amigos, vecinos o cualquier otra persona a quien pueda beneficiar la solución del conflicto; (c) por iniciativa directa del propio mediador y; (d) por designación realizada por una autoridad²⁸⁸.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre la mediación obligatoria y voluntaria parecen diluirse, pues, la mediación situada en el contexto judicial, siempre será mediación “obligatoria” (voluntariedad mitigada), sea que opere por

²⁸⁵Vid. VARGAS PAVEZ. M. “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación” Ob. cit. p.193.

²⁸⁶Vid. BRETT, J., BARSNESS, Z. Y GOLDBERG, S., “La eficacia de la mediación. Un análisis independiente de casos gestionados por cuatro importantes proveedores de servicio”, en, BURS, M.I. (Coord.), *Suplemento de Resolución de Conflictos* (R.C.), La Ley, Buenos Aires, 1997, pp.1-9.

²⁸⁷Vid. MOORE, C., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ob. cit., pp.89-91.

²⁸⁸En este último caso, no distingue si se trata de un juez u otra autoridad y si la designación corresponde a una orden o una sugerencia de ésta, aceptada por las partes, pero, claramente las tres primeras parecen aludir a la mediación voluntaria de BRETT, BARSNESS Y GOLDBERG, mientras que la última puede clasificarse como de mediación involuntaria.

mandato legal o por orden o sugerencia del juez. Como se aprecia, el elemento determinante está dado por la intervención judicial, la voluntad de las partes aparece entonces “mediada” por la autoridad. La mediación facultativa o esencialmente voluntaria, sería aquella que se desarrolla fuera del sistema judicial y que nace por iniciativa propia de una o de ambas partes o por recomendación o derivación de un tercero significativo para ellas. Otros autores, como VARGAS²⁸⁹, consideran que no es posible la mediación voluntaria en sede judicial y que, cualquier tipo de mediación anexa a los tribunales, es una modalidad de mediación obligatoria. Entendiendo, que es el inicio de la mediación lo obligatorio, no pudiendo ser obligado concluir necesariamente un acuerdo.

Visto así, la llamada mediación obligatoria o involuntaria, presenta ventajas y desventajas. Desde el punto de vista de las ventajas, se sostiene que a través de la mediación obligatoria accede un volumen mayor de casos que por la vía de la voluntaria, lo que permitiría una reducción de costes de los programas y servicios de mediación y una mejor asignación de los recursos del sistema de administración de justicia, que se volvería más eficiente en su gestión. Por otra parte, la mediación obligatoria podría significar a largo plazo un aumento de la utilización voluntaria de este mecanismo, dado que las partes podrían conocer y vivenciar un proceso de resolución de conflictos que, probablemente, de otro modo no hubieran intentado. No obstante como contrapartida, puede decirse que la mediación involuntaria supone romper con una larga lista de barreras psicológicas de las partes que la mediación obligatoria resuelve sin problemas²⁹⁰.

En relación a las desventajas, se ha señalado que la comparecencia obligatoria podría significar forzar a las partes a participar en un proceso que, por una razón u otra, puede ser inapropiado para ellas. También puede provocar la

²⁸⁹Vid. VARGAS PAVEZ. M., “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación” Ob. cit., p.194: “En otras palabras, debemos abandonar la idea de que en sede judicial la mediación obligatoria es más perniciosa que la voluntaria o que vulnera los principios rectores del proceso. En ese escenario, no es más que una falsa dicotomía. Pese a que las diferencias entre una y otra se diluyen y la búsqueda de argumentos a favor de la mediación obligatoria parece innecesaria, puede reconocerse la utilidad de conocer los beneficios y los costes que se atribuyen a la obligatoriedad de la mediación y las recomendaciones de organismos especializados sobre la materia”.

²⁹⁰Por ejemplo, si una de ellas sugiere la mediación, la otra puede sospechar que su propuesta busca obtener alguna ventaja posterior, como por ejemplo, obtener algún grado de información y/o intentar demorar el proceso. Otras barreras incluyen la ignorancia y la desinformación, la inercia (es mejor hacer las cosas como siempre se han hecho), el temor a lo desconocido y el temor a perder el control (como si esto último realmente fuera posible en un proceso judicial).

generación y mantención de programas de mediación de baja calidad, además de poner obstáculos a las partes en la búsqueda de solución de sus conflictos

En EEUU, *The State Justice Institute*, ha sugerido que los programas de mediación obligatoria debieran operar siempre y cuando se pueda garantizar que:

- a) Los costos de la mediación sean cubiertos por el Estado;
- b) no existan coerciones para llegar a acuerdos;
- c) Los mediadores y los programas de mediación sean;

- (i) de alta calidad,
- (ii) de fácil acceso,
- (iii) permitan la participación de las partes,
- (iv) permitan la participación de los abogados, cuando así lo deseen las partes y
- (v) brinden información clara y completa sobre los procesos y procedimientos precisos que se requieren.

Por su parte, y en relación directa con la mediación familiar, la Recomendación N° R (98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, establece que la mediación, en principio, no debe ser obligatoria, sin perjuicio de lo cual los Estados Miembros son libres de organizar y ofrecer la mediación como ellos estimen conveniente; con independencia de cómo estos programas se organicen, se sugiere a los Estados contemplar mecanismos apropiados para asegurar la existencia de procedimientos de selección, capacitación y calificación de los mediadores y fijar estándares para el trabajo de éstos.

El establecimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el sistema judicial que afecta a la familia, por su parte, responde a un doble objetivo de política pública. Primero, buscan mejorar el acceso al sistema judicial, ofrecer respuestas más adecuadas de acuerdo a la especial naturaleza de cierto tipo de conflictos y, segundo, persiguen mejorar la gestión de los tribunales en materia de ligiosidad familiar, contribuyendo a su descarga²⁹¹. En ese contexto, la mediación constituye uno de los pilares de la reforma a la “justicia familiar”, pues ofrece a las partes un espacio de colaboración para la construcción de consensos, principalmente en los casos de conflictos por la ruptura de la pareja. Permite restablecer los canales de comunicación rotos y asociar a las partes en la búsqueda de soluciones mutuamente satisfactorias, considerando siempre los intereses y derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, tanto si la derivación nace por orden o por sugerencia del juez, se trata de una mediación obligatoria o involuntaria. Razón por la cual, más que atender a los argumentos que

²⁹¹SUARES, M., *Mediando en sistemas familiares*. Ob. cit. p.245.

justificarían la derivación obligatoria a mediación, es necesario preguntarse; cómo hacer más eficiente y eficaz la mediación judicial o anexa a tribunales en función de los propósitos deseados.

Existen buenas razones para mantener y fortalecer la mediación anexa a tribunales, al menos en una primera fase de legitimación cultural y jurídica de este mecanismo, porque permite aumentar el volumen de casos derivados y “presentar” la mediación a las partes y sus abogados, quienes podrían hacer uso de ella en el futuro²⁹². Desde una perspectiva de política públicas, entonces, parece viable y aconsejable tomar medidas para afianzar la mediación familiar anexa a tribunales, en cualquiera de sus modalidades y, una vez que se haya instalado culturalmente, comenzar a delinear cursos de acción destinados a promover e incentivar la mediación voluntaria fuera del contexto judicial. Es una opción ineludible, como ha señalado BARONA²⁹³.

La mediación es uno más de los procedimientos existentes para la resolución de conflictos²⁹⁴, es una de las posibles fórmulas que pueden servirnos, no es un método infalible pero, sin duda, es uno de los métodos más aceptables y satisfactorios que existen, pues ningún otro se exhibe tanta flexibilidad, respeto, apoyo humano y tanta destreza interactiva, más aún si tenemos en cuenta que si nos referimos al conflicto en términos amplios, puede ser relativamente fácil alcanzar un acuerdo en su aspecto pero no en otro, si intentamos precisar, pues inmediatamente nos damos cuenta de que estamos ante un proceso y un concepto y práctica complejos.

Al hablar de mediación, nos damos cuenta que definirla no es una pretensión trivial ni fácil, porque implica entrar en un discurso teórico complejo, que se origina en ámbitos disciplinarios muy diferentes y discordantes y que se ve engrosado por un cúmulo de prácticas aún más inconexas y plurales, además de que partimos de que en los textos sobre mediación, no siempre figura una definición explícita de este fenómeno que podríamos considerar bastante reciente,

²⁹²BERNAL, T., *La mediación: Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Colex, Madrid, 1998, p.55.

²⁹³VID. BARONA, S., *La solución extrajudicial de conflictos. ADR y derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp.34-43.

²⁹⁴REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos. La tipología de los conflictos como herramienta de mediación*, Ob. cit., p.20. Para Redorta, el proceso requiere la intervención de una tercera persona, distinta a las enfrentadas, un profesional dotado de habilidades mediadoras y de enorme flexibilidad y creatividad negociadora.

si lo comparamos con los instrumentos e instituciones jurídicas utilizadas más históricamente. Sabemos que partimos de un concepto pluridimensional y pluridisciplinar, aunque al estudiar este fenómeno en profundidad, pretendemos llegar a un concepto más “restringido” de mediación, en el cual se intentará una síntesis comprensiva de la variedad de fenómenos que implican este método de solución de conflictos.

1.4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN: LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

En los Estados Democráticos de Derecho contemporáneos, la separación de poderes es una de las piezas clave de nuestro sistema de justicia. A la luz de la separación de poderes, como ha señalado DE ASÍS ROIG²⁹⁵, a los jueces les compete aplicar la ley, interpretarla y administrar en contrapeso o control del resto de poderes del Estado. Uno de los elementos en los que reposa la mayor legitimidad de los Estados de Derecho modernos, es la capacidad estatal de resolver los conflictos surgidos entre los particulares. La conflictividad en la sociedad es cada día mayor, el sistema económico actual crea demasiados conflictos. Al ser la justicia uno de los valores fundamentales de la democracia, y uno de los poderes esenciales del Estado, su función se convierte en un servicio público que debe ser asumido en su totalidad por el Estado.

En la teoría del Derecho, un autor tan importante como KELSEN, pudo afirmar que el valor de la justicia, tomado en un sentido moral, es un ideal

²⁹⁵ DE ASÍS ROIG, R. *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p.50: “Desde un punto de vista muy genérico, es posible diferenciar dos sentidos de la separación de poderes. Por un lado, lo que podemos denominar como sentido restringido, que entiende que entiende este requisito en clave funcional, por otro, lo que podemos denominar como sentido amplio que, además añade una perspectiva de control y contrapeso. En virtud del primero de los sentidos, la separación de poderes no es otra cosa que el resultado de la asignación de diferentes tareas en el interior del ordenamiento. Así, este principio exige única y exclusivamente que el Poder cumpla con aquellas tareas necesarias para que el Derecho sea un sistema de normas que tiene como función genérica el control social. Desde esta perspectiva, la separación de poderes no implica necesariamente que las tareas sean realizadas por distintos órganos, aunque tampoco lo descarta. El sentido amplio, por el contrario, al incorporar la dimensión del control y contrapeso, añade a lo anterior, precisamente esa exigencia: las tareas deben ser desarrolladas por órganos distintos. Desde esta perspectiva, la división de poderes no es única y exclusivamente una conclusión lógica de un concepción de Derecho como sistema de normas, destinadas al control social.”

individual que no es accesible al conocimiento jurídico, debido a los conflictos materiales de intereses y valores entre los individuos: *“Que el hombre, sujeto a un orden moral o jurídico sea “libre”, significa que él es término final de una imputación posible, sólo en base en ese orden normativo”*²⁹⁶. Según KELSEN, la solución de tales conflictos sólo puede lograrse por un orden jurídico que; o bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro (que es lo que normalmente hace la justicia impartida por el Estado, a través de las decisiones judiciales); o bien, trata de establecer una transacción entre los opuestos, que podría ser la de realizar una transacción propiamente dicha, o una mediación, para llegar a un acuerdo más o menos justo y equilibrado. En todo caso, el positivismo jurídico de KELSEN, rechaza la utopía de un sociedad justa: *“La fe en la posibilidad de una comunidad solidaria, en que todos tienen una sola y, por consiguiente, una buena voluntad, se funda o en una ignorancia de la naturaleza humana o en la fe en la posibilidad de su cambio radical. El hombre: es éste el material con el que debe ser construido también la casa de un futuro ordenamiento social; es el mismo material del que está hecho ya el Estado de hoy y de ayer, y que ciertamente, es a la vez un motivo por el que esta casa deja tanto que desear, aunque no por esto se debe asumir que, con este material, no se podría construir mucho mejor. Sin embargo, el que cree poder construir el palacio del futuro con otro material, el que funda su esperanza en una naturaleza diversa de aquella que conocemos, debe terminar sin salvación en el país nebuloso de la utopía”*²⁹⁷.

El positivismo jurídico posterior a KELSEN, fundamentalmente en la obra de HART, ha suavizado esta posición sobre la justicia en el Derecho, pero no hasta el punto de incluir la idea de justicia en la definición del Derecho²⁹⁸. No obstante, la

²⁹⁶KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1993, p.107.

²⁹⁷KELSEN, H., *Socialismo y Estado*, trad. de Rolf Behrman, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1985, p.100.

²⁹⁸HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p.261: “Porque si aceptamos el parecer de Radbruch y, con él y los tribunales alemanes, protestamos contra la ley injusta en forma de un aserto de que ciertas normas no pueden ser legales en razón de su iniquidad, estaremos confundiendo una de las maneras más poderosas, por ser la más simple, de la crítica moral. Si, al unísono con los utilitaristas, hablamos lisa y llanamente, diremos que ciertas leyes pueden ser tales, pero demasiados inicuas para obedecerlas. Ésta es un condena moral que cualquiera puede entender y que presenta una denuncia clara e inmediata a la conciencia moral. Si, desde otro ángulo, formulamos nuestra objeción en el sentido de afirmar que estos desmanes no son legales, he aquí un aserto que las más de las personas no creen, y que, en caso de que estén dispuestas a tomarlo en consideración, parece suscitar multitud de cuestiones filosóficas antes de que pueda ser aceptado”.

constatación de HART de que existen, “zonas de penumbra en el Derecho”²⁹⁹, ha hecho reaparecer a la interpretación judicial como base de la crítica al positivismo jurídico con la obra de DWORKIN: “Cuando un caso no está claramente cubierto por una regla (porque no hay ninguna regla que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo, un juez, que “ejerza su discreción”, lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una ya existente”³⁰⁰.

El debate en la teoría del Derecho sobre la inclusión de la justicia en su definición, nos lleva hacia la filosofía del Derecho, donde la justicia y los derechos, sino de manera exclusiva, sí que son objeto principal de estudio. Como ha señalado ANSUÁTEGUI ROIG, el problema de la justicia en el Derecho, nos lleva a las complejas relaciones entre Derecho y moral: “La cuestión de la coincidencia o no de los planteamientos de las normas jurídicas y de lo de las normas morales, puede ser analizada a partir de la distinción entre moral crítica y moral legalizada (positivizada)”³⁰¹. Por “moral crítica”, ha de entenderse a aquélla que todavía no ha sido recibida por el Derecho. En cuanto a la “moral legalizada”, ocurre cuando a la fuerza moral se le añade la fuerza jurídica³⁰².

Partiendo del debate actual en la teoría y filosofía del Derecho, la justicia es considerada como un valor del ordenamiento jurídico³⁰³. Pero, por tal motivo, el sentido de la justicia también subjetivo, pues es difícil la misión del tercero que aplica justicia y decide de forma total y absoluta qué es o no justo sobre los conflictos de un tercero, ya que son las partes involucradas en un conflicto las

²⁹⁹HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, Ob. cit., p.152. “Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales y, frente a cualquier regla, es posible distinguir *casos centrales claros*, a los que ella sin duda se aplica, y otros caso en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un *núcleo de certeza y una penumbra de duda*, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esta da a todas las reglas un halo de vaguedad o textura abierta”.

³⁰⁰DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona,1995, p.65.

³⁰¹ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Ob. cit., p.81.

³⁰²Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Ob. cit., pp.81-82

³⁰³SAAVEDRA LOPEZ, M. “Jurisdicción”, Ob. cit., p.225: ”En el Estado de Derecho el juez tiene como misión la correcta operatividad o instrumentalización de la ley y por ello hay que dotar a su función de las garantías que aseguren el éxito de esa labor instrumental. Tales garantías son epistemológicas, políticas y procesales”.

que, en su fuero interno, deben sopesar sus decisiones bajo el rasero de su justicia y tomar para ambas partes la mejor decisión³⁰⁴, dando a cada cual lo que corresponde, olvidando sus posiciones, interpretando la verdadera razón de sus conflictos, entendiendo y comprendiendo cuáles son sus necesidades y las del/de la otro/a, pensando siempre en el bienestar particular del otro, sin que existan ganadores y perdedores, buscando siempre el equilibrio individual y social³⁰⁵.

El juez, como ha señalado DE ASÍS ROIG, es quien aplica el Derecho a través de los márgenes de interpretación de los hechos y de la norma jurídica³⁰⁶. El juez, tiene el deber de aplicar la ley, independientemente de que sea para él justa o no, pero puede también atreverse a dar, “una respuesta éticamente correcta”, dentro de su justificación y motivación. Ambas posibilidades, no obstante, requieren unos estándares racionales³⁰⁷. Supuesto el carácter racional de la legislación y de la jurisdicción, como lo ha considerado GARRIDO GÓMEZ, habría que dar un paso más y considerar, que la sociedad o la comunidad también pueden participara de

³⁰⁴GARRIDO GOMEZ, M.I., *La función de los Jueces: contexto, actividades e instrumentos*. Ob. cit., p.95: “Claro es que concentrarse en la interpretación judicial, supone dejar sin ninguna orientación a la mayoría de los ciudadanos en la mayoría de situaciones de duda a las que se enfrentan, pues solo una pequeña minoría de las normas terminan exigiendo una interpretación judicial, y aunque en última instancia los ciudadanos particulares, juristas y funcionarios, cuando analizan una ley, trata de predecir cuál será el comportamiento de los jueces, si llega el caso, al decidir sobre sus asuntos, tomarán en cuenta otros factores, algunos de los cuales estarán íntimamente relacionados con sus respectivos roles. De ahí que la primera cuestión sea definir quién es el que interpreta, cual es su situación y qué es lo que pretende, porque el contexto explica la estrategia que se seguirá o se ha seguido”.

³⁰⁵NINO, C. “Justicia”, en, GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F.J. *El derecho y la justicia*. Trotta. Madrid. 2000, p.461. “Una forma de orientarse sobre las concepciones sustantivas de justicia, o sea, las diversas interpretaciones del concepto de justicia, consiste en hacer una revisión de la “geografía axiológica”, de modo de inspeccionar las relaciones entre la justicia y otros valores, como los del bienestar o felicidad, la legitimidad, la eficiencia, el orden, la libertad, la igualdad. Alguno de estos valores parecen ser externos a la justicia –ya que su satisfacción no implica necesariamente un estado de cosas más justo; al contrario, pueden estar en tensión con la justicia-. En cambio, algunos otros de estos valores parecen ser externos al de la justicia, puesto que su satisfacción, sí parece ir en beneficio del valor justicia.”

³⁰⁶Vid. DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp.99-101.

³⁰⁷DE ASÍS ROIG, R. *El juez y la motivación en el Derecho*, Ob. cit., p.29: “La exigencia de racionalidad en la motivación (entendida en ese sentido mínimo) desempeña, no obstante un papel distinto en la motivación jurídicamente correcta. Para la primera, incluso en aquellas concepciones del Derecho asociadas únicamente a la idea de fuerza o a la voluntad, se trata de una exigencia necesaria y suficiente, mientras que para la segunda, incluso en aquellas concepciones de la justicia de corte irracional, se trata de una exigencia necesaria pero puede que insuficiente. Vistas así las cosas, de nuevo parece que sería posible hablar de dos tipos de motivaciones jurídicas (racionales y conformes con una concepción de lo jurídico y con las consecuencias que de ella se desprenden) y las éticamente correctas (racionales y conformes con una concepción de la justicia y con las consecuencias que de ella se desprenden.)”.

ese ámbito de lo racional³⁰⁸. Es en este contexto de, racionalidades compartidas, donde la mediación podría encontrar una primera justificación³⁰⁹.

El Poder judicial, en términos de MONTESQUIEU³¹⁰, puede ser solo “la boca que pronuncia la palabra de la ley”, no porque no tenga importancia, sino todo lo contrario, porque es puede llegar a ser un “poder arbitrario” y constituirse en una amenaza para la libertad de los/las ciudadanos/as, para lo cual entonces debe ser un poder apolítico, sin intervenir para nada en el proceso de dirección política de la sociedad³¹¹. Interesa tener claro cómo debe ser la forma en que se imparte la justicia, qué debe hacer el Estado respecto a los particulares para que se resuelvan sus conflictos, que el ciudadano posea varias alternativas para ello, dejando de ser el proceso judicial la única posibilidad de resolver sus discrepancias, y tener opciones no sólo con garantía legal³¹² sino eficientes, eficaces, en igualdad y accesibles en cualquier lugar del Estado, sin la necesidad de desplazamientos y gastos innecesarios.

Al hilo del derecho de acceso la justicia, y en referencia a la misma como derecho fundamental, se considera que, “la tutela judicial efectiva”, es la facultad que tiene toda persona, física o jurídica, para reclamara al Estado de Derecho, que haga efectiva su función jurisdiccional; es decir, es el derecho permite a todo sujeto de derechos ser parte en un proceso y así causar la actividad jurisdiccional sobre las pretensiones planteadas.

Desde esta perspectiva de derecho de las personas, CARRIÓ define el derecho a la jurisdicción como: “*Aquél que todo hombre tiene, por un lado, a no ser afectado en su libertad, sin intervención de un órgano jurisdicción y, por otro, a que las quejas, agravios e insatisfacciones, etc., que puede tener el habitante de un país, sean ventilados ante un órgano judicial del Estado y eventualmente*

³⁰⁸GARRIDO GOMEZ, M. I., *La función de los jueces: Contexto, actividades e instrumentos*, Ob. cit., p.29: “El fundamento de la existencia de los órganos jurisdiccionales descansa en la idea del peligro que supone para la paz y la justicia de la comunidad una abstención”.

³⁰⁹Se trataría de dar mayor contenido al art. 117.1 de la CE: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey”.

³¹⁰Vid. MONTESQUIEU, C. L. *Del espíritu de las leyes*, trad. Demetrio Castro Alfín, Istmo. Madrid. 2002.

³¹¹Vid. GARCÍA PASCUAL, M^a C., *Legitimidad democrática y poder judicial*, Edicions Alfons El Magnanim, Valencia, 1997, pp.53 y ss.

³¹²FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006, p.43: “En efecto, el derecho es sólo una forma y una técnica de garantía, a la que se pueden atribuir los contenidos más dispares, y del que la teoría diseña únicamente la sintaxis. El derecho no es un fin en sí, al ser sus fundamentos axiológicos siempre externos o heteropoiéticos respecto de sí mismos y los valores por él tutelados –justos o injustos, compartidos o no compartidos- algo diferente de la forma jurídica por medio de la cual se produce su tutela.”

satisfechos”³¹³. Por su parte, GARRIDO GOMEZ, considera que conforme a tal definición, el artículo 21.1 de la Constitución Española, establece que: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”³¹⁴. Se trata, por tanto, de exigir una prestación ajustada a lo establecido en la ley; de la actividad jurisdiccional de los órganos del poder judicial, de los jueces y magistrados, quienes han de desempeñar una tarea específica, y cuyos titulares son todas las personas físicas y jurídicas, estas últimas ya sean de Derecho Privado o público, siempre que se tenga atribuida por el ordenamiento la capacidad para ser parte procesal³¹⁵.

En varias sentencias, el Tribunal Constitucional,³¹⁶ ha sostenido que, “*la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no sólo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia*”.

El derecho de todos a la jurisdicción supone, con arreglo al artículo 119 de la Constitución Española; la facilitación de una “justicia gratuita” a las personas que no tienen suficientes recursos económicos; que se realice un trabajo judicial

³¹³CARRIÓ, C.R. “Sobre la administración de Justicia y el derecho a la jurisdicción”, *Anuario de derechos humanos (Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid)*, N°5, 1988-1989, p.44.

³¹⁴GARRIDO GOMEZ, I. *La función de los jueces: contexto, actividades e instrumentos*, Ob. cit., p.32.

³¹⁵El segundo párrafo del artículo 24 reza “Así mismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público, sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables, al a presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

³¹⁶STC 46/1982 de 12 de julio (FJ,2º). Vid. STC 99/1989 de 5 de junio.

óptimo; que se evite privilegios y discriminaciones³¹⁷. El contenido de la igualdad, demuestra la existencia de un principio esencial en el proceso; en el hecho de que la actuación se ofrezca con asequibilidad, social, económica, jurídica y cultural³¹⁸.

Este derecho constitucional tiene dos planos de acción, siendo factible ubicar a la tutela jurisdiccional efectiva antes y durante el proceso. La tutela jurisdiccional antes del proceso opera como aquél derecho que tiene toda persona de exigir al Estado provea a la sociedad de determinados requisitos materiales y jurídicos, los cuales son indispensables para resolver un proceso judicial en condiciones satisfactorias, tales como: un órgano estatal encargado de la resolución de conflictos y eliminación de incertidumbres con relevancia jurídica, esto de conformidad con la finalidad concreta del proceso; otro elemento es proveer la existencia de normas procesales que garanticen un tratamiento expeditivo del conflicto llevado a juicio. Por su parte, la tutela jurisdiccional durante el proceso engloba un catálogo de derechos esenciales que deben ser provistos por el Estado a toda persona que se constituya como parte en un proceso judicial.

Siguiendo la línea establecida por el Tribunal Constitucional, la tutela jurisdiccional efectiva no se limita a garantizar el acceso a la justicia, su ámbito de aplicación es mucho más amplio, pues garantiza obtener un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones que se deducen en un proceso. Los seres humanos en cuanto nos vemos implicados en un conflicto o en una diferencia con otras personas, buscamos siempre tener razón o que se haga justicia ante una circunstancia que pensamos que es injusta o contraria al derecho. Así, aparece en las relaciones humanas, la necesidad de que el Estado limite, a través de las leyes, cuáles son los derechos y las obligaciones que tenemos frente a los demás y a su vez que se determinen las vías legales a través de las cuales podemos resolver los conflictos a los que nos enfrentamos cotidianamente³¹⁹.

³¹⁷GARRIDO GOMEZ, I., *La función de los jueces: contexto, actividades e instrumentos*. Ob. cit., p.32.

³¹⁸ El precepto, encierra también, un mandato a los órganos judiciales para que no impidan la satisfacción de los derechos e intereses legítimos de las personas, y un mandato al legislador para que no dicte normas de las que derive indefensión.

³¹⁹Vid. GARCÍA DE ENTERRRÍA, E. *Democracia, jueces y control de la administración*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, p.88.

Sólo sobre la base de grandes esfuerzos históricos, ha sido posible asumir la idea de la justicia a cargo de la autoridad, a cargo del Estado. En su configuración actual, ese sustituto civilizado de la venganza, o de la justicia por mano propia, consiste en el derecho de acudir al tribunal, solicitando algo contra otra persona. Si esa pretensión es fundada o infundada es otro hecho diferente. Durante el litigio, reina la incertidumbre de quién ganará el pleito y sólo la sentencia que ponga fin al mismo declarará quién es el vencedor. Si la sentencia emitida por el juez declara que una de las partes no tiene razón, que la demanda es infundada, las cosas vuelven a su primitivo estado; pero el drama ya está consumado, pues el proceso judicial lleva consigo una carga de sacrificios, de sentimientos de dolor, venganza o desesperanza que ninguna sentencia puede reparar. Podemos decir que el proceso judicial no se resuelve el conflicto, sólo se pone fin aparente a un litigio concreto.

Está comprobado que el juez no puede ir a la raíz del conflicto; lo único que hace es interpretar la norma a través de un procedimiento legalmente establecido que debe cumplir fielmente³²⁰. Las partes en conflicto se encuentran encasilladas en plazos, sin poder aportar pruebas por falta de tiempo, que les hacen obtener sentencias desfavorables aún teniendo razón. Estas consecuencias del proceso nos hacen tomar conciencia de que las personas que se ven involucradas en un conflicto tienen una doble posibilidad o perspectiva para enfrentar el mismo: bien seguir enfrentados a la solución del conflicto bajo la fórmula: ganador versus perdedor, que nos proporciona el proceso judicial, donde es un tercero quien nos otorga o no la razón o bien, decidir resolver su conflicto a través de otros mecanismos idóneos y legales, como la mediación, que se ya se encuentra legislativa y operativamente vigente en el Estado español.

Es importante el tener alternativas al poder judicial, efectivas y reguladas jurídicamente, pues es necesaria una sociabilización del proceso y del acceso a la

³²⁰LOPEZ GUERRA, L. “La legitimidad democrática del juez”, *Cuadernos de Derecho Público*, Nº1, 1997, p.50: “La justificación clásica del poder del juez, justificación que aún hoy sigue representando el núcleo central de la legitimación del juez en el Estado democrático, es la que deriva de la Exposición realizada por Montesquieu en 1745: “Los jueces de la Nación, no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”. Esta fórmula supone identificar la legitimada del juez con la legitimidad de la misma ley, y es aplicable por tanto, a la justificación del juez en cualquier régimen. En el régimen democrático, la legitimación del juez residirá simplemente, en que aplica la ley democrática. Se trata pues (frente a la legitimación democrática de origen de legislativo y ejecutivo) de una legitimación democrática de ejercicio”.

Administración de la Justicia en sentido amplio. La justicia debe ser asequible desde el punto de vista económico pero también desde una perspectiva antiformalista que permita un lenguaje claro y accesible al ciudadano³²¹.

Las constituciones políticas modernas plantean nuevas formas de participación ciudadana proposiciones de ley, acciones públicas, acciones de cumplimiento, acciones de tutela, consultas populares, plebiscitos, o solicitar reformas constitucionales con un número determinado de firmas. Es decir, el ciudadano puede participar activamente dentro de la administración del Estado³²².

Para GARRIDO GOMEZ³²³, interesa seguir avanzando en la idea de jurisdicción, que como puede comprobarse ha sufrido grandes cambios: se ha internacionalizado con los Tribunales internacionales y supranacionalizado, como el Tribunal de Luxemburgo. Además, se han ideado vías alternativas para satisfacer mejor y más rápidamente los derechos e intereses legítimos, como son el arbitraje y la mediación y considera que la explicación radica en que la multitud de fines a los que está llamado el Derecho positivo, limitan la acción de diversas formas y demuestran un altísimo grado de contradicciones y lagunas, evidenciándose en las conductas que están reguladas por los ordenamientos, muchas de ellas incompatibles entre sí y cuya forma de resolución es única, lo que produce que ciertos grupos se auto-regulen.

La mediación, como método o solución alternativa de conflictos, debe otorgar las mismas garantías constitucionales que la tutela judicial efectiva otorga a los justiciables (tutela judicial efectiva, art. 24.1º CE) y, para ello, las actuales

³²¹CALAMENDREI, P. 1986, "Aspectos sociales y políticos del proceso civil", en ANDRÉS IBAÑEZ, P. Y MOVILLA ALVAREZ, C. (Coors.) *El Poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986. p. 305: "...tratar como iguales a sujetos que económica y socialmente están en desventaja, no es sino otra forma de desigualdad e injusticia. La afirmación puramente jurídica de la igualdad de las partes puede ser letra muerta, si en el caso concreto la disparidad de cultura y de medios económicos coloca a una de las partes en situación de no poder servirse de aquella igualdad jurídica".

³²² El ciudadano puede ejercer la función de Administrar justicia como jurado (Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado); árbitro (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), juez de paz (Reglamento 3/1995, de 7 de junio, de los Jueces de paz)...

³²³GARRIDO GOMEZ, M.I., *La función de los jueces: Contexto, Actividades e Instrumentos*. Ob. cit. p.30 "Podemos establecer un rol judicial de acuerdo con las reglas del deber sin acudir a reglas que otorgan poderes. De ahí que se sustente que los jueces; a) tienen el deber de juzgar sobre cualquier reclamación, disputada o disputable, de acción incorrecta que se presente ente ellos, con o sin límites, en cuanto a la materia; b) tienen el deber de formular su juicio por referencia a estándares de conducta correcta o incorrecta, cuya vigencia no está determinada por su propia elección o decisión presente, excepto en la medida en que, la justificación de su decisión, deban interpretar o expandir los estándares existentes, y; c) tienen el monopolio sobre el uso justificado de la fuerza en una sociedad humana, en virtud de estándares prevalecientes en esa sociedad.

leyes de mediación españolas deben cumplir estos requisitos dentro de su articulado y según los contenidos básicos establecidos por el Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial efectiva. Pues, cualquier ley que regule una alternativa de resolución de conflictos, no solamente debe respetar que las personas involucradas en el conflicto puedan acudir en cualquier momento al proceso judicial, sino que dentro del articulado, ha de integrar todos y cada uno de los contenidos básicos de la tutela efectiva de la justicia, integrando así, todas las vías legales de solución a los conflictos dentro de una sola, Administración de la Justicia.

La mediación no es una opción más o menos acertada que cualquier otro medio de resolución de conflictos, dado que según las circunstancias concretas de caaa caso, será conveniente acudir a una vía concreta más que a otra. Pero es evidente que, cualquier método alternativo de resolución de conflictos que se incorpore legislativamente dentro de un Estado, debe ser concretado en el mismo rango legal que posee el proceso judicial, planeando estratégicamente a la Administración de la Justicia como un todo que ofrece alternativas de solución de conflictos, con igualdad y respeto a las garantías constitucionales, para que os ciudadanos que se encuentran inmersos en un conflicto, puedan decidir y elegir libre y voluntariamente, si resuelve su conflicto de forma autocompositiva o heterocompositiva.

Cuando las leyes que regulan la mediación cumple con los requisitos que requiere la tutela efectiva de la justicia, es más fácil que cada uno de los sujetos que intervienen en el procedimiento de mediación den aplicación a las directrices elaboradas en ella. De ahí la importancia de que el legislador regule este procedimiento de manera integradora y coherente, de forma que sirva de complemento o alternativa a la vía judicial, sin que cause dilaciones indebidas al ciudadano, que es quien necesita una solución pronta y eficaz para su problema. La mediación debe verse, por tanto, no cómo un método aislado y separado de la “tutela judicial efectiva” reconocida por el sistema jurídico, sino que debe estudiarse y considerarse de forma integral, para conocer y comprender el sentido y el alcance de ella en la totalidad del ordenamiento jurídico. Por ello, debemos evitar la separación o diferenciación radical entre la justicia en el proceso y justicia en los métodos alternativos de resolución de conflictos.

Podemos analizar si la figura de la mediación cumple con las garantías constitucionales, es decir, si respeta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, analizar si los acuerdos logrados por las partes, pueden formar parte de un verdadero concepto de justicia. Siendo las personas intervinientes en el procedimiento de mediación las que resuelven el conflicto por sí mismas, no es un tercero quién interpreta, aplica el derecho y emite una sentencia³²⁴. También debemos analizar si la mediación es un método adecuado para resolver conflictos en el marco de la Administración de Justicia, la cual, está colapsada con la crisis económica y laboral, necesitando de forma urgente la introducción de alternativas al sistema judicial que proporcionen soluciones de verdadera justicia a los ciudadanos de una comunidad. La justicia a través del proceso, ya no es la única opción para resolver las disputas; se han generado varios procedimientos alternativos para la resolución de conflicto, unos puros, como lo son la transacción, la negociación, la mediación, el arbitraje y; otros híbridos o mixtos, como el *Arb-Med*, *Med-Arb*, entre otras.

Dentro de estos métodos, y por ser nuestro objeto de estudio, es conveniente analizar la mediación respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. Los términos de esa relación serían:

a. El derecho a la justicia, como acceso a la jurisdicción, en el que cual se puede incluir la predeterminación por ley del órgano encargado de dirigir la mediación; la concesión de competencia al mediador con carácter previo a su actuación, pues el mediador participa en asuntos que tienen importantes consecuencias jurídicas. Es importante que los procedimientos utilizados en mediación, no sean especiales ni excepcionales, aunque pueden tener especialidades en determinados subsistemas jurídicos como el laboral, el penal o el administrativo. La designación del mediador debe venir establecida por la ley, por la voluntad de las partes o en su defecto, por el órgano competente.

³²⁴Vid. RUIZ RUIZ, R. *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contra mayoritaria*. Thomson Reuters. Navarra. 2016.p.33 “Si bien hay que matizar que la discrecionalidad significa que al juez las soluciones de los asuntos que deciden no le vienen dadas y predeterminadas enteramente al cien por cien, por el sistema jurídico, sino que éste, en medida mayor o menor, le deja espacios para que escoja entre alternativas diversas, éstas evidentemente, habrán de ser siempre compatibles con el sistema jurídico”.

- b. El derecho a un procedimiento de mediación legalmente establecido que observe la voluntad de las partes, debido a la naturaleza y la finalidad del procedimiento y la congruencia legal.
- c. El derecho a la nulidad del procedimiento o al acuerdo de mediación. Comprobaremos si tiene las mismas consecuencias, la nulidad establecida en la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles que la establecida en la ley sustantiva civil para la nulidad de los contratos.
- d. El derecho a la ejecución de los acuerdos logrados en mediación, que acudiendo a la ley 5/2012, o las leyes familiares autonómicas, comprobamos que existen algunos vacíos legales.
- e. El derecho a la inmodificabilidad del acuerdo logrado en mediación. Aunque la legislación actual no otorga esta garantía al acuerdo de mediación, abordamos el tema para establecer la necesidad de legislarlo, para lo cual hacemos dos recomendaciones de cómo podría obtenerse este derecho.
- f. El derecho a no sufrir indefensión en la mediación, que se logra a través de los principios de mediación, el principio de la gratuidad con su debido procedimiento, y el régimen sancionador en estos temas.

1.4.1. LA MEDIACIÓN DENTRO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos tal y como consagra el art. 24 de la CE. Como consecuencia del ejercicio de este derecho fundamental, que corresponde a “*todos*” (personas físicas y jurídicas, nacionales o extranjeras), los particulares tienen siempre el libre acceso o camino abierto a los tribunales con objeto de obtener la satisfacción de sus respectivas pretensiones o resistencias, haciendo desaparecer definitivamente el conflicto que les afecta³²⁵. Como ha declarado el Tribunal Constitucional, el “derecho a la tutela judicial efectiva”, comprende, en primer lugar, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el

³²⁵DÍEZ-PICAZO, L.M., *Régimen constitucional del poder judicial*, Civitas, Madrid,1991, p. 26: “El art. 24 de la Constitución Española, establece una cláusula general que abarca todo tipo de situaciones subjetivas litigiosas jurídicamente relevantes”.

derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas³²⁶.

La jurisprudencia constitucional ha ido extendiendo los derechos procesales del art. 24 CE al acto de conciliación en el proceso civil y a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, donde no hay prevista oposición, de modo que ante el menoscabo o lesión de garantías constitucionales en su sustanciación, el Tribunal ha respondido con un pronunciamiento favorable al amparo en estos casos, lo que se traduce, específicamente, en el reconocimiento para el justiciable que hace uso de este cauce, del derecho de acceso a la jurisdicción³²⁷.

El derecho a la tutela judicial efectiva, debería considerarse en un sentido amplio, como aquél derecho de todo ser humano a escoger dónde y cómo quiere resolver un conflicto en derecho, ya sea por medios heterocompositivos, como lo son el proceso judicial (monopolizado por el Estado) y el arbitraje (con árbitros privados elegidos por las partes en conflicto o por una institución de arbitraje); o bien, por medios autocompositivos, que serían cualquiera de los legalmente establecidas en el Estado dentro de las comúnmente catalogadas como ADR³²⁸; pero evidentemente, cualquiera que sea el medio elegido para resolver problemas de consecuencias jurídicas, las partes deben encontrarse protegidas por la ley a lo largo de todo el procedimiento; por lo que al referirnos al Derecho a la Tutela Efectiva de la Justicia, deberíamos referirnos a ella, no sólo en referencia a la protección judicial de los derechos, sino a la integridad y efectivo funcionamiento de la justicia.

Con la inclusión de los métodos alternativos de resolución de conflictos como herramienta admitida dentro del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva se abre el concepto cerrado y único de justicia estatal y se nos permite equiparar a su mismo nivel las ADR, ampliando el espectro de quienes administran justicia y

³²⁶SSTC 65/2009, 220/1993, 19/1981. Vid. TORRES DEL MORAL, A., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional* (AAVV), Colex, Madrid, 2007, p. 111.

³²⁷STC 155/2011.

³²⁸LOPEZ-BARAJAS PEREA, I., "La efectividad de la Justicia: una exigencia constitucional. Los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos", *Revista de Derecho Político*, N.º 85, UNED, 2012, p.145.

produciéndose un cambio en todas las instituciones mediante la coherencia, la simplicidad, la efectividad y el trabajo en equipo³²⁹.

1.4.1.1. La crisis de la justicia y los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

El art. 24 CE no solo habla de acceso a la jurisdicción, sino también de justicia efectiva. Desde un punto de vista estrictamente constitucional, tan fundamental es el Derecho de acceso como el derecho a obtener una tutela eficaz de las pretensiones planteadas. En el mismo sentido, se pronuncia el art. 6 del Convenio europeo de Derechos Humanos³³⁰ y el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³³¹. Esto implica una exigencia para los Estados miembros que deben responder, en particular, mediante la puesta a disposición de los sujetos de procedimientos judiciales rápidos y poco costosos.

El retraso en el juicio y fallo de un asunto por los tribunales, aunque no implique la pérdida irreversible de la acción, mengua la finalidad última de la función judicial que no es otra que la de resolver definitiva y eficazmente los conflictos que a ella se someten. La necesidad de “agilización” de la justicia se ha convertido en uno de los retos más urgentes y debe ser un objetivo común para que desde los Juzgados y Tribunales se pueda impartir una Justicia del siglo XXI. Uno de los ejes centrales de las últimas corrientes jurídicas en el ámbito del proceso, es la búsqueda de nuevas alternativas a la solución de conflictos³³², pues se ha dicho que la eficacia del sistema de justicia que no sólo acoge la resolución

³²⁹Vid. TORRES OSORIO, E. *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Salamanca, Vitor Ediciones Universidad de Salamanca, 2013, pp.230 y ss.

³³⁰Según el art. 6.1 CEDH “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”

³³¹Artículo 47 de Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, bajo el título *Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial*, dispone en su primer párrafo que «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo».

³³²Vid. ARMENTA DEU, T., “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, en DIEZ-PICAZOGIMÉNEZ, MARTÍNEZ SIMANCAS Y SÁNCHEZ (Dirs.), *Estudios sobre el derecho procesal*, Vol. IV, Madrid, 1996, pp. 4609-4635.

de los Tribunales sino que pasa por integrar, junto a la vía jurisdiccional, otros métodos complementarios de acceso a la justicia³³³; aunque la forma en que se resuelven los conflictos entre las partes a través del proceso judicial, diferencia cualitativamente este instrumento de la solución que pudiera alcanzarse a través de otros medios auto o heterocompositivos³³⁴.

La satisfacción procesal, siguiendo a la doctrina, ha de ser siempre jurídica, razonada, eventualmente completa, estable y práctica³³⁵, ya que se trata, sin duda, del mecanismo más estable de solución de conflictos, lo cual unido a su carácter público (art. 117.1 CE) suscita una confianza superior en la vía jurisdiccional que ha derivado en un cierto abuso en su utilización³³⁶, pero la realidad pone de manifiesto que los particulares inmersos en un conflicto acuden, en primer lugar, a la vía judicial en busca de amparo³³⁷. Se habla del fenómeno de la jurisdiccionalización de las sociedades modernas, especialmente intenso al final del siglo XX, que ha desembocado en un cierto colapso del sistema y, por tanto, en una insatisfacción de los ciudadanos en la respuesta de los tribunales³³⁸.

Entre las causas que explican este fenómeno, la doctrina³³⁹ menciona el desarrollo del estado del bienestar, con la consiguiente proliferación legislativa, el incremento desorbitado de la actividad administrativa y la asunción de nuevas funciones por los jueces³⁴⁰. A lo anterior, se suma una falta de medios personales y materiales suficientes y adecuados para Administrar Justicia, así como la carestía y lentitud de los procesos, que ha situado a la Justicia en una situación de crisis casi permanente. Las demandas presentadas ante los tribunales se

³³³SOLETO MUÑOZ, H., *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011, p.24.

³³⁴LOPEZ-BARAJAS PEREA, I. “La efectividad de la Justicia: una exigencia constitucional. Los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos”, Ob. cit., p.146.

³³⁵Vid. MARTÍN DIZ, F. “La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en, AAVV., *La mediación en materia de familia y Derecho penal*, Andavira, 2011, p. 33.

³³⁶Vid. GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2010, pp. 270-272.

³³⁷SOTELO MUÑOZ, H., *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Ob. cit., p. 25.

³³⁸Vid. BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje”, en, *Mediación: un método de ¿ conflictos. Estudio interdisciplinar*. Colex, Madrid, 2010, pp. 77 y ss.

³³⁹Vid. TORRES OSORIO, E. *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*. Vitor-Ediciones Universidad de Salamanca Salamanca. 2013. p.235.

³⁴⁰Vid. VARGAS PAVEZ, M., “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación”. *Revista del derecho*, Vol. XXI, N°2, 2008, pp.183-202.

multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos inherentes a dichos procedimientos aumentan sin cesar.

El derecho a la jurisdicción debe entenderse ligado a los derechos subjetivos e intereses legítimos que deben prestarse por parte del Estado. La prohibición de las dilaciones indebidas, se enmarca dentro de las garantías propias del derecho a un proceso equitativo y por ello, resulta imprescindible la búsqueda de medidas que permitan la celeridad y eficacia del proceso y la resolución de los asuntos dentro de un plazo razonable³⁴¹.

En este marco, el desarrollo de los llamados sistemas *alternativos* de resolución de conflictos se suele asociar de forma más o menos directa a las dificultades de mejora de la justicia dados los problemas prácticos de saturación de los Tribunales de Justicia a los que se enfrentan casi todos los Estados. Sin embargo, la normativa comunitaria atribuye a estos instrumentos un valor propio como métodos de resolución de litigios que merecen promoverse independientemente de su efecto de descarga sobre los órganos jurisdiccionales. Su desarrollo se suele asociar de forma más o menos directa a las dificultades de mejora de la justicia dados los problemas prácticos de saturación de los Tribunales Justicia a los que se enfrentan casi todos los Estados. Sin embargo, la normativa comunitaria atribuye a estos instrumentos un valor propio como métodos de resolución de litigios que merecen promoverse independientemente de su efecto de descarga sobre los órganos jurisdiccionales³⁴².

A juicio de un sector de la doctrina³⁴³ nos encontramos ante fórmulas complementarias de la Administración de Justicia, no alternativas al recurso a los Tribunales, y por tanto muy distintas del proceso y de la sentencia. Se considera falsa la analogía entre la jurisdicción y los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos pues parten de presupuestos metodológicos y

³⁴¹LOPEZ-BARAJAS PEREA, I., “La efectividad de la Justicia: una exigencia constitucional. Los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos”, Ob. cit., p.146: “En los sistemas alternativo de resolución de conflictos y específicamente en la mediación, en plazos muy breves de tiempo, pueden conseguirse acuerdos y, en cuanto a costes, sólo se pagan los honorarios del tercero (mediador/a), unas cuotas de administración a la entidad que ofrece el servicio de (administrar) la mediación, y en algunos casos, según la ley, la protocolización del acuerdo a escritura pública o la inscripción y registro del acta que contiene el acuerdo”

³⁴²Vid. LOPEZ-BARAJAS PEREA, I. “La efectividad de la Justicia: una exigencia constitucional. Los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos”. Ob. cit., p.142.

³⁴³Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., “Mediación y justicia: síntomas patológicos”, *Otrosí*, octubre-diciembre, 2011, pp.7-13.

epistemológicos distintos³⁴⁴. Por ello, se ha llamado la atención sobre la necesidad de que estos sistemas no desplacen en ningún caso el esfuerzo del Estado por dotar a la Administración de Justicia de los recursos humanos y materiales necesarios para cumplir con el ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado que la Ley le atribuye en exclusiva ex art. 117 de la Constitución Española³⁴⁵. Ahora bien, parece razonable que el recurso a los tribunales no sea utilizado cuando exista otro método más adecuado o más eficiente para la resolución de la disputa³⁴⁶.

El Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante RDLM) concibe el acceso a los Tribunales de justicia como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes y reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia. La mediación, punta de lanza de estos sistemas complementarios, pretende configurarse como una forma más consensual de solución de controversias que, en algunos casos, puede resultar más conveniente que el hecho de recurrir a un tercero como es el caso del Juez o del Árbitro³⁴⁷.

Existen muchos supuestos en los que dada la naturaleza del conflicto, las partes implicadas necesitan mantener la relación que existe entre ellas. Basta pensar en los conflictos de carácter familiar como, por ejemplo, una separación o la división de una herencia. En el primer caso, es más probable que las medidas relativas al cuidado de los hijos que acuerden los padres reflejen mejor las necesidades e intereses en juego, que las fijadas por el Juez o por los abogados de las partes. También la mediación puede ser útil para resolver conflictos entre

³⁴⁴TARUFFO, M., “Una alternativa a las alternativas, patrones para la solución de conflictos”, en, AA. VV., *Consideraciones sobre la prueba pericial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 97-125. El autor, considera que nos encontramos ante dos realidades conceptualmente distintas que no permiten un examen comparativo, pues la mediación responde a una naturaleza privada y consensualista frente al carácter público y fundamentalmente decisorio de la jurisdicción

³⁴⁵Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., “Mediación y justicia: síntomas patológicos”, Ob. cit., pp. 7-13.

³⁴⁶Vid. CARRETERO MORALES, E., “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* Ob. cit., p. 58.

³⁴⁷Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de 19 de abril de 2002.

socios de una sociedad mercantil o en ámbitos como el de la propiedad horizontal y la responsabilidad civil³⁴⁸. La gran ventaja de este procedimiento consiste en que los/las intervinientes son los que deciden cómo y cuándo cumplen lo acordado y que se ha logrado, verdaderamente pacificar un conflicto, que no hay vencedor ni vencido, y que sólo hay dos partes positivas que se vuelven una, mediante un acuerdo.

Además de lo anterior, se alegan motivos económicos toda vez que los Costes de la mediación, son menores que los del proceso. Según la Directiva 2008/52/CE, la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes³⁴⁹. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. El hecho de que el litigio termine con una solución pactada facilita el cumplimiento voluntario por lo que no será necesario acudir al proceso de ejecución. Por ello, se ha destacado la necesidad de esta ley como posible elemento que puede activar la economía. Por lo tanto, descargar a los tribunales en todos los ámbitos en los que sea posible constituye un objetivo necesario. En todo caso, parece claro que en el contexto de crisis económica y de recesión en el que estamos inmersos, se incrementarán las soluciones extrajudiciales. Aunque nos encontramos en un escenario de creciente litigiosidad, al faltar la solvencia económica, las partes buscarán, antes de que concluya el proceso, una solución su disputa.

³⁴⁸La Recomendación 98/257/CE sobre procedimientos extrajudiciales, se refiere a la necesidad de un sistema alternativo al judicial para la resolución de conflictos basado en la intervención de un tercero atendiendo, entre otros aspectos, a la peculiaridad de los intereses ventilados en determinados litigios.

³⁴⁹OTERO PARGA, M., “Ventajas e inconvenientes de la mediación”, en, *Mediación y solución de conflictos*, Ob. cit., p.149: “En la mediación las partes son las protagonistas y pueden, con la ayuda del mediador, llegar a la mejor solución posible del caso que las enfrenta, con el menor coste”.

1.4.1.2. Límites constitucionales a la mediación desde la Tutela Judicial Efectiva.

Como ha señalado AGUIAR DE LUQUE³⁵⁰, intentar analizar los límites de los derechos fundamentales representa en buena medida abordar el problema de la fuerza vinculante de los enunciados constitucionales, toda vez que, consagrados éstos por el texto constitucional, cabe preguntarse en qué medida es admisible introducir limitaciones en posiciones subjetivas que han sido proclamadas al máximo nivel normativo, más aún si, como ha quedado antes indicado en frase ya tópica, tales derechos condensan los supremos valores de la comunidad algo que necesitamos analizar en referencia a la tutela judicial efectiva y la mediación.

La mediación, como método o solución alternativa de conflictos, debe otorgar las mismas garantías constitucionales que la tutela judicial efectiva otorga a los justiciables en el procedimiento jurisdiccional (tutela judicial efectiva, art. 24.1º CE) y para ello, las actuales leyes de mediación españolas deben cumplir estos requisitos dentro de su articulado, según los contenidos básicos establecidos por el Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial efectiva³⁵¹.

Toda ley que regule una alternativa de resolución de conflictos no solamente debe respetar que las personas involucradas en el conflicto puedan acudir en cualquier momento al proceso judicial sino que además debe integrar en su articulado todos y cada uno de los contenidos básicos de la tutela efectiva de la

³⁵⁰AGUIAR DE LUQUE, L. “Los límites de los Derechos Fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 14, 1993, p.10: “En efecto, la consagración constitucional de un derecho no es la mera formalización de unas presuntas facultades naturales del hombre, como tampoco representa una mera definición de un ámbito de *agere licere*, para lo que bastaría con una remisión genérica al principio general de libertad del ser humano, que en el caso de la Constitución española encuentra plasmación en los artículos 1.1 y 9.2; más allá de eso, la consagración constitucional de un derecho implica la inserción de esas posiciones subjetivas en la norma jurídica fundamental dotándola de unidad de sentido, lo que comporta unas consecuencias favorables a la plenitud de éstos (obviamente, los derechos plasmados en la Constitución gozan de una proyección sobre la actuación de los poderes públicos y de unas peculiares y específicas garantías que no alcanzan a los restantes derechos subjetivos, pese a que a veces sean también expresión de parcelas de libertad; lo contrario sería negar virtualidad a los enunciados constitucionales), pero también los relativiza en la medida en que los incorpora al ordenamiento. Consecuentemente, el problema, desde la lógica interna del sistema constitucional, me parece que ha de plantearse en los términos precedentemente indicados, esto es, compatibilidad entre la posibilidad de establecer límites a unos derechos, a unas posiciones jurídicas subjetivas, que aparecen reconocidos al máximo rango normativo, a nivel constitucional, con la naturaleza jurídica propia de dicha norma y su consiguiente fuerza normativa”.

³⁵¹Vid. LOPEZ-BARAJAS PEREA, I. “La efectividad de la Justicia: una exigencia constitucional. Los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos”, *Ob. cit.*, p.149.

justicia, integrando así, todas las vías legales de solución a los conflictos dentro de una sola Administración de la Justicia³⁵².

El derecho a la tutela judicial efectiva también se encuentra estipulado legalmente a nivel internacional en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 10); en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, firmado en Roma el 4 de enero de 1950 (artículos 6 y 13) y en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (artículo 47). El derecho que legitima estos sistemas complementarios de resolución de conflictos es el que a su vez, actúa como su límite³⁵³. Tal y como se ha indicado, el art. 24.1 CE permite que cualquier derecho o interés legítimo obtenga la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales y, por tanto, habilita a quienes lo ostenten para ser el cimiento de los restantes derechos que protege este derecho fundamental, sin incomparecer y actuar en el proceso³⁵⁴. El Tribunal Constitucional siempre ha puesto de manifiesto que el art. 24 exige mantener abiertas las puertas de la justicia y eliminar o restringir los obstáculos y requisitos en el camino de los ciudadanos³⁵⁵.

El derecho a la tutela judicial efectiva, como cualquier derecho fundamental, tiene una doble función: Una objetiva y otra subjetiva³⁵⁶. Por eso es importante que las leyes de mediación, dentro de este derecho, tengan una norma directamente ejercitable por el particular, y que las leyes que regulen la mediación tengan una conexión directa con el mismo³⁵⁷, ya sea constitucionalmente o por medio de una ley orgánica³⁵⁸.

³⁵²Vid. BORRAJO INIESTA, I., DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 30-31.

³⁵³Vid. ABA CATOIRA, A. "El concepto jurisprudencial de límite a los Derechos Fundamentales", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 2. 1998, pp13-31.

³⁵⁴SSTC 56/2001, 311/2000, 71/1991.

³⁵⁵SSTC 56/2001, 311/2000, 71/1991.

³⁵⁶DE ASIS ROIG. R., *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001, p.85: "Otro de los rasgos que sirven para caracterizar a los derechos es el desud función subjetiva. Desde esta perspectiva los derechos se contemplan como instrumentos que protegen una determinada concepción de los individuos. Esta protección se lleva a cabo a través de su consideración como derechos subjetivos... Toda pretensión con vocación de ser convertida en Derecho Fundamental debe ser susceptible de ser integrada en el Derecho, es decir, poder ser formulada y garantizada como derecho (perfecta o imperfectamente)".

³⁵⁷PEREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid. 1984. pp.20-25. Dice el autor los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas. En su significado axiológico objetivo los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes.

Todo ello implica, como ha señalado DE ASIS ROIG³⁵⁹, que el derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental, se constituya en límite a la actuación, tanto de los poderes públicos como del resto de los individuos, al partir de la doble naturaleza de que disfrutan los derechos fundamentales, pues son básicamente un haz de facultades que pueden utilizarse por sus titulares ante las posibles restricciones, que en su ámbito de actuación se produzcan por vía de intervención de los poderes públicos. Así se afirma que los derechos no se agotan en esa vertiente subjetiva que los limita a una colisión entre la libertad del individuo y el Estado, sino que, al ser elementos objetivos del ordenamiento, son asumidos por éste que se ve obligado desde la Constitución a conseguir su realización³⁶⁰.

Por su parte, TORRES OSORIO³⁶¹, considera en esta línea, y ciñéndose a la mediación, que para salvaguardar este derecho, este método alternativo de resolución de conflictos, no debe modificar únicamente algunos artículos de las normas procedimentales, sino que debería estar integrado de forma específica en el ordenamiento en general para que pueda ser efectivo y pueda, de forma eficaz,

Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho. En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los/las ciudadanos/as, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. En el plano subjetivo, siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.

³⁵⁸DIEZ-PICAZO GIMENÉZ, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 63. Díez-Picazo indica que en su dimensión de derechos subjetivos, los derechos fundamentales otorgan facultades o pretensiones que las personas pueden hacer valer en situaciones concretas; en su dimensión de valores objetivos, por el contrario, operan como “elementos objetivos del orden constitucional”. Ciertamente, esta dimensión objetiva es menos perceptible a primera vista que la dimensión subjetiva, pero, en el fondo, se refiere a una característica evidente de los derechos fundamentales; éstos encarnan ciertos valores básicos que constituyen el “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE). Por ello, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, al margen de cualquier situación jurídica concreta, en la existencia de un deber general de protección y promoción de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos. Es importante resaltar, por lo demás, que estas dos dimensiones no son mutuamente excluyentes, sino que ambas están presentes, en mayor o menor medida, en casi todos los supuestos de aplicación de los derechos fundamentales.

³⁵⁹Vid. DE ASIS ROIG. R *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Ob. cit., p.86

³⁶⁰Vid. BORRAJO INIESTA, I., DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*. Ob. cit. tutela judicial y el recurso de amparo, Civitas, Madrid, 1995, pp. 30 y 31.

³⁶¹TORRES OSORIO, E. *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.232.

ayudar a descongestionar juzgados y tribunales, pero sobre todo proporcionar al ciudadano una eficaz Administración de justicia³⁶².

Considera ABA CATOIRA, que el legislador se contradice y no es coherente cuando por un lado considera que el ciudadano hace un uso abusivo de la Administración de la Justicia³⁶³, y por eso cada día emite más normas para disminuir el número de procesos judiciales o para restringir el acceso al amparo³⁶⁴, y por el otro, limita los métodos alternativos de resolución de conflictos, no otorgándoles expresamente dentro de su articulado el reconocimiento de su valor como “tutela efectiva de la justicia”. Por ello, entiende que debería modularse una reforma constitucional, en el sentido de que el art. 24 reconociera el derecho a obtener la tutela efectiva de la justicia de los jueces, tribunales, así como de otras formas legales extrajudiciales de resolución de conflictos en el ejercicio de los propios intereses legítimos de los ciudadanos.

La doctrina constitucional ha abordado, desde la óptica del art. 24 CE, los trámites previos a la vía judicial, configurados en ocasiones como presupuestos del proceso³⁶⁵. Aunque este tema es de gran importancia como uno de los ejes centrales del derecho a la tutela judicial efectiva, la cuestión ha sido desarrollada, de forma cautelosa y parca por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se ha centrado en el argumento de la subsanabilidad de los requisitos preprocesales, al margen de su razón de ser, y de su cumplimiento material en cada caso³⁶⁶. Existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional que abordan la cuestión de forma directa al declarar que el establecimiento de requisitos previos para acceder a la jurisdicción no contradice el art. 24.1 CE siempre que se cumplan dos condiciones: servir a finalidades legítimas, como resolver el

³⁶²Vid. ABA CATOIRA, A. “El concepto jurisprudencial de límite a los Derechos Fundamentales”, Ob. cit., p15.

³⁶³Un ejemplo, fue la Ley 10/2012, de 20 de noviembre (derogada en la actualidad en algunos supuestos), por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, en su Exposición de Motivos, indica que “El derecho a la tutela judicial efectiva no debe ser confundido con el derecho a la justicia gratuita. Se trata de dos realidades jurídicas diferentes. Desde el momento en que la Constitución encomienda al legislador la regulación del alcance de esta última, está reconociendo que el/la ciudadano/a puede pagar por los servicios que recibe de la Administración de Justicia. Sólo en aquellos supuestos en los que se acredite «insuficiencia de recursos para litigar» es la propia Constitución la que consagra la gratuidad de la justicia”.

³⁶⁴Lo cual quedó plasmado en la reforma la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional.

³⁶⁵MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en SOTELO MUÑOZ (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Ob. cit., p. 35.

³⁶⁶SSTC 11/1988, 159/1990, 65/1993 y 101/1993.

conflicto amistosamente y aliviar la carga de litigios que pesa sobre los tribunales y no excluir, en ningún caso, el conocimiento jurisdiccional de la controversia, sino simplemente aplazar, la intervención de los órganos judiciales³⁶⁷.

Esta “plena accesibilidad”, se exige incluso en métodos como el arbitraje que, como es sabido, es un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, que supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros³⁶⁸. Pero el problema que se plantea es si resultaría conforme con la Constitución, un precepto que estableciese un sistema alternativo de resolución de conflictos institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción quedara condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia. Volviendo al arbitraje, como ejemplo, si tenemos en cuenta que la autonomía de la voluntad de todas las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, al conllevar la exclusión de la vía judicial, podría resultar contrario a la Constitución el que la Ley suprimiera o prescindiera de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje.

La tutela, pues, consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo, por lo que la esencia misma de la tutela judicial se quebrantaría, al tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Sin embargo, desde el punto de vista constitucional, no hay ninguna objeción, al hecho de que la Ley atenúe las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de sustituir la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía, y ello respondiendo a la finalidad de fomentar el arbitraje como método idóneo que descargue a los órganos judiciales del trabajo que soportan y para obtener una mayor agilidad en la solución de controversias³⁶⁹.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene carácter irrenunciable e indisponible, lo que no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la renuncia a su ejercicio cuando ello redunde en

³⁶⁷SSTC 217/1991, 355/1993, 352/2006.

³⁶⁸En ese sentido, el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada

³⁶⁹STC 352/2006.

beneficio del interesado³⁷⁰, pero esta renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y aunque, debido a la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar³⁷¹; por ello la implementación de nuevos sistemas de resolución de conflictos debe realizarse de manera que se garantice a los ciudadanos un acceso a la justicia, mas fácil, más eficaz y en un plazo razonable.

Por último conviene resaltar. en materia de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, que el Tribunal Constitucional, no consideraría necesarios aquellos requisitos que persigan una finalidad autocompositiva con carácter previo a la demanda. La mediación, como los demás medios autocompositivos, tradicionalmente ha tenido como límite, el contenido del derecho dispositivo, por lo que en aquéllos asuntos donde se vea afectado el *orden público*³⁷², las partes no podrían disponer con carácter absoluto, a través de la mediación, de los derechos o intereses que se vieran en conflicto.

Al hijo de lo anterior, dentro del *orden público* hay que reputar incluidas las normas constitucionales que tutelan los derechos fundamentales. Como exigencia derivada del art. 53.2 CE, los procesos ordinarios de amparo han de estar presididos por los principios de *preferencia* y *sumariedad*³⁷³. De la interpretación de este artículo, el Tribunal Constitucional concluye que el acto de conciliación o de la mediación no puede ser un presupuesto procesal para la admisión de una demanda cuyo objeto lo constituya la solicitud de restablecimiento de un derecho fundamental vulnerado, pues ello conllevaría a la lesión del derecho fundamental afectado³⁷⁴.

³⁷⁰STC 76/1990.

³⁷¹STC 65/2009.

³⁷²Arts. 6.2, 1814 del Código Civil.

³⁷³Vid. BORRAJO INIESTA, I., DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Ob. cit., pp. 38-41.

³⁷⁴STC 81/1992.

1.4.1.3. Contenido del derecho a la “Tutela Judicial Efectiva”, en relación a la mediación como método alternativo de resolución de conflictos de trascendencia jurídica.

La tutela judicial efectiva, desde este análisis, es un derecho prestacional de base constitucional y configuración legal, ya que exige de los poderes públicos la dotación a la Administración de la Justicia de medios materiales y personales suficientes, exigiendo igualmente la regulación mediante ley de los distintos tipos de procesos³⁷⁵. GONZÁLEZ PEREZ³⁷⁶, manifiesta que la tutela judicial despliega sus efectos en tres momentos distintos; a) en el acceso a la justicia; b) una vez en ella, en que sea posible la defensa y la obtención de la solución en un plazo razonable y c) una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Y en cada uno de ellos, los métodos alternativos de resolución de conflictos, podrían fortalecer el ejercicio del derecho a la tutela de la justicia dando respuestas más satisfactorias a las peticiones de solución jurídico legal de conflictos y convirtiendo al ciudadano en protagonista activo en la búsqueda de soluciones más eficientes y adecuadas a la resolución de sus propias controversias, pero el derecho que legitima estos sistemas complementarios de resolución de conflictos es a la vez el que actúa como su límite.

El Tribunal Constitucional español³⁷⁷ ha integrado los siguientes contenidos básicos o esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva en una serie de parámetros con cada uno de ellos y de forma independiente, conformarían límites constitucionales a los métodos alternativos de resolución de conflictos: 1. El derecho de acceso a la jurisdicción; 2. El derecho a obtener de los tribunales un procedimiento fundado en el derecho objetivo, que será de fondo cuando concurren todos los presupuestos procesales y que observará los requisitos de la motivación y la congruencia; 3. El derecho a los recursos que las leyes establezcan contra las resoluciones judiciales; 4. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales; 5. El derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones

³⁷⁵Vid. TORRES DEL MORAL, A. *Derecho a la tutela judicial efectiva (Remisión)*, en *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Colez, 2007. Así, también, las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre; 4/1988, de 22 de enero.

³⁷⁶GONZÁLEZ PÉREZ, J. 2001, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid.p.57

³⁷⁷Vid. GARBERI LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008, p.57

judiciales firmes fuera de los cauces legalmente establecidos al efecto; 6. El derecho a no sufrir indefensión en el proceso.

En relación a la mediación, podemos ver cada uno de ellos de forma pormenorizada:

I.- El Libre acceso del ciudadano a los Tribunales.

Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos tal y como consagra el art. 24 de la Constitución Española. Como consecuencia del ejercicio de este derecho fundamental, que corresponde a “*todos*” (personas físicas y jurídicas, nacionales o extranjeras), los particulares tienen siempre el libre acceso o camino abierto a los tribunales con objeto de obtener la satisfacción de sus respectivas pretensiones o resistencias, haciendo desaparecer definitivamente el conflicto que les afecta³⁷⁸. Como ha declarado el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, en primer lugar, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas³⁷⁹.

El art. 24.1 CE permite que cualquier derecho o interés legítimo obtenga la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales y, por tanto, habilita a quienes lo ostenten para comparecer y actuar en el proceso³⁸⁰. Como ha declarado la doctrina³⁸¹, es el cimiento de los restantes derechos que protege el polifacético derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin in defensa. Desde su

³⁷⁸Vid. RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, Atelier, Barcelona, 2010, pp.29 y ss.

³⁷⁹ CALVO SÁNCHEZ, M., *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*, Atelier, Barcelona. 2009. p.26. Indica el autor que a la la hora de ubicar el derecho a ser juzgados por jueces y magistrados imparciales en el art. 24 de la CE, al no hacer éste artículo mención expresa al mismo, a diferencia de otros textos internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 [art. 10], Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 [art. 6.1º], Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 [art. 14.1º], -preceptos que forman parte del ordenamiento jurídico español por imperativo de los arts. 10.2º y 96.1º CE-), el Tribunal Constitucional ha variado su doctrina en lo referente a su colocación, dentro del art. 24 entre: a) derecho al juez predeterminado por la ley, y b) derecho al proceso con todas las garantías; esta ha sido la oscilación básica aunque haya un ATC, Sala primera, Sección primera, 265/1988, de 29 de febrero, lo ubica en el art. 24.1º CE, dice este auto en su FJ 1º: “Las instituciones de la abstención y recusación son garantías de la imparcialidad e independencia de los Jueces y en cuanto tal pueden considerarse implícitamente incluidas en el derecho fundamental a ser juzgado sin indefensión (art. 24.1º CE), así como en el derecho de que habla el art. 14.1º del Pacto de Nueva York de 1966”

³⁸⁰SSTC 56/2001, 311/2000, 71/1991.

³⁸¹Vid. BORRAJO INIESTA, I., DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Ob. cit., pp. 30 -31.

primera sentencia, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que el art. 24 exige mantener abiertas las puertas de la justicia y eliminar o restringir los obstáculos y requisitos en el camino de los ciudadanos.

En cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales que determinan los presupuestos y requisitos para su ejercicio, pudiendo establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos³⁸². El art. 24.1 CE prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida el acceso al proceso de los derechos e intereses legítimos. Frente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, concretamente desde la perspectiva del principio *pro actione* que es donde nos situamos, tiene declarado el Tribunal Constitucional que no resultan oponibles argumentos relativos a la celeridad y pronta resolución de los procesos³⁸³. Por ello, la obligación legal de recurrir previamente a un sistema de solución extrajudicial de conflictos, no debe configurarse de manera que constituya un obstáculo al libre acceso a la tutela jurisdiccional³⁸⁴. La relación entre los métodos jurisdiccionales y extra jurisdiccionales ha de ser de compatibilidad y de complementariedad.

Como ha dicho la doctrina la mejor garantía de la adecuación de este sistema al proceso jurisdiccional es la plena accesibilidad a él para la tutela efectiva de los derechos. El hecho de que las partes opten por la mediación con la intención de solucionar el litigio no les impedirá que posteriormente puedan iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio cuando el acuerdo no se hubiera conseguido³⁸⁵. La doctrina constitucional ha abordado, desde la óptica del art. 24 CE, los trámites previos a la vía judicial, configurados en ocasiones como presupuestos del proceso. A pesar de su innegable trascendencia como eje central del derecho a la tutela judicial efectiva, esta cuestión ha sido desarrollada, a juicio de los autores³⁸⁶, de forma cautelosa y parca

³⁸²SSTC 311/2000, 12/1998, 140/1993.

³⁸³STC 202/2002.

³⁸⁴La Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su considerando 14, señala que nada impide que la legislación nacional haga obligatorio el uso 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

³⁸⁵TORRES OSORIO, E. *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.251.

³⁸⁶Vid. BORRAJO INIESTA, I., DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Ob. cit., pp. 38 a 41.

por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se ha centrado en el argumento de la subsanabilidad de los requisitos pre-procesales, al margen de su razón de ser, y de su cumplimiento material en cada caso. Ello no obstante, existen pronunciamientos de nuestro máximo garante de la Constitución que abordan la cuestión de forma directa al declarar que el establecimiento de requisitos previos para acceder a la jurisdicción no contradice el art. 24.1 CE siempre que se cumplan dos condiciones: servir a finalidades legítimas, como resolver el conflicto amistosamente y aliviar la carga de litigios que pesa sobre los tribunales y no excluir, en ningún caso, el conocimiento jurisdiccional de la controversia, sino «meramente aplazar» la intervención de los órganos judiciales³⁸⁷.

Al igual que el Derecho a la jurisdicción incluye el que el juez venga predeterminado por la ley, para prestar su función con la debida garantía de independencia e imparcialidad³⁸⁸, debe garantizarse también para el mediador, en la mediación.

El derecho fundamental de la Tutela Judicial Efectiva, se garantiza a través de la imparcialidad del juez; imparcialidad que no está contemplada como un derecho expreso sino que ha quedado implícita dentro del debido proceso con todas las garantías³⁸⁹. En la mediación, y en aras a este principio, debe garantizarse la igualdad de oportunidades de las partes en el procedimiento, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia cada uno de los puntos de vista expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas³⁹⁰. El mediador se asegurará de que todas las partes puedan participar de forma efectiva en el procedimiento. Esta garantía deriva del principio constitucional de “igualdad en la aplicación de la ley procesal” que proclama el art. 14 de la CE, y del derecho a un “*proceso con todas las garantías*” reconocido en el art. 24.2 del mismo texto.

³⁸⁷ SSTC, 217/1991, 355/1993, 352/2006.

³⁸⁸ STS, 276/2012 de 2 de abril

³⁸⁹ VID. CALVO SÁNCHEZ, M., “La abstención y recusación en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”, *Diario la Ley*, Nº. 2, 2005, pp.1527-1547.

³⁹⁰ Vid. REDORTA, J., “La justicia del futuro”, *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la justicia*, GEMME, Barcelona, 2009, p. 6.

Consecuencia de lo anterior, la actuación del mediador debe regirse por el principio de imparcialidad³⁹¹. Para garantizarlo se determinan unas circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes antes de iniciar o continuar su tarea y que pueden afectar a la misma o generar un conflicto de intereses, siguiéndose con esta disposición el modelo del Código de conducta europeo para mediadores. Tales circunstancias incluirán todo tipo de relación personal o empresarial con una de las partes, cualquier interés directo o indirecto en el resultado final así como los casos en que el mediador, o un miembro de su empresa, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En tales casos, el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando esté seguro de poder mediar con total independencia con el objeto de garantizar su completa imparcialidad y siempre que las partes lo consientan explícitamente. De esta forma, se trata de preservar la independencia del mediador, pues, a diferencia de las partes, que siempre han de ostentar una determinada relación jurídica material con respecto a la cuestión discutida, la legitimación del mediador en un procedimiento determinado estriba, precisamente al contrario, en una ausencia de vinculación o de relación con las partes o con el objeto de la controversia.

Dentro del acceso a la jurisdicción que comprende la tutela judicial efectiva, podemos encontrar una serie de obligaciones legislativas impuestas al Estado, respecto a que como tal derecho de las partes, deberían tener su correspondencia en la legislación, específica de mediación tanto en el ámbito estatal y como autonómico³⁹². Son las siguientes:

- a) *El órgano judicial debe estar creado por una norma legal, previamente a su funcionamiento, por lo que el órgano que desarrolle la mediación también debe crearse previamente a su funcionamiento por una norma legal.*

El TC³⁹³, ha manifestado que: “...este derecho constitucional, reconocido en el art. 24.2 CE, exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con

³⁹¹Vid. TORRES OSORIO, E., *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.253.

³⁹² En las leyes de mediación familiar de carácter autonómico.

³⁹³ SSTS 47/1983 de 31 de mayo, 48/2003, de 12 de marzo 32/2004 de 8 de marzo.

anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional". Este derecho exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente³⁹⁴. De esta forma, se trata de garantizar la independencia y la imparcialidad³⁹⁵ que el derecho en cuestión comporta, que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el art. 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, garantía que sin efecto si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse.

Igual tenemos que considerar, si nos estamos refiriendo a los métodos alternativos de resolución de conflictos y en concreto a la mediación. Debe cumplirse el principio de que los órganos a través de los cuales se vaya a desarrollar la mediación estén previamente conformados por ley, se les hayan atribuido funciones, y desarrollen su actividad según las normas legales que los contemplan.

La mediación, tal como está concebida en las leyes españolas, puede ayudar a las partes a resolver conflictos en derecho, por lo tanto, entendemos que los órganos que van a desarrollar tal labor deben depender directamente de entidades encargadas de la Administración de la Justicia: así a nivel nacional será el Ministerio de Justicia, y en las Comunidades Autónomas, las Consejerías con funciones y competencias en materia de justicia, en aquellos casos en que se han transferido competencias. Unos y otras son las que conocerán el movimiento y servicio de la justicia dentro de cada uno de sus territorios; no creemos adecuados que entes y organismos encargados de los aspectos sociales sean quienes abanderan una situación e institución que compete absolutamente a la Administración de la Justicia y al Derecho. Otra cosa es que se trabaje en equipo dentro de los diferentes órganos estatales y autonómicos para lograr una mayor

³⁹⁴ AATC 42/1996, de 14 de febrero y 102/2004, de 13 de abril,

³⁹⁵ Vid. CALVO SÁNCHEZ, M. «La abstención y recusación en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial», *Ob. cit.* pp. 1527-1547

difusión y prestación del servicio, pero la competencia de dicha función debe asignarse a los órganos responsables de la Administración de la Justicia. Si los conflictos entre particulares no se resuelven con la garantía efectiva de la Tutela Judicial Efectiva, derivarán igualmente a los tribunales y causarán más problemas de los que ya existen.

Tanto en su Exposición de Motivos, como en el articulado de la Ley 5/2012, no se encuentra designado de manera expresa un órgano o institución en concreto del Estado que vigile y promueva la mediación en España; de forma tácita, podemos deducir que tal competencia la asumirá el Ministerio de Justicia, interpretando su artículo 5.3³⁹⁶. Pero esta norma no constituye en sí una atribución concreta en la que se entiendan otorgadas funciones que puedan garantizar la puesta en marcha de la mediación, a no ser que al Ministerio de Justicia, mediante desarrollo reglamentario, le otorguen funciones más concretas. El art. 12. En referencia a la calidad y autorregulación de la mediación, establece: *“El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán y requerirán la adecuada formación inicial y continua de los/las mediadores/as, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos”*. En este caso, fomentar, puede entenderse, siguiendo a TORRES OSORIO³⁹⁷ que no es sólo, reglamentar la formación que deberán poseer los mediadores. En el articulado de la ley no existe compromiso concreto en cuanto al desarrollo de la mediación³⁹⁸.

En cuanto a las Comunidades Autónomas, ajustadas al Título VIII de la Constitución y, concretamente, en virtud de la aplicación del art. 148 que indica que: *“las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en la organización de sus instituciones de autogobierno”*³⁹⁹ y, en su *“asistencia social”*⁴⁰⁰, han desarrollado su propia legislación sobre mediación familiar. Han

³⁹⁶“El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes velarán por que las instituciones de mediación respeten, en el desarrollo de sus actividades, los principios de la mediación establecidos en esta ley, así como por la buena actuación de los/las mediadores/as, en la forma que establezcan sus normas reguladoras.”

³⁹⁷TORRES OSORIO, E., *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.235 y ss.

³⁹⁸De este artículo sólo se interpreta que el Ministerio de Justicia fomentará y requerirá la adecuada formación de mediadores y sus códigos deontológicos. Pero no basta con crear la figura, sino que hay que garantizar que la mediación funcione en toda la extensión de la palabra.

³⁹⁹Art. 148.1.1ª CE.

⁴⁰⁰Art. 148.20 CE.

previsto órganos competentes para divulgarla, fomentarla, vigilarla, etc. Sin embargo, la mediación familiar es creada desde la perspectiva social, no desde la idea de ser soporte o ayuda a la justicia o descongestión de los despachos judiciales. La mayoría de Comunidades ha ubicado esta competencia en las Consejerías de familia o bienestar social; sin embargo, las Comunidades Autónomas de Cataluña, Canarias y Cantabria, han derivado la competencia a las Consejerías de justicia, pero con la misma concepción de apoyo social, apreciando que la mediación no es tratada como una figura autónoma ni como una verdadera ADR.

b) Que la ley haya investido al órgano de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación judicial; por lo que las leyes de mediación deberían de investir de competencia al mediador con anterioridad al hecho motivador de la actuación del/la mediador/a.

Al hacer un análisis específico de este punto, creemos, al igual que TORRES OSORIO⁴⁰¹ que no podría aplicarse aplicar el concepto de jurisdicción a esta comparación analógica, toda vez que la jurisdicción es la potestad de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, facultad que poseen en exclusividad los tribunales por orden constitucional (art. 117.3º de la CE). El mediador es un facilitador que no juzga ni ejecutar lo juzgado.

Se entiende por competencia objetiva el conjunto de normas procesales que distribuyen jerárquicamente, entre los diversos órganos judiciales de un mismo orden jurisdiccional, el conocimiento de la fase declarativa de los objetos procesales. Partiendo de la definición anterior, podríamos decir que la competencia objetiva en materia de mediación familiar está atribuida a las Comunidades Autónomas, quienes están autorizadas a través de los Estatutos de Autonomía para legislar sobre ella⁴⁰².

El art. 44 de la LEC manifiesta: *“Para que los tribunales civiles tengan competencia en cada caso se requiere que el conocimiento del pleito les esté*

⁴⁰¹Vid. TORRES OSORIO, E., *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.238.

⁴⁰²En razón de sus Estatutos de Autonomía, las Comunidades crearon entes u órganos a los que atribuyeron funciones de competencia objetiva para el manejo de la mediación (vigilancia, control, facultad sancionadora, etc.); a su vez, determinaron “*ámbitos de aplicación de la mediación*” facultando a las personas inmersas en conflictos familiares para que de manera voluntaria opten a resolverlos a través de la mediación, con la ayuda facilitadora de un mediador acreditado.

atribuido por normas con rango de ley y anteriores a la incoación de las actuaciones de que se trate". Mediante dicha prescripción, no sólo se prohíbe a la potestad reglamentaria invadir las normas de la competencia objetiva, sino que dichas normas afianzan el derecho fundamental al "juez legal"⁴⁰³.

Las leyes de mediación de España no han atribuido competencia a los mediadores, sino que se la han concedido a la persona inmersa en un conflicto, quien es la única que puede "elegir" si quiere resolver su diferencia a través de un mediador por medio del procedimiento de mediación. A su vez, cuando la persona elige al mediador, lo faculta para conocer de su conflicto, otorgándole así la competencia subjetiva, pero el mediador no tiene entonces jurisdicción ni competencia (objetiva) porque: a) no juzga; b) no ejecuta; c) no resuelve; d) no otorga ejecutoriedad al acuerdo; sólo es un instrumento para que los/las intervinientes se acerquen, dialoguen y traten de llegar a una resolución de su conflicto por medio del procedimiento de mediación. En la mediación familiar, especialmente con lo acordado al convenio regulador (art. 90 CC), o donde se llegue a acuerdos donde se traten temas de menores, es el/la juez/a quien tiene la competencia (objetiva, subjetiva y funcional) a través de la homologación.

c) Se requiere de los órganos jurisdiccionales, que sus regímenes orgánico y procesal, no sean especiales ni excepcionales, pero si puede tratarse de jueces ordinarios con especiales competencias por razón de la materia o del territorio; por tal motivo podría exigirse a los mediadores que no sean especiales ni excepcionales sus regímenes orgánico y procedimental, aunque pueden existir mediadores y procedimientos especiales por razón de la materia u objeto de la mediación

Aquí partimos de la consideración de que la ley prohíbe que se creen órganos judiciales *ad hoc* sin estar previstos previamente en la ley⁴⁰⁴. Ello no obsta la implementación de órganos judiciales especializados por ejemplo dentro del orden jurisdiccional civil en el que se prevé la existencia de juzgados de

⁴⁰³Art.24.2 CE.

⁴⁰⁴Vid. TORRES OSORIO, E., *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.326.

familia y juzgados de lo mercantil. En cualquier caso, se garantiza el derecho al juez ordinario predeterminado por ley⁴⁰⁵.

Adaptando a las peculiaridades propias de la mediación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para el caso de la mediación podemos reformularla en el siguiente sentido:

- a. El mediador, debidamente reconocido como tal ante los órganos competentes, puede optar por prestar sus servicios dentro del territorio nacional, siempre y cuando respete y cumpla con las normas nacionales como autonómicas, pudiendo para cada caso ser viable que preste su servicio libremente en cada caso en concreto, siempre que se ajuste al ámbito competencial objetivo y subjetivo preestablecido en la ley;
- b. Cuando se trate de mediaciones en derecho administrativo o penal, por su carácter sancionador, deberán darse normas precisas, cualidades y procedimientos especiales para los mediadores y para las entidades mediadoras que prestarán este servicio de la misma forma que ya se ha establecido para la mediación en derecho privado³⁸¹.

Las mediaciones o procedimientos especiales por razón u objeto de la materia pueden ser las llamadas mediaciones sectoriales (desahucios, herencias, hipotecarias, en el sector sanitario, etc.), que requieren un tratamiento diferente, con mediadores/as expertos en el tema a tratar, pero bajo las garantías de la Tutela Efectiva de la Justicia ofrecidas dentro del procedimiento de mediación.

d) La composición del órgano judicial debe venir determinada por la ley y en cada caso concreto debe seguirse el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros; por lo tanto, la forma de designar al mediador, también debe venir establecida, primero por la voluntad de las partes, o, en su defecto, por la ley

La finalidad de este requisito es doble, ya que se asegura que no exista ningún tipo de manipulación en la Administración de la Justicia, tanto en el órgano

⁴⁰⁵ TC 69/2001 de 17 de marzo. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado, que la predeterminación legal del juez, significa que la ley, con generalidad y anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer de la causa

judicial competente, como en la propia composición del mismo, procurando, por otra parte, la pacificación del conflicto, ya que la preconstitución del órgano jurisdiccional con criterios públicos y objetivos es el medio para disipar cualquier sospecha entre los litigantes sobre la imparcialidad e independencia del tribunal. La constatación de la imparcialidad del juez⁴⁰⁶ por parte de los/las litigantes es garantía de sus resoluciones, no siendo razonable exigir que el tribunal deba estar predeterminado también respecto a los hechos que dan origen al proceso, salvo que acreditara que la modificación competencial después de los hechos constituyera una maquinación fraudulenta, cuya finalidad sería precisamente alterar el derecho al/a la juez/a ordinario/a predeterminado/a por la ley⁴⁰⁷.

El TC ha manifestado al respecto que: *“el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, además de la vertiente relativa a la predeterminación del órgano y su competencia, incluye también, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, el requisito de que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y de que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir o integrar el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar indirectamente la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta (y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar la función jurisdiccional. No obstante, no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas*

⁴⁰⁶LOREDO COLUNGA, M. “La imparcialidad en el proceso civil: el derecho a recusar (artículos 99, 101 y 107 a 128 LEC)”, en, AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil, InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. WWW. INDRET.COM. Barcelona. Julio 2009, p.2 “La imparcialidad se requiere no sólo del personal jurisdiccional, sino igualmente de los distintos sujetos que prestan servicio en los órganos jurisdiccionales (jueces, magistrados, secretarios judiciales y demás funcionarios de la oficina judicial) e, incluso, de otros profesionales que pueden intervenir en el proceso civil en calidad de tales (como son los peritos); ya sean funcionarios de carrera, sustitutos o interinos, de modo que todos ellos deberán abstenerse o podrán ser recusados cuando se cuestione razonablemente su neutralidad en relación con un procedimiento determinado”.

⁴⁰⁷BODAS MARTÍN, R., “Las garantías éticas del proceso”, en AA.VV., *Ética del juez y garantías procesales*, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005 pp.388-389: “la Tutela Judicial Efectiva, no sólo se extiende a garantizar un juez en concreto, sino también el derecho a que la causa sea resuelta por el juez –el competente- o por quien funcionalmente haga sus veces, y no por otra persona o entidad”.

contingencias que pueden afectar a los últimos en su situación personal. Pero, en todo caso, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de estar encaminados a preservar la independencia e imparcialidad de éstos, factores determinantes para la satisfacción del interés directo protegido por el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley”⁴⁰⁸

Si trasladamos este requisito a la mediación, se podría exigiría legalidad y ética en el momento de designar al mediador, al que simultáneamente se le otorga la certeza de que podrá desarrollar su actividad profesional de una manera transparente, independiente e imparcial, evitando que se designe siempre al mismo mediador y garantizando que un buen funcionamiento del Registro de Mediadores. Además es importante tener dentro de sus listados, profesionales competentes y bien capacitados, pues pueden recaer en por este motivo, responsabilidades por la mala actuación de alguno de ellos; así como también que se ofrezca con carácter general y previo, las condiciones de designación de los mediadores que intervengan en dicha institución.

En otras sentencias, el Tribunal Constitucional también entienden que este derecho comprende la garantía de la imparcialidad judicial, esto es, la opción de recusar a jueces/juezas y magistrados/as cuando concurren las causales tipificadas para ello, para evitar que conozcan de un asunto en el cual puedan tomar algún interés objetivo o subjetivo, directo o indirecto: *“que el derecho a la utilización de los medios de defensa y el derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por la Ley comprenden recusar a aquellos funcionarios en quienes se estimen que concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad”⁴⁰⁹*

Al respecto, ha señalado COUTURE: *“las circunstancias de abstención establecen una verdadera inhabilidad para conocer y el juez se encuentra transformado aun en contra de su voluntad en judex inhabilis. En la recusación no existe, propiamente, inhabilidad, sino causal de recelo, que la parte perjudicada eventualmente puede superar; el juez, es, apenas, judex suspectus; está en el poder jurídico de la parte a quien el motivo perjudica, consentir la permanencia o alejar al magistrado. En la abstención no existe ni inhabilidad ni sospecha; existe tan sólo un escrúpulo de conciencia del propio magistrado. Si él*

⁴⁰⁸STC 69/2001 de 17 de marzo. (FJ 2°).

⁴⁰⁹STC 47/1982, de 12 de julio. (FJ 3°).

*lo plantea y el superior lo comparte, deja de conocer; si él no lo plantea, el superior no puede alejarlo; si él lo plantea y el superior no lo comparte, el juez debe seguir conociendo el asunto”*⁴¹⁰

II. El derecho a obtener de los tribunales un procedimiento fundado en el derecho objetivo, que será de fondo cuando concurren todos los presupuestos procesales y que observará los requisitos de la motivación y de la congruencia y cómo puede salvaguardarse este derecho en la mediación.

El procedimiento de mediación es un medio a través del cual los/las intervinientes por su libre albedrío llegan o no a un acuerdo con la ayuda facilitadora del/de la mediador. Esto diferencia el procedimiento de mediación del proceso judicial, pues en el último el fin es llegar a la sentencia⁴¹¹. El término “Procedimiento”, por tanto, puede utilizarse para cualquier serie o sucesión de actos jurídicos, mientras que la voz “proceso” se reserva para el procedimiento jurisdiccional propiamente dicho. La definición anterior explica porqué el procedimiento de mediación no se puede llamar proceso de mediación⁴¹² y ello es debido a que el procedimiento de mediación conlleva unos trámites, actos y técnicas a seguir, pero también es afectado por el proceso judicial porque: a) se requiere homologar el acuerdo; b) se demanda el incumplimiento del acuerdo a través de la ejecución; c) se solicita nulidad del acuerdo o del procedimiento de mediación. Por tanto el proceso es la totalidad, la unidad y el procedimiento es la sucesión de los actos o los actos procesales tomados en sí mismos como dice COUTURE⁴¹³.

El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, como sucede en el orden administrativo o en el legislativo) se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados entre sí por la unidad del

⁴¹⁰COUTURE, E. *Estudios de derecho procesal civil. El juez, las partes y el proceso* (Tomo IV), Thomson Reuters Puntotex, Buenos Aires, 2010, p. 109.

⁴¹¹ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Granada, Comares, 1999, p.3. “La palabra “procedimiento” va asociada “a una consideración meramente formal o externa de la actividad procesal”, que refleja sólo la mecánica e integración del conjunto de actos que integran el proceso, mientras que el concepto de este último alude a la contextura jurídica de los actos”

⁴¹²Vid. TORRES OSORIO, E. *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.350.

⁴¹³Vid. COUTURE, E., *Vid. Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p.202.

efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo⁴¹⁴. Los ciudadanos son los intervinientes llamados a participar en el procedimiento de mediación, son quienes poseen legitimación y competencia para poner en marcha toda la estructura organizativa de esta ADR; y la entidad de mediación y los mediadores acreditados son quienes desarrollan con experticia el procedimiento de mediación, dando en cada fase del procedimiento seguridad jurídica y procurando que: a) se llegue a pactos justos; b) que las decisiones que tomen se realicen bajo el amparo legal; c) no caigan en errores patentes, manifiestos o notorios; d) no partan de premisas inexistentes; e) no se produzcan efectos negativos en la esfera de quienes involucra directamente (los intervinientes) o indirectamente (terceros) el conflicto y su solución⁴¹⁵.

Por tanto, el procedimiento de mediación debe estar establecido en la ley, de forma que los sujetos del procedimiento tengan pleno conocimiento de qué deben realizar en cada una de sus fases; de lo contrario, se podría caer en una vulnerabilidad de los derechos de los mismo como lo ha indicado el TC, “*se debe actuar con la necesidad de que exista y se respete en cada caso un procedimiento objetivo y legalmente establecido*”⁴¹⁶.

La congruencia es la exigencia de que las resoluciones judiciales otorguen respuesta efectivamente a todas las pretensiones litigiosas que las partes contendientes hayan sometido en tiempo. En este orden de ideas, por analogía, decimos que la congruencia en la mediación debe estar contenida entre el objeto del conflicto y el acuerdo alcanzado, los cuales deben guardar armonía y equilibrio con el derecho positivo vigente.

Sobre el procedimiento de mediación, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en su considerando número 13, indica que, “*La mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento. No obstante, el Derecho nacional debe dar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer límites temporales al procedimiento de mediación; por otra parte, también deben poder señalar a las partes la posibilidad de la*

⁴¹⁴Vid. GÓMEZ LARA, C., *Teoría General del Proceso*, 9ª ed., Oxford, México, 2000, p.217.

⁴¹⁵SSTC, 334/2006, de 20 de noviembre; 180/2007, de 10 de septiembre; 109/2006, de 3 de abril, 334/2006 de 20 de noviembre; 21/2008 de 31 de enero; 61/2008, de 26 de mayo.

⁴¹⁶STC 69/2001 de 17 de marzo (FJ 2º).

mediación, cuando resulte oportuno.” Y en el considerando 17, manifiesta que, *“Los mencionados mecanismos deben aspirar a preservar la flexibilidad del procedimiento de mediación y la autonomía de las partes, y a garantizar que la mediación se lleve a cabo de una forma eficaz, imparcial y competente”*.

En cuanto a la duración del procedimiento de mediación, es importante la delimitación por parte del legislador contener plazos estipulados para las actuaciones⁴¹⁷: a) Término de caducidad y prescripción de las acciones y desde cuando comienza a regir; b) Término de suspensión del proceso judicial, cuando las partes sean derivadas a mediación; c) Plazo que tienen las instituciones de mediación de dar trámite a la solicitud de mediación y, en su caso, dar traslado a la otra persona (si no se ha presentado conjuntamente); d) Plazos para resolver sobre el beneficio de la gratuidad de la mediación; e) El término o plazo para designar mediador/a; tiempo de aceptación o no, y para fijar fecha de la sesión constitutiva; f) El plazo para que los/las funcionarios/as facultados/as para resolver la recusación del/de la mediador/a, emitan la resolución y otorgar plazos para los respectivos traslados al/a mediador/a y a los/las intervinientes para que se manifiesten sobre dicha resolución en caso de ser desfavorable; g) El tiempo de duración máxima del procedimiento de mediación y sus posibles prórrogas (compete a los/las intervinientes y a la persona mediadora fijar la duración de las sesiones y la periodicidad de las mismas, sin exceder el tiempo establecido en la ley de mediación); h) Determinación del día desde el cual comienza el tiempo máximo establecido en la ley para desarrollarse el procedimiento de mediación; i) Los plazos para resolver sobre las infracciones del procedimiento sancionador, notificación de su decisión y posibles recursos.

La STC 95/1983, de 14 de noviembre, sienta una doctrina legal sobre los requisitos del proceso: *“Para la ordenación adecuada del proceso existen impuestas formas y requisitos procesales que, por afectar al orden público, son de necesaria observancia, y cuyo cumplimiento no puede dejarse al libre arbitrio de las partes, así como tampoco el tiempo en que han de realizarse. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento de esos requisitos y formas procesales no genera[n] iguales efectos en todo supuesto. Si se trata de una*

⁴¹⁷ Vid. TORRES OSORIO, E. *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva.*, Ob. cit., pp.353 y ss..

*irregularidad formal o vicio de escasa importancia, por cumplimiento defectuoso, debido a un error o equivocación disculpable y no malicioso que no genere consecuencias definitivas, debe otorgarse la técnica de la subsanación de las irregularidades que permita atender a la voluntad de cumplimiento*⁴¹⁸.

III.- El derecho a los recursos que las leyes establezcan contra las resoluciones judiciales y cómo este derecho debe amparar el derecho a la nulidad del procedimiento o del acuerdo alcanzado, en mediación.

Dentro al derecho a la tutela judicial efectiva, se asegura el acceso a los recursos legalmente previstos siempre que se cumplan y se respeten los presupuestos, requisitos y límites que la propia ley establezca, para controlar la actividad de los órganos judiciales competentes en el ejercicio de su exclusiva potestad jurisdiccional, otorgada en virtud del art. 117.3 CE⁴¹⁹. El derecho a la doble instancia, salvo en materia penal, no forma parte necesariamente del contenido del derecho a la Tutela Judicial Efectiva, por lo que el legislador puede configurar libremente el sistema de recursos, estableciendo los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización⁴²⁰. Pero la mediación, al ser un acto de libre disposición de las partes y al no existir un tercero que decida, mediante alguna resolución, no tiene segunda instancia, ni proceden los recursos establecidos para el proceso judicial (recurso de reposición y apelación).

Sin embargo, en lo que se refiere: a) obtención del beneficio de la mediación gratuita; b) régimen sancionador; c) procedimiento que resuelve la abstención o recusación del/de la mediador/a, sí se deben establecer recursos de reposición y apelación para garantizar así que no se vulneren los derechos de los sujetos implicados⁴²¹.

La mediación produce efectos jurídicos que deben ser válidos y eficaces entre los sujetos intervinientes y frente a terceros. Dentro de los actos de voluntad de los/las intervinientes, se pueden presentar problemas jurídicos o vicios en la

⁴¹⁸De ahí la importancia que el procedimiento observe unos límites temporales, que deben ser indicados por el legislador y gestionados por los/las intervinientes y el/la mediador/a.

⁴¹⁹STC 239/1993 de 12 de julio. (FJ 1º).

⁴²⁰STC 160/1993 de 17 de mayo. (FJ 2º).

⁴²¹Vid. TORRES OSORIO, E. *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.375.

celebración del acto jurídico. Estos vicios o defectos pueden ser de diferente fondo o contenido, y, según el caso, podrían generar invalidez del acto. Es el caso de que se mediase sobre un asunto cuyo objeto, no fuese de libre disposición de las partes, siendo un objeto ilícito que caería dentro del ámbito de la nulidad. Jurídicamente, la nulidad es: *“un instrumento procesal consistente en la valoración de la adecuación entre uno o más actos procesales y las normas que regulan su proceso de formación, esto es, las normas de procedimiento y los principios procesales básicos, de modo que, apreciada una infracción, actúan las consecuencias jurídicas previstas por la ley en cada caso, que oscilarán, dependiendo de la gravedad de la infracción, entre la subsanación del acto y la eliminación del mismo como si nunca hubiera existido, según la importancia que el legislador haya otorgado a los valores de justicia y seguridad jurídica al regular este mecanismo procesal”*⁴²².

Por tanto, la nulidad en la mediación puede recaer en el procedimiento o en el acta que contiene el acuerdo logrado. También puede ocurrir que una de las partes, aprovechándose de la inferioridad o dependencia de la otra parte interviniente, logrando doblegar su voluntad vicie el consentimiento por error, fuerza o dolo hacia el/la otro/a, mediante conductas o maniobras disfrazadas, de tal manera que el mediador no se dé cuenta de ello. O de igual manera, puede presentarse que una de las partes adolezca de capacidad legal para mediar pero, pese a ello, se lleva a cabo un acuerdo, produciendo nuevas situaciones jurídicas. Todos estos casos pueden generar nulidades absolutas y por ende el acto de la mediación cae en el ámbito de la invalidez. Los anteriores casos de vicios son sustanciales.

La mediación al resolverse mediante un acuerdo entre las partes, se concibe en nuestro ordenamiento jurídico como un contrato, y como tal, serán anulables los acuerdos que contengan error, violencia, intimidación o dolo (art. 1265 del CC).

Las nulidades pueden ser advertidas por el juez en caso de que el acuerdo vaya a homologación, por lo cual se pueden subsanar las irregularidades tomando los correctivos necesarios en procura de la legalidad, la igualdad de las partes, el

⁴²²LOURIDO RICO, A. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, Comares, Granada, 2004. pp. 64-65.

saneamiento y la excelencia del acto de mediación. Si las irregularidades no se observan de oficio, las partes deben de tener el derecho a ejercitar los recursos ordinarios que sean procedentes. Por el contrario, si las partes o el juez, observaran alguna causa de nulidad de los contratos en el acuerdo de mediación, entonces estaría legitimados para ejercitar la acción de nulidad, la cual no es un recurso como tal sino una acción⁴²³.

El derecho a los recursos y, en este caso, a acceder a la acción de nulidad, ya sea por cuestiones de fondo o procedimentales, debe considerarse como la unión perfecta y armónica entre la ADR, en este caso la mediación, y el proceso judicial, garantizándose la tutela efectiva de la justicia. En la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se establece que contra lo convenido en los acuerdos de mediación, sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23.4º de la Ley 5/2012). Así las cosas, sobre los temas de invalidez, nulidad y anulabilidad⁴⁰¹ del procedimiento de mediación o sobre el acuerdo logrado, debemos referirnos a lo estipulado por el Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia con respecto a la nulidad de los contratos⁴²⁴.

La invalidez, empieza en el momento de la celebración del contrato por una de las siguientes causas:

-La contravención de un precepto de derecho necesario, de la moral o del orden público (art. 1255 CC).

- La falta de uno de los elementos esenciales (art. 1261 CC): consentimiento (por falta de capacidad, por falta de edad o trastorno mental), objeto (el cual debe ser posible, lícito y determinado), causa (falsedad o ilicitud), siendo nulo en estos casos⁴²⁵. Si el contrato de mediación que contiene el acuerdo

⁴²³TORRES OSORIO, E. *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.376.

⁴²⁴Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J., Y PARRA LUCÁN, M., *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Madrid, Dykinson, 2005.

⁴²⁵STS, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 1983, declara que: “De los grados de invalidez de los contratos se distingue la inexistencia y la nulidad radical o absoluta, según que al contrato le falte alguno o algunos de sus elementos esenciales, señalados en el art. 1261 del CC. o que haya sido celebrado, aun reuniendo esos elementos esenciales, en oposición a leyes imperativas cuya infracción da lugar a la ineficacia; situaciones jurídicas distintas de aquella otra en que la ineficacia deviene a consecuencia de vicios del consentimiento en la formación de la voluntad o falta de capacidad de obrar en uno de los contratantes o falsedad de la causa, casos de la denominada nulidad relativa o anulabilidad, una de cuyas consecuencias es que en este segundo supuesto la acción de nulidad dura cuatro años y sólo puede ser ejercitada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos, según establecen los arts. 1301 y 1302 del citado Cuerpo legal, mientras que en los casos de inexistencia o nulidad absoluta o radical la acción es

logrado fue realizado contrariando uno de los principios de la mediación (voluntad de las partes, buena fe, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, carácter personalísimo, igualdad de las partes), puede ser declarado nulo. También sería nulo si es realizado por un/a mediador/a que no esté debidamente acreditado, estando por tanto bajo la falta de uno de los elementos esenciales de la mediación.

-Si adolece de algún vicio del consentimiento (error, dolo, intimidación, art. 1265 CC), o falta de plena capacidad por no haber alcanzado la mayoría de edad, o falta de autorización o consentimiento de otra persona (como los actos dispositivos de un cónyuge sobre gananciales, sin consentimiento del otro cuando sea necesario) arts. 1322 y 1377 CC, o los actos dispositivos del/de la menor emancipado/a sin consentimiento del padre, madre o tutor/a, cuando es exigido (arts.323 y 324 CC), siendo entonces anulable el contrato⁴²⁶.

Dentro de la invalidez, según la gravedad de tales circunstancias, resulta necesario distinguir entre:

a. Nulidad o supuestos de contratos nulos La nulidad del contrato representa el supuesto más grave de ineficacia, por ello, suele ser adjetivada como nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho. Las causas de nulidad se contemplan en el artículo 1261 CC⁴²⁷. La legitimación en la acción de nulidad corresponde, en principio, a las partes contratantes, en este sentido, a los/las intervinientes, pudiendo ejercitarla cualquiera de ellas, ya que la nulidad se fundamenta en un interés general. La impugnación también la puede realizar un tercero perjudicado, como por ejemplo los/las afectados/as por una herencia o por la simulación de un negocio jurídico. La acción de nulidad no caduca y no prescribe.

imprescriptible y puede ejercitarla cualquier tercero perjudicado por el contrato en cuestión; habiendo llegado esta Sala a declarar...que los Tribunales pueden y deben apreciar de oficio la ineficacia o inexistencia de los actos radicalmente nulos”.

⁴²⁶ STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 235/2012 de 16 de abril

⁴²⁷1. La carencia absoluta o inexistencia (excluidos los vicios del consentimiento pero no la violencia absoluta) de cualquiera de los elementos esenciales. Se ha considerado que falta absolutamente el consentimiento cuando quien celebra el contrato lo hace arrogándose falsamente la representación de otro o es un enajenado mental.

2. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos del objeto del contrato: licitud, posibilidad y determinación.

3. La ilicitud de la causa.

4. El incumplimiento de la forma sustancial.

5. La contrariedad de las normas imperativas a la moral y al orden público (art. 6.3 y 1255 CC), en cuyo caso suele hablarse directamente de contrato ilegal.

6. En particular, los actos a título gratuito sobre bienes comunes realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro (art. 1322.2º).

b. Anulabilidad o supuestos de contratos anulables. Las razones o causas de anulabilidad, de menor gravedad que las propias de nulidad, son: a) Todos los vicios del consentimiento: error, violencia (no absoluta), intimidación y dolo; b) Inexistencia de plena capacidad de obrar en alguno de los contratantes⁴²⁸.

Están legitimadas para el ejercicio de la acción de la anulabilidad, las personas que hayan sufrido el vicio del consentimiento o fuesen incapaces para realizar el contrato, así como quienes, sin ser parte, asumen obligaciones a causa de dicho contrato (art. 1302.1 CC). En cambio, por aplicación de la buena fe, este artículo, excluye de esta posibilidad a los causantes del error, violencia, intimidación o dolo o las personas capaces que contraen con incapaces

Las leyes de mediación familiar de las Comunidades Autónomas⁴²⁹ guardan silencio en cuanto a los recursos que proceden sobre el acuerdo de mediación alcanzado, por lo entonces debería remitirse al artículo 23.4 de la Ley 5/2012⁴³⁰

Las únicas leyes de mediación familiar que enuncian ineficacia o nulidad en los acuerdos son: La Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón, que, en su art. 9 manifiesta que el mediador familiar tiene el derecho de: “Dar por finalizada la mediación cuando existan motivos que demuestren la ineficacia del procedimiento”, contemplando la posible ineficacia intuida por el mediador, aunque guarda silencio respecto a la nulidad del acuerdo y la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria,

⁴²⁸ Los/las menores no emancipados/as (art. 1263.1 CC).

- Las personas sometidas a la tutela, conforme a la sentencia de incapacitación (arts. 222 y 267 CC).

- Las personas sometidas a la curatela, conforme a lo establecido en el art. 293 CC.

- Los/as emancipados/as con respecto a los contratos considerados en el art. 323 CC (para el/la casado/a menor de edad, art. 324 CC).

- Inexistencia de consentimiento marital (esto es, del otro cónyuge) con respecto a los actos o contratos onerosos realizados por el otro cónyuge cuando legalmente se requiere consentimiento de ambos (arts. 1322, 1320, 1377 CC).

⁴²⁹ Las leyes 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña; 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia; 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la comunidad Valenciana; 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias; 4/2005, de 24 de mayo, del servicio social especializado de mediación familiar de Castilla La Mancha; 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears; 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid; 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar del Principado de Asturias; 1/2008 de 8 de febrero, de mediación familiar del País Vasco; Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁴³⁰ Art. 23.4 de la ley 5/2012 de e 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. “Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.”

que contempla en su art. 42, que los acuerdos tomados podrán ser anulados en los casos y con los procedimientos fijados en la legislación estatal⁴³¹.

IV.- El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y como contrapartida el derecho de ejecución del acuerdo logrado en mediación.

La tutela jurisdiccional comprende el derecho a obtener instrumentos adecuados para ejecutar de forma coactiva las decisiones judiciales. Al igual que en el marco del proceso, es fundamental que el acuerdo acordado en mediación tenga la posibilidad de ser ejecutado. La jurisprudencia constitucional ha proclamado que los pronunciamientos condenatorios han de ejecutarse en sus propios términos, es decir, de forma que el ejecutante titular del derecho obtenga, al término del proceso de ejecución, todo aquello a lo que fue condenado el ejecutado y en su misma especie, bien consista en dar dinero o cosa distinta a dinero, o bien consista en un hacer o no hacer⁴³². Si bien, el mediador interviene en el procedimiento de mediación, dirigiéndolo hasta el momento en que las partes lleguen o no a un acuerdo; su obligación finaliza con la redacción del acta que contiene el acuerdo, pero no otorga la ejecutabilidad del mismo; por ello debe informar a las partes que el acuerdo debe ser redactado por un abogado y homologado por el juzgado o elevándolo a escritura pública para que se constituya como título ejecutivo.

El artículo 25 de la Ley 5/2012⁴³³, autoriza la formalización del acuerdo en un título ejecutivo, pero al dejar en manos de una de las partes el que quiere

⁴³¹Respecto a estos vacíos legales, hay que puntualizar que las leyes de mediación deberían contener con precisión la remisión a otras normas que garanticen a las partes o a los terceros sus derechos, permitiéndoles alegar la nulidad o anulabilidad del procedimiento de mediación o del acuerdo logrado, tal y como establece el TC en Sentencia 30/1984, de 6 de marzo, pues en su Fundamento Jurídico Tercero, indicó que: “esta tutela, para ser “efectiva”, como exige el artículo 24.1 de la Constitución, ha de ser expedita y fácilmente determinable y no se puede obligar a un litigante a que averigüe y casi adivine, en el conjunto del complejo ordenamiento procesal, qué medios tiene para obtener la protección de sus derechos e intereses legítimos”.

⁴³² SSTC 11/2008, de 21 de enero, 87/2006 de 27 de marzo, 55/2000 de 28 de febrero, 219/1999, de 18 de julio; 69/1996, de 18 de abril; 106/1999 de 14 de junio; 86/2005 de 18 de abril.

⁴³³Artículo 25. Formalización del título ejecutivo: “1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios

ratificar el acuerdo en el juzgado o el que quiera acudir al notario a elevarlo a escritura pública, deja la posibilidad de su ejecutividad al arbitrio de una de las partes. TORRES OSORIO⁴³⁴, considera que podría fortalecerse aún más la institución de la mediación confiriéndole al mediador y a la institución de mediación (previo unos requisitos de revisión y registro del acta) la configuración del acuerdo a título ejecutivo, sin la necesidad de elevarlo a escritura pública ni de homologarlo.

La efectividad de la tutela jurisdiccional, se trata de un principio cuya validez se encuentra ya uniformemente reconocida pero que posee contenidos todavía inciertos y mal definidos en muchos aspectos⁴³⁵, como por ejemplo si es posible la utilización de medidas cautelares para garantizar el cumplimiento de un acuerdo de mediación, por ejemplo en casos de menores o incapaces, pero esta posibilidad no se recoge dentro de la ley⁴³⁶.

La importancia de la ejecución se ha manifestado en varias sentencias del Tribunal Constitucional⁴³⁷, pues este derecho fundamental, constituye una de las

internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.4. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁴³⁴Vid. TORRES OSORIO, E. *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.383.

⁴³⁵ Vid. TARUFFO, M. “La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?”, en, ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (Coord.) *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 135-150.

⁴³⁶CHAMORRO BERNAL, F. *La tutela judicial efectiva*, Barcelona, Bosch, 1994 pp. 293-294. El derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial confiere al ciudadano en relación a las medidas cautelares, los siguientes derechos:

a. El derecho a solicitar la adopción de medidas cautelares para evitar la ineffectividad de la resolución final a dictar. En este sentido, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva el/la juez/a o tribunal que no admitiera en cualquier proceso, en cualquier momento y sea cual fuera la medida cautelar solicitada, dicha petición.

b. El derecho a ofrecer al órgano jurisdiccional los medios probatorios que, guardando la debida proporción con el proceso principal donde se plantea, sean precisos razonablemente y en forma preliminar para acreditar bien el *fumus boni iuris* o el *periculum in mora*. Y ello, a pesar de las limitaciones que el legislador haya podido establecer al respecto, que podrían ser inconstitucionales ya que, dada la finalidad de la medida cautelar, lo importante es la rapidez con que el/la juez/a pueda adquirir el convencimiento del peligro de pérdida del objeto del proceso, no el medio a través del cual lo obtenga.

c. El derecho a obtener del órgano jurisdiccional, respecto a esa solicitud de medidas cautelares, una resolución. En aras de su deber constitucional de promover la efectividad de la tutela judicial, el/la juez/a o el tribunal, valorando razonablemente y proporcionadamente los intereses en cuestión, ha de pronunciarse de una forma motivada con respecto a la medida cautelar interesada.

d. El derecho a que la decisión judicial sobre medidas cautelares garantice la permanencia, durante el proceso, del derecho o interés jurídico a tutelar, de tal forma que si, por la ausencia o insuficiencia de la decisión adoptada en relación a la cautela, se pierde el objeto del proceso, podrá haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁴³⁷SSTC 73/2000, de 14 de marzo; 187/2005, de 4 de julio; 180/2006, de 19 de junio; 11/2008, de 21 de enero.

más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de derecho. Afirma el propio Tribunal Constitucional, que sólo cuando se da cumplimiento a las resoluciones judiciales firmes, “*el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria al igual que las decisiones judiciales no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna*”⁴³⁸.

Por tal motivo, y siguiendo a TORRES OSORIO⁴³⁹, sería necesario para garantizar este derecho que las leyes de mediación reconocieran el derecho a las medidas cautelares, reglamentando los casos en los que se puedan solicitar, ya sea por la legitimidad y competencia atribuida al mediador al iniciar la mediación o a través de un procedimiento breve y ágil donde el mediador remita por escrito la solicitud de medida cautelar al juez que conteste en un plazo breve para proteger los derechos objeto de mediación.

Si el procedimiento de mediación, se ha terminado con un acta de acuerdo total⁴⁴⁰ y las partes no la elevan a escritura pública desde el principio, confiando en la buena fe de ambas, será difícil que se le pueda dar efectividad al acuerdo si pasado un tiempo una de las dos partes incumple el mismo y esto demuestra la poca solidez de la medida establecida por el artículo 25 de la Ley 5/2012, por tanto la mediación requiere de algún instrumento con suficiente fuerza para que el procedimiento no ser vuelva un mero trámite o un mecanismo ineficaz. Al tratarse de un recurso de uso voluntario, entendemos, siguiendo a TORRES OSORIO, que debería gozar de verdaderos soportes, como lo son la ejecutabilidad del acta que contiene el acuerdo sin ser elevada a escritura pública.

En resumen, el acuerdo de mediación logrado en España, por sí solo, carece de eficacia; para poder darle el derecho a ser ejecutable, tendría dos

⁴³⁸ La STC 237/1991, de 12 de diciembre, admite la posible vulneración de la tutela por un defecto en una medida cautelar que produzca la pérdida del interés a proteger, al afirmar que: “...no podrá, por tanto, entenderse denegada en virtud de defectos o errores cometidos en fases intermedias, o incidentes cautelares del procedimiento, si éstos no prejuzgan o hacen imposible la efectividad de la tutela judicial; y ello independientemente de las irregularidades procesales que hayan podido producirse en el transcurso del procedimiento, siempre que no representen por sí mismas la lesión de otro derecho fundamental sustantivo, y si no suponen que ese procedimiento no pueda ya alcanzar sus fines, es decir, si no implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende, o si no prejuzga irreparablemente la decisión final del proceso”.

⁴³⁹ Vid. TORRES OSORIO, E. *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.384

⁴⁴⁰ En cuanto al Acta que contiene acuerdo pactado, también es posible que plantee problemas cuando es elevada a escritura pública, como por ejemplo, la mala redacción del contrato o el incumplimiento por una de las partes. Este acuerdo no contiene los requisitos propios de un título ejecutivo.

opciones: 1) estar recogido en una sentencia, según el artículo 517.2.1º de La LEC, es decir, ser homologado de conformidad con el artículo 517.2º y 3º de la LEC; 2) ser elevado a escritura pública, artículo 517.2º y 4º LEC.

En cuanto a las leyes de mediación familiar de las Comunidades Autónomas, todas ellas guardan silencio respecto a la ejecutabilidad del acuerdo alcanzado en mediación, por lo que si el acuerdo versa sobre derechos de menores e incapaces, o que tienen que ver con el convenio regulador (art. 90 y ss. del CC) debe ser homologarlo por el Juzgado y en los demás casos, si se desea obtener un título ejecutivo con los acuerdos, deben entenderse estas legislaciones remitidas al art. 25 de la Ley 5/2012, es decir, elevarlo a escritura pública.

V.- El derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes fuera de los cauces legalmente establecidos al efecto y el derecho a la inmodificabilidad de los acuerdos alcanzados en mediación.

Al analizar el concepto de “cosa juzgada”, GARBERI LLOBREGAT, lo considera como el derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes. Tiene unos contenidos esenciales que comprenden⁴⁴¹:

1. Derecho a la cosa juzgada en sentido negativo. La inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes fuera de los cauces legalmente establecidos, es decir, el efecto de la cosa juzgada en la sentencia, actúa como límite para que los jueces no las modifiquen⁴⁴². Refiriéndonos a la mediación y en este sentido, un tribunal no podría modificar un acta que contenga un acuerdo alcanzado por mediación, el juez sólo podría proceder a homologarlo, ejecutarlo o anularlo⁴⁴³. El juez no podría revisar el contenido para modificarlo o aclararlo, o alterar el acuerdo alcanzado por los/las intervinientes. Y ello tiene las siguientes consecuencias; a) Los órganos judiciales no podrán alterar en modo alguno lo decidido por una resolución judicial firme salvo mediante los mecanismos especiales

⁴⁴¹Vid. GARBERI LLOBREGAT, J. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 200, pp.228 y ss.

⁴⁴² SSTC 106/1999, de 14 de junio; 53/2007, de 12 de marzo; 66/2008, de 29 de mayo)

⁴⁴³Vid. RUBIO GARRIDO, T., “Cosa juzgada y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, Nº16, 2002, pp.259 y ss.

previstos por el ordenamiento para estos fines⁴⁴⁴; b) La actividad judicial de ejecución no puede dirigirse contra persona ajena al fallo y; c) La sentencia debe tener argumentación jurídica⁴⁴⁵

2. Derecho a la cosa juzgada en sentido positivo. Lo acordado mediante una anterior resolución judicial firme es vinculante, es decir, los tribunales están obligados a cumplir los mandatos y criterios establecidos por una resolución firme anterior. Dado lo anterior, en cumplimiento de la tutela judicial efectiva, el acuerdo logrado en mediación podría tener un carácter objetivo como el de la sentencia emitida por un juez, debiendo quedar redactado de tal forma que de ser ejecutado en un proceso judicial, no sufriera alteraciones ni se suprimiera, modificara o se agregara a su contenido excepciones o cargas que no pudieran reputarse comprendidas en él⁴⁴⁶; sin embargo, en realidad, mientras que una sentencia sólo puede ser aclarada por algún concepto oscuro, o modificarse por un error material (art. 214 LEC), el acta de mediación sí puede ser modificada, corregida, aclarada, por voluntad de los/las intervinientes, pues se considera como un contrato⁴⁴⁷.

Algún sector de la doctrina, comparte el criterio de que el acuerdo alcanzado en mediación, debería tener por sí mismo, efectos similares a la cosa juzgada, pero este concepto, pese a ser un tributo incuestionable de la Jurisdicción, no lo es siempre por el resultado del enjuiciamiento judicial, ya que los laudos arbitrales por ejemplo, gozan de la autoridad de la cosa juzgada⁴⁴⁸. Estos autores entienden que si el legislador considera la mediación como una verdadera ADR debería darle versatilidad y efectividad al acuerdo logrado por las partes, otorgándole la garantía de la cosa juzgada⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴SSTC 171/2007, de 23 de julio; 106/1999, de 14 de junio; 238/2006, de 17 de julio; 289/2006, de 9 de octubre; 53/2007, de 12 de marzo; 234/2007, de 5 de noviembre; 66/2008, de 29 de mayo.

⁴⁴⁵ STC 153/2006, de 22 de mayo; STC 121/2007, de 21 de mayo.

⁴⁴⁶ STC 238/2006, de 17 de julio ; STC 219/1994, de 28 de octubre

⁴⁴⁷Vid. TORRES OSORIO, E., *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.396.

⁴⁴⁸Vid. CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2009, p.28.

⁴⁴⁹DE LA OLIVA SANTOS, A. *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Ceura, Madrid.1991. p.23. Este autor cree que la cosa juzgada material subviene (como la cosa juzgada formal, pero en mayor medida y más claramente) a la seguridad y a la paz jurídicas. A esas necesidades sirve una vinculación que impida: 1) que una discusión jurídica se prolongue indefinidamente y se vuelva a entablar acerca de un asunto ya definido firmemente por la jurisdicción; 2) que se produzcan resoluciones y sentencias contradictorias o que se reiteren, injusta e irracionalmente, sentencias con el mismo contenido sobre el mismo asunto.

Ninguna de las normas que regulan la mediación, ni a nivel estatal o a nivel autonómico, otorga el efecto de cosa juzgada al acuerdo de mediación. Autores como TORRES OSORIO⁴⁵⁰, entienden que para ello deberían otorgarse los efectos de título ejecutivo y cosa juzgada al acta que contiene el acuerdo de mediación una vez firmada por las partes previo registro de la misma en el centro o institución de mediación; así como debería concedérsele al juez la facultad de otorgarle la calidad de cosa juzgada, una vez le fuese solicitada.

VI.- El Derecho a no sufrir indefensión en el proceso judicial y el derecho a no sufrir indefensión en la mediación.

El derecho a no sufrir indefensión, comprende el derecho a no padecer indefensión y obligación judicial de impedir indefensión. Para ello:

- a. Las personas a quienes se les otorga el derecho a no sufrir indefensión, deben estar plenamente identificadas desde el inicio del proceso por el órgano jurisdiccional. El cumplimiento de este requisito depende esencialmente de la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda⁴⁵¹. En la mediación, tienen derecho a no sufrir indefensión tanto las partes como los terceros que deban ser llamados al procedimiento, en su caso, bien por beneficiarles o bien por poder perjudicarles el acuerdo. Se debe igualmente respetar el derecho a la libre discusión del conflicto de una manera respetuosa. Se pueden aportar documentos probatorios, pero estos deben ser valorados y aceptados por las partes que son quienes deciden sobre su confidencialidad o aportación en un posterior proceso judicial.
- b. El derecho que la otra parte ostenta de no experimentar género alguno de indefensión debe ser garantizado por el tribunal⁴⁵². El derecho a la no indefensión de las partes debe garantizarse por el mediador, que será quien deberá velar en todo el procedimiento de mediación para que se cumpla

⁴⁵⁰TORRES OSORIO, E. *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. Cit. p.398.

⁴⁵¹SSTC 18/2002 de 28 de enero, (FJ 6º); 325/1993, de 8 de noviembre, 229/1997, de 16 de diciembre, 113/1998, de 1 de junio, y 122/1998, de 15 de junio.

⁴⁵²SSTC 13/2006, de 16 de enero; 65/2007, de 27 de marzo.

este derecho tanto de las partes como de los terceros, pero también por la seguridad jurídica de sus acuerdos.

Para que pueda apreciarse la indefensión es preciso: a. Que dicha vulneración formal origine un efecto material de indefensión, esto es, un quebranto real del derecho de defensa con el resultante perjuicio efectivo para los intereses del afectado⁴⁵³ y b. Que dicha vulneración formal tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales, es decir, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la defienden⁴⁵⁴. Corresponde también a las partes actuar con la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible⁴⁵⁵

La indefensión se presenta en especial en los casos de comunicados y en los actos de comunicación procesal, cuando no se conceden plazos, recursos, se vulnera el derecho a la libre defensa, no se resuelven las solicitudes en el tiempo establecido, entre otros (SSTC 162/2007, de 2 de julio; 186/2007, de 10 de septiembre; 210/2007, de 24 de septiembre; 2/2008, de 21 de enero).

En la mediación, se garantiza que los/las intervinientes no sufran indefensión a través de: 1.- La aplicación de los principios que la rigen; 2.- La garantía de prestación del servicio a personas de escasos recursos económicos, bajo la consagración del beneficio de la gratuidad; 3.- El régimen sancionador establecido para las posibles infracciones que cometa el/la mediador/a; 4.- El procedimiento de recusación y abstención del mediador; 5.- La posibilidad nulidad del acuerdo logrado en mediación o del procedimiento de mediación. Veremos los tres primeros en relación a la tutela judicial efectiva, pues los otros dos ya se estudian de forma más pormenorizada en otros apartados de esta tesis.

⁴⁵³ STC 199/2006, de 3 de julio.

⁴⁵⁴ STC 205/2007, de 24 de septiembre.

⁴⁵⁵ STC 79/2006, de 13 de marzo.

1.- Principios que rigen en mediación y la tutela judicial efectiva.

En cuanto a los principios que rigen el procedimiento de mediación, podremos verlos pormenorizadamente en otros apartados del presente trabajo de tesis, pero aquí nos centraremos en su estudio en relación a la no indefensión como una de las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva.

Estudiadas las leyes de mediación existentes en la actualidad en España, encontramos que sólo guardan uniformidad en cuanto al principio de voluntariedad, contemplado en todas las leyes; por lo demás, cada una ha establecido principios más o menos homogéneos. Consideramos que todos y cada uno de los principios ideados en las leyes de mediación de España son de gran contenido jurídico y ético, siendo necesarios para lograr seguridad jurídica y transparencia dentro del procedimiento, tanto por parte del/de la mediador/a, como de los/las intervinientes.

Los principios de mediación encontrados en las leyes de mediación de España son: a. Voluntariedad (enunciado en las 14 leyes); b. Confidencialidad (enunciado en 13 de las 14 leyes); c. Imparcialidad (enunciado en 13 de las 14 leyes); d. Neutralidad (enunciado en 13 de las 14 leyes); e. Buena fe (enunciado en 11 de las 14 leyes); f. Carácter personalísimo (enunciado en 9 de las 14 leyes); g. Flexibilidad (enunciado en 8 de las 14 leyes); h. Inmediatez (enunciado en 5 de las 14 leyes); i. Secreto o secreto profesional (enunciado en 4 de las 14 leyes); j. Igualdad de las partes (enunciado en 4 de las 14 leyes); k. Consideración de las personas menores o incapacitadas (enunciado en 3 de las 14 leyes); l. Transparencia (enunciado en 3 de las 14 leyes); m. Antiformalismo (enunciado en 2 de las 14 leyes); n. Reserva de las partes (enunciado en 2 de las 14 leyes); ñ. Profesionalidad (enunciado en 2 de las 14 leyes); o. Rogación (enunciado en 2 de las 14 leyes); p. Debate contradictorio (enunciado en 2 de las 14 leyes); q. Libre disposición (enunciado en 1 de las 14 leyes); r. Libertad, (enunciado en 1 de las 14 leyes); s. Ética (enunciado en 1 de las 14 leyes); t. Intervención cooperativa (enunciado en 1 de las 14 leyes); u. Sencillez en el procedimiento (enunciado en 1 de las 14 leyes); v. Celeridad en el procedimiento (enunciado en 1 de las 14 leyes); w. Respeto al derecho (enunciado en 1 de las 14 leyes); x. Calidad (enunciado en 1 de las 14 leyes); y. Incidencia en el cómputo del plazo (enunciado en 1 de las 14 leyes).

Por tanto, entendemos que la incidencia en el cómputo de plazos, calidad, respeto al derecho, celeridad en el procedimiento, sencillez del procedimiento, son características que debe tener el procedimiento de mediación, otorgadas por el legislador en el momento de concepción de las leyes de mediación. Todos estos principios pueden fusionarse en algunos fundamentales y estos son: 1.- Voluntariedad: contiene la rogación, la libertad y la libre disposición⁴⁵⁶. 2.- Igualdad de las partes. 3.- Confidencialidad: contiene el secreto profesional y la reserva de las partes⁴⁵⁷. 4.- Carácter personalísimo: contiene la inmediatez. 5.- Imparcialidad: contiene transparencia y ética. 6.-Flexibilidad: contiene antiformalismo, sencillez del proceso y celeridad. 7.- Oralidad: contiene debate contradictorio e intervención cooperativa. 8.-Neutralidad. 9.- Buena fe.

Además, en algunas de leyes enunciadas, existen otras consideraciones o cualidades que aunque no son principios recogidos en las leyes de mediación, estatal o autonómica, también son deberes o cualidades que se requieren del mediador:

- a. Consideración especial de los derechos de los menores e incapaces y libre disposición y respeto al derecho (es un deber u obligación del/de la mediador/a y se traduce en proporcionar, durante todo el proceso, “seguridad jurídica”).
- b. Profesionalidad y calidad (que el/la mediador/a obtiene a través de la formación y la práctica).
- c. La incidencia en el cómputo de plazos es una prerrogativa que debe contener la legislación, por tanto no es un principio.

2.- El principio de gratuidad en la justicia.

El principio de gratuidad para acceder a la justicia pretende proteger a toda persona que no posea medios económicos para impetrar un proceso judicial para

⁴⁵⁶La voluntariedad de las personas que deciden resolver sus conflictos a través de la mediación, es el principio por excelencia para que funcione todo el procedimiento de mediación, y así lo ha entendido el legislador español, al enunciarla en el art. 6 de la Ley 5/2012. También determina, en el numeral 2º del citado artículo, que: “cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial

⁴⁵⁷La Ley 5/2012, en su art. 9, incorpora la confidencialidad al procedimiento de mediación, pero es importante que los/las intervinientes reconozcan la importancia de pactar, en la primera sesión o sesión constitutiva, hasta dónde llega ésta.

de esta forma obtener todas las oportunidades y garantías procesales, partiendo del principio de igualdad. Al ser la mediación una ADR reconocida para resolver conflictos en derecho, debe contemplar en su normatividad el derecho a la gratuidad del servicio a personas carentes o escasas de recursos económicos.

La Constitución española dispone, en el artículo 119, que: “*La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*”, precepto en conexión con el art. 24.1º de la misma. El Tribunal Constitucional también ha confirmado la relación entre estos dos artículos⁴⁵⁸. De esta forma, se reconoce que el art. 119 CE es una concreción del principio de igualdad de los/las españoles/as ante la ley (art. 14 CE), sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de las circunstancias personales o sociales⁴⁵⁹.

La gratuidad de la justicia, o mejor, el beneficio de asistencia judicial gratuita, no es un privilegio que deba otorgarse indiscriminadamente, sino un medio para compensar situaciones económicas desiguales de los/las litigantes, para que ninguno/a de éstos/as pueda verse privado/a de obtener la efectiva tutela jurisdiccional para la protección de sus derechos y legítimos intereses⁴⁶⁰. Al hablar de un proceso sin dilaciones indebidas, es evidente que el alargamiento del proceso afecta especialmente a la persona con escasos o nulos recursos económicos, por lo que los procedimientos para reconocer el derecho a la mediación gratuita deben ser rápidos y oportunos, con plazos cortos para resolver la petición; por ejemplo, la resolución otorgando o no el beneficio de la gratuidad, una vez solicitada, no debe tardar en su concesión más de diez días, de lo contrario, se violarían los principios de celeridad, flexibilidad y antiformalismo de las ADR.

El beneficio de la gratuidad en la prestación del servicio de mediación en opinión de algunos autores, como TORRES OSORIO⁴⁶¹, debería desarrollarse legislativamente, pues la persona que desea utilizar voluntariamente este mecanismo para resolver sus conflictos debe gozar de garantía para acceder al

⁴⁵⁸ SSTC 95/2003, de 22 de mayo, 183/2001, de 17 de septiembre; 117/1998, de 2 de junio; 138/1988; 16/1994.

⁴⁵⁹Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *Justicia Gratuita: Un imperativo constitucional*, Comares, Granada, 2000, pp.56-57.

⁴⁶⁰Vid. PACHECO GUEVARA, A., “Justicia gratuita y tutela judicial efectiva”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Justicia Gratuita - Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid. 1995. pp.9-44.

⁴⁶¹TORRES OSORIO, E., *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.421.

mismo. Algunas de las leyes de mediación manifiestan que otorgarán el beneficio de mediación gratuita a las personas físicas que cumplan los requisitos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que regula en España el beneficio de obtener una justicia gratuita, lo que hace posible que se desarrollen los arts. 24, 25 y 119 de la CE para que las personas que han optado por la mediación puedan recurrir a ella a resolver sus conflictos en derecho.

Las leyes de mediación no hacen distinción en otorgar el beneficio de la mediación gratuita a las personas físicas y jurídicas (indicadas en los arts. 2 y 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero), lo cual puede generar la obligación de otorgarlo a cualquiera de ellas, por aplicación exegética (a los artículos citados). En igual sentido, las leyes de mediación hacen referencia al art. 3 de la citada ley⁴⁶², que indica los requisitos básicos que deben cumplir las personas que solicitan el beneficio de la gratuidad en el proceso judicial.

En la ley 5/2012, no aparece de forma clara la forma en que el Estado garantiza la gratuidad del servicio de mediación a personas con escasos recursos económicos; sin embargo, delega esta responsabilidad a las Comunidades Autónomas y sus respectivas Consejerías competentes en materia de mediación⁴⁶³.

⁴⁶⁰Art. 3: “1. Se reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas físicas que careciendo de patrimonio suficiente cuenten con unos recursos e ingresos económicos brutos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, que no superen los siguientes umbrales: a) Dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar. b) Dos veces y media el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros .c) El triple de dicho indicador cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente.2. Para la determinación del concepto de unidad familiar en sus diversas modalidades se estará a lo establecido en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, equiparándose a los cónyuges no separados legalmente las parejas de hecho constituidas de conformidad con los requisitos que les fueran exigibles. 3. Los medios económicos serán valorados individualmente cuando el solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia.4. El derecho a la asistencia jurídica gratuita solo podrá reconocerse a quienes litiguen en defensa de derechos o intereses propios, o ajenos cuando tengan fundamento en una representación legal. En este último caso, los requisitos para la obtención del beneficio vendrán referidos al representado.5. Se reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a las personas jurídicas mencionadas en el apartado c) del artículo anterior, cuando careciendo de patrimonio suficiente el resultado contable de la entidad en cómputo anual fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del indicador público de renta de efectos múltiples.”

⁴⁶³Las leyes 5/2012 y las de mediación familiar de las Comunidades Autónomas de Castilla La Mancha y Madrid no legislaron el beneficio de la gratuidad de la mediación. Las Comunidades Autónomas de Cataluña, Canarias, Castilla y León y Andalucía reconocen en sus leyes de mediación familiar el beneficio de la mediación gratuita y han reglamentado el procedimiento para concederlo, debiendo precisar, en su contenido, algunos plazos (ver recomendaciones personales a

La falta de reglamentación completa y con plazos cortos para otorgar el beneficio de la mediación gratuita por parte de las Comunidades Autónomas vulnera la tutela efectiva de la justicia. No es suficiente con tener leyes de mediación si en la actualidad el servicio no está vigente y operativo.

3.- El régimen sancionador en la mediación.

Las leyes de mediación deben contener un procedimiento sancionador garantista que respete los arts. 24.y 25.1º de la CE. La regulación general de las sanciones administrativas se encuentra en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la cual regula la potestad sancionadora⁴²⁵ en los arts. 127-133., donde se encuentran los principios bajo los cuales se debe aplicar la potestad sancionadora, mientras que los artículos 134-138 indican los principios del procedimiento sancionador.

La Ley estatal de 2012, por su parte, no realiza ninguna enumeración de las causas que determinan la responsabilidad del mediador, quizás porque se prefiere que sean las leyes autonómicas las que desarrollen dicho aspecto y enumeren ciertos supuestos en que pueda entenderse que el mediador haya incumplido con sus deberes y lo coloquen en el ámbito de responder por ello⁴⁶⁴. Lo más que establece es una breve alusión a la responsabilidad civil, bien del mediador, bien de la Entidad de Mediación, por los daños y perjuicios que puedan causar a las partes, que podría considerarse como una responsabilidad derivada de una obligación de medios y no de resultado. No obstante, es cierto que a lo largo de dicha Ley se establecen determinados deberes, tanto para el mediador como para la Entidad, que en caso de incumplimiento o mala praxis pueden generar la responsabilidad civil de aquellos.

En el caso de las Instituciones de Mediación, el art. 14 indica que “La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del

continuación). Las leyes de mediación familiar de las Comunidades Autónomas de Galicia, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Principado de Asturias, País Vasco, Aragón y Cantabria, reconocen el beneficio de la mediación gratuita, pero no han establecido el procedimiento para resolverlo; las leyes de mediación familiar de Andalucía, Canarias y Castilla y León han fijado plazos demasiado extensos (dos meses) para resolver la solicitud de beneficio de mediación gratuita, lo que perjudica la efectividad de la mediación.

⁴⁶⁴Vid. VALERO LLORCA, J. / COBAS COBIELLA, M. E., “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión”, *Diario La Ley*, núm. 7987, de 19 de diciembre de 2012, pp.1-14.

mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben”, y aunque no queda claro si la responsabilidad de aquélla es subsidiaria o solidaria respecto de la acción contra la persona mediadora (la expresión “y en su caso” del art. 14 parece presumir la subsidiariedad), la exposición de motivos del Reglamento de desarrollo de la Ley indica expresamente que se establece que la institución de mediación habrá de asumir solidariamente con el mediador la responsabilidad derivada de la actuación de éste para garantizar de forma efectiva la previsión establecida en la ley que otorga al perjudicado acción contra el mediador y la institución de mediación que corresponda, con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores.

Entre las obligaciones referidas expresamente a las Instituciones de Mediación se encuentra, por ejemplo, el deber de garantizar la transparencia en la designación del mediador y velar por que éste no pueda asumir también funciones de arbitraje (art. 5 de la Ley 5/2012, en relación con el mandato establecido en el art. 17.4 de la Ley de Arbitraje), o el deber de custodia y conservación de la documentación (art. 22). Y entre las obligaciones referidas expresamente a la persona mediadora, además de esa alusión a llevar a cabo el encargo fielmente (art. 14), también cabría citar los deberes de garantizar la igualdad de oportunidades de las partes para exponer sus posiciones, facilitar la comunicación entre las mismas y “desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes” (arts. 7, 13 y 21); los deberes de confidencialidad derivados del art. 9; el cumplimiento de las condiciones para poder actuar como mediador (art. 11); el deber de informar a las partes sobre cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad (art. 13); los deberes de información durante la sesión informativa (art. 17) o al firmarse el acuerdo de mediación (art. 23); o los deberes de conservación y custodia de documentos previstos en el art. 22). Es más, aunque la ley se refiera únicamente a la responsabilidad civil, no hay que descartar la posibilidad de ciertos supuestos de responsabilidad penal (por ej., en el supuesto de revelación de secretos del art. 199.2 CP, pues el mediador tiene el deber de guardar secreto profesional)⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵Al hablar de sanción administrativa, primero nos debemos remitir al art. 25.1 de la CE, que consagra el principio de la legalidad señalando que “*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*” El numeral 3º del mismo artículo

El procedimiento sancionador puede tener dos alternativas para su inicio⁴⁶⁶:

1º. De oficio, para lo cual la forma de iniciación debe cumplir con los requisitos del art. 11.1º del RPPS (identificación del/de la presunto/a responsable, hechos que motivaron la incoación del procedimiento, posible infracción y sanción correspondiente, instructor/a y secretario/a del expediente con identificación del régimen de recusación de los mismos, órgano competente para la resolución del expediente, medidas de carácter provisional, indicación del derecho a formular alegaciones, pruebas y plazo para ejercerlo). El acuerdo de iniciación se comunica al/a la instructor/a con traslado de actuaciones y notificaciones al denunciante y a los/la interesados/as;

2º. A petición razonada (por lo general, la administración realiza modelos para que la parte interesada solicite la investigación o se inicie el procedimiento sancionador).

El procedimiento sancionador debe garantizar los derechos al presunto responsable: a. Presunción de inocencia (art.137.1 RJAPPAC); b. Derecho a la prueba (art. 137.4 RJAPPAC); c. Derecho a formular alegaciones (art. 134.3 RJAPPAC); d. Derecho a no declarar contra sí mismo, o a no confesarse culpable (art. 24.2 CE); e. Transparencia en el procedimiento (arts. 35 *in fine* RJAPPAC); f. Acceso permanente al expediente. Además, debe garantizar que se desarrolle con legalidad, por tanto, debe separar entre quien instruye y quien emite la resolución (art. 134.2. RJAPPAC), así como la caducidad y los silencios administrativos (art. 44 RJAPPAC).

Sobre la legalidad, garantías y principios a desarrollar en el procedimiento sancionador, el Tribunal Constitucional, en varias sentencias, ha manifestado que:

- a) La sanción impuesta a un/a posible infractor/a es nula si la infracción administrativa por la que ha sido sancionado/a carece de cobertura legal, vulnerando así el principio de legalidad en materia sancionadora, especialmente el art.25.1º CE⁴⁶⁷.

indica que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

⁴⁶⁶Vid. ORTIZ PRADILLO, J.C. *Estudio Sistemático de la Mediación Familiar: Propuestas de Actualización y Mejora*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, 2016, pp.179 y ss.

⁴⁶⁷STC. 145/2012, de 2 de julio.

- b) En el régimen sancionador, se aplica la regla, *nullum crimen nulla poena sine lege previa*, además de que la legislación se encuentre vigente⁴⁶⁸.
- c) Recae sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los/las ciudadanos/as puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever así las consecuencias de sus acciones⁴⁶⁹.
- d) Las resoluciones emitidas por la autoridad administrativa sancionadora deben indicar la infracción y la sanción, las cuales deben estar tipificadas, además de motivar la resolución, dando así legalidad sancionadora⁴⁷⁰.
- e) El procedimiento sancionador debe garantizar el derecho a la presunción de inocencia, así, la sanción debe estar basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado/a a probar su propia inocencia⁴⁷¹.
- f) El procedimiento sancionador debe respetar las garantías procesales contenidas en el art. 24.2º de la CE⁴⁷².

La Ley 5/2012 no tiene un procedimiento o régimen sancionador, ni remite su conocimiento a ningún régimen o ley vigente, sin embargo su art. 9.3º establece que: “la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico”. Sobre este procedimiento, ORTIZ PRADILLO⁴⁷³, considera que sería prudente que la legislación estatal realizara una orientación precisa en este asunto, toda vez que las Comunidades Autónomas han legislado específicamente sobre mediación familiar. Entiende este autor, que cualquier daño o perjuicio causado por el

⁴⁶⁸SSTC 90/2012 de 7 de mayo, 77/2006, de 13 de marzo; 135/2010, de 2 de diciembre, 144/2011, de 26 de septiembre; 135/2010 de 2 de diciembre.

⁴⁶⁹STC 144/2011, de 26 de septiembre.

⁴⁷⁰SSTC 113/2008, de 29 de septiembre, 161/2003, de 15 de septiembre, 218/2005, de 12 de septiembre, 297/2005, de 21 de noviembre, 229/2007, de 5 de noviembre, 297/2005, de 21 de noviembre.

⁴⁷¹STC 40/2008 de 10 de marzo.

⁴⁷²STC 185/2007, de 10 de septiembre.

⁴⁷³Vid. ORTIZ PRADILLO, J.C. *Estudio Sistemático de la Mediación Familiar: Propuestas de Actualización y Mejora*, Ob. cit., p.185.

mediador a los intervinientes del procedimiento de mediación podrá ser conocido por la jurisdicción civil (responsabilidad civil contractual o extracontractual) o por la jurisdicción penal (si la infracción cometida está tipificada como hecho punible), pero es fundamental la reglamentación de un régimen sancionador con todas las garantías que otorgue así la tutela efectiva de la justicia a los/las intervinientes y a los/las mediadores/as.

En las leyes de mediación familiar de las Comunidades Autónomas se contienen los regímenes sancionadores que todas han reglamentado, protegiendo con ello a las partes intervinientes de las actuaciones indebidas del mediador y garantizando a éste con el debido procedimiento sancionador. Las leyes precisan que el régimen sancionador es administrativo, quedando fuera todas aquellas actuaciones del mediador que puedan generar responsabilidades civiles o penales, las cuales (a voluntad de los intervinientes o terceros afectados), pueden reclamarse ante el correspondiente orden jurisdiccional.

Todo lo que no esté regulado en el régimen sancionador (siempre y cuando el órgano que resuelva sea un ente de las Comunidades Autónomas) deberá remitirse al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y demás disposiciones que sean de aplicación, tal como contienen las leyes de mediación de Cataluña (art. 42 del Dc.135/2012), Galicia (art. 25 de la Ley 4/2001), Comunidad Valenciana (art. 40 D. 41/2007), Canarias (art. 17.1º D. 144/2007); Castilla La Mancha (art. 30.2º Ley 4/2005); Castilla y León (art. 24, D. 61/2011); Islas Baleares (art. 33 Ley 14/2010); Madrid (art. 29 Ley 1/2007); Principado de Asturias (art. 34.2º Ley 3/2007); País Vasco (art. 25.3 Ley 1/2008); Andalucía (art. 37 Ley 1/2009) y Cantabria (art.54 Ley 1/2011), excepto Aragón.

Las únicas diferencias que se encuentran entre los distintos regímenes de las leyes de mediación de las Comunidades Autónomas son que las únicas comunidades que han establecido régimen sancionador para las instituciones de mediación, además del régimen sancionador para los mediadores son las Comunidad Valenciana y la de Islas Baleares; y que la ley de mediación familiar de Castilla La Mancha sólo legisla para las entidades que son propias de la Comunidad, no para los entes y mediadores privados, por lo que podemos afirmar que el legislador autonómico debería tener directrices generales a la hora de

regular el procedimiento de mediación, pues los vacíos legales pueden dejar indefenso al ciudadano.

1.4.2. LA PONDERACIÓN JUDICIAL Y SU RELACIÓN CON LA MEDIACIÓN.

La ponderación, de acuerdo con ALEXY, es uno de los criterios empleados para delimitar conceptualmente la categoría de los principios. Su enunciado explícito o “*ley de la ponderación*”, es el siguiente: “*Cuando mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro*”⁴⁷⁴.

Los principios se diferenciarían de las reglas en virtud de su condición de mandatos de optimización, esto es, por tratarse de normas fragmentarias en cuanto a su consecuencia jurídica, susceptibles tan solo de un cumplimiento gradual. La gradualidad es, por tanto, una nota característica de los principios, cuando no, precisamente, la propiedad que más intensamente determina su comportamiento dentro del sistema. La ponderación, tal y como la entiende ALEXY, según BERNAL PULICO⁴⁷⁵, es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan; “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. (Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos”. Para establecer esa “mayor medida posible” en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.

⁴⁷⁴ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge Alem, Gedisa, Barcelona, 1997, p.206.

⁴⁷⁵BERNAL PULIDO, C. “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*. N°26, 1989, pp.1-33.

Como ha estudiado GARCÍA FIGUEROA⁴⁷⁶, la idea de cumplimiento gradual puede referirse a dos cuestiones; primero, a la intensidad con la que se cumple el mandato que expresa la norma – gradualidad como intensidad en la aplicación–; y, segundo, a la frecuencia con la que ese principio se impone frente a otros con los que entra en conflicto –gradualidad como frecuencia en la aplicación–. Esto es, los principios admiten un cumplimiento gradual porque se aplican en mayor o en menor medida, o porque se aplican más o menos frecuentemente. Mientras que, en el primer supuesto, la gradualidad alude al hecho de que un mandato pueda cumplirse en cada caso con una mayor o menor exigencia, en el segundo la gradualidad de los principios no se traduce en la intensidad de la satisfacción del mandato que incorporan, sino en la frecuencia variable con la que desplazan a otros principios. Esta segunda dimensión de la gradualidad de los principios alude al hecho de que algunas normas, aún siendo válidas, no se aplican con carácter constante, sino que, cuando entran en conflicto con otras normas, algunas veces se aplican y otras no.

La ponderación es, precisamente, el tipo de discurso jurídico a través del cual se resuelven las colisiones entre principios, y consiste en identificar las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro y fundamentar por qué en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso⁴⁷⁷. Ponderar significa, por tanto, establecer y fundamentar una relación de precedencia condicionada.

También se debe a ALEXY, la denominada, “*ley de colisión*”, enunciada para los principios y valores de la manera siguiente: “*La colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor*”⁴⁷⁸. De este modo, la resolución de una colisión de principios a través de la ponderación, es decir, mediante el establecimiento de una relación de preferencia condicionada, implica la creación de una nueva norma en virtud de la cual, si se dan las circunstancias señaladas, deberá aplicarse la consecuencia jurídica que se deriva del principio al que se ha otorgado prevalencia. En definitiva, la

⁴⁷⁶Vid. GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, CEC, Madrid, 1998, p.189.

⁴⁷⁷Vid. ARROYO JIMÉNEZ, L. “Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo”. *InDret Revista para Análisis del Derecho*. Mayo 2009. Pp.1-32. www.indret.com

⁴⁷⁸ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, N°5, 1988, p.140.

ponderación es un tipo de discurso que permite resolver conflictos de principios mediante la creación de reglas.

El concepto de ponderación propuesto por ALEXY, se articula, en un doble nivel. Para poder resolver un conflicto de principios es necesario obtener previamente una norma que, al no necesitar ya ser ponderada, pueda integrar sin más la premisa mayor de un juicio de subsunción⁴⁷⁹. La ponderación es, precisamente, la técnica de argumentación jurídica que permitiría pasar de un nivel a otro mediante el establecimiento de una relación de preferencia condicionada. No obstante, GARCÍA AMADO, considera que si los principios son normas que se ponderan, las reglas pueden entenderse como el resultado de una ponderación previamente desarrollada⁴⁸⁰. De esta descripción podemos destacar dos cuestiones:

- a) En primer lugar, es necesario distinguir entre el juicio de ponderación en cuanto tal y otros tipos de argumentación que se concretan más bien en la aplicación a un caso del resultado de una ponderación previamente realizada. En efecto, si ponderar es establecer una relación de preferencia condicionada, debe entonces concluirse que el resultado de este procedimiento es un acto de producción normativa, es decir, un acto-fuente en sentido estricto. Así se deriva, por otra parte, de la enunciada ley de colisión, en virtud de la cual el resultado de la ponderación es la creación de una regla. La ponderación tiene, por tanto, una dimensión creativa que convierte a este tipo de discurso en un método decisorio en contextos gobernados por principios contrapuestos. El carácter creativo del juicio de ponderación se pone

⁴⁷⁹Vid. BOROWSKI, M. “La restricción de los Derechos Fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N°59. Mayo-Agosto 2000.pp.29-56.

⁴⁸⁰GARCÍA AMADO, “Ponderación y subsunción: ¿Son intercambiables y se eligen a conveniencia?”, en ORTEGA GARCÍA, R., (Coord.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica*, Tirant lo Blanch, México, 2013, p.374: “La ponderación de derechos no es un método que aporte objetividad y, además, sus defensores suelen responder que tampoco lo pretende. Por tanto, el “peso” que en la ponderación se establece no es propiamente un peso, sino un valor que el juzgador atribuye discrecionalmente, en uso de una discrecionalidad tan legítima como inevitable. Si así es en efecto y así se admite, tendríamos que la presencia de discrecionalidad no sería muy diferente de la que comparece en el método interpretativo-subsuntivo al optar entre interpretaciones posibles de las normas y valoraciones posibles de las pruebas. La única diferencia a considerar podría estar, en suma, en cuál de los dos métodos resulta más apto como esquema de justificación del uso que los jueces hacen de esos ineliminables márgenes de discrecionalidad. O, expuesto de otra forma, la clave del debate se reconduciría a cuál de los dos esquemas argumentativos es más “honesto” porque no disimula el elemento valorativo dirimente, y cuál se ciñe mejor a la justificación de los pasos valorativos que conducen a la decisión final, al fallo”.

claramente de manifiesto allí donde el resultado de la ponderación es una disposición general o una sentencia constitucional de carácter interpretativo, pero también está presente en la regla creada para un caso concreto por el juez ordinario o por la Administración. Sin embargo, lo que también se deriva de esta dimensión creativa o decisoria de la ponderación es que la cuestión de quién esté llamado a resolver las colisiones entre principios no es irrelevante desde el punto de vista del reparto de poderes entre los diversos integrantes del sistema institucional y de los principios que la presiden. Dicho en otros términos: la necesidad de resolver una antinomia mediante la ponderación es algo que se encuentra en función de las características de las normas que la integran y no de la posición del operador en el sistema, pero ésta última sí determina el modo y los límites conforme a los que cada uno de ellos puede hacerlo.

- b) El carácter creativo del juicio de ponderación se pone claramente de manifiesto allí donde el resultado de la ponderación es una disposición general o una sentencia constitucional de carácter interpretativo, pero también está presente en la regla creada para un caso concreto por el juez ordinario o por la Administración. Sin embargo, lo que también se deriva de esta dimensión creativa o decisoria de la ponderación es que la cuestión de quién esté llamado a resolver las colisiones entre principios no es irrelevante desde el punto de vista del reparto de poderes entre los diversos integrantes del sistema institucional y de los principios que la presiden.

Por su parte, ALEXY, como hemos visto, ha identificado la denominada ley de la ponderación, que puede también ser formulada del modo siguiente: Cuanto mayor es el grado de afectación –en el sentido de perjuicio o de falta de satisfacción– del principio desplazado, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del principio precedente. Es éste un criterio de carácter formal, en el sentido de que su aplicación no resuelve mecánicamente la cuestión de cuáles sean los grados aceptables. En efecto, la determinación de la importancia relativa que en cada caso puedan ambos presentar, es en último término una decisión extrasistemática en la que se incorporan elementos valorativos, solo hasta cierto punto racionalizable mediante reglas formales referidas al procedimiento y a su

resultado. Esta teoría que presenta una dimensión exclusivamente formal no es una regla vacía, ya que sí nos indica qué es lo que hay que argumentar: la proporcionalidad de la relación entre el grado de perjuicio del principio desplazado y el grado de satisfacción del principio de mayor peso⁴⁸¹.

Junto a la llamada, “ley de la ponderación”, es también posible reducir la complejidad y, con ello, aumentar la racionalidad de este tipo de discursos de justificación mediante el previo establecimiento de: “*Prioridades prima facie que determinen la carga de la argumentación sobre algunos principios en favor de otros*”⁴⁸². Al igual que ocurre en el caso de la ley de la ponderación, las relaciones de preferencia señaladas presentan una vinculación especial con el principio de proporcionalidad, cuya aplicación como criterio de actuación y control presuponen. Al identificar relaciones del tipo regla general/excepción, este tipo de criterios permite estructurar el proceso de argumentación que se deriva de aquél⁴⁸³.

⁴⁸¹Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 136. Este autor afirma que la ley de la ponderación «no supone criterio alguno con el que, en la generalidad de los casos, se llegue a soluciones por vía lógico-deductiva, ni contiene en sí contenido material con ayuda del cual se puede decidir, pero sí constituye un apoyo que hace ganar al método de la ponderación en racionalidad».

⁴⁸²Vid. PRIETO SANCHIS, L. *Sobre principios y normas*, Madrid, Tecnos, 1993, p.146.

⁴⁸³ALEXYS, R. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, N°11. Enero-Junio 2009, p.8: “En el derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo exige un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad (Verhältnismäßigkeit). Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (Geeignetheit), necesidad (Erforderlichkeit) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas. Los subprincipios de adecuación y necesidad se tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales. El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven...La ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el de proporcionalidad en sentido estricto; este subprincipio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación”, la cual dice: Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro. La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar. La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro”.

En la mediación también es necesario acudir a la ponderación⁴⁸⁴. Cuando hay un conflicto entre partes, entre argumentos de las partes, al igual que ocurre entre los conflictos de principios, deben ponderarse ambos argumentos, en el caso en cuestión para ver cuál de ellos, pesa más, pues justificar ponderando no es nada distinto de justificar aplicando los argumentos de un mal menor y/o del mal necesario para el caso concreto⁴⁸⁵. La ponderación nunca es reconducible a reglas y como consecuencia de ello, para ponderar hay que estar dotado de algún grado de prudencia⁴⁸⁶.

1.4.2.1. La argumentación y la mediación.

Al considerar que las partes implicadas en un proceso de mediación participan en un debate negocial, podríamos partir que están participando en una negociación argumentativa. Dice ATIENZA⁴⁸⁷ que, para abordar la pregunta compleja de “*qué es argumentar*”, conviene distinguir entre el concepto de argumentación y las distintas concepciones que existen sobre argumentación. El concepto de argumentación, se configura en opinión de ATIENZA, a partir de cuatro elementos básicos:

⁴⁸⁴Vid. SANCHEZ GONZÁLEZ, S., “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 12/13, 2003, pp.1-30.

⁴⁸⁵BERNAL PULIDO, C., “Estructura y límites de la ponderación”, Ob. cit., p.28: “La ponderación no es un procedimiento algorítmico que por si mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. Por el contrario, tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones. Sin embargo, el hecho de que la racionalidad que ofrece la ponderación tenga límites, no le enajena su valor metodológico, así como la circunstancia de que el silogismo no garantice la verdad de las premisas mayor y menor, tampoco le resta por completo su utilidad. La ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse, cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación. La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad”.

⁴⁸⁶AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Trotta, Madrid, 2015, p.12: “En el sentido de la sabiduría práctica que se expresa en una combinación de lucidez intelectual y de sentido común y práctico. Se traduce en una capacidad (y/o hábito) de evaluar y elegir correctamente o, dicho en los términos anteriormente usados (y más contemporáneos). En la capacidad de ponderar los principios adaptándolos adecuadamente a las diferentes situaciones concretas”.

⁴⁸⁷Vid. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp.61 y ss.

1) Argumentar es una acción relativa a un lenguaje, por tanto se argumenta cuando se defiende o se combate una tesis y se dan razones para ello, por tanto, como corolario, podría extraerse de este primer elemento, que sin lenguaje no habría argumentación.

2) Una argumentación presupone siempre un problema, una cuestión cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema. ¿Cuáles son los tipos de problemas que son relevantes, en términos argumentativos?

3) Toda argumentación, considera ATIENZA, presupone tanto un proceso, una actividad, como un resultado, un producto. Como actividad, la argumentación (argumentación-proceso), es todo lo que ocurre entre el planteamiento del problema y la solución del mismo. Como resultado, en la argumentación cabe siempre distinguir estos tres elementos: premisas, conclusión e inferencia.

4) Argumentar, es una actividad racional⁴⁸⁸, y lo es en un doble entendimiento; por un lado, porque argumentar es una actividad orientada hacia un fin y por otro, porque existen criterios para evaluar la calidad de la argumentación.

Estos elementos compondrían el concepto de argumentación, pero dice AGUILÓ, siguiendo a ATIENZA⁴⁸⁹, que estos elementos son articulables de tres maneras diferentes, dando a su vez, tres grandes concepciones de la argumentación: A) La “Concepción Formal” de la argumentación, B) La “Concepción Material” de la argumentación, C) La “Concepción Pragmática” de la argumentación. Veamos:

A) La “Concepción Formal” de la argumentación⁴⁹⁰. La concepción formal se centra en los aspectos sintácticos del lenguaje (su estructura). Se desentiende el mundo y de la aceptación por parte de los otros. Se interesa por la reconstrucción del producto de la argumentación: la concatenación de enunciados en forma de premisas y conclusiones. La argumentación como actividad racional, utiliza como criterios de validez y corrección las reglas de inferencia de la lógica deductiva.

⁴⁸⁸ AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., pp.19 y ss.

⁴⁸⁹ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ob. cit., p.65.

⁴⁹⁰ Vid. GOMEZ SOLÍS, M. “La concepción formal, material y pragmática de la argumentación jurídica y su aplicación en el análisis de sentencias”, *Revista de la judicatura de la Corte*, N°28, pp. 23-50.

B) La “Concepción Material” de la argumentación. Se centra en los aspectos semánticos del lenguaje. (Su contenido). No se desentiende del mundo pero sí de la aceptación por parte de otros. Se interesa por la calidad de las premisas, lo que supone no desentenderse del proceso seguido para obtenerlas. Nociones como imparcialidad, experimentación, prueba, etc, son centrales e implican algo más que lenguaje. La argumentación como actividad racional, utiliza como criterios de validez y corrección, leyes científicas, máximas de experiencia, criterios de justificación, etc.

C) La “Concepción Pragmática” de la argumentación”. Se centra en los aspectos pragmáticos del lenguaje (su uso). Todo está orientado a la relación con los otros: vencer y/o convencer. La argumentación es el proceso. La persuasión o la victoria son el resultado del uso argumentativo del lenguaje, pero ya están fuera del mismo. La argumentación como actividad racional, utiliza como criterios de validez y corrección, leyes científicas, máximas de experiencia, criterios de justificación, etc.

Con esta clasificación, AGUILÓ⁴⁹¹, siguiendo a ATIENZA, considera que se puede hablar de un tipo u otro de argumentación, según nos refiramos a cada una de estas dimensiones, o según se dé más o menos prevalencia a una u otra, de las dimensiones de la práctica argumentativa frente a las demás, conformando con ello un determinado concepto de argumentación. Como aspectos básicos a resolver en una argumentación, dice AGUILÓ, que siempre hay que resolver tres problemas: Qué se puede concluir? Qué se debe creer o qué se debe hacer, y cómo se puede convencer a los demás a propósito de una determinada cuestión:

1º ¿Qué se puede concluir? En respuesta a esta pregunta, estamos haciendo referencia a que argumentar es deducir, extraer conclusiones a partir de un determinado conjunto de premisas. Podemos decir que la lógica formal es el paradigma del razonamiento deductivo en sentido estricto. Un argumento deductivo es un argumento que tiene una estructura tal que la verdad de las premisas garantizará la verdad de la conclusión. Así controlar la validez deductiva supone varias cuestiones:

⁴⁹¹ AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., p.22.

-Identificar el conjunto de enunciados que concatenados entre sí, operan como premisas.

-Hacer abstracción del contenido de verdad (o de corrección) de esos mismos enunciados. Las razones son los enunciados y su concatenación, no los hechos que hacen verdaderos esos enunciados.

-Hacer abstracción de los sujetos, desentendiéndose de las personas y su actividad.

-Comprobar que el paso de las premisas a las conclusiones es un paso necesario porque se trata de argumentos en los que la información que se recoge en la conclusión, ya estaba recogida en las premisas.

En este caso, desde la perspectiva formal, la argumentación, se presenta como un resultado, como una concatenación de premisas y conclusiones.

2º ¿Qué se debe creer o que se debe hacer? Desde la perspectiva material, estamos haciendo referencia a que argumentar, no es opinar, sino fundamentar, en nuestras creencias y opiniones, dando razones a favor de las mismas, y por ello, la argumentación, tiene que ver con la indagación, la búsqueda y el establecimiento de los fundamentos (razones y premisas) de nuestras razones y opiniones. En este caso, la argumentación trata de determinar si nuestras razones, tienen o no fundamento, exigiendo por tanto, una actitud crítico-práctica adecuada. Aquí no se controla la validez evaluando el paso de las premisas a las conclusiones, sino que habrá que evaluar la calidad y certeza de cada premisa; es decir, desde la dimensión material, la presentación formal del argumento nunca es suficiente para determinar su validez material; no puede hacerse abstracción del proceso de obtención de las premisas y de la metodología seguida, pues el proceso es esencial para determinar su fiabilidad⁴⁹².

3º ¿Cómo se puede convencer a los otros, a propósito de una determinada cuestión? Desde la perspectiva pragmática, argumentar es convencer. La argumentación tiene una dimensión social, de relación social que es

⁴⁹² Vid. AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., p.24 y ss.

fundamental. Desde esta perspectiva todos los elementos de la argumentación adquieren sentido por su relación con los sujetos involucrados. Lo que importa es la argumentación como actividad (lo fundamental no es la relación entre los enunciados que funcionan como premisas y como conclusiones, no la relación entre los enunciados que operan como premisas y los hechos que hacen verdaderos a esos enunciados, sino la relación entre los sujetos a propósito de los enunciados involucrados en la argumentación.) Desde esta dimensión práctica, la clave está en el acuerdo o desacuerdo entre los sujetos a propósito de los enunciados emitidos en una argumentación. Nos encontraríamos en una cuestión dialéctica⁴⁹³, donde hay dos sujetos que interactúan (debaten) asumiendo diversos roles activos, con la finalidad de convencer respectivamente al otro, para alcanzar un acuerdo⁴⁹⁴. Así un buen argumento, es aquél que convence, que sirve tanto a los fines del orador, como para los del interlocutor. La validez de la adhesión conseguida (la persuasión) y la del acuerdo alcanzado depende también de que en el desarrollo de la actividad argumentativa (argumentación proceso) se hayan respetado por parte de los sujetos involucrados ciertas reglas de conducta y ciertas reglas del juego limpio, lo que hace referencia claramente a las normas o las reglas proporcionadas en el procedimiento de mediación y a la buena práctica de la persona del mediador en cada proceso. Al hablar de las reglas del juego en mediación, se hace referencia claramente a la claridad y transparencia en las conversaciones entre las partes, para lo cual el mediador debe colaborar, favoreciendo que el orden, la serenidad y la prudencia, de tal forma que se generen posibilidades de entendimiento entre las partes, canalizando las posibles explosiones emocionales, muy frecuentes al menos, en mediación de evitar y tratando reconducir la comunicación evitando la ambigüedad y los malos entendidos, que

⁴⁹³A diferencia de en la retórica, donde un sujeto (orador), adopta un rol activo y realiza una conjunto de actos de lenguaje (el discurso), dirigidos a un conjunto de sujetos (el auditorio) que adoptan un rol esencialmente pasivo con la finalidad de conseguir (o reforzar), su adhesión a ciertas tesis.

⁴⁹⁴Vid. AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., p.26 y ss.

desgastan, desmotivan y acaba con la posibilidad de alcanzar un acuerdo beneficioso para las partes⁴⁹⁵.

Como veremos a lo largo de los siguientes capítulos, a la hora de resolver un conflicto a través de la mediación, resulta fundamental restablecer las vías de diálogo y comunicación entre las partes. El proceso de mediación se caracteriza por ser voluntario, confidencial y por estar basado en el diálogo, por lo tanto, no hay mediación sin comunicación⁴⁹⁶. La comunicación está influida por los valores y éstos están basados en nuestras creencias, definen quiénes somos y guían las decisiones que tomamos. Será difícil que la comunicación se lleve suavemente a no ser que esta diferencia de valores sea identificada y que cada persona esté abierta a apreciar y comprender los valores del otro y cómo estos valores afectan a la conducta. Otro elemento o factor que influye en nuestra comunicación son las percepciones. Dos individuos que experimentan el mismo suceso o que miran el mismo objeto, pueden percibir cosas muy diferentes (por ejemplo en el caso de una persona anciana y una joven). La razón es que cada uno de nosotros llevamos a cada situación un marco mental que modela lo que vemos y oímos. Este marco está formado a partir de nuestros valores, nuestras experiencias previas, nuestra cultura y nuestras expectativas⁴⁹⁷. Cuando dos personas tienen distintas percepciones del mismo suceso puede haber incompreensión y conflicto⁴⁹⁸.

En general, una pobre comunicación suele estar presente en la raíz de cualquier conflicto, por lo que la comunicación es un elemento importante en la gestión de los conflictos por diversas razones:

- Una comunicación clara es una herramienta necesaria para entender a los otros y a los problemas que pueden llevar a conflictos.
- Una comunicación poco clara puede ser la misma causa del conflicto.

⁴⁹⁵Vid. MARTÍNEZ ZORRILLA, D. *Metodología Jurídica y Argumentación*, Marcial Pons, Madrid, Marcial Pons, 2010.

⁴⁹⁶Vid. RONDÓN GARCÍA, L. y MUNUERA GOMEZ, P. “Mediación familiar: un espacio de intervención para trabajadores sociales”, *Trabajo social*, N.º 11, 2009, pp. 25-41.

⁴⁹⁷Vid. LIONETTI DE ZORZI, J. “Negociación y Retórica: por qué argumentar y cómo hacerlo”, *Revista telemática de filosofía del Derecho*, N.º 15, 2012, pp. 133-176.

⁴⁹⁸Vid. DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., “La mediación en la resolución de conflictos”, *Educación*, N.º 32, 2003, pp. 125-136.

-La comunicación nos podrá ayudar a entender las diferencias en valores culturales e ideológicos que causan o complican muchos conflictos.

Por todo ello, la argumentación como forma de diálogo puede influir en la forma de resolución del conflicto. Para AGUILÓ⁴⁹⁹, debatir es argumentar en forma de diálogo y en no todos los diálogos, la argumentación tiene el mismo peso. Este autor dice, que para entender la mediación, es necesario analizar y entender la negociación y los aspectos argumentativos presentes en la misma, para ello parte de tres presupuestos:

- 1.- Toda negociación implica diálogo, pues sin diálogo no existe negociación.
- 2.-El dialogo que se utiliza en una negociación tiene un claro componente argumentativo. Es un debate.
- 3.- El debate y la argumentación son actividades que implican la interacción de al menos dos sujetos cuyas conductas se condicionan recíprocamente y que se hallan en situación de interdependencia. En función de la compatibilidad o incompatibilidad de los objetivos perseguidos por los sujetos que interactúan, las relaciones podrán clasificarse en cooperativas o conflictivas, por lo tanto en este tercer presupuesto, juega un papel fundamental la forma o el modo de en que se realice el debate⁵⁰⁰.

A partir de lo anterior, AGUILÓ⁵⁰¹, considera cuatro tipo ideales de debate, identificándolos, cada uno de ellos con una metáfora como idea compositiva:

1.- *Metáfora bélica*. El debate como combate. En este debate, los interlocutores entablan una lucha en la cual, para salir victoriosos, pretenden la destrucción del otro. Lo característico de este tipo de debate es que no es posible separar el objeto de discusión de los sujetos de la discusión. Puede haber un objeto de conflicto, pero la atención se centra sobre todo en los sujetos del conflicto. Es un conflicto más actoral que objetual, y muchas veces podría dudarse

⁴⁹⁹AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., p.32.

⁵⁰⁰ Vid. CATTANI, A. *Los usos de la retórica*, Alianza, Madrid, 2003, pp.74 y ss.

⁵⁰¹Vid. AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., p.33.

del carácter argumentativo de estos debates, pues suele darse en ellos, un puro intercambio de descalificaciones que carecen de argumento.

2.- *Metáfora deportiva*. El debate como competición. En este modelo de debate los interlocutores que compiten pretenden ganar, lo que supone que la otra parte tiene que perder. Este tipo de debate es temático, y tiene tintes mucho más objetuales que actorales. Aquí encontramos un objeto de debate, distinto y separado de los interlocutores. Es un ámbito argumentativo reglado y las reglas serán formales o informales, dependiendo del grado de institucionalización y contexto en el que tenga lugar. En este tipo de debate, la finalidad del mismo no es convencer al contrincante, sino definir claramente los puntos de acuerdo y desacuerdo. Un claro exponente de este tipo de debate es un juicio, en el que decide un tercero en base a unas reglas. En este sentido de debates es característica la denuncia de falacias en el sentido de trampas discursivas, de violación de las reglas del discurso...las reglas serán formales o informales dependiendo del grado de institucionalización y contexto en que tenga lugar este tipo de debate, pero es consustancial al mismo la existencia de reglas.

3.-*Metáfora médica*. El debate como exploración y diagnóstico. El punto de partida de este debate no es un enfrentamiento en torno a una cuestión controvertida, sino en torno a una cuestión que todos los interlocutores consideran difícil. La dificultad de la cuestión, la conciencia de la dificultad de la cuestión es lo que dota de sentido cooperativo a la participación en esta forma de debate. La finalidad de estos debates, no es tanto ponerse de acuerdo en torno a la solución sino poner en conocimiento de los demás todos los puntos de vista y toda la información para que tras el mismo, todos los participantes entiendan mejor el problema y vean con más claridad la solución⁵⁰².

⁵⁰²AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., p.39. Aguiló comenta que conviene llamar la atención respecto del denominado *escepticismo* en el ámbito de la razón práctica, en general y de la interpretación del derecho en particular. En el ámbito teórico, todos el mundo admite que tiene sentido que debatir es diagnosticar, pero todos los escépticos en el ámbito de la razón práctica tienen a pensar que en realidad, en este ámbito no hay casos de incertidumbre, sino más bien casos de indeterminación. En el ámbito de la razón práctica, los escépticos piensan que si hay convención (acuerdo), entonces no hay caso difícil., y si no hay convención, entonces tampoco hay caso difícil, lo único que hay es caso controvertido. O dicho en otros términos, para un escéptico, la única fuente de dificultad, provendrá de la controversia. Si el problema/caso está convencionalmente resuelto, entonces el problema/caso no es difícil, y si el problema/ caso, no está convencionalmente resuelto, entonces no hay una única solución para el caso, y por tanto, no tiene sentido debatida como si la hubiera.

En este modo de debatir, todos los participantes, piensan, con independencia de que se pongan o no de acuerdo respecto a la solución del problema difícil, el debate es en si mismo productivo y coloca a todos los participantes en mejores condiciones de abordar el problema y resolverlo. De forma coherente, los interlocutores se reconocen plena legitimidad y ese reconocimiento de legitimidad en este tipo de debate, depende de dos cosas:

- a) Competencia para aportar algo a la solución del problema⁵⁰³ y
- b) Actitud cooperativa suficiente⁵⁰⁴, por lo que la reserva mental, la hostilidad, la arrogancia, la vanidad...son obstáculos para una actuación legítima en esta forma de debate.

En esta forma de debatir, al no tratarse de un debate competitivo, la finalidad de las reglas del juego, no es tanto garantizar los derechos de los participantes en el debate (pues no se oponen unos a otros) cuanto preservar el sentido cooperativo y productivo del mismo. En un debate de esta naturaleza, no tiene sentido pensar en términos de igualdad de derechos (en el sentido de tantas réplicas, corresponden a tantas dúplicas...) sino más bien lo que procede es a cortar de raíz los intercambios improductivos y reordenar el debate para que vuelva a cumplirse la función que se espera de él. Así las reglas de este debate, se corresponderían con dos principios: a-El principio de productividad (el debate debe ser esclarecedor, productivo, provechoso y fructífero) y b-El principio de cooperación (debe ser un juego de ganar-ganar y no de ganar-perder).

Esta modalidad de debate tiene una serie de conductas prohibidas que estarían permitidas en otras formas de debatir:

-Por ejemplo, deformatar, caricaturizar o simplificar algo, con la finalidad de allanar el camino para la crítica y la razón no es tanto salvaguardar los derechos del sujeto, como preservar el bien colectivo de

⁵⁰³El empoderamiento de las partes en la mediación....

⁵⁰⁴Vid. DE ARMAS HERNÁNDEZ, M “La mediación en la resolución de conflictos”, Ob. cit., pp.125-136. Dice el autor que se debe procurar equilibrar el poder en una negociación para lograr que el juego sea justo. Se debe buscar que las partes tengan un nivel de poder relativamente parejo, que exista un marco legal apropiado que entiendan las partes, y que todos los actores se presenten a las reuniones con la voluntad de entenderse y participar en el proceso de negociación. Se debe entender que en un proceso en el que una de las partes tiene mayor poder, su fortaleza le protege y se debe comprender que, aunque se busca siempre lograr una relación ganar-ganar, en las situaciones en las que hay una extrema disparidad de poderes entre las partes, no se puede garantizar un resultado de ganancia para todos, por tanto se debe tener en cuenta que solo se puede negociar de buena fe en situaciones en las que exista un grado proporcional de poder entre las partes.

debate y su carácter productivo. No se trata de ganar sino de aclarar un problema difícil.

-Otro ejemplo de conducta prohibida sería, la descalificación directa de tesis relativas al problema objeto de discusión sostenida por algún interlocutor. No se trata de no tolerar el puro ruido deliberativo o el mero error, sino más bien de que la dinámica del debate favorezca la creatividad en la búsqueda de las respuestas y para ello, no hay que impedir que los interlocutores asuman ciertos riesgos en la formulación de propuestas⁵⁰⁵.

Así, los debates reales de esta modalidad, finalizarían al extinguirse las condiciones de cooperación, cuando todos los interlocutores, tienen un “diagnóstico del problema” (no es necesario que todos tengan la misma solución, pues entonces el debate habría sido doblemente productivo). Una vez que se diagnostica el problema, si no se ha llegado a obtener la misma solución por todos los participantes, deberá transitarse a otra forma de debatir. Señala AGUILÓ⁵⁰⁶ que, básicamente, caben dos posibilidades:

-Transitar a debatir es competir, donde el final de la cooperación entre los interlocutores da comienzo a una competencia entre ellos para conseguir ganar.

-Transitar a debatir a es construir, que es el último modo de debatir.

4.- *Metáfora constructiva*. El debate como construcción. Para AGUILÓ⁵⁰⁷, quienes construyen conjuntamente algo, resuelven problemas de dos tipos: por un lado, problemas de conocimiento y por otro, problemas de coordinación de conductas, implicando un hacer; esta forma de debatir implica un paso más en la cooperación de dos sujetos que debaten. Se trata de un debate cooperativo en el que además de los principios de productividad y cooperación, rige también el principio de consenso.

En esta forma de debatir, la legitimidad que se reconocen recíprocamente los interlocutores es de tal magnitud que todos ellos aceptan que no alcanzar el consenso respecto a la respuesta correcta significa para todos ellos que no han

⁵⁰⁵ Así ocurre en las llamadas, “tormentas de ideas”, que son un caso paradigmático de forma cooperativa de debatir.

⁵⁰⁶ Vid. AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., p.42.

⁵⁰⁷ Vid. AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., p.42

resuelto el problema. Aquí suele decirse que el consenso es constitutivo de la solución del problema y la solución es obra de todos los interlocutores.

En términos de poder, el efecto de este debates supone reconocer un “derecho de veto” a cada participante, lo que al final, puede acabar resultando totalmente inoperante⁵⁰⁸. En este tipo de debate, al igual que en el debate anterior, entender sus reglas en términos de derechos y deberes de los participantes era un error porque en el contexto de estos debates, los sujetos no se ponen los unos a los otros, entre ellos hay una unidad de fines que hace innecesaria la apelación a derechos y deberes. Aquí los interlocutores mantienen entre sí, tal grado de “*necesidad recíproca*” que para cada uno de ellos, el hecho de que el otro no acepte la solución propuesta no constituye realmente una solución⁵⁰⁹.

La metáfora constructiva entiende que la solución al problema difícil, no es una cuestión de mero esclarecimiento de las conciencias individuales, sino de crear algo distinto y separado de las mismas⁵¹⁰, lo que en el ámbito práctico requiere darse cuenta de que cualquier posibilidad de alcanzar este grado de cooperación discursiva pende más sobre la identidad (la relación) de los sujetos que sobre la dificultad del problema que se trata de resolver; se trata más de una cooperación más actoral que objetual. En este caso, se trata más bien de entablar un diálogo cooperativo orientado no sólo esclarecer la conciencia de cada uno de respecto a la solución en sí, sino también a fraguar un consenso. En este caso, no se trata de que ambos se otorguen derecho de veto, sino más bien de que ambos interlocutores reconozcan en el otro un sujeto con tanta capacidad y actitud como las propias, de forma que cada uno pueda pensar que si el otro no ve clara la solución del problema, es que en realidad, la solución del problema no está claro.

Con estos cuatro tipos de modelos de debate se ha tratado de esquematizar las formas de debate bajo el prisma de la relación social, tomando la variable Conflicto/Cooperación, como la clave esencial para componer la caracterización

⁵⁰⁸Por este motivo, este modo de debate puede resultar totalmente inoperativo y no es recomendable en el diseño de instituciones sociales.

⁵⁰⁹Recordar que el reconocimiento de la legitimidad depende del reconocimiento, por un lado de la competencia o capacidad para contribuir a la solución al problema y por otro, de actitud cooperativa. El reconocimiento máximo de legitimidad entre interlocutores lleva a reconocerse recíprocamente no un derecho de veto (pues en este tipo de debate, no hay solución del problema)

⁵¹⁰ Este tipo de debate se presta mucho a la idealización, pero es posible llevarlo a cuestiones prácticas.

de la mediación dentro de la argumentación⁵¹¹. Resumiendo, hemos encontrado dos formas de debatir conflictivas (una actoral, la disputa y otra temática, la controversia); y dos formas cooperativas (una temática, el diálogo racional y otra actora, el consenso o debate consensual); si bien, la realidad es compleja y continua, y puede ocurrir que haya situaciones concretas de debate que no se dejen encasillar en uno sólo tipo de los tipos propuestos. Los debates son aquí muy fluidos y se producen, conscientemente o inconscientemente, transiciones de un tipo de debate a otro.

Estas transiciones de un modo de debatir a otro, ocurren frecuentemente, incluso de forma asimétrica, es decir, no todos los interlocutores transitan simultáneamente en la misma dirección⁵¹². Los debates reales que tienen lugar en nuestra vida social, están más o menos institucionalizados, pero siempre están regulados por convenciones, sobre todo en las dos formas de debate conflictivo, en las que se requiere la institucionalización con la presencia de terceros, mientras en la dos formas de debate cooperativo, no es tan necesario⁵¹³.

El conflicto, la incompatibilidad de los objetivos de los interlocutores es lo que requiere la institucionalización de un tercero neutral que vele por los derechos de los combatientes y que sean testigos del desenlace de la disputa-resultado. La institucionalización de las controversias requiere la presencia de terceros; es el carácter conflictivo y temático de las controversias quien dota de sentido la presencia de un tercero neutral cuyo papel es, por un lado, garantizar que se respeten los derechos de los competidores y por otro, que se discuta la cuestión controvertida. En este caso se reclama el papel de un tercero que juzgue la cuestión controvertida y que evalúe el choque de soluciones incompatibles. Este tercero puede ser un juez, un tribunal colegiado, el público asistente a un debate. Sin embargo el papel de los terceros en los debates cooperativos pierde mucho sentido, sobre todo a nivel decisorio⁵¹⁴. Los debates cooperativos institucionales

⁵¹¹Vid. CALVO SOLER, R. "Dos debates y una propuesta para la distinción entre negociar y argumentar". *Doxa*, Nº31, 2008, pp. 73-90

⁵¹² Por ejemplo, en un diálogo racional, un interlocutor, evoluciona hacia una controversia, mientras que el otro sigue guiándose por las reglas del diálogo cooperativo, o en una controversia, uno evoluciona hacia una disputa y otro hacia un diálogo racional.

⁵¹³ En la mediación, como proceso institucionalizado, se incluye la presencia del tercero, proporcionando las ventajas de su labor, como canalizador de la comunicación.

⁵¹⁴El mediador será imparcial y ayudará a todas las partes por igual a llegar a acuerdos mutuamente satisfactorios sin abogar por los intereses de una de las partes en el proceso. Obligatoriamente debe ser un tercero imparcial que pretende que los implicados en el conflicto tomen conciencia de su rol y que asuman su responsabilidad a la hora de alcanzar acuerdos.

puede haber alguien que juegue un papel especial de coordinación o que ejerza de director del debate, pero estos roles especiales no excluyen a quien lo ejerce como interlocutor dentro de ese mismo debate⁵¹⁵.

La ausencia de conflicto hace superflua en gran medida la figura del tercero neutral que vigile el cumplimiento de las reglas; así el carácter cooperativo del debate hace innecesario también el rol de un tercero que sea testigo o que juzgue el resultado del debate. La cooperación da sus frutos, sin necesidad de que intervengan terceros que den testimonio del resultado o que juzguen quién o qué tesis ha ganado, y ello es porque todos los debates cooperativos están llamados a ganar⁵¹⁶. La mediación como método alternativo de resolución de conflictos, está implantándose de forma creciente como método novedoso en el ámbito jurídico en muchos de sus ámbitos.

La mediación aparece últimamente en el centro de todos los remedios que se proponen a los llamados “males estructurales de la jurisdicción”, confiando tanto en la mediación prejurisdiccional como en la mediación intrajurisdiccional. En la mediación prejurisdiccional o mediación prejudicial, que puede ser, estrictamente voluntaria o forzada⁵¹⁷ y que puede servir para alcanzar el objetivo de la desjudicialización de muchos conflictos, sirviendo de herramienta de ayuda para enfrentar el problema de la saturación de la jurisdicción⁵¹⁸. En cuanto a la mediación intrajurisdiccional, que también puede ser voluntaria u ordenada por el juez⁵¹⁹, puede considerarse como un mecanismo adecuado, eficaz para resolver los conflictos emocionales y de todo tipo, que el proceso judicial no es capaz de gestionar de forma satisfactoria debido a su excesiva burocratización⁵²⁰.

⁵¹⁵TORRERO MUÑOZ, M. “La mediación familiar: una alternativa a la resolución de los conflictos familiares”, *Actualidad Civil*, N° 23,11 junio de 2000, p. 859.

⁵¹⁶BERNAL SAMPER, T., *La mediación familiar. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, 1998, p. 63. El principio ganar/ganar preside la mediación como debate cooperativo.

⁵¹⁷Dos sujetos pueden acudir a la mediación prejurisdiccional de forma voluntaria para evitar acudir al a vía jurisdiccional o también pueden acudir de forma forzada por las medidas establecidas en las normas procesales de un determinado sistema jurídico, por ejemplo, imponiéndola como condición necesaria por a poder demandar ante la jurisdicción, o condenando en costas a quien no la haya instanciado, o a quién la haya rechazado.

⁵¹⁸Vid. VARGAS PAVEZ, M. “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación”, *Revista de Derecho*. N° 2, Diciembre 2008, pp 183-202.

⁵¹⁹El juez puede ordenar la remisión a una primera reunión informativa sobre la mediación, pero en ningún momento puede obligar a las partes a intervenir en un proceso de mediación por el principio de Voluntariedad, que se establece en la legislación para este procedimiento.

⁵²⁰En este sentido, la mediación intrajurisdiccional, serviría, más que para poner solución la excesiva jurisdiccionalización, para moderar la excesiva rigidez del proceso judicial.

Frente a este “boom” de la mediación, es posible contrastar la aparente ajenidad que la mediación parece mostrar en relación con nuestra cultura jurídica frente a la negociación y el arbitraje que tienen mucha mucho más arraigo⁵²¹. Estos dos últimos métodos de resolución alternativa de conflictos. El estudio de la negociación y la mediación desde la perspectiva de los llamados métodos de resolución de conflictos alternativos a la jurisdicción, ha llevado a conceptualizar estos dos métodos de forma sesgada. En ambos casos, se da por descontado, que el punto de partida es una situación de conflicto entre partes dispuestas a acudir a la jurisdicción, pero su ámbito es muy mayor y no queda en absoluto reducido a ese marco. La negociación, es también un mecanismo esencial para la definición de proyectos compartidos, permitiéndonos entonces entender las transiciones de unos modos de debatir a otros dentro del debate negocial, como entender la presencia de elementos tanto de conflicto como de cooperación dentro de la negociación. Dice AGUILÓ⁵²², que igual ocurre con la mediación, donde el papel de un facilitador de acuerdos, tiene pleno sentido, no sólo cuando dos sujetos se han constituido ya en partes de un conflicto y están dispuestos a acudir a la jurisdicción, sino también cuando nos encontramos en contextos no tan definidos.

Si miramos la mediación únicamente, como un trámite preprocesal o prejurisdiccional sugiere la imagen de las partes provistas de sus respectivos abogados dispuestos a acudir a la vía judicial, pero que tienen que superar el trámite previo de la mediación, creando una imagen que desdibuja el papel bien del abogado, bien del mediador. Existe una cierta tendencia terminológica a llamar mediación únicamente a la facilitación de acuerdos entre personas que ya se han constituido en partes de un conflicto, y a llamar asesoría, consejo apoyo, incluso coaching a la facilitación de acuerdos entre personas que pueden tener sus dificultades pero que todavía no están decididas a acudir a la vía jurisdiccional. Algunos autores consideran que la tarea de un facilitador de acuerdos transita siempre entre la estricta mediación (pura gestión del conflicto) y la asesoría conjunta.

⁵²¹AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., p.100.

⁵²²AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., p.101

Por todo lo anterior, AGUILÓ, en su obra “El arte de la mediación”, considera que para desentrañar las claves de una buena mediación, es necesario evitar creencias erróneas en general y en particular, evitar dos tipos de discursos:

a) Los ideológico-propagandísticos, en los que se articulan una serie de tópicos tales como: la jurisdicción es coacción, la mediación es voluntaria, la jurisdicción es rígida y la jurisdicción es flexible, la jurisdicción es burocracia, la mediación es eficacia; la jurisdicción es lenta, la mediación es rápida y eficiente...donde el sesgo ideológico es patente y donde la jurisdicción es el Estado y es el malo, mientras que la mediación, es la sociedad civil y es la buena⁵²³. Y este enfrentamiento lo descarta por completo ya que, en primer lugar carece e interés, pues hay casos que sólo pueden ser abordados por la jurisdicción y otros, en los que la jurisdicción sólo puede empeorar las cosas. Y en segundo lugar porque lo que pretende es demostrar la bondad en la mediación más que la bondad de la mediación.

b) En cuanto a los discursos burocráticos-formalista, deben evitarse pues reducen la mediación a definiciones legales, procedimientos, fases, agencias de mediación registro e mediadores o actas de acuerdo o de imposibilidad de acuerdo, a la titulación requerida para ejercer de mediador, a minutas, a leyes autonómicas de mediación familiar... considera AGUILÓ que aunque este discurso se fundamenta en una pretendida objetividad, es inútil para entender en qué consiste una buena mediación, dónde radica la calidad de una mediación, para ello, dice este autor, que el acento debe ponerse en el cambio de mentalidad y de cultural jurídica para resultar verdaderamente funcionales.

1.- La mediación es una institución orientada a garantizar que las partes protagonicen un buen debate negocial; es una institución orientada a suplir los déficits de racionalidad de las partes que les impiden debatir correctamente las posibilidades de alcanzar un acuerdo.

⁵²³AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit. p.107. Dice el autor, que estos discursos están muy en sintonía con el embate antiestatalista del neoliberalismo y han afectado al Estado de Derecho (y a la concepción del mismo). Así, en estos términos, puede afirmarse que la desjudicialización está siendo a la jurisdicción lo que la desregulación fue la legislación.

2.- Un buen mediador no es un partidario de los acuerdos (no cree que es alguien que cree que un mal acuerdo es mejor que un no acuerdo).

3.- El papel del mediador consiste en ayudar a debatir de manera solvente las posibilidades de alcanzar un acuerdo, sino cuando no consigue que las partes debatan de manera satisfactoria las posibilidades de una solución acordada.

4.- Un mediador fracasa no cuando las partes no alcanzan un acuerdo, sino cuando no consigue que las partes debatan de manera satisfactoria las posibilidades de una solución acordada. En este sentido puede ser que el “no acuerdo” sea el resultado de un mal debate negocial en el que los sujetos no alcanzan un acuerdo porque en realidad no llegan a debatir de verdad las posibilidades del mismo o, el “no acuerdo” puede ser el resultado de un déficit de debate, de un déficit de exploración; es el producto de falta de acuerdo, no de falta de debate negocial. El mediador, es responsable del primer tipo de situaciones de no acuerdo pero no lo es de las segundas.

5.-La responsabilidad del mediadores conseguir que las partes debatan correctamente las posibilidades de alcanzar un buen acuerdo que conseguir el hecho de que lo alcancen.

6.- Es un error pensar que si no hay un acuerdo, es siempre debido a que el debate negocial, ha sido deficiente.

Por tanto el sentido de la mediación sería procurar que las partes desarrollen un buen debate negocial y es por ello, por lo que la mediación tiene que ser estrictamente voluntaria, no puede ser obligatoria⁵²⁴. Negociar, no es sólo una cuestión de conducta externa, requiere una cierta actitud interna, perseguir el objetivo de llegar a un acuerdo, o al menos, no rechazar drásticamente dicho objetivo. Igual ocurre con la mediación. Las normas jurídicas pueden obligar a que ciertos sujetos realicen ciertas conductas externas, pero no se puede obligar a participar de manera genuina en un debate negocial, pues el acto de la mediación, o es aceptado internamente y voluntariamente por los sujetos o no es mediación en absoluto.

⁵²⁴ Obligar a la mediación, en el sentido de exigir que la formalización de la mediación sea un trámite necesario para poder acceder a la jurisdicción.

1.4.2.2. Contextos de entrada a la mediación.

Siguiendo con el análisis de AGUILÓ⁵²⁵, éste parte de tres premisas para que sea posible en la mediación, pasar de unas formas inadecuadas de debate hacia otras que sirvan para un debate negocial. Las premisas son las siguientes:

1.- el sentido de la mediación es procurar que los sujetos se recurran a ella desarrollen un buen debate negocial, siendo esta particularidad, responsabilidad del mediador.

2.-La controversia (debate conflictivo y temático) y el diálogo racional (debate cooperativo y temático) son formas de debate adecuadas, idóneas, para desarrollar un buen debate negocial.

3.-La disputa (debate conflictivo y actoral) y el consenso (debate cooperativo y actoral), a veces operan como formas de entrada y salida al debate negocial pero son formas de debate inadecuadas, improductivas, inidóneas para desarrollar un buen debate negocial.

Muchas veces lo que dificulta el tránsito de un tipo de debate inadecuado hacia otro productivo, es el miedo a la controversia, a que la controversia derive en disputa y este tipo de miedos son muy frecuentes en ámbitos dominados por relaciones afectivas muy intensa. La presencia de los afectos en mucha ocasiones en vez de operar como un actor que facilita la gestión de la controversia, pera al revés, como un factor que la dificulta. Este miedo lleva con frecuencia a la inacción y a la parálisis. El reconocimiento de las propias dificultades para debatir explica y justifica que acudan al mediador, pues no sólo se demanda asesoramiento técnico⁵²⁶ sino también orientación práctica⁵²⁷, y ello porque para solucionar una controversia, es cierto que existe la necesidad de transitar a las formas negociales idóneas y productivas; con la mediación no se trata tanto de qué debatir y qué solucionar sino de cómo hacerlo⁵²⁸. Es decir, el mediador debe

⁵²⁵Vid. AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*. Ob. cit. p.107.

⁵²⁶ Que se proporcionaría por el abogado.

⁵²⁷La diferencia es de matiz, pues la idea de contribución técnica pone el acento más en el conocimiento implicado, mientras que en la orientación práctica se pone más el acento en la virtud o disposición del sujeto implicado.

⁵²⁸ Otro caso en el que estaría justificado los servicios de un mediador es el de aquéllas situaciones en las que uno de los actores ha retirado la palabra al otro. En estas condiciones tienen pleno

conseguir el marco de interlocución adecuado para que el debate negocial, tome formas objetuales y la cuestión conflictiva no resulte simplemente evadida, por centrar la atención en los sujetos.

Debido a todo esto, podemos extraer dos conclusiones⁵²⁹:

- A) Si se acepta que la mediación trata de suplir déficits de racionalidad de los sujetos involucrados en una negociación, entonces ocurre que el actor más dispuesto a debatir sensata y objetualmente las posibilidades de alcanzar un acuerdo, es quien más necesidad siente de la intervención de un mediador. Es decir el incentivo para recabar la mediación está del lado del actor más dispuesto a explorar las posibilidades de una solución acordada, del actor menos necesitado de la mediación. Y
- B) Si un ordenamiento jurídico obliga a instar la mediación como requisito para poder litigar, el actor menos dispuesto a la negociación y más inclinado a acudir a la jurisdicción, es quien tiene mayor incentivo para recabar servicios de mediación, lo que hace que en ello radique el riesgo de que acabe produciéndose una desvirtuación burocrática, es decir, de que la mediación acabe convirtiéndose en un puro trámite para litigar.

1.4.2.3. Máximas para el mediador/máximas de la mediación.

Dado que la clave de una buena mediación está en la correcta conducción del debates negociales, hay que prestar mucha importancia a los movimientos y a los argumentos de las partes que participan en el proceso de mediación. AGUILÓ⁵³⁰, enumera una serie de máximas o “principios del arte de la

sentido acudir a un mediador, pues las situaciones en las que se retira la palabra al otro, suelen provenir de rupturas que han tenido lugar en contextos de alta complicidad y unidad, y esa retirada de palabra es casi siempre un reproche que tiene que ver con una traición vinculada con una relación especial entre los sujetos. En estos casos la primera tarea del mediador es recuperar la interlocución aunque sea en términos de un lenguaje netamente actoral.

⁵²⁹ AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*. Ob. cit. p.111, compara estas conclusiones con una moraleja, la primera y una paradoja, la segunda.

⁵³⁰ AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*. Ob. cit. p.112.

mediación” que según él, deberían guiar la tarea del mediador cuando participan en un proceso de mediación o en un debate negocial mediado. Son las siguientes:

1. *El debate negocial mediado debe ser objetual, no actoral.*

- 1.1. El mediador debe procurar que el debate entre las partes no adopte tonos actorales; el debate debe centrarse en los objetos del conflicto⁵³¹.
- 1.2. El mediador puede tolerar al comienzo de la mediación que el debate adopte formas actorales de disputa siempre y cuando considere que se trata de una fase necesaria para que los actores transiten hacia las formas temáticas y objetuales del debate⁵³².
- 1.3. El mediador no debe tolerar los retrocesos actorales, es decir, una vez que se ha conseguido transitar desde formas actorales de debate a temáticas, el mediador debe denunciar como falaces las argumentaciones meramente ad hominem⁵³³.
- 1.4. Una vez se ha tematizado el objeto del conflicto, las intervenciones estrictamente actorales, constituyen un caso de evasión de la cuestión.
- 1.5. El mediador debe procurar que las pares mantengan controladas sus pasiones y se centren en sus intereses legítimos.
- 1.6. El mediador debe contribuir a que el desarrollo del debate negocial vaya progresivamente disolviendo los posibles errores de percepción y de conciencia en que pueden incurrir los actores⁵³⁴.

⁵³¹ PARDAVILA, B., “La mediación familiar”, *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, N° 18, p. 92 y ss.

⁵³² Que el lenguaje de una disputa (conflictivo y actoral) pueda resultar transitoriamente útil o necesario, no significa que sea una forma productiva de negociar.

⁵³³ Lo que una persona es o no, nunca puede ser objeto de negociación

⁵³⁴ ENTELMAN, R. *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Ob. cit., pp.89. La noción de conciencia de un conflicto alude a la creencia de un sujeto e que se halla en una situación de conflicto con otra persona. La persona consciente de que está en conflicto con otra persona, fórmula su creencia (su estado de conciencia) mediante una combinación de elementos analíticos (propios de la definición del conflicto) y sintéticos (propios de la situación concreta en la que se halla involucrado). La distinción entre percepción y conciencia resulta útil para analizar tanto los conflictos temáticos u objetuales como para los netamente actorales.

2. *El mediador debe contribuir a aclarar la naturaleza del conflicto de que se trata.*

2.1 El mediador debe estar atento a que las narraciones de hechos vayan progresivamente aproximándose al ideal de la objetividad. Esto es, que en el desarrollo del debate se vayan desechando las afirmaciones sin fundamento⁵³⁵.

2.2 El mediador debe contribuir a racionalizar las discusiones que son producto de discrepancias valorativas, y para poder racionalizar la discusión valorativa, la discusión que involucra juicios de valor, es muy importante que dichos juicios se fundamenten también en hechos⁵³⁶

2.3 El mediador debe contrarrestar la tendencia de los actores a mistificar o falsificar (deformar y/o ocultar) el verdadero conflicto a través del lenguaje. Esta falsificación se produce a través de dos formas: la primera cuando se presenta como una cuestión de principios algo que no es más que una cuestión de precio o coste; y la segunda es presentar una cuestión de mero precio o coste, lo que en realizada es una cuestión de principios⁵³⁷.

⁵³⁵ENTEELMAN. R., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Ob. cit., pp.89 y ss. Bruno Entelman dice que es muy importante saber entender correctamente la dialéctica producida entre el sentido y el contenido que un actor atribuye a su acción y el sentido y contenido que la otra parte atribuye a esa misma acción. Las narraciones que cada parte aporta al debate mediado tienen a no coincidir, o que genera una tensión característica entre pares de opuestos contrarios a partir de un objeto de conflicto. Por ejemplo: violencia ejercida/ violencia percibida. La jurisdicción se construye a través de dos bases esenciales: una, que es posible objetivar una versión correcta de lo ocurrido, es posible saber qué es lo que realmente ocurrió y dos, que esa versión se impone a las partes por un juez que ejerce de tercero imparcial. La primera de estas bases también se asume por la mediación y debe ser asumida, debatiendo de “forma correcta” sobre lo que realmente ocurrió para ir aproximándose progresivamente a la que ocurrió realmente.

⁵³⁶AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*. Ob. cit. p.115. Considera este autor, que los valores pueden definirse como propiedades de las cosas, de los estados e cosas, de las personas y de las acciones que no permiten emitir juicios de preferibilidad o de adhesión. Tiene una dimensión subjetiva que tiene que ver con la adhesión del sujeto y una objetiva que tiene que ver con las propiedades del objeto de valoración, y esta dimensión objetiva de los valores vinculada a las propiedades de los objetos de valoración es fundamental para poder racionalizar las discrepancias y las discusiones valorativas.

⁵³⁷ENTEELMAN. R., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Ob. cit., pp.99 y ss. Considera este autor que existen tres tipos de objetos de los conflictos: los concretos, los simbólicos y los trascendentes. Los concretos suponen que el actor que los obtiene consigue un aumento finito de bienes valiosos. En los objetos simbólicos ocurre, , aunque tienen una base tangible, la satisfacción que busca el actor nunca es reducible a esa base concreta. Los objetos trascendentes para los actores, son aquéllos , para los cuales se extrae una satisfacción independiente absolutamente de ellos. Esta distinción permite demostrar cómo es posible desarrollarse tres actitudes diferentes respecto a un mismo objeto, actitudes que pueden reducirse a una interacción de intereses y valores.

3. *Los movimientos requieren argumentos.*

- 3.1. En una negociación, los movimientos o ausencia de movimientos son siempre el producto o resultado de actos de voluntad.
- 3.2. Pero estos movimientos o ausencia de movimientos deben ir acompañados de argumentos.
- 3.3. La finalidad de los argumentos en una negociación mediada es doble: permite a cada actor justificar sus propios movimientos, y permite persuadir a la contraparte de que las pretensiones negociales que se le ofrecen son aceptables.
- 3.4. Apelar a la pura y simple voluntad no es argumento, son intervenciones actorales que no contribuyen a un debate negocial mediado. El mediador debe estar atento para impedir estos choques actores y volitivos.
- 3.5. No se trata de una cuestión de formas en las palabras, aunque las formas son muy importantes.
- 3.6. La mera presencia de un mediador, hace que el proceso de debate se produzca ante un testigo, y ello tiene consecuencias, en primer lugar porque inhibe la inclinación de las partes a cometer falacias en la defensa de sus intereses y por otro porque en el caso de que se produzcan estas falacias, tiende a restarles eficacia persuasiva⁵³⁸. La presencia de un buen mediador contribuyen a la disposición de que las partes se sometan a “la coacción no coactiva del mejor argumento”⁵³⁹.

4. *La superación de las situaciones de impasse negocial, requiere transitar de la controversia a la deliberación.*

- 4.1. La fase donde se produce la controversia, en un debate negocial mediado, es aquella en la que el conflicto se tematiza y cada parte va

⁵³⁸Vid. AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*. Ob. cit. p.117. El autor alude en este punto a la distinción entre validez y eficacia de un argumento. Suele decirse que un argumento es válido cuando respecta las reglas de la racionalidad desde las que es evaluado. La validez de un argumento, es pues una cuestión de racionalidad (ya se trate de una racionalidad formal, material o pragmática). La eficacia de un argumento es una cuestión más bien psicológica; alude al impacto persuasivo que tiene un argumento en ciertos sujetos concretos.

⁵³⁹Vid. AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*. Ob. cit. p.117.

fijando qué es lo que pretende obtener de la contraparte, y en consecuencia, se lo va dando a conocer. Es también la fase en la que van sucediendo los movimientos (las aproximaciones entre las partes) y los argumentos que los acompañan.

- 4.2. El mediador debe estar atento para evitar que el debate negocial se atasque, es decir, debe evitar que los argumentos se repitan, una vez que han quedado perfectamente fijadas las posiciones de las partes.
- 4.3. El mediador debe procurar que el debate controversial derive hacia las formas propicias del debate cooperativo, hacia la exploración conjunta y la deliberación⁵⁴⁰.
- 4.4. El mediador debe asegurarse de que no se produzca la ruptura de la negociación por déficit de exploración conjunta.
- 4.5. El mediador debe conseguir que las partes colaboren en la formulación de los estándares que pueden resolver la controversia, superando las distancias que separan las diferentes posiciones.
- 4.6. El mediador debe conseguir que la negociación se cierre sin déficit de exploración.

1.4.3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN “LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES”: SU IMPORTANCIA PARA LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA MEDIACIÓN.

El contrato, y un acuerdo de mediación puede considerarse un “contrato”, es un acuerdo creador de relaciones jurídicas entre personas, y constituye un medio de realización social para intereses privados. Según RIVERA⁵⁴¹, el negocio jurídico, obra de la voluntad del hombre, con finalidad jurídica, aparece como la expresión técnica del reconocimiento de la autonomía privada, como fuente creadora de efectos jurídicos; el negocio jurídico constituye el medio fundamental de realización del principio de autonomía de la voluntad. Entre todos los hechos o actos jurídicos generadores de obligaciones, el contrato es, indudablemente, aquel

⁵⁴⁰ Como veremos también más adelante (Cap.2), es muy adecuada la utilización de las “tormenta de ideas”, que favorece la creatividad de las partes y genera un clima positivo y esperanzador sobre una posible solución al conflicto.

⁵⁴¹ RIVERA, J., *Instituciones de Derecho Civil*, Abeledo Perrot, México, 2004, pp.221 y ss.

en el que la voluntad de los particulares cumple una función más importante ya que su elemento característico, es el consentimiento, o sea el acuerdo libre de la voluntad de las partes⁵⁴².

Se parte de la idea de que la voluntad, actuada a través de una declaración de voluntad, es pura y simplemente la creadora del vínculo jurídico; pero, es a partir de Savigny cuando esta idea se transforma, pues la voluntad pasa a formar parte de la doctrina del negocio jurídico. La voluntad deja así de ser soberana, pues su validez no descansa en que la persona la exteriorice como valor ético anterior a todo derecho, sino que reposa en el ordenamiento jurídico, el cual debe reconocerla proteger el fin querido por la voluntad. Las doctrinas denominadas *preceptivas*, avanzan más sobre esta idea, pues para ellas, los efectos jurídicos se producen en tanto y en cuanto están previstos en las normas jurídicas y de esta forma, el acto o negocio jurídico no sería entonces, más que un supuesto de hecho de la norma jurídica y la función de la voluntad sería la de desencadenar los efectos jurídicos previstos en la norma, de conformidad con la función del negocio⁵⁴³.

Por lo que la libertad contractual se concreta esencialmente en la libertad de establecer la norma, o parte de ella, reguladora de la relación que se desea crear. Lo acordado por las partes conforma el contenido del contrato, con lo cual pueden determinar los derechos y obligaciones que dimanen de tal acuerdo. Respecto a la libertad de contratar existen dos posiciones contrapuestas: la libertad absoluta y el dirigismo total, aunque también se puede apreciar una

⁵⁴²Vid. ALFONSO RODRÍGUEZ, M^a E., “La mediación Familiar en España: Concepto, Caracteres y principios informadores”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de La Laguna, N^o 25, Mayo 2008, pp. 55-76; RIVERA, J., *Instituciones de Derecho Civil*, Ob. cit., p. 225: “La configuración de la mediación como un mecanismo voluntario de resolución de conflictos ofrece una doble vertiente. De una parte, la voluntariedad determina que su puesta en funcionamiento responda a la exclusiva iniciativa de los interesados, pero al mismo tiempo esta voluntariedad implica la libertad de las partes para desistir en cualquier momento del proceso de mediación ya iniciado. A esta doble vertiente de la voluntariedad (expresamente contemplada en la Recomendación N^o R (98) 1), se refiere igualmente la reciente Propuesta de Directiva 2004/0251, así como, dentro de nuestras fronteras, toda la normativa vigente”

⁵⁴³Las manifestaciones más importantes, en el Sistema de Contratación Civil de la autonomía de la voluntad son la libertad de contratar y la libertad contractual. Libertad de contratar, denominada también como libertad de conclusión, consiste en la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato, y, en caso de hacerlo, determinar con quién contrata. Es decir, la libertad de contratar otorga a las personas el derecho de decidir cuándo, cómo y con quién contratar. Por su parte, la libertad contractual o libertad de configuración interna, es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato y en cuanto se fundamenta en la libertad de la persona, ésta no es una facultad absoluta, sino limitada por el respeto de la libertad, intereses y expectativas de los demás

postura intermedia, recogida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en que se reconoce la libertad con limitaciones. La libertad absoluta para contratar se sustenta en el presupuesto de la igualdad de las partes, las que al contratar, restringen su propia libertad y lo hacen porque quieren los efectos del contrato, después de la discusión de las estipulaciones contractuales. En virtud de ella las partes que intervienen en un contrato no necesitan la interferencia legislativa para impedir las estipulaciones de obligaciones onerosas o perjudiciales, porque ellos las han negociado libremente y en pie de igualdad. El principio de la libertad de contratar tiene su máxima expresión a partir de la Revolución Francesa. El Código Civil francés sólo restringe la libertad de contratar por normas de orden público y por las buenas costumbres.

Como ha señalado VENEGAS GRAU⁵⁴⁴, las transformaciones socioeconómicas producidas durante el siglo XIX, se han traducido en nuevas relaciones jurídicas, así como en transformaciones de los contratos. Los vínculos contractuales en el Código Civil francés, se habían transformado en vínculos esencialmente personales, pero con el proceso de concentración de la economía y del comercio, las relaciones contractuales empezaron a cobrar un carácter más colectivo, sobre todo en el ámbito laboral. Esta socialización del derecho, que se defiende desde diversas posiciones pone en cuestión el individualismo liberal de la Declaración de 1789 y se empiezan a cuestionar diversos principios de la Teoría General del contrato en la medida en que no eran útiles a las nuevas necesidades del tráfico jurídico. Se empieza a cuestionar la teoría clásica del contrato basada en el dogma de la autonomía de la voluntad.

También señala esta autora, que las primeras críticas que se realizaron al dogma de la autonomía de la voluntad, resaltaban las insuficiencias de aquellas tesis individualistas, que situaban el fundamento del Derecho en el respeto y la protección de unos derechos preexistentes atribuidos al individuo abstracto y que se identificaba con una voluntad libre. Frente a esta posición, diversas teorías defendían la “socialización del derecho” poniendo de relieve el factor social como elemento fundamental y necesario para comprender el fenómeno jurídico, que consideraban que la finalidad esencial del Derecho radica en el respeto y la

⁵⁴⁴Vid. VENEGAS GRAU, M. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004. p.81.

garantía del pleno desarrollo de la persona en la sociedad. Frente a las insuficiencias del Código Civil⁵⁴⁵ a la hora de responderá las transformaciones sociales, de estas teorías, la más crítica apela a la intervención del Estado exigiendo garantías reales para los más desfavorecidos. Se reivindica un modelo diferente de Estado con unas funciones mucho más activas en las relaciones jurídico-privadas en cuya nueva concepción de orden público, se determine el proceso de publicitación del contrato.

1.4.3.1. Los Derechos Fundamentales como límites a la contratación entre particulares.

El papel de los derechos fundamentales en el ámbito jurídico privado, en el cual podemos encuadrar la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos, es una cuestión muy debatida por los teóricos del derecho. En esta confrontación se encuentra la interesante y difícil cuestión de la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y, más concretamente, en si su titular está protegido únicamente frente a la injerencias del poder político (relación de subordinación), o también frente a vulneraciones –naturalmente, no constitutivas de ilícito penal- por parte de otros titulares de derechos fundamentales (relación de coordinación). Esta teoría se conoce con la terminología alemana, *Drittwirkung der Grundrechte*⁵⁴⁶ o, *eficacia horizontal de los derechos fundamentales*.

⁵⁴⁵Estas críticas ocurren sobre todo en el ámbito laboral, y en este sentido la regulación del contrato de trabajo se reivindica como primera paso para insertar en el Derecho privado los valores de la justicia y de la solidaridad, asegurando unas mínimas condiciones laborales al proletariado.

⁵⁴⁶Sobre la bibliografía sobre el tema. Vid. QUADRA SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 1981; GARCÍA TORRES/GIMÉNEZ BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986; CRUZ VILLALÓN: “Derechos fundamentales y Derecho Privado”, *Academia Sevillana del Notariado*, 1988, pp. 97 y ss.; LÓPEZ AGUILAR, J.F., *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, CEC, 1990; ALFARO AGUILA-REAL, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *ADC*, 1993, pp. 57-122; DE VEGA, M., “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 1994, pp. 41-56 y “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales. La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte”, en LÓPEZ AGUILAR (Coord.), *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional, Libro Homenaje al Profesor Gumersindo Trujillo*, 2005, pp. 801-822; LÓPEZ Y LÓPEZ: “Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular”, *Quaderni Fiorentini*, 1996, pp. 434 y ss.; BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, CEPC, Madrid, 1997;

Dice VENEGAS GRAU⁵⁴⁷ que la razón de esta cuestión radica en el hecho de que se trata de un problema que afecta al propio concepto y fundamento de los derechos humanos y por tanto, una cuestión que se resuelve dependiendo de la teoría jurídica, que se defienda. ASIS ROIG⁵⁴⁸, considera que aunque la presencia de los derechos fundamentales en el ámbito jurídico privado es evidente y aceptada por la mayoría de los autores, existe un debate teórico sobre el alcance de esta presencia y en la forma de garantizarlos. Concretamente⁵⁴⁹, la cuestión se centra en si los derechos fundamentales son aplicables en las relaciones entre particulares; de si el respeto a dichos derechos constitucionalmente reconocidos funciona como un límite a la autonomía privada y, por tanto, como una restricción de la libertad de actuación de los particulares.

Dar respuesta a la *Drittwirkung* no resulta nada fácil, pues frente a una posición contraria a la virtualidad de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado existe otra favorable en la que algunos se inclinan por la horizontalidad directa sin necesidad de mediar ninguna norma interpuesta, en tanto que otros consideran que los derechos fundamentales informan el concreto contenido de las cláusulas y conceptos generales del Derecho Privado, como la buena fe, moral, buenas costumbres u orden público (arts. 7.1, 1255 y 1258 C.c.), conceptos jurídicos abiertos e indeterminados que le permiten adaptarse adecuadamente a los continuos cambios de nuestra frenética sociedad.

Tras el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial quedó claro que *todos los derechos* (derechos individuales, derechos políticos y derechos sociales) funcionan como normas que obligan a los poderes públicos y a los ciudadanos

SALVADOR CODERCH (coord.): “Asociaciones, democracia y Drittwirkung”, en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 55-76; DE VERDA Y BEAMONTE: “El derecho fundamental a la no discriminación en las relaciones *inter privatos* (su incidencia en la disciplina del error matrimonial)”, *Aranzadi Civil*, 1997, II, pp. 69 y ss.; NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; JULIO ESTRADA, A., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

⁵⁴⁷VENEGAS GRAU, M. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Ob. cit. p.17.

⁵⁴⁸ASIS ROIG, R., “Prólogo” al libro de VENEGAS GRAU, M., *Derechos Fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Ob. cit. p.9.

⁵⁴⁹VIVAS TESÓN, I. “La horizontalidad de los derechos”, en *XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Murcia, 2008, pp.208-213.

("estatuto objetivo" de los derechos fundamentales). Desde este primer aspecto, los derechos son normas constitucionales al igual que el resto y, por lo tanto, todavía no tenemos criterios para decir que constituyen un "subsistema jurídico específico" dentro de sistema jurídico⁵⁵⁰. A partir de la vinculación general de los poderes públicos y los ciudadanos a la Constitución, se considera que el legislativo, el ejecutivo y el poder judicial están obligados a considerar siempre la interpretación de sus diferentes actos en relación con lo establecido en la Constitución. Especialmente, se dice, debe ser entendido que *los valores superiores* establecidos en la Constitución funcionan como canon material de aplicación de la Constitución. Estos valores son, según el art.1 CE: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

Sin embargo, para PECES-BARBA⁵⁵¹, por ejemplo, tales valores superiores constituyen la concreción legal-constitucional de la "moral pública", es decir, de los valores públicamente compartidos por la sociedad española. Y, como quiera que tales "valores superiores" se concretan en los distintos derechos fundamentales contenidos en el Título Primero de la Constitución (arts.10 a 53), resulta ya que tenemos criterio para señalar que *los derechos fundamentales constituyen un subsistema jurídico*. Es decir, un subsistema jurídico que contiene el canon superior de interpretación de toda la Constitución para los poderes públicos. Con este criterio objetivo es posible que, sin hacer referencia al "estatuto subjetivo" de los derechos, podamos hablar de los derechos como un "subsistema jurídico" *exclusivamente desde la óptica de su "estatuto objetivo" constitucional*. Por lo tanto es posible localizar "objetivamente" el subsistema jurídico de los derechos. Pero, persiste un problema básico: *dentro del subsistema jurídico constitucional existen unos derechos más protegidos que otros*. Es decir, cabe que

⁵⁵⁰Los artículos 9.1; 9.2 y 10.1 de la CE son manifiestamente claros (art.9.1: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"; art. 9.2: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, cultural y social"; art.10.1.: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social").

⁵⁵¹Vid. PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Ed. Tecnos, 1986.

dentro del subsistema jurídico objetivo y general para todos los derechos (pues todos los derechos implican, de alguna forma, a algún "valor superior"), nos encontremos con distintas formas de protección de los derechos (dejando de lado la posibilidad del recurso/cuestión de inconstitucionalidad para cualquier ley que desarrolle la Constitución) que determina una *subdivisión del "subsistema de los derechos fundamentales"*.

A partir de que nuestro sistema constitucional, como muchos otros como el alemán y otros sistemas, protege unos derechos fundamentales más que otros, autores como ATIENZA consideraron que: *"Es fácil mostrar... que no todo lo que contiene este título son derechos (y/o deberes) en un sentido algo preciso de estos términos, ya que muchos de ellos no gozan de protección judicial. Y por otro lado, tampoco creo que puedan considerarse fundamentales, si es que este adjetivo pretende usarse con un sentido algo más que retórico. Para probar esto último basta con considerar que la propia Constitución admite la posibilidad de que alguno de estos derechos pueden ser delimitados por ley, y, sobre todo, bastará con observar la imposibilidad de reducir todos ellos a una unidad coherente y no contradictoria"*⁵⁵².

Pero la anterior posición no es la única posible. En España tenemos también una defensa de los derechos sociales representada, entre otros, por la teoría de los derechos fundamentales. Según esta teoría, todos los derechos son expresión de los "valores superiores". Todos los derechos contribuyen a hacer viable la libertad, la igualdad y la justicia. Como ha escrito PECES-BARBA: *"Podría hacerse una diferencia de los derechos constitucionales según se orienten de manera más o menos predominante respecto de alguno de esos tres objetivos, pero es un hecho que los tres están de alguna manera presentes en todos ellos, al menos, y en último extremo, de una forma potencial"*⁵⁵³. Ahora bien, PECES-BARBA es consciente de que la CE da a cada tipo de derechos un trato diferenciado. Pero dicho trato no descalifica a unos derechos frente a otros, tan sólo determina el órgano estatal encargado de garantizar cada tipo de derechos; para los *derechos de libertad o derechos individuales* (y no todos) el garante es directamente el Tribunal Constitucional, en última instancia; para los

⁵⁵²ATIENZA, M., "Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución", *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº2, 1979, p.123-124.

⁵⁵³PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, BOE, 1995, p.200.

derechos sociales, el garante es el legislativo, que debe (art.9.2 CE) legislar el contenido de los derechos sociales como "derechos legales". Pero, y esto es lo importante, para Peces-Barba, el legislativo es el poder del Estado con mayor legitimidad (legitimidad democrática) para integrar los derechos sociales (y todos en general) en el marco de hacer realidad los "valores superiores" de la Constitución. Por ello, un derecho social establecido en su forma legal por el legislativo goza de una gran legitimidad democrática. El único inconveniente es que, la laguna legal sobre estos derechos sólo puede repararse, para este autor, mediante el derecho político al voto que conforme una mayoría política atenta y solidaria con los derechos sociales. Más aun, respecto de los derechos sociales, en los que dice, que aunque su situación constitucional es la que es, sin embargo, poseen una doble legitimidad; la legitimidad general de todo derecho (fundarse en la dignidad de la persona), más la legitimidad democrática que determina una mayoría parlamentaria con mayor o menor sensibilidad hacia los derechos sociales.

La *Drittwirkung* (efecto entre particulares), es una doctrina de la jurisprudencia constitucional alemana desarrollada desde la década de los 60 del siglo XX. Según esta doctrina, los derechos fundamentales son oponibles o defendibles no sólo frente al Estado (los poderes públicos) sino también frente a los particulares. Esta tesis del tribunal constitucional alemán, compartida después por nuestro Tribunal Constitucional desde los años 80 del pasado siglo, parte de la idea de que los derechos fundamentales poseen *principalmente* un estatuto y una función objetiva en el marco del ordenamiento jurídico. Dicho de otra forma: *los derechos fundamentales son normas que obligan tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos*. Desde esta tesis objetivista, el Tribunal constitucional alemán consideró que, en las relaciones jurídicas civiles y, sobre todo, laborales, se deben respetar *inmediatamente* los derechos fundamentales, admitiendo el amparo de los derechos fundamentales susceptibles de amparo frente a terceros (particulares) y no sólo frente a los poderes públicos. Todo lo cual quiere decir que: los derechos fundamentales no son disponibles por sus titulares en sus relaciones jurídicas de derecho privado (derecho civil; mercantil; laboral; familiar, etc.). Por lo tanto, la idea de la *Drittwirkung* se nos aparece como una limitación objetiva que los derechos fundamentales realizan a la libertad contractual de los individuos. En los contratos de derecho privado, no pueden, por lo tanto, aparecer

cláusulas consentidas por las partes cuyo contenido sea la violación o limitación abusiva de un derecho fundamental.

Existen tres posiciones doctrinales fundamentales en el tema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

A.-Posiciones en contra de la "Drittwirkung" .

La posición "objetivista" respecto de los derechos fundamentales por parte del Tribunal alemán, y también el TC español, fue considerada, por los detractores de la Drittwirkung, como expresión de un doble error: a) un error en cuanto a la crítica del "estatuto subjetivo" de los derechos, pues los recursos que llegaban al Tribunal alemán y al español lo eran luego de haber aceptado los recurrentes "por contrato" las restricciones que, según ellos, padecían sus derechos fundamentales; v.gr., libertad de expresión, libertad movimiento, intimidad personal, etc. En este caso, se dice, las estipulaciones del derecho civil o laboral, y del juez civil o laboral, quedan sometidas a una revisión directa por parte del Tribunal Constitucional; b) y segundo error, tanto en Alemania como en España, consiste en que los "recursos de amparo" ante el Tribunal Constitucional solamente son admisibles frente al Estado, no frente a los terceros particulares. En efecto, para el caso español, el art.41.2 de la LOTC dice: "El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior (art.14, 30 y 15 a 29), originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes". Así que el segundo error es un error jurídico-procesal sito en la LOTC que forma parte de lo que el TC ha llamado "bloque de constitucionalidad".

En resumen, para los autores contrarios a la Drittwirkung, habría que oponerse a ella porque va contra la "autonomía de la voluntad contractual", pieza básica del Derecho privado y porque no tiene justificación procesal, sino todo lo contrario. Por lo que se refiere a que la Drittwirkung es contraria a la autonomía de la voluntad contractual, autores como JIMÉNEZ BLANCO y GARCÍA TORRES, han señalado que al no respetarse dicha autonomía contractual convierte a todo el derecho privado en derecho público, llegándose a: "*Una*

*sociedad troquelada al extremo por los derechos fundamentales ¿sería una “sociedad libre” o una sociedad en la que se llegaría a un nuevo y acaso definitivo totalitarismo, justamente el de los derechos fundamentales?”*⁵⁵⁴. Y en lo que hace al problema procesal, según estos mismos autores, el TC español ha violentado los preceptos de la LOTC, considerando que la violación de un derecho fundamental trae su causa, no del particular que infringe el derecho del otro, sino del Tribunal Ordinario (civil o laboral, sobre todo). En efecto, el art.44.1 de la LOTC establece que: *"las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano jurisdiccional podrán dar lugar a este recurso..."*. Pero el problema es, para estos autores, que el "origen inmediato y directo" de la violación del derecho fundamental lo está en las relaciones entre particulares y no en el órgano jurisdiccional. Pero el TC⁵⁵⁵ español ha sentado una jurisprudencia interpretativa distinta. STC, 55/83: *"Entiende esta Sala que, cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla... es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión"*.

B) Posiciones a favor de una Drittwirkung mediata.

Se trata de aquellos autores que consideran que el recurso de amparo en las relaciones entre particulares es excesivo y, de hecho, puede dejar sin contenido a la libertad contractual del derecho privado, además de que deja sin sentido la función de la jurisdicción ordinaria, cuyas resoluciones son recurribles mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁵⁵⁶. Esta extralimitación sólo puede contenerse si se considera que, en toda relación de derecho privado, la

⁵⁵⁴JIMÉNEZ BLANCO Y GARCÍA TORRES, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986, p.146

⁵⁵⁵STC, 47/85 (libertad de Cátedra e ideario del Centro), dice el TC que la pretensión de amparo: *"se dirige objetivamente contra la Sentencia de Magistratura, primer acto de un poder público al que puede imputarse la posible violación del derecho de libertad ideológica, al no haber considerado amparado tal derecho, por no haber considerado despido nulo el producido contra la demandante.... La violación en su caso, cometida por el órgano judicial al que se le pidió que declarase nulo radicalmente el despido por discriminatorio y lesivo contra los derechos fundamentales, consistirá, si ha existido, en la indebida denegación de amparo (amparo judicial con base en el art.53.2. CE) a ese derechos fundamental, aquí el de libertad ideológica, en virtud de cuyo desconocimiento por la empresa docente se produjo, según la demandante, el despido"*.

⁵⁵⁶Vid. MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. "La Doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos", *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, 2007, pp. 583-608.

autonomía de la voluntad contractual está sometida a Condiciones Generales Legales de la contratación (buena fe, orden público, libertad de las partes, etc.). Entonces, en la teoría de la *eficacia mediata de la Drittwirkung*, se apela a que el Legislador establezca, entre esas condiciones generales de la contratación a respetar por las partes, determinadas limitaciones provenientes del respeto a los derechos fundamentales, sentado que, la interpretación de tales condiciones generales quedarán en manos del juez ordinario y no en las del juez constitucional. Un partidario de esta tesis, PABÓN DE ACUÑA⁵⁵⁷, dice que: "*la eficacia entre privados de los derechos fundamentales sea únicamente mediata de modo que cualquier limitación del derecho ajeno deber derivar de una "fuente normativa propia", puesto que corresponde al legislador acotar el contenido de los derechos"*

C) Posiciones a favor de una "Drittwirkung inmediata"

Considerando que la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es doctrina del TC español, aunque matizada con el tiempo desde los años 80 hasta la actualidad, porque considera que la tutela de lo que sea "el contenido esencial" de los derechos susceptibles de amparo es algo objetivo (se define el *contenido esencial* como: aquel contenido sin el cual el derecho pierde su vigencia por haberse sometido al derecho de otro, sin la necesaria ponderación de derechos) y, por lo tanto, un valor del propio orden jurídico constitucional (STC99/1985; 162/1985, entre muchas). Así, al considerarse que los derechos tienen un valor objetivo, no es susceptible de "auto-tutela" por parte del individuo que, al firmar un contrato, por ejemplo, no puede auto-lesionarse a su voluntad un derecho fundamental que le es propio. En fin, desde esta perspectiva básica, son numerosos los autores (iusfilósofos y constitucionalistas en su mayoría) que consideran acertada la actuación del TC en la "eficacia inmediata" de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

En general, los partidarios de esta "eficacia inmediata" sostienen que las fuentes del derecho con la entrada en vigor de la Constitución dependen de lo establecido en la misma, pasando las fuentes del derecho privado (derecho civil,

⁵⁵⁷VID. PABÓN DE ACUÑA, "La llamada Drittwirkung de los derechos fundamentales", *El Poder Judicial*, vol.III, 1983.

derecho laboral, mercantil) a un segundo plano. Así, BILBAO UBILLOS⁵⁵⁸, considera que: "*Una postura contraria también al reconocimiento de cualquier clase de eficacia de los derechos fundamentales en el marco del Derecho privado es la representada por una sector de civilistas, celosos de la autonomía de su disciplina, que creen que la Constitución no tiene ningún papel que jugar en la regulación de las relaciones jurídico-privadas. Estos autores impugnan tal eficacia con el argumento, ya conocido, de la irremisible degradación que sufriría el principio de la autonomía privada, criterio de referencia exclusivo y excluyente, a la hora de enjuiciar la licitud de los actos privados*".

Por último, en lo que se refiere a la acusación más dura contra la "eficacia inmediata de la Drittwirkung", es decir, el sometimiento de todas las relaciones del derecho privado al totalitarismo objetivo de los derechos fundamentales, los defensores de la eficacia inmediata, como PECES-BARBA⁵⁵⁹, señalan que los poderes democráticos no pueden llevar a esta situación de "totalitarismo", pues están sometidos a la voluntad de las mayorías y, en atención a los "valores superiores" del ordenamiento jurídico, la libertad, entre otros valores superiores, es un valor del que nunca puede carecer nuestro ordenamiento jurídico. En definitiva, el miedo de los autores contrarios a la Drittwirkung, sería un miedo infundado.

Puede decirse⁵⁶⁰ que, en las distintas experiencias comparadas, se acepta una cierta operatividad de los derechos fundamentales en el ámbito privado, si bien la aplicación de los derechos fundamentales entre los particulares es más matizada, dado la prevalencia en él del principio de autonomía de la voluntad y libertad negocial, que en la esfera de lo público⁵⁶¹. La superioridad normativa de la Constitución y su efecto de irradiación en todo el Ordenamiento jurídico, así como los valores superiores de libertad, justicia e igualdad –formal y material- del Estado social y democrático de Derecho hacen inevitable la existencia de algún grado de horizontalidad en los litigios interindividuales. Ciertamente es que el art. 53 CE establece: "*los derechos*

⁵⁵⁸ BILBAO UBILLOS, J.M, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p.281.

⁵⁵⁹ Vid PECES-BARBA, G. *Curso de derechos fundamentales*, Ob. cit., pp.200 y ss.

⁵⁶⁰ VIVAS TESÓN, I. "La horizontalidad de los derechos", Ob. cit. pp. 210.t

⁵⁶¹ STC 177/1988, de 10 de octubre (RTC 1988, 177).

fundamentales vinculan a todos los poderes públicos”, olvidándose, como puede verse, de los ciudadanos, a los que sí contempla, en cambio, en su art. 9.1⁵⁶².

Sin embargo, a pesar de la omisión, nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 177/1988, de 10 de octubre, considera: “*ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (RTC 1984\18) (fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 C. E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*”.

Parece que el art. 53.1 lo que quiere insistir es en la vinculación con lo que son los principales destinatarios de los derechos fundamentales que son los poderes públicos, y, en particular, fijar la vinculación del Parlamento al contenido constitucional de los derechos fundamentales, pero ello no implica exclusión de los particulares. Prueba de ello que, aparte del art. 9.1, existen otros preceptos en la Constitución de los cuales se deduce que los particulares están sujetos también a los derechos fundamentales, como, verbigracia, el art. 10.1 CE, el art. 20.4 cuando habla de los límites de la libertad de expresión, el art. 32.1 en relación con el matrimonio o el 35.1 en relación con el derecho de trabajo.

⁵⁶²Vid. FREIXES SANJUAN, T: *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, Publicaciones Universitarias, 1992, p.113. El art. 9.1 CE, podría ser el precepto que consagra, en nuestro Ordenamiento Jurídico, de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional, haciéndose eco de la doctrina proclamada por el Alto Tribunal alemán sobre el doble carácter de los derechos fundamentales en su conocida Sentencia de 1958, considera que los derechos fundamentales adquieren una doble dimensión, objetiva y subjetiva. Son, desde luego, derechos subjetivos de naturaleza reaccional que garantizan a cada uno de los ciudadanos, individualmente considerados, un status jurídico de libertad en su ámbito particular de existencia, pero son, también, elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad, en cuanto ésta se configura como un marco de convivencia humana, justa y pacífica que íntegra la propia configuración del Estado como social y democrático de derecho⁵⁶³. Las libertades y derechos fundamentales actúan como límites materiales que la dignidad humana impone al poder público y a la colectividad en general. El papel funcional como límites de lo que se puede decidir, se manifiesta, por tanto, en las relaciones del ciudadano con el Estado y de aquellos entre sí. De ahí, su indiscutible eficacia horizontal en las relaciones entre particulares, cuyos actos, negociales o no, con repercusión para terceros no podrán desconocer nunca su contenido esencial.

Por tanto es admisible una cierta virtualidad de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, pues el Tribunal Constitucional ha señalado, que los derechos fundamentales no son ilimitados⁵⁶⁴, razón por la cual el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos vengán establecidos. En particular, todos los derechos han de ejercerse de acuerdo con los dictados de la buena fe⁵⁶⁵, resultando llamativo que la buena fe adquiera, de este extraño modo, rango constitucional, aunque, si nos paramos a pensar más detenidamente, quizás la rareza no sea tal, pues se ubica en el Título Preliminar del Código civil. Es evidente que los derechos fundamentales no operan, por igual, en cualquier relación *inter privatos*, de ahí que la *Drittwirkung* sólo puede encontrar una solución puramente casuística, precisándose, caso a caso y bajo las específicas circunstancias, la ponderación de los conflictos de derechos e intereses que subyacen en la horizontalidad conforme a un *juicio de razonabilidad*⁵⁶⁶.

⁵⁶³Vid. CAMPOS ZAMORA, F.J. “La eficacia de los Derechos Fundamentales entre sujetos de Derecho privado sobre la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, *Revista Judicial de Costa Rica*, N° 119, junio 2016, pp.81-104.

⁵⁶⁴STC 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985, 88)

⁵⁶⁵Arts. 7.1 y 1258 del C.Civil

⁵⁶⁶Vid. CARRASCO PERERA, A.: “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, N°11. Mayo-Agosto1984 y MARTÍNEZ

En los conflictos horizontales⁵⁶⁷ por tanto, el juez debe respetar, con sumo cuidado, la libertad individual, evitando una invasión desmesurada del principio de autonomía privada, libertad contractual y, en definitiva, del Derecho Privado, de ahí que la doctrina de la *Drittwirkung* deba reservarse, rigurosamente, a supuestos de grave infracción de derechos fundamentales que, agrediendo, razonablemente, valores esenciales y mínimos de la convivencia social, supongan un atentado al orden público⁵⁶⁸.

Es importante señalar, lo que DE ASIS ROIG denomina *paradoja de la protección*, en la cual el Estado: “*No sólo tiene el deber de actuar para promover o facilitar el disfrute de ciertos derechos, sino también una obligación de proteger ese disfrute*”⁵⁶⁹. Pero a diferencia de lo que ocurre cuando se producen injerencias estatales, ha señalado VENEGAS GRAU⁵⁷⁰, cuando se “enfrentan” dos particulares no se puede invocar la protección del derecho fundamental de una de las dos partes para resolver el conflicto, pues generalmente se trata de colisiones entre varios derechos. Y en este caso, además es que no existe una distinta naturaleza entre derechos fundamentales y autonomía privada, pues este derecho también goza de protección constitucional⁵⁷¹. En estos casos, señala VENEGAS GRAU: “*Sería necesario realizar una ponderación de todos los derechos que entran en juego y que, a diferencia de lo que sucede en las relaciones verticales, no se refiere a una de las partes, sino a ambas....el Estado, ya no es aquí el poder público que amenaza el ejercicio de los derechos (pues se trata de una relación privada) sino que desempeña su función clásica de arbitro para resolver estos conflictos teniendo presente su vinculación a unos derechos*

TAPIA, R. *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2000.

⁵⁶⁷Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “Estado social y Sujeto Privado”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 25, N°1.1996, p.439.

⁵⁶⁸VIVAS TESÓN, I., “La horizontalidad de los derechos”, Ob. cit. pp. 213.

⁵⁶⁹DE ASIS ROIG, R. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000, p.85

⁵⁷⁰VENEGAS GRAU, M. *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Ob. cit., p.134.

⁵⁷¹HESSE, K., *Derecho constitucional y Derecho privado*, trad. I. Gutiérrez, Madrid, Madrid, 1995, p.86: “Un derecho civil que descansa en la protección de la personalidad y sobre la autonomía privada forma parte de las condiciones fundamentales del orden constitucional de la Ley Fundamental. La libertad privada de la persona, que el Derecho civil, presupone y para cuya salvaguardia y desarrollo dispone normas y proceso jurídicos es requisito indispensable para las decisiones responsables y para la posibilidad misma de decidir”

fundamentales que sólo indirectamente (y desde su dimensión objetiva) obligan a los sujetos privados”⁵⁷².

La teoría de la *Drittwirkung* mediata, después de todo lo dicho, sería la que admite la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero no de una forma directa, sino a través de las propias normas jurídico privadas, en la medida en que su creación y su interpretación debe ajustarse al contenido de aquellos derechos. Es por tanto, esta dimensión objetiva, que se ha consolidado como un rasgo específico de la actual concepción de los derechos fundamentales, lo que permite aplicarlos a las relaciones privadas sin vulnerar el principio de autonomía privada. En su vertiente subjetiva, los derechos son sólo oponibles al Estado, como derechos de defensa únicamente vinculan a los poderes públicos, pero en ningún caso a los particulares en sus relaciones jurídico privadas con otros particulares, pues de otro modo se vulneraría el principio de autonomía de voluntad. La dimensión objetiva, va a ser la que permite esa proyección horizontal en la medida adecuada para no lesionar la autonomía de la voluntad. En el ámbito civil, los derechos fundamentales, deben considerarse como mandatos de protección que inciden en la interpretación de las normas jurídico. Privadas preservando la autonomía de voluntad de las partes.

1.4.3.2. La tutela judicial efectiva en la mediación, entendida como una “relación entre particulares”

La mediación gira en torno a la idea de acuerdo entre las partes, de pacto. El valor de los pactos, su validez, procede del hecho de que son expresión del ejercicio de la autonomía de los sujetos que participan, por ello los pactos son siempre voluntarios; un pacto no voluntario, simplemente no serían un pacto. La mediación, sin respeto a la autonomía, no es mediación, el mediador interviene no tanto en el pacto cómo y cuánto en la negociación de ese pacto, en el debate orientado a alcanzar el pacto, en el proceso. La medicación es el proceso, el pacto alcanzado es el final, el producto de la negociación. Al igual que en la

⁵⁷²VENEGAS GRAU, M. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Ob. cit. p.134.

jurisdicción, con el juez, el principio de imparcialidad del mediador, es esencial⁵⁷³, no ocurre igual con la neutralidad en la jurisdicción, en la que en la etapa final del proceso, el juez debe decidir la solución al problema y por tanto se decanta por una de las posiciones de la contienda⁵⁷⁴.

En su núcleo central de significado, tanto la neutralidad como la imparcialidad aluden, en general a las actitudes de terceros en relación con otros sujetos que son parte en un conflicto. En este sentido, ambos principios están comprometidos con la idea de igualdad: la actitud opuesta a la del tercero neutral es la del aliado o la del partidario, y la actitud opuesta a la del tercero imparcial es la de un sujeto parcial. Estos opuestos nos transmiten de manera patente la idea de que el sujeto del cual se predica la alianza o la parcialidad no tiene o ha perdido la condición de tercero en relación con los actores del conflicto, y ello no significa que trate a los actores con igualdad.

Ambos principios comparten en común, el que se refieren a actitudes y conductas de sujetos que juegan el rol de tercero en relación con un conflicto entre partes y que las exigencias predicables al tercero neutral y al tercero imparcial, están vinculadas con la idea de igualdad de trato hacia las partes protagonista del conflicto por ello ambos principios, al igual que en la jurisdicción, permiten fundamentar las diferentes causas de abstención de los mediadores.

La neutralidad y la imparcialidad no surgen naturalmente de la posición de tercero. La realidad es, más bien, la inversa: definimos la posición de tercero por el compromiso del sujeto con los principios de imparcialidad y de neutralidad. Estos principios tienen que traducirse en un deber de mediador, en un deber de neutralidad y de imparcialidad. Generalmente, al tercero que actúa en un procedimiento se le exige neutralidad, cuando su rol de tercero, consiste precisamente en no decidir el resultado del conflicto o la contienda, y por el contrario, se le exige imparcialidad cuando su papel de tercero consiste precisamente en decidir. Por eso muchos procedimientos que exigen la presencia de un tercero, suelen exigir tanto neutralidad como imparcialidad pero respecto

⁵⁷³ AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., p.120.

⁵⁷⁴ Durante etapas anteriores del procedimiento de jurisdicción: solicitud y admisión de pruebas, práctica de las mismas y celebración de la vista, también debe darse la neutralidad del juez, o al menos debe argumentarse fundadamente la decisión en uno u otro sentido.

de momentos y aspectos diferentes dentro del mismo proceso⁵⁷⁵. Cuando se le exige ser imparcial es porque está llamado a decidir la situación concreta conforme a criterios de corrección; estaría comprometido con la verdad de los hechos y con la corrección de la decisión.

En definitiva el principio de neutralidad veda al tercero determinar intencionalmente aquello que no le corresponde decidir y el principio de imparcialidad le obliga a decidir lo correcto respecto de aquello que sí está llamado a decidir. Por ello, la idea de imparcialidad remite siempre a decisiones comprometidas con ciertos criterios de corrección sustantiva, mientras que la de la neutralidad no. El deber de neutralidad prohíbe al mediador, tratar de condicionar la voluntad de las partes, es decir, le prohíbe tratar de determinar el contenido del acuerdo. Cualquier forma de intervención, presión o condicionamiento orientado a modificar el contenido del acuerdo al que pudieran llegar las partes porque supondría un incumplimiento del deber de neutralidad.

Los pactos, su legitimidad y/o su obligatoriedad están fundamentados en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Lo que supone que, dentro del ámbito de lo permitido⁵⁷⁶, aquello que las partes acuerden es siempre legítimo. Por ello las partes podrán alcanzar una pluralidad de pactos posibles, donde todos ellos son igualmente correctos, pues todos están permitidos por el derecho en la misma medida. Pero de ahí no se concluye que todos los pactos beneficien por igual a ambas partes, aunque esto no afecta a la figura del mediador, pues para él lo que las partes pacten voluntariamente es lo correcto.

⁵⁷⁵Un ejemplo de ese tercero, puede ser el árbitro de un partido de fútbol. El árbitro debe ser neutral respecto del resultado de partido, y ello se traduce en el deber de no decidir dicho resultado. El árbitro neutral es el que no decide el resultado, el que no trata de influir en él. Sumar goles y controlar si han transcurrido los minutos de juego, no es decidir el resultado, es contar y medir. Sin embargo, en relación con el desarrollo del juego, su rol de tercero, consiste en ser imparcial, en decidir correctamente cosas tales como si una cierta acción es falta o no, o si una jugada acaba en gol válido o no, o si en una situación determinada, el delantero está en fuera de juego o no. Sin embargo, a la hora de determinar si la “entrada” que un jugador le hace a otro es merecedora o no de tarjeta roja, el árbitro no debe ser neutral o equidistante, entre el agresor y el agredido; lo que se le exige es que sea imparcial, y debe ser imparcial. Lo que la imparcialidad le exige es que decida cada situación únicamente considerando los hechos y el reglamento y lo que la neutralidad le exige es que tome esas decisiones, haciendo abstracción del resultado del partido.

⁵⁷⁶La teoría de la *Drittwirkung* mediata admite la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero no de una forma directa, sino a través de las propias normas jurídico privadas, en la medida en que su creación y su interpretación debe ajustarse al contenido de aquellos derechos. Es por tanto, esta dimensión objetiva, que se ha consolidado como un rasgo específico de la actual concepción de los derechos fundamentales, lo que permite aplicarlos a las relaciones privadas sin vulnerar el principio de autonomía privada.

El principio de neutralidad prohíbe al mediador intervenir para tratar de condicionar en un sentido u en otro, el contenido del pacto. La neutralidad le obliga a no intervenir, a no entrometerse. El deber de imparcialidad también le afecta y lo hace en una doble dimensión:

a.- Sólo son válidos los acuerdos cuyo contenido no está prohibido por el Derecho, es decir, cuyo contenido está jurídicamente permitido, por ello el buen mediador, estaría comprometido con la pretensión de corrección, en el sentido de que los acuerdos que las partes han alcanzado, no violan lo prescrito por el Derecho necesario o no disponible. El mediador (conforme a lo ordenado por el principio de neutralidad) no debe influir en la elección que las partes han dentro de los pactos permitidos, pero (conforme a lo ordenado por el principio de neutralidad) está comprometido a impedir que se alcancen acuerdos estrictamente prohibidos por el Derecho o que violente los principios jurídicos que rigen y justifican los acuerdos entre las partes⁵⁷⁷.

b.- El deber de imparcialidad obliga al mediador a intervenir para controlar la violación de las reglas de juego limpio durante el debate negocial. Durante el proceso, el mediador está comprometido con la erradicación del abuso y de la mera imposición actoral. El mediador debe intervenir de manera imparcial, aplicando los criterios de corrección para construir un marco de debate aceptable, correcto.

Las partes que intervienen en un proceso de mediación, suelen presentar algún déficit de racionalidad que les impide abordar de manera completamente autónoma el proceso negocial e idealmente la negociación puede concebirse como un caso de justicia procesal pura en el sentido de que no hay criterios independientes de la voluntad de las partes para determinar el resultado correcto de la negociación. La mediación es un caso de negociación asistida por un tercero neutral e imparcial, porque las partes no pueden por sí solas explorar autónomamente las posibilidades del alcanzar un acuerdo como solución del conflicto. El déficit de racionalidad que presentan, es el que le impide negociar de manera completamente autónoma, siendo esa es la razón de fondo que justifica la intervención del mediador.

⁵⁷⁷Autonomía de voluntad, abuso de derecho, consensualidad, enriquecimiento sin causa, error, etc.

CAPÍTULO 2. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. LA MEDIACIÓN, CONCEPTO Y ELEMENTOS.

2.1. INTRODUCCIÓN: SOBRE “EL ARTE” DE LA MEDIACIÓN.

Se ha constatado que a medida que las sociedades van avanzando y los individuos que la integran evolucionan y se desarrollan, se genera una mayor cantidad de controversias, tanto por las relaciones de naturaleza individual, como por las de naturaleza plural o colectiva de cualquier tipo. Ello lleva a un inevitable incremento de la conflictividad de las relaciones, tanto en la cantidad de los conflictos como en su calidad, lo que exige –y nos hace preguntarnos en algunos casos– que los cauces existentes para evitarlos y resolverlos, también van adaptándose a cada momento, a cada situación, a cada tipo de conflicto y, por supuesto, se creen nuevas vías que aporten más posibilidades a los ciudadanos⁵⁷⁸.

En este sentido, nunca como antes se ha mostrado una concienciación tan grande sobre la necesidad de contar con una justicia de la paz como requisito imprescindible para el logro del desarrollo económico de los pueblos y para la consolidación de la paz social, exigencia que se está convirtiendo en una preocupación universal, generalizándose también en nuestro país⁵⁷⁹. En la búsqueda de este paradigma de justicia de paz, los tribunales, como hemos visto en el capítulo anterior, van a jugar un papel fundamental, para alcanzar los resultados pretendidos, aunque no el único, ni de forma suficiente.

A lo largo de la historia, hemos pasado de conflictos meramente individuales a conflictos de naturaleza colectiva e incluso globales. Hemos pasado de un conflicto entre presentes a también entre ausentes, hemos pasado de un conflictos entre nacionales a conflictos entre personas de diversa nacionalidad, de conflicto sobre bienes tangibles a conflicto sobre bienes intangibles; todo ello, teniendo en cuenta, que también se está desarrollando el marco jurídico que lo pretende regular todo; las relaciones personales, comerciales, afectivas, con la

⁵⁷⁸Vid. BARONA VILAR, S., “Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 18, N°1, 2011, pp.185-211.

⁵⁷⁹GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Ob. cit., p.242: “Si el ser humano posee un potencial infinito para la diversidad, no sólo con relación a otros, sino también a sí mismo en su ciclo vital, estamos condenados al fracaso de no ser que la sociedad refleje al menos parte de esa variedad”.

administración, con los vecinos, etc. Nos encontramos ante una sociedad tecnológicamente en alza, donde los valores sociales priman sobre los individuales, donde la tecnología y la técnica se utilizan para todo, influyendo en el comportamiento de los ciudadanos, incrementando la regulación jurídico-administrativa, lo que conlleva un imparable aumento de la litigiosidad, no solo nacional sino también transfronteriza, y esto ha hecho que los tribunales se vean colapsados, y muchas veces se vuelvan ineficaces como único cauce para responder ante los mismos⁵⁸⁰.

Los ADR (*Alternative Dispute Resolution*), entendidos como, “*mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales*”⁵⁸¹, nacen de la necesidad de buscar fuera de los órganos jurisdiccionales o en el seno de estos, pero de forma complementaria, una solución efectiva, rápida, discreta y más pacífica de los conflictos. Los ADR, son el fruto de la evolución del concepto de justicia que se ha experimentado en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los países europeos⁵⁸².

En España, al recoger la Constitución de 1978, en su ar. 24, el derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁸³, se pudo considerar este derecho como un derecho fundamental de los ciudadanos y una obligación del Estado de dar respuesta a los conflictos jurídicos existentes, en consonancia con el marco jurídico constitucional, tanto orgánica como procesalmente, además de hacer evidente la necesidad de eliminar los obstáculos para el acceso a la justicia de los ciudadanos⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰Vid. SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1992, pp.22-23.

⁵⁸¹CAPPELLETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to Justice Movement”, *The Modern Law Review*, Nº56, 1993, p. 282.

⁵⁸²BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.9.

⁵⁸³Se recoge en la Constitución Española, Art. 24.1: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.”, en relación al 117.3 de la CE “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimientos que las mismas establezca”.

⁵⁸⁴CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho Español: Interno e internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995, cit., p. 19: “El arbitraje aparece pues como una alternativa heterocompositiva a la solución jurisdiccional de los conflictos privados fundada en la voluntad de las partes y su constitucionalidad ha sido resaltada por el Tribunal Supremo: El artículo 24.1 de la CE, que se estima infringido por los recurrentes, se limita a señalar el derecho que todo ciudadano tiene a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, más no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela al cauce extrajudicial -arbitraje en este caso- como aquí han hecho (STS de 9 de octubre de 1989)”.

La importancia del derecho a la tutela judicial efectiva, viene determinada fundamentalmente por la constatación de que, una adecuada protección del ciudadano, no consiste exclusivamente en un reconocimiento exhaustivo de una gran variedad de derechos subjetivos, sino en gran medida, de que ese reconocimiento sea efectivo⁵⁸⁵. Esta efectividad se consigue cuando se permite que el ciudadano goce de todas las garantías y posibilidades de recurso ante la vulneración de los mismos.

Durante años, el derecho procesal consideró como objeto de su disciplina el proceso, entendiendo éste como la única vía posible para el desarrollo de la jurisdicción y como única manifestación del principio de tutela judicial efectiva. En esta etapa, proceso y jurisdicción, se identificaban, sin embargo, en el derecho procesal español, se fue abriendo paso la idea de que el auténtico objeto de su estudio no era el proceso, sino la jurisdicción en sí misma. El proceso sería sólo uno de los medios con los que cuenta el titular de la potestad jurisdiccional para cumplir su función, pero no es el único que puede servir para la solución de conflictos⁵⁸⁶.

Este cambio de filosofía, permitió entender que, junto con la jurisdicción, pueden ofrecerse otras vías que permitan, en determinadas condiciones, acceder a una satisfacción más rápida y efectiva de los derechos subjetivos vulnerados. Surgieron así una serie de cauces privados o cuasi privados de solución de conflictos, que se caracterizan, en primer lugar, por no responder a los principios y criterios generales del Poder Judicial y, en segundo lugar, porque se asientan fundamentalmente sobre las notas de economía procesal y autonomía de la voluntad. Precisamente por esto, por su intento de evitar, no la jurisdicción, sino el proceso judicial en concreto, se denominan alternativos estos métodos, puesto que ofrecen una alternativa a la forma judicial de solucionar el conflicto. Como veremos más adelante, estas otras vías son paralelas al proceso, pero no excluyentes al mismo. Vistos desde las formalidades del proceso, los ADR y, la mediación fundamentalmente, consisten en un conjunto de prácticas de

⁵⁸⁵BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Ob. cit., p.23.

⁵⁸⁶PEDRAZ PEÑALVA, E., *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Ob. cit., p. 11. El autor ve el proceso como "realizador de la verdad de la Constitución", esencial e indispensable instrumento de articulación de los imperativos jurídicos fundamentales (9.2 CE, participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social), condicionante del desarrollo jurisdiccional y de la satisfacción del principio de tutela judicial efectiva.

comunicación entre las partes en disputa, más cercanas al “arte” o la “artesanía”⁵⁸⁷ que a la mera técnica. Ello es debido a la múltiples disciplinas que confluyen en la mediación y a las esperanzas que se han depositado en la mediación y el resto de ADR.

2.2. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (ADR). CONCEPTO, TIPOS Y DISTINCIÓN ENTRE LA MEDIACIÓN Y OTROS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

2.2.1. EL ORIGEN DE LOS ADR.

Al tratar de dar un primer origen a los ADR, BARONA VILAR, considera que la aparición de estos métodos o sistemas alternativos de resolución de conflictos, hay que buscarla, más que en la distinción entre sistemas judiciales o no judiciales, en la referencia al hecho de si el tercero que interviene, tiene o no la condición de juez. La distinción sería, por tanto, entre cauces jurisdiccionales y extrajurisdiccionales de solución de conflictos⁵⁸⁸.

Los primeros, los cauces jurisdiccionales, son aquéllos que suelen denominarse como justicia formal, en el sentido de métodos institucionalizados y basados en la intervención de los órganos jurisdiccionales. Entre ellos destaca fundamentalmente el proceso, pero no es el único, dado que el arbitraje es considerado por parte de la doctrina como un mecanismo de solución de controversias de carácter jurisdiccional, aunque no interviene el juez.

Los segundos, los cauces extrajurisdiccionales, son aquéllos mecanismos de solución de conflictos surgidos al margen del proceso y desarrollados por órganos no vinculados al poder estatal, que si bien no responden a las exigencias

⁵⁸⁷COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.332: “Dado que el profesional o negociador depende en gran medida de la funcionalidad de las narrativas, que funcionan para hacer evolucionar las relaciones, que incrementan la complejidad, que establecen los marcos para la colaboración sostenible, entonces la práctica narrativa debería entenderse como una artesanía más que un arte”.

⁵⁸⁸BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos “alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Ob. cit., pp. 167-169.

garantistas del poder judicial, se han revelado más aptos y adecuados en determinadas circunstancias.

Sin embargo, la expresión ADR, integra una gran variedad de figuras entre las que destacan los sistemas de arbitraje, la conciliación, la mediación, el *ombudsman*, la negociación o la transacción⁵⁸⁹. *Alternative Dispute Resolution*, como tal denominación en inglés, fue un movimiento que se inspiró en las costumbres de los grupos religiosos estrechamente unidos y ciertos grupos étnicos de inmigrantes, desde los puritanos del siglo XVI hasta los holandeses de New Ámsterdam, los judíos de Manhattan, los escandinavos de Minnesota y los Chinos de Estados Unidos. Todos estos grupos, se observó que resuelven sus diferencias dentro de sus respectivas comunidades a través de la mediación de “Ministros de su Iglesia” o del “Consejo de Ancianos”⁵⁹⁰.

La aparición institucional de los ADR se produce a finales de los años 30 del siglo XX, como consecuencia de un movimiento típicamente anglosajón que se denominaba, *Movimiento de libre acceso a la justicia*, cuyo objetivo principal era que todas las personas tuvieran la posibilidad de acceder a un medio, en virtud de cual se consiga efectivamente una solución a la controversia o conflicto planteado⁵⁹¹.

Autores como DE DIEGO y GUILLÉN, consideran que los ADR, en sus orígenes, se conforman como un movimiento que busca cauces alternativos al Poder Judicial, pudiendo ser este cauce; no procesal ni jurisdiccional, procesal pero no jurisdiccional o judicial pero no procesal, pero que sirviese para la

⁵⁸⁹Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p. 13.

⁵⁹⁰DE DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.27. Este movimiento se ha inspirado en la historia comercial americana. Las asociaciones comerciales de determinados sectores industriales como el marítimo, el mercado de valores, las pieles o la seda, cuyas empresas han tenido que tratar regularmente entre sí, establecieron ya hace tiempo sus propios canales privados de resolución de diferencias. El arbitraje comercial nació en 1768, cuando la Cámara de Comercio de Nueva Cork creó su propia vía de resolución de controversias, basada más en los usos comerciales que en los principios legales

⁵⁹¹Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.45. Se trataba de un movimiento típicamente anglosajón que pretendía garantizar para todos, un acceso efectivo a la justicia, buscando alternativas a los tribunales. En la actualidad coexiste y se complementa, cada vez más, con el recurso a los tribunales del Estado. Con este movimiento se pretendía buscar cauces alternativos al poder judicial constituye una línea filosófica-jurídica del pensamiento que germina en los años 30 en la Universidad de Harvard, denominada “*Critical legal studies*”. Se genera en un momento histórico caracterizado por un incremento de la litigiosidad, debido al aumento de la población en grandes núcleos urbanos, el predominio de los medios de comunicación, el aumento del intercambio comercial y la proliferación de causas relacionadas con la protección de los consumidores o del medio ambiente.

obtención de una solución al conflicto planteado⁵⁹². En esta tendencia, debemos hacer mención de una nueva línea filosófico-jurídica del pensamiento que lleva germinando desde la década de los años treinta del siglo pasado, caracterizada por la vuelta al “realismo jurídico”⁵⁹³. Con origen en esa corriente, surge en la Universidad de Harvard en los años 70, un sistema de pensamiento denominado *Critical Legal Studies*⁵⁹⁴. El antiguo decano de la Facultad, Derek Bok, en una jornada celebrada en 1983, definió el sistema judicial americano de resolución de conflictos como: “*Un sistema sembrado de las esperanzas defraudadas de aquéllos que lo encuentran demasiado difícil de comprender, demasiado quijotesco para imponer respeto y demasiado caro para resultar práctico*”⁵⁹⁵. Con ello realizó una crítica a la situación del sistema americano, provocada por el aumento de las causas incoadas ante los tribunales, derivadas del incremento de la población, de la complejidad de las materias que se presentan y de la tendencia legislativa federal hacia la regulación de cuanto implique protección de los derechos civiles, las empresas y los consumidores frente a productos nocivos y ambientales. Un enorme gasto de mantenimiento de un sistema cada vez más

⁵⁹²Vid. DE DIEGO VALLEJO, R. y GILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit. p. 27.

⁵⁹³CARRERAS JIMENEZ, M., “Cuando el Derecho se convierte en política: reflexiones sobre Critical Legal Studies”, *ISEGORÍA, Revista de Filosofía Moral y Política*, Nº 21, Año 1999, p.170: “Mediante una terminología autorreferencial y oscura, la Critical Legal Studies (CLS) pretende demostrar el carácter indeterminado de los modelos usuales de sistema jurídico. Con este propósito, y bajo la influencia de Marx, Freud, Gramsci y Lukács, denuncian la existencia de tres lacras sociales que intentan desmitificar: 1. La conciencia hegemónica, en el sentido de Gramsci, determina la fundamentación del orden social en un sistema de creencias que reflejan los intereses arbitrarios de la élite dominante. 2. La reificación de este sistema ideológico, que se presenta como esencial y objetivo, cuando en realidad es contingente, arbitrario y subjetivo. 3. El pensamiento jurídico actúa como un mecanismo de inhibición de una serie de incoherencias que nos resultaría doloroso admitir. Así, se niega a reconocer la contradicción entre las promesas de libertad y la igualdad frente a la realidad de la opresión y la jerarquía. CLS postula que tanto el Derecho actual como su estructura institucional, son contingentes porque están determinados por la sociedad. A partir de esta premisa trata de señalar los prejuicios del proceso de elección social que reflejan el conflicto de clases y la explotación en la línea del materialismo histórico marxista. CLS considera que el discurso que da fundamento al Derecho y a las instituciones jurídicas no es más que un mito que trata de legitimar los conflictos de clase presentes y pasados”.

⁵⁹⁴ Vid. CARRINO, A., “Solidaridad y Derecho. La sociología jurídica de los Critical Legal Studies”, *Doxa*, Nº12, 1992, pp.118-120. Los objetivos de este proyecto de izquierda eran cambiar el sistema existente de jerarquía social, incluyendo sus dimensiones de clase, raciales y de género, en la dirección de una igualdad más profunda y una mayor participación pública y privada en el gobierno. La parte analítica del proyecto, incluye una crítica de la injusticia y la opresión de los esquemas actuales, una parte utópica y una teoría positiva sobre cómo se llegó al estado de cosas actual y por qué se han mantenido así hasta ahora.

⁵⁹⁵CARRINO, A., “Solidaridad y Derecho. La sociología jurídica de los Critical Legal Studies”, Ob. cit., pp.118-119: “Los Critical Legal Studies es un movimiento orientado claramente a la izquierda, cuyo origen organizativo puede orientarse a la conferencia de críticos celebrada en 1977. Los críticos ocupan posiciones de releve en las universidades americanas, incluso en las más conocidas”.

lento. Todo ello, unido al gasto que conlleva la existencia de un sistema judicial, habría provocado los movimientos críticos con el sistema.

El desarrollo de estos métodos ha sido muy grande en el mundo anglosajón en el último medio siglo, básicamente por tres causas:

- 1.- El colapso que se ha producido en los órganos jurisdiccionales.
- 2.- El sentimiento creciente de que faltan mecanismos privados de resolución de las controversias, sobre todo entre particulares.
- 3.- La incapacidad intrínseca del sistema judicial para asegurar a todos el acceso a la Justicia.

Desde mediados de la década de 1960, los ADR y, entre ellos, la mediación, ha aumentado de manera significativa como un método, más o menos institucionalizado, muy difundido de resolución de las disputas. En los Estados Unidos, el Gobierno Federal financia los “Centros de Justicia e Vecindario”, que suministran al público servicios de mediación gratuitos o a bajo coste. Muchos de estos centros están institucionalizados y se han convertido en parte de los programas judiciales de la ciudad, el tribunal o el distrito. Algunos programas comunitarios son independientes de los organismos gubernamentales, ofreciendo un servicio de resolución de las disputas que se relaciona con las bases populares, en que los miembros de la comunidad participan en paneles de mediación o conciliación y ayudan a los vecinos a resolver sus conflictos⁵⁹⁶.

También se practica la mediación y otros sistemas ADR en las escuelas y las instituciones de educación superior. En este ambiente, se medían las disputas entre los estudiantes. El sistema de justicia penal americano, también utiliza la mediación para resolver las acciones penales y las disputas en las instalaciones correctivas. La mediación, en este último ámbito, adopta la forma de la intervención urgente en el caso de los disturbios en las prisiones o las negociaciones por rehenes o los procedimientos institucionalizados para atender a quejas⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶Vid. SHONHOLTZ, R., “Neighbourhood justice systems: Work, structure and guiding principles”, en LEMMON J.A. (Ed.), *Community mediation. Mediation Quarterly*, 5, Jossey-Bass, San Francisco, 1984, pp.5-30.

⁵⁹⁷Vid. FELSTEINER, W. y WILLIAMS, L., “Mediations as an alternative to criminal prosecution”, *Law and Humans Behaviors*, N°2, 1978, pp. 223-244; REINOLDS, W. y TONRY, M., “Professional mediation services for prisoner’s complaints”, *American Bar Association Journal*, N°67, 1981, pp. 294-297.

Pero, sin duda, el escenario donde empieza a implantarse con mayor rapidez la mediación es en los conflictos familiares⁵⁹⁸. Los modelos de práctica en esta área, incluyen; los programas voluntarios relacionados con los tribunales, en los que los litigantes deben intentar la mediación antes de que un juez atienda el caso; los programas judiciales voluntarios y; las mediaciones privadas realizadas por profesionales individuales, asociaciones y organismos privados sin fines de lucro. La mediación se utiliza también dentro de las organizaciones laborales, principalmente para afrontar las disputas interpersonales e institucionales⁵⁹⁹.

La mediación también se aplica a una diversidad de discusiones de gran importancia, como pueden ser, las cuestiones ambientales y la política pública. También en conflictos entre propietarios e inquilinos, en cuestiones policiales e incluso en quejas de los consumidores. Como ha señalado TALBOT: “*El escenario en los que puede aplicarse este procedimiento de solución de conflictos es más amplio de lo que pudiera imaginarse y se espera su extensión a más campos*”⁶⁰⁰.

En realidad, no podemos decir que los ADR sean una novedad, sino que estos procedimientos han experimentado un desarrollo acelerado desde hace algunos años y llaman cada vez más la atención sobre su práctica. Una de las razones de su desarrollo es de carácter práctico y coyuntural; y la razón es que constituyen una respuesta a las dificultades de acceso a la justicia a las que se enfrentan muchos países. Múltiples litigios, largos procedimientos, incremento de los gastos, la cantidad, complejidad y el carácter técnico de los textos legislativos, contribuyen a dificultar el acceso a la justicia.

Los ADR surgen como mecanismos que intentan resolver disputas al margen de los tribunales o mediante medios no judiciales y, su proceso de instauración, ha sido diferente dependiendo del modelo o sistema jurídico al que nos refiramos.

⁵⁹⁸En las disputas de familia, los arreglos mediados y consensuados a menudo son más convenientes y satisfactorios que los resultantes de un litigio, o aquéllos que vienen impuestos por un tercero. Los sistemas judiciales y los profesionales privados suministran mediación a las familias en los procedimientos de tenencia de hijos y divorcio, en los conflictos concernientes a la adopción y pérdida de potestad, en los pleitos entre padres e hijos, en las desavenencias conyugales en las que hay episodios de violencia doméstica, aunque esto lo matizaremos más adelante

⁵⁹⁹Vid. BROWN, L.D., *Managing Conflict and Organizational Interfaces*, Addison-Wesley, Reading (Massachusetts), 1983, pp. 9-19.

⁶⁰⁰TALBOT, A., *Settling thing: six case studies in environmental mediation*, Conservation Foundation, Whashington, 1983, p.6.

2.2.1.1. En los Estados Unidos.

Podemos decir que en Estados Unidos, los ADR se han convertido en parte del propio sistema judicial; han dejado de ser alternativas privadas para incorporarse a las instituciones públicas con carácter previo al proceso adversarial clásico. El propio juez, es quien estimula estos medios entre las partes en conflicto. Además, durante el final del siglo pasado, se produjo una importante proliferación legislativa para facilitar esta posibilidad. Desde el punto de vista federal⁶⁰¹, es importante mencionar la reforma denominada, *Act of 1990*, que contiene una serie de condiciones de actuación conjunta en los mismos juzgados y, sobre todo, incluye mandatos para expandir el uso de los ADR desde los tribunales⁶⁰².

La implantación de este movimiento a finales del siglo XX, se produjo a través de tres fases; una primera, en la década de los años sesenta, que se caracterizó por buscar mecanismos de consenso, verdaderas alternativas centradas fundamentalmente en los litigios vecinales; la segunda fase, en la década de los años setenta, que se caracterizó por la crisis en el ejercicio de las prácticas médicas, tratando de buscar soluciones que eliminaran las barreras de los costes del mal funcionamiento de los seguros y; la tercera fase, a mediados y finales de los ochenta, en la que se incluyen varias alternativas sobre cualquiera que fuese la naturaleza de las disputas existentes, como consecuencia de buscar soluciones más económicas que las que ofertaba el sistema legal⁶⁰³.

Se trataba de buscar métodos, tanto dentro como fuera de los tribunales, tendentes a alcanzar una solución a los conflictos que se suscitaban entre las empresas y las comunidades. Medios o mecanismos diversos, tanto en lo que hace a su procedimiento, como en cuanto a los sujetos que intervienen, pero también en relación a la expansión y efectividad que a través de ellos se alcanzaba, así como a

⁶⁰¹Vid. BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Ob. cit., p.60.

⁶⁰²Mediante el, *Act of 1990*, se autoriza el desarrollo de *Civil Justice Expnese and Delay Reduction Plans*, en 10 distritos federales. Paralelamente se desarrollan las "Federal Rules", mediante las cuales se trata de conseguir que las partes lleguen a una solución antes de poner en marcha la actuación de los tribunales. Legislativamente, son de consideración, la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1990 y la *Civil Rights Act of 1991*, que fija esta posibilidad de resolver los litigios mediante estos métodos alternativos.

⁶⁰³Vid. KATZ, L.V., "Compulsory alternative dispute resolution and voluntarism: two headed monster or two sides of the coin?", *Journal of Dispute Resolution*, Nº1, 1993, p.1.

la virtualidad de la solución al conflicto planteado. Estos métodos tenían una serie de características en común que, siguiendo a SINGER, podemos sintetizar en tres:

1. Todos estos métodos, son intentos por mantener una posición intermedia entre los dos polos existentes hasta la fecha, o mantener una actitud pasiva sin hacer nada o permitir una situación de escalada del conflicto.
2. Se tratan de vías menos formales que el proceso judicial y, que en la mayoría de supuestos, se asientan en una concepción privatista e individualizada del conflicto planteado.
3. Implican una mayor participación en la configuración y desarrollo del método utilizado para alcanzar la solución, de manera que los interesados tienen la sensación de tomar parte en la solución del conflicto, lo que les obliga a aceptar de forma más voluntaria el resultado alcanzado a través de esta vía⁶⁰⁴.

Estos mecanismos, aunque, en un primer momento, fueron más fáciles de utilizar en cuestiones referentes a situaciones reguladas por el derecho privado, en el que la disponibilidad por parte de los litigantes puede argumentarse mejor, se han ido ampliando a otros sectores en los que también van a resultar muy eficaz. Lo significativo de este movimiento, en Estados Unidos, es que, sus comienzos fueron en el ámbito del derecho laboral, donde su desarrollo alcanzó un importante nivel⁶⁰⁵. Los sindicatos obreros fueron poco a poco desarrollando un sistema completo de resolución de conflictos laborales, en gran medida provocado por las huelgas, sentadas o invasiones de la propiedad, de tal forma que en la década de los años 30 y principios de los cuarenta varios Estados federales empezaron a poner en marcha un programa de mediación. Este programa estaba destinado a resolver conflictos entre la patronal y los obreros y, tras su puesta en práctica, posteriormente desembocó en la creación durante la Segunda Guerra Mundial de la, *War Labor Board*⁶⁰⁶, que utilizaba un arbitraje de carácter obligatorio, lo que conllevó a la creación, en 1947, de una oficina independiente para la resolución de conflictos laborales denominado; *Instituto Federal de Mediación y Conciliación*.

⁶⁰⁴Vid. SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Ob. cit., p. 22.

⁶⁰⁵Vid. BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos "alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Ob. cit., p.79.

⁶⁰⁶Junta Laboral de Guerra.

En 1976, Warren E. Burger, magistrado del Tribunal Supremo, convocó una conferencia para analizar las causas del descontento que generaba la administración de justicia, donde se puso de manifiesto el incremento cuantitativo y cualitativo de litigios. A la vez, se puso de relieve el nacimiento de un nuevo fenómeno social originado por el cambio de mentalidad y cultura en la solución de conflictos, derivado de la proliferación de nuevas técnicas conciliatorias y de la aparición de nuevos profesionales e instituciones dispuestos a usarlas⁶⁰⁷. En este ambiente de “cambio de mentalidad”, a partir de la década de los ochenta del siglo XX, se produce una importante proliferación legislativa en los Estados Unidos en el sector empresarial, relativa a estos métodos consensuados, negociados o mediados entre directivos y empleados, alcanzando soluciones satisfactorias para todas las partes, lo que provocó un movimiento favorable a la utilización de métodos de solución extrajudicial de litigios.

Otro ámbito donde los ADR, especialmente la mediación, han ido proliferando en los Estados Unidos, convirtiéndose en el vehículo normal de solución de conflictos, es en el Derecho de Familia⁶⁰⁸. Si bien persistió la disputa entre partidarios y adversarios de la mediación obligatoria en el campo de las relaciones familiares, lo cierto es que era mayor el consenso sobre el fundamento de su éxito; se argumentaba que funcionaba, porque la mediación es voluntaria. Las partes se la creen, porque participan activamente en la búsqueda de una solución apropiada y el resultado es positivo, porque deriva de la voluntad de quienes intervienen en ella⁶⁰⁹.

La mediación se considera como la vía más adecuada para resolver los conflictos familiares, quizás porque en muchas ocasiones, no se trata tanto de resolver un problema, como de limar, suavizar o evitar la aparición del verdadero conflicto jurídico. Algunos autores americanos, ha señalado RIGBY, venían manteniendo que estos métodos alternativos de resolución de conflictos, eran una buena opción para intentar solucionar los conflictos matrimoniales, pues son cauces que se asientan en el consenso y en la autonomía de la voluntad, lo que los

⁶⁰⁷Vid. SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal.*, Ob. cit., p. 22.

⁶⁰⁸Vid. BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Ob. cit., p.60.

⁶⁰⁹GREIF, J., “Conciliación, mediación, arbitraje como formas alternativas de solucionar conflictos de familia”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 45, 1995, pág. 55.

hace más eficaces que otros para resolver las crisis familiares, como ocurre en el proceso judicial, que está basado en el sistema adversarial⁶¹⁰.

Otros ámbitos en Estados Unidos, donde esta tendencia hacia la solución extrajudicial de conflictos es practicada, es el de las relaciones vecinales. El funcionamiento se efectúa mediante la creación de “Centros Vecinales”, que en ocasiones adquieren la denominación de, *Institutos de mediación* o *Juntas vecinales*. En estos centros, no se resuelven sólo cuestiones de derecho civil o entre particulares, sino también se trata de alcanzar una solución conciliadora en materia de derecho penal, donde abogados penalistas y víctimas tratan de buscar soluciones satisfactorias para todas las partes.

En materia de consumo, se crearon las *Oficinas locales de defensa del consumidor*. En las relaciones con la Administración pública, progresivamente proliferaron diversas técnicas tendentes a la desjudicialización de los conflictos. La “Ley de Resolución de Litigios Administrativos”, de 1990, es bastante significativa, pues obligaba a los Organismos Federales a desarrollar mecanismos ADR, a designar y a formar profesionales para la utilización de estas técnicas, dotándolos del personal adecuado para su puesta en marcha y funcionamiento. Estas técnicas, han alcanzado en Estados Unidos, como ya apuntábamos anteriormente, a muchos sectores de la Administración, a través de la *reglamentación negociada*⁶¹¹.

2.2.1.2. El caso de Alemania.

Dentro de Europa, tomamos como referencia Alemania, por ser exponente o paradigma del derecho continental en el que encuadramos nuestro sistema jurídico, además, porque fueron los juristas alemanes quienes elaboraron la

⁶¹⁰RIGBY, L., “Alternative Dispute Resolutions”, *Loussiana Law Review*, Vol. 44, N°6 Symposium: Family Law July, 1984, pp.1725-1784. Esta posición, hoy en día, gozaría de menos seguidores que hace algunos años, debido a la pérdida de fuerza que ha tenido el arbitraje como medio de solución de conflictos jurídicos.

⁶¹¹SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Ob. cit., p.23: “En este nuevo proceso, se sientan a negociar las reglas gubernamentales, los representantes de los grupos de intereses opuestos, pertenecientes a organizaciones industriales, de consumidores, y de medioambiente y los organismos involucrados en el tema”.

moderna disciplina científica procesal, siendo sus obras referentes y modelos en Europa desde antes de la Codificación⁶¹².

Hay que enmarcar el sistema alemán dentro de los sistemas denominados de corte continental, pues hay que tener en cuenta, al hablar de sistemas alternativos de resolución de conflictos, la pluralidad de sistemas procesales; en contraposición al sistema continental, el sistema del *common law*, extendido por los EEUU, gran parte de Canadá, Australia y la India, aunque es cierto que su origen se remonta a Europa, en concreto a Gran Bretaña.

En Inglaterra, a diferencia de lo que sucedió en Italia y Francia⁶¹³, la influencia del Derecho Romano fue muy poco importante. Además, a diferencia del proceso tardío que se siguió en Alemania para su formación como Estado, Inglaterra se constituyó muy pronto como reino unitario, debido a la conquista normanda del Siglo XI, lo que influyó en la elaboración de un Derecho Común para todo el reino, que adquirió la denominación, *common law*⁶¹⁴. Este sistema tenía como característica esencial, la estrecha participación entre jueces y abogados. Como señala ATIENZA, se trataba de una verdadera: “*Casta de juristas, técnica y culturalmente muy homogénea y con un considerable peso político*”⁶¹⁵.

Frente a esta situación, Alemania fue marcada por el proceso de unificación a finales del siglo XIX, lo que llevó a que los juristas alemanes quedaran más influidos, desde el siglo XV, por el Derecho Romano, cuya recepción científica

⁶¹² PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Ob. cit., p.160.

⁶¹³ Vid. IGLESIAS GARZÓN, A., *Jueces y leyes, entre el absolutismo y la codificación*, Dykinson, Madrid, 2012, pp.223-255.

⁶¹⁴ BARBERIS, M., *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008, p.94: “La gran diferencia entre *civil law* y *common law*, está representada por el origen romanista del primero: *civil law*, traduce el término latino *ius civile*, y es la denominación tradicionalmente usada para distinguir el derecho continental, descendiente del *ius romano*, respecto del derecho inglés”.

⁶¹⁵ ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1989, p.194: “Esto verdaderamente influyó en la vía de formación de juristas, que no se llevaba a cabo a través de universidades, sino de corporaciones profesionales, los llamados Inns of Courts, caracterizados por una influencia notable de la formación pragmática”.

había comenzado en el siglo XVIII⁶¹⁶ y se constituyó en “sistema científico-jurídico” de la mano de la Escuela Histórica de F.C. von Savigny⁶¹⁷.

La base formativa por la que ha ido gestándose el actual sistema continental, en el que se incardina el alemán, ha ido evolucionando de manera dispar entre los Estados federales (Länder), aunque manteniendo una clara identidad respecto al valor de la ley, el marco legal y el carácter normativista en su concepción. Así, si desde el análisis estadounidense de la Alternative Dispute Resolution, era esencial la participación y la labor que desde la práctica, hacían tribunales y abogados, en Alemania, hay que partir de un elemento diferente en su configuración, porque previamente hay que tener en cuenta aquéllos que las leyes permiten.

En Alemania no existe un movimiento de ADR como tal, cuya raíz se ubique en comportamientos sociales e incluso ideológicos de los ciudadanos, aunque, desde hace bastante tiempo que podemos encontrar autores que empiezan a preocuparse de buscar lo que ellos denominan, *Alternative in der Ziviljustiz*. Se trata de una situación provocada por una saturada vía jurisdiccional de resolución de conflictos jurídicos⁶¹⁸. Según esto, sería posible no actuar un proceso judicial, allí donde las partes decidan, siempre que se trate de materias de libre disposición.

La negociación a través de un tercero, es una técnica típica de los sistemas occidentales, que permiten llegar a soluciones de consenso, cooperando en la

⁶¹⁶Fue la denominada ciencia de los *mentadores*, como método jurídico, la que impregnó esta etapa en el desarrollo del derecho alemán siendo abono científico para que, durante los siglos XVII y XVIII, en Alemania se fuera formando una jurisprudencia de gran altura denominada, “*usus modernus pandectarum*”, que creó una metodología nueva respecto a la de los glosadores y comentaristas, en la que se fundieron las tendencias sistemáticas de la jurisprudencia elegante con el sentido práctico de los juristas. Vid. BARBERIS, M., *Europa del diritto*, Ob. cit., pp.75-83.

⁶¹⁷GÓMEZ GARCÍA, J. A., *El historicismo filosófico-jurídico de F. C. von Savigny*, UNED-Publicaciones, Madrid, 2001, p.95: “Para Savigny, el problema no está en las fuentes del Derecho, sino en los propios juristas, y piensa que el mal no se evita con la implantación de un Código, como propugna Thibaut, sino a través de una Ciencia jurídica orgánica progresiva que pueda ser común a toda la nación alemana”.

⁶¹⁸BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos, “alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Ob. cit., p.96: “Son varios los factores que han supuesto un freno al desarrollo de un movimiento de ADR semejante al estadounidense en los países de Europa. En primer lugar, el peso de la tradición milenaria a favor de la justicia togada. En segundo lugar, el mito que conecta con la unidad de la jurisdicción que se fue erosionada por la existencia en estos medios que atentan contra el monopolio de los jueces estatales. Por último, característico de los países del Civil Law, es el hecho de los procedimientos formales delante de los jueces que comúnmente implican menos problemas en orden a los costes y a las dificultades técnicas respecto de lo que caracteriza a un sistema como adversary system”. Vid. BLANKERBURG, E. y TANIGUCHI, Y., “Informal Alternatives to and within Formal Procedures”, en *Justice and Efficiency* (Atti dell’8° Congreso mondiale di Diritto processuale), Anversa, 1989, pp. 335 y ss.; CHIARLONI, S., “La conciliazione delle dispute”, *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, N°3, 1996, p.669.

búsqueda de una solución que favorezca a las partes⁶¹⁹. Aunque Alemania no se caracteriza especialmente por una cultura negocial, más típica de los sistemas del *common law*, es cierto que en la práctica existe esta posibilidad, a través de los letrados de las partes en conflicto.

En Alemania, encontramos diversas materias que están derivándose a mediación, como mecanismo alternativo⁶²⁰:

- a) Los procesos de separación y divorcio. Fundamentalmente se acepta la intervención del mediador, al entrar en juego, menores de edad. Con la intervención del mediador se pretende potenciar la cooperación y la comunicación entre los cónyuges, a fin de alcanzar una decisión responsable y consensuada entre los mismos⁶²¹.
- b) En conflictos donde se vean afectados intereses medioambientales.
- c) En materias relacionadas con el Derecho económico, es decir, conflictos laborales, las cuestiones que afecten los intereses de los consumidores y, en general, todas aquellas materias, como conflictos vecinales, en las que la conflictividad podía suavizarse sin convertirla en litigiosidad, con la intervención de un tercero-mediador que responda a los deseos de los sujetos afectados de obtener una respuesta a la posible discrepancia existente entre los mismos⁶²².

⁶¹⁹BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos, "alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Ob. cit., p.97: "La mediación puede considerarse como una de las intervenciones más rápidas dirigidas a la obtención de una solución del conflicto planteado. Se establece como diferencia fundamental con el arbitraje y el procedimiento judicial, el que el mediador, a diferencia del árbitro y el juez, no dicta una solución al conflicto, de necesario cumplimiento, sino que su función consiste, en proteger a las partes y colocarlas en condición de alcanzar o desarrollar un acuerdo".

⁶²⁰Alternative in der Ziviljustiz.

⁶²¹Un magistrado del Oberlandesgericht de Frankfurt, el Dr. Peter Exchweiler, consideró que efectivamente, la mediación es importante, más sólo si se hace depender de la existencia de un proceso, de manera que según sus propias palabras: "la mediación familiar es impensable sin la existencia de un proceso judicial, porque ella se encuentra a la "sombra del Derecho", lo que conecta con la necesaria existencia de un proceso asentado en el principio de contradicción, donde la propia existencia del Juez de familia, ya es una garantía para las partes en conflicto". Añade el Magistrado que: "el juez de familia puede cumplir con esa función mediadora a la que se refieren los demás autores atribuyéndola a sujetos que no son el juez, y ello por cuanto, el juez de familia, va a ayudar a que sean las partes a que tengan la posibilidad de autoresponsabilizarse de alcanzar una solución al conflicto existente, lo que no es, incompatible con la existencia del proceso". OSTEN, P., "Court based mediation in Germany and transposition of the mediation directive 2008/52 EC", en GEMME, Karlsruhe, 2009, p.34.

⁶²²Vid. OSTEN, P., "Court based mediation in Germany and transposition of the mediation directive 2008/52 EC", Ob. cit., pp.2-4.

2.2.1.3. Regulación en Europa.

Ya dejando a un lado el caso específico alemán, podemos analizar de forma más generalizada el caso europeo⁶²³. El derecho a la justicia es una exigencia a la que los Estados miembros responden en particular, mediante la puesta a disposición de procedimientos judiciales rápidos y poco costosos⁶²⁴. Algunos Estados han empezado a modernizar su sistema judicial simplificando los actos de consulta o previendo la posibilidad de presentar una demanda judicial por vía electrónica. La iniciativa de la Unión Europea en esta materia se ha centrado en dos vías: La simplificación de los procedimientos judiciales existentes y la creación de nuevos procedimientos extrajudiciales⁶²⁵.

Respecto a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, se pueden destacar las siguientes iniciativas llevadas a cabo por la Unión Europea⁶²⁶:

a.- En el ámbito familiar, la Recomendación R(98)1 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la mediación familiar. En su apartado cuarto, se menciona la importancia de promover el desarrollo de la mediación familiar, especialmente mediante programas de información al público para dar a conocer este tipo de medios, recomendando adoptar las medidas necesarias que permitan a las partes acudir a la mediación familiar para contribuir al desarrollo de este tipo de resolución de conflictos.

b.- En el ámbito penal, la Recomendación (99)19 del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal. Define la mediación penal como un proceso donde la víctima y el ofensor pueden participar voluntaria y activamente en la resolución del conflicto, producto de un crimen a través de la ayuda de una tercera parte imparcial o mediador.

⁶²³Vid. MARTÍN SANTISTEBAN, S., “La aplicación de los principios *unidroit* de los PDCE como *lex contractus* en la práctica judicial y arbitral”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-dirs.), *Mediación, Arbitraje y solución extrajudicial de conflictos en el Siglo XXI. Arbitraje y Resolución de Conflictos*, Reus, Zaragoza, 2010, pp. 59 y ss.

⁶²⁴El acceso a la justicia para todos, es un derecho fundamental consagrado por el artículo 6 del Convenio Europeo de protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁶²⁵Vid. *Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la Justicia*. (COM -93-576, final de 16 de noviembre de 1993).

⁶²⁶En el resumen que hacemos a continuación, tomamos como marco de análisis, el texto: ALLEWELDT, F. (Coord.), *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union*, Civil Consulting, Berlin, 2009.

c.- En el ámbito del Consumo, la Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE). Esta recomendación se aplicará a los ADR donde la intervención de un tercero es más activa, en el sentido de que debe emitir una solución al conflicto, es decir, debe haber un pronunciamiento formal sobre la solución. Lo que supondría, que la mediación no sería un ADR.

d.- También en este ámbito de los consumidores, la Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/301/CE), que se refiere a los ADR donde el tercero tiene una intervención menos directiva, y se limita a facilitar un acercamiento entre las partes para que encuentren ellos mismos la solución al acuerdo. Esta recomendación si sería aplicable a la mediación⁶²⁷.

A este nivel, existen dos redes europeas que facilitan la comunicación y el conocimiento de los ADR⁶²⁸:

-La red extrajudicial europea (Red EJE o EEJ-NET)⁶²⁹, que consiste en una base de datos que recoge información sobre los órganos extrajudiciales, que cumplen los requisitos de las Recomendaciones 98/257/CE y la 2001/310/CE, facilitando la creación de puntos centrales nacionales de intercambio de información que permitan constituir una red a escala comunitaria y, además, establecen unos criterios comunes que garanticen la calidad, equidad y eficacia de dichos órganos. En España el centro de intercambio de información es el Instituto Nacional de Consumo. Otros centros españoles, podemos encontrar; el Institut Catalá de Consumo, el Centro Europeo del Consumidor del Departamento de Industria, Comercio y turismos del Gobierno Vasco. Como órganos extrajudiciales de resolución de conflictos están recogidas las Juntas Arbitrales de consumo.

⁶²⁷Vid. ALLEWELDT, F. (Coord.), *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union*, Ob. cit., pp.21-24.

⁶²⁸Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p. 137.

⁶²⁹Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (2000/C155/01). D.O. n° C155 de 6 de junio de 2000.

-La red para la solución extrajudicial de litigios transfronterizos en el sector de los servicios financieros, FIN-NET⁶³⁰, que se creó en febrero de 2001 con la finalidad de facilitar el acceso a los ADR en casos de conflictos transfronterizos, garantizar un intercambio de información entre los sistemas europeos, de forma que las denuncias sobre conflictos fronterizos se presenten y tramiten con la máxima celeridad, eficacia y profesionalidad y garantizar y determinar cuáles de los ADR cumplen con las garantías mínimas deseables⁶³¹. La red es garantía de la calidad de los órganos empleados, puesto que los miembros de esta red recogieron una declaración de intenciones, según la cual, los órganos aplicarían los principios recogidos en la R 98/257/CE, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los conflictos de consumo.

-También hay que mencionar el “Código de Conducta para los Mediadores”, elaborado en julio de 2004 por diversas organizaciones y profesionales europeos con experiencia, a través del cual, se establecen una serie de normas para la práctica de esta ADR. A este código, podían adherirse si era su deseo, las diversas organizaciones o profesionales encargadas en los distintos países europeos de ejercer la mediación.

-La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y mercantiles. Directiva se centra exclusivamente en un ADR, la mediación y, de forma especial, aunque no excluyente, en la mediación que se desarrolle para la solución de litigios transfronterizos.

Por último, señalar el marco normativo en esta materia, que aporta garantías a la problemática suscitada por el correo electrónico y los sistemas que se basan en Internet, debido a la desconfianza que genera la utilización de la tecnología y la desprotección del consumidor ante estos medios de formalización de contratos:

-La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, y en particular del comercio electrónico en el mercado interior, que fue

⁶³⁰ http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/consumer/adr.htm.

⁶³¹ Este sistema permite que el consumidor se ponga en contacto con el órgano de gestión de quejas o reclamaciones de su propio país de origen, incluso en los casos en los que la empresa o profesional denunciado sea extranjero

incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Ley 34/2002 de 11 de junio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico; y

-La Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 22/2007, de 11 de junio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores⁶³².

Toda esta legislación se encuadra en la instauración de un Estado Judicial Europeo, basado en el principio del reconocimiento mutuo, como ocurre en el caso de las medidas relativas a la reducción de los procedimientos de exequátur, las iniciativas destinadas a suprimir el exequátur para los créditos no impugnados y, por último, en aquéllos destinados a simplificar y a acelerar la solución de los litigios transfronterizos de escasa cuantía.

De acuerdo con GONZÁLEZ CANO, serían características y fundamentos esenciales de los ADR europeos, los siguientes⁶³³:

-El constituir un intento para encontrar fórmulas de mantener la posición intermedia entre las partes.

-Ser vías menos formales y rituarias que el proceso judicial, con una concepción privatista e individualista del conflicto.

-Fomentar la mayor participación de las partes en el método de solución del conflicto, lo cual a su vez, implica un mayor compromiso de las mismas en la aceptación, cumplimiento y ejecución de la solución.

En todo caso, y en referencia a todos los medios alternativos de resolución de conflictos en los distintos ámbitos geográficos y jurídicos, BARONA VILLAR apunta que las ventajas que se desprenden principalmente de las ADR, son; el ahorro de tiempo, medios menos costosos, una mayor participación, que genera mayor credibilidad en el sistema de los interesados y unos mejores resultados, pues la solución al conflicto se deriva de una aceptación alcanzada

⁶³²Las dos Directivas se limitan a recoger la necesidad de que los Estados miembros faciliten la utilización de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, sin embargo no determinan que tipo de ADR, sería el adecuado en este tipo de conflictos, limitándose a afirmar que, dado que los litigios transfronterizos son muy usuales en este tipo de contratación, se faciliten los ADR, y concretamente la red FIN-NET, para la solución de los mismos, pues son muy eficaces para ello.

⁶³³Vid. GONZALEZ CANO, M^a I., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, Ob. cit., p.139 y ss.

consensualmente que genera un cumplimiento de los sujetos en conflicto⁶³⁴. Aunque los problemas que perduran alrededor de las ADR son dos principalmente; los de financiación y los derivados de haber sido considerado como un cauce de “segunda mano” para la resolución de conflictos⁶³⁵. En todo caso, las estadísticas manifiestan un incremento de la utilización de los ADR en la Unión Europea⁶³⁶.

En el desarrollo de este movimiento de las ADR, han tomado parte elementos y representantes de los distintos foros y estamentos provocando una participación muy plural que, cuanto menos, ha generado un consenso en la aceptación de técnicas alternativas, aunque ello no signifique que su desarrollo y configuración sea pacífico, pues se han generado una serie de cuestiones en las que existen varios y distintos planteamientos; sobre las materias a las que se pueden aplicar estas técnicas de solución alternativa de conflictos, las técnicas que deben emplearse y sus cauces y las personas más apropiadas para intervenir en las mismas.

Los ADR se inscriben en políticas sobre la mejora del acceso a la justicia y van a desempeñar un papel complementario con relación a los procedimientos jurisdiccionales, al permitir a las partes entablar un diálogo que, de otro modo, hubiera sido imposible entablar y evaluar por sí mismas la conveniencia de dirigirse a los tribunales. Así, estos mecanismos forman parte del derecho de acceso a la justicia como un sistema complementario a los intentos de simplificar los procesos jurisdiccionales y, desde esta perspectiva, pueden considerarse como instrumentos al servicio de la mejora de la paz social⁶³⁷.

Debido a la flexibilidad de estos métodos⁶³⁸, las partes pueden recurrir libremente a ellas y decidir qué organización o qué persona se encargará del proceso, son libres de determinar el procedimiento que se va a seguir, de optar por participar personalmente, o por hacerse representar durante el procedimiento, y de

⁶³⁴BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos, “alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Ob. cit., p. 105.

⁶³⁵Vid. KANOWITZ, L., *Cases and Material on Alternative Dispute Resolution*, American Casebook Series, West Publishg Co., St. Paul Minn, 1985, pp. 1359-1404.

⁶³⁶ALLEWELDT, F. (Coord.), *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union*, Ob. cit., p.8: “En 2006, se contabilizaron, 410.000 actuaciones y, en 2009, sobrepasaron las 530.000”.

⁶³⁷Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p. 35.

⁶³⁸Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C. *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.27.

decidir el resultado de éste. Dicho todo esto, podemos concluir que el origen actual de este movimiento, es consecuencia del Estado democrático y de bienestar, con el que se manifiesta un intento de alcanzar solución a los problemas de acceso a la justicia. En este intento, cualquier vía puede resultar idónea para este objetivo, siempre atendiendo la naturaleza del conflicto, la proporcionalidad del resultado alcanzado y, claro, tomando como referencia los factores de eficacia, eficiencia y economía en el ejercicio de los derechos fundamentales.

2.2.2. LA MEDIACIÓN: UNA VISIÓN HISTÓRICA.

Como señala OTERO, para averiguar el momento histórico en que surge la mediación es conveniente acudir a la etimología de la palabra, que designa la acción para tratar de averiguar su contenido, el momento histórico de su surgimiento como tal vocablo⁶³⁹.

Los procesos de mediación, así como otras formas de intervención de terceras partes en los conflictos humanos, es algo muy antiguo, que se remonta a miles de años atrás⁶⁴⁰. En su perspectiva histórica, surgieron en la antigüedad protagonizados por autoridades religiosas en el marco de sociedades, cuyas tensiones, estaban jerárquicamente organizadas⁶⁴¹.

La mediación, propiamente dicha, como medio que se reclama “*alternativo*” al judicial para la resolución de conflictos jurídicos, tiene un origen muy reciente. Geográficamente se sitúa en Estados Unidos, aunque no existe acuerdo doctrinal, sobre el momento exacto de su aparición. Para algunos autores, su inicio puede fijarse a mediados de siglo XX, para otros en los años sesenta del mismo siglo, otros en los setenta y otros en los ochenta. Pero, en definitiva, todos los indicios apuntan a la última parte del siglo XX, como el momento más probable de la

⁶³⁹OTERO PARGA, M., “Las raíces históricas y culturales de la mediación”, Ob. cit., p.175: “En todas las culturas aparece un tercero cuya función es solventar los conflictos que se producen entre particulares. Ese tercero cuya función suplía a la del juez actual, tenía a su favor la autoridad reconocida de quienes se sometían a su dictamen, los cuales se comprometían desde el principio del proceso a respetar la solución dada. El tercero se encargaba de mediar, componer, ayudar, decidir o juzgar, dando respuesta al conflicto existente entre las partes”.

⁶⁴⁰Vid. KRAMER, S., *The summerians: Their history, culture and character*, University of Chicago Press. Chicago, 1963, pp.74 y ss.

⁶⁴¹DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p. 25.

aparición de esta nueva forma, alternativa y distinta a la judicial para la solución de conflictos jurídicos. Como nosotros partimos de la reciente aparición de los ADR y la mediación en la sociedad democrática (mediación en sentido restringido), no obstante, un nuevo instituto jurídico-social, como la mediación, puede también ser objeto de investigación histórica.

Así, a lo largo de la historia se han dado muchos tipos de mediaciones, desde las realizadas por sacerdotes o prelados, que por su presumible talante de hombres de paz, así como por la autoridad moral que se les suele conceder, fueron desde los comienzos de la historia, mediadores por excelencia. Cabe destacar, la mediación realizada por el Papa Inocencio X, entre Francia y Austria⁶⁴². Otras veces, la labor era gestionada por un rey o un emperador, que trataba de realizar la misma función de actuar como hombre de paz, con autoridad reconocida, cuya única función era ayudar a las partes a encontrar un acuerdo que no parecía que estas pudiesen alcanzar en solitario. Como ejemplo, podemos citar, la gestionada en 1866 entre Austria y Prusia por Napoleón III.

Estos ejemplos no son únicos, ni solamente se dieron en el mundo occidental, ni en la Edad Moderna. Existen otros muchos ejemplos que muestran que desde el comienzo de los tiempos, el ser humano ha querido arreglar los conflictos que le afectaban de forma pacífica, pero sin perder el dominio de la situación, entregando la potestad decisoria a un poder externo o extraño que era quien resolvía el asunto. Las antiguas civilizaciones, de alguna forma, han mantenido la figura del mediador, pues, aunque no se llamara así, existía porque realizaba esa función. En sus estudios sobre la paz, GALTUNG ha distinguido entre cinco formas de civilización, en atención a sus formas más o menos jerárquicas de concebir la resolución de los conflictos: *“Occidente I, centrífuga, en expansión (civilización greco-romana y moderna). Occidente II, centrípeta, en*

⁶⁴²En la religión cristiana, como ya citamos en las primeras páginas de esta tesis, el mediador por excelencia es Jesús. Su símbolo es la cruz con el lábaro. Pero hay otros muchos mediadores, empezando por la mediadora primera que es la Virgen María. Lo explicó Santo Tomás de Aquino (*Summa theologica*, 3, 26,1 respondeo): “La misión propia del mediador es unir a aquéllos entre los que ejerce la mediación porque los extremos se juntan en el medio (*mediatoris officium proprie esta coniungere eos inter quos est mediator: nam extrema uniuntur in medio*)”. Así que unir a los hombres con Dios de manera perfecta, compete en verdad a Cristo, por medio del cual los hombres son reconciliados con Dios. Por tanto, sólo él es el perfecto mediador entre Dios y los hombres, en cuanto que por medio de su muerte reconcilió al género humano con Dios. Sin embargo, nada impide que se llame también mediadores entre Dios y los hombres, a algunas personas aunque lo sean de modo relativo, esto es, en cuanto que cooperan de modo dispositivo y ministerial a la unión de los hombres con Dios.

contracción (civilización medieval). Índica (hindú); Búdica (budista); Sínica (china); Nipona (japonesa)”⁶⁴³.

En los pueblos nómadas, las tribus más antiguas elegían al más anciano del clan para que resolviese sus problemas, amparándose en su mayor experiencia, como una forma de buscar autoridad. Otro ejemplo puede ser, el *Beth Ding Judío*, que consiste en un grupo de rabinos, constituido en el Consejo de Mayores, cuya función era resolver las contiendas entre mercaderes y gentiles. La costumbre de reunir a una asamblea o junta de vecindario para resolver una serie de desavenencias, también fue utilizada entre los pueblos de África.

Aunque el papel de esta “figura mediadora” no es siempre el mismo, siempre tiene la función de ayudar a encontrar la solución del conflicto, supliendo la figura del juez. En estos casos, encontramos como norma general, la utilización de una forma natural de resolución de conflictos y, en segundo lugar, vemos que con estos procedimientos se evitaba la concurrencia de un juez, de un tercero con poder decisorio, pero alejado del problema y de las vivencias de la comunidad, con menores posibilidades de entender las circunstancias y repercusiones del asunto.

También cumplieron esta función, los cabezas de familia, clanes o grupos étnicos. Estructuras que fueron muy importantes en las sociedades rurales o de carácter minifundista, pero que se fueron perdiendo con el tiempo en el momento en el cual, la familia, dejó de ser una referencia de pertenencia a un grupo, para significar únicamente, el vínculo de parentesco⁶⁴⁴.

Como ha señalado BLANCO CARRASCO, sobre estos tipos de estructuras de organización social, poco tenían que decir una persona ajena, cuando se producía un conflicto entre los miembros de la comunidad⁶⁴⁵. El responsable de la sociedad de referencia era quien decidía y su decisión tenía una fuerza moral superior a la de cosa juzgada. No existía la posibilidad de la apelación a una instancia superior, sólo la esperanza de inclinar la balanza hacia el lado que beneficiase a cada cual.

⁶⁴³GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Ob. cit., p.280.

⁶⁴⁴La familia romana, también era presidida por un *pater familias*, que era su cabeza hasta que éste fallecía con independencia de la edad o condición de los otros miembros. Incluso, el padrino de la *camorra* o la *mafia italiana*, protegía a los suyos hasta la muerte, pero exigía igual devoción.

⁶⁴⁵BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.13.

En la antigua China, la mediación no sólo existía, sino que era el principal recurso para la solución de conflictos jurídicos. En la filosofía de *Confucio*, la resolución adecuada de un conflicto, se logra únicamente a través de la persuasión moral del tipo de conducta a seguir, siendo inadmisibles la imposición de un acuerdo a través de la coacción. En la actualidad, esta forma de pensar, y procedimientos, íntimamente relacionados con procesos de mediación, siguen produciéndose, prueba de ello es la institución de los llamados, Comités Populares de Conciliación⁶⁴⁶.

Igual sucede en Japón, donde por su cultura, el argumento de la autoridad cobra singular importancia y, por eso, se esperaba que el líder de una población ayudase a sus vecinos a resolver cualquier tipo de controversias⁶⁴⁷. Tan arraigado está este espíritu conciliador en el pueblo japonés, que hoy en día, todavía Japón es uno de los países que cuenta con menos abogados porcentualmente hablando. Los asuntos, los litigios, las desavenencias que surgen entre su población, se resuelven también de otras maneras alternativas a la jurisdicción, pues la tradición conciliadora está muy arraigada en este país.

En Latinoamérica, también podemos citar ejemplos de la presencia de la mediación para la resolución de conflictos jurídicos y mucho anterior en el tiempo a las soluciones jurisdiccionales. Así, NADER nos da detalles sobre el proceso de resolución de disputas en la aldea mexicana de “Ralúa”, donde el juez ayuda a las partes a adoptar decisiones consensuales⁶⁴⁸.

En España, podemos acudir a un precedente claro y propio de resolución de conflictos en el Tribunal de las Aguas de Valencia, que fue una de las más sólidas y antiguas instituciones populares para regular conflictos. Desde los tiempos de Jaime I (1223), el uso individual del riego fue regulado y su uso se constituyó en uno de los conflictos más importantes y constantes de Valencia: el uso del agua. Este Tribunal funcionó durante siglos y estuvo conformado por

⁶⁴⁶Vid. GINSBERG, R.B., “American Bar Association delegation visits the people’s Republic of China”, *American Bar Association Journal*, 64, 1978, pp.1516-1517.

⁶⁴⁷OTERO PARGA, M., “Las raíces históricas y culturales de la mediación”, Ob. cit., p.177: “El pueblo japonés es por naturaleza muy propenso a la introspección. Concibe su vida como servicio, hasta tal punto que, en la educación de sus nacionales, prima el bien común y el servicio a los demás, antes que la propia satisfacción. Las cuestiones morales en las que está en juego la honorabilidad de las personas cobran una importancia crucial, de manera que es preferible perder la vida a vivirla de una manera poco digna”.

⁶⁴⁸Vid. NADER, L., “Styles of court procedure: to make the balance”, en, AA.VV., *Law in Culture and Society*, Aldine, Chicago, 1969, pp. 69-91.

personas respetables del propio grupo social⁶⁴⁹. Otra cosa es que, hasta fechas recientes, todos sus miembros debían ser hombres!

Otro precedente de gran importancia son las cooperativas, principalmente en el área rural. Las cooperativas rurales se generaron de forma espontánea y regulan relaciones comerciales, a veces muy complejas⁶⁵⁰. Esto se debe a la propia naturaleza de vida y estructura del trabajo en el campo, ya que los agricultores comparten un fuerte sentido comunitario y suelen ayudarse mutuamente. Por tanto, están más orientadas hacia la colaboración que a la competitividad. Mientras que los agricultores recolectaban sus productos, luchaban por alcanzar los mejores precios individuales de venta, el comprador, una industria importante, reunió a estos proveedores y les propuso formar una cooperativa de productores. Les ofreció un precio atractivo y estable y les arrancó el compromiso de colaboración de entrega de sus productos en la cantidad y calidad convenida. Este es el ejemplo del poder mediador y del consenso que tienen y han tenido las cooperativas en España.

En cuanto a la mediación como “concepto”, también tiene una larga historia. Ya apuntábamos que, la Biblia, afirma que Jesús es un mediador entre Dios y el hombre: “...*hay un solo Dios, y un solo mediador entre Dios y los hombres, el hombre Cristo Jesús, que se dio a sí mismo como rescate para todos, de lo cual se dará testimonio a su debido tiempo (I, Timoteo, 2:5-6)*”⁶⁵¹. Hasta el renacimiento, la Iglesia católica fue probablemente la organización fundamental de mediación y administración de los conflictos en la sociedad occidental. El clero

⁶⁴⁹El Tribunal de las aguas de Valencia, cuyo origen data del siglo XIII y que pervivió durante mucho tiempo de nuestra historia. Este Tribunal estaba compuesto por campesinos y su función era el reparto equitativo del agua en toda la comunidad, al ser un bien escaso. La base de esta institución era la mediación, como fórmula autónoma, pacífica y propia de resolución de conflictos, basada en la autoridad de quienes deciden y apoyada en la responsabilidad, previamente asumida, de cumplimiento por el resultado de la decisión por parte de los afectados. El poder estatal de imposición de un acuerdo obtenido fuera del círculo de los propios afectados esta ausente.

⁶⁵⁰Una cooperativa es una manera interpersonal de regular un conflicto. En vez de elevar los beneficios de uno a costa de otro, se busca la colaboración comunitaria. Es decir, que el interés particular, cede al interés común, con el resultado de que el conflicto se concibe dentro de un marco comunitario y no individual. Esto no significa que el conflicto deje de producirse, sino, simplemente, que el punto de referencia para regularlo ya no es el particular, sino el colectivo. Por ello, para que funcione una cooperativa, siempre se necesita un proceso explícito aceptado por todos para resolver los desacuerdos y las disputas internas, es decir, se debe establecer una manera de tomar decisiones que a todos los miembros les parezca justa y eficaz.

⁶⁵¹La iglesia y el clero a menudo han sido mediadores entre sus miembros o frente a otros litigantes. Hasta el renacimiento, con la crisis de la Reforma protestante, la iglesia y su clero, no sólo era la salvadora de almas (*nulla salus sine ecclesia*), sino también la salvadora de conflictos terrenales.

mediaba en las disputas de familia, en los casos penales y las diferencias diplomáticas entre miembros de la nobleza⁶⁵².

Con la implantación de los Estados-Nación, los mediadores asumieron nuevos roles, como intermediarios diplomáticos o embajadores formales y seculares. Como ha señalado WERNER, los diplomáticos ayudaban y dilucidaban cuestiones y problemas sociopolíticos, contribuían a modificar los intereses conflictivos y a transmitir la información de interés mutuo para los Estados⁶⁵³.

Pero el país donde más se ha desarrollado la mediación es en EEUU, habiéndose producido allí el gran desarrollo en las últimas décadas. La causa, como apuntábamos antes, tiene que ver con una larga tradición de participación ciudadana espontánea, de iniciativa civil, más o menos ajena a las instituciones estatales, derivada del individualismo religioso y económico, en donde tiene sus raíces la confianza en las relaciones interpersonales del pueblo norteamericano⁶⁵⁴. En su obra, *Justice without law?*, AUERBACH describe los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, utilizados por los puritanos, los cuáqueros y otras sectas religiosas⁶⁵⁵. En el siglo XX, donde se da una institucionalización formal de la mediación en los Estados Unidos correspondió a las relaciones obrero-patronales. En 1913, se creó el Departamento de trabajo de los Estados Unidos y se designó un panel, denominado, “*Comisionados de conciliación*”, para atender a los conflictos entre el sector obrero y la patronal. Este panel se convirtió después en el “Servicio de Conciliación de los Estados Unidos” y, en 1947, se reorganizó con el nombre de “Servicio Federal de Mediación y Conciliación”. La justificación política para promover procedimientos de mediación en el sector industrial, fue impulsar una paz industrial sólida y estable y el arreglo de las diferencias entre el empleador y los empleados mediante la

⁶⁵²DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*. Ob. cit., p. 26: “Los tribunales rabínicos judíos y los rabinos europeos también fueron decisivos en la resolución de disputas que surgían entre miembros de esa fe. Estos tribunales se aseguraban de que los judíos contasen con un medio formalizado de resolución de las disputas. En muchos lugares, los judíos se veían impedidos para acceder a otros medios de resolución de las disputas a causa de la religión”.

⁶⁵³Vid. WERNER, L., *International Politics: Foundations of the Systems*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1974, pp. 285 y ss.

⁶⁵⁴MARTINEZ DE MURGÍA, B., *Mediación y resolución de conflictos: Una guía introductoria*, Paidós, Barcelona, 1999, cit., p.12: “Conviene anotar esto porque en países de habla hispana las condiciones culturales son muy distintas y, dada la flexibilidad de la mediación como técnica, ese contexto es de importancia decisiva. Es decir, hace falta pensar con detenimiento la manera de adaptar la técnica a nuestras circunstancias.”

⁶⁵⁵Vid. AUERBACH, J., *Justice Without Law? Resolving Disputes Without Lawyers*, Oxford University Press, New York, 1983, p.21 y ss.

negociación colectiva. Se esperaba que los arreglos mediados impidieran las huelgas o los paros patronales, costosos tanto para los obreros como de los empleadores, mejorando la seguridad y el bienestar de los norteamericanos.

Aunque no existe un momento concreto comúnmente aceptado a partir del cual sea posible hablar de la mediación como fórmula autónoma de resolución extrajudicial de conflictos jurídicos, podemos decir que, el proceso histórico de formación de la mediación como medio alternativo al judicial para la solución de conflictos jurídicos, termina con la primera regulación importante del arbitraje internacional que se realizó en la “Convención de la Haya”, de 18 de octubre de 1907, sobre solución de controversias internacionales. Este texto, podemos decir que regula de forma embrionaria el reconocimiento de la mediación jurídica como institución distinta, tanto de la jurisdicción, como de otros medios alternativos de solución de conflictos. Es un documento de gran importancia, pues, aunque lo que regula es el arbitraje internacional, con él se inicia el reconocimiento de la mediación jurídica como una institución distinta de la jurisdicción y de los otros medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos.

A partir de entonces, ya en el siglo XX, comenzaron a darse pasos lentos pero irreversibles en la formación de la mediación y otros métodos alternativos⁶⁵⁶. La mediación comunitaria se extiende, como respuesta a una búsqueda de reforma judicial en los años setenta. Nacieron los *Neighborhood Justice Centers* o centros de justicia de barrio, con la idea de que había muchos casos tipo, que se podrían o se debían resolver en casa o en el barrio y no en los juzgados. Su misión era desahogar los tribunales y ahorrar recursos públicos, lo que contrasta con la meta de fomentar el mejor acceso a una justicia más humana, personal y enriquecedora, que fue la meta de los movimientos sociales que dieron luz a los otros tipos de mediación comunitaria. Llevan abiertos muchos años y a menudo las fuentes económicas de estos centros han ido cambiando, así como su filosofía y metas.

En los últimos treinta años, ha proliferado el uso de la mediación. Existe mediación comercial, escolar, familiar, laboral, empresarial, de derechos civiles

⁶⁵⁶En 1947 se creó la, *Federal and Conciliation Service (FMCS)*, cuya finalidad era la resolución de problemas de índole laboral, aunque en 1978, este servicio fue ampliado para extender su jurisdicción a conflictos no laborales. A partir de ese momento la implantación de la mediación se consolida y a partir de los años sesenta comienza a manifestarse en Estados Unidos una búsqueda de nuevas fórmulas de resolución de conflictos por el descontento de los norteamericanos, debido a la guerra de Vietnam, las luchas por los derechos civiles, las revueltas estudiantiles, las reivindicaciones raciales...etc. Todo ello conforma un contexto donde se hace necesario encontrar nuevas fórmulas alternativas para la resolución de conflictos.

(especialmente en casos de discriminación), mediación entre los juzgados, los funcionarios del Estado y mediación entre padres sobre custodia de niños. También se ha extendido la mediación penal, incluso para casos de homicidio y violación. También se extiende la mediación a temas de seguros, sanidad, empleo y medioambiente. En Estados Unidos, se está promoviendo el uso de la mediación al área de la legislación (*reg-neg*) o la negociación sobre la reglamentación de la nueva legislación⁶⁵⁷.

El usuario puede acceder a la mediación según el tipo de caso, según la oferta en su comunidad y dependiendo de su conocimiento de la mediación, pues hay muchas personas que desconocen, todavía, que existe la alternativa de este procedimiento. En algunas jurisdicciones, existe legislación específica que alienta e incluso obliga a derivar casos a un proceso de mediación. Por ejemplo, en temas de custodia, la mediación es obligatoria, pero en la mayoría de los casos, las partes tienen libertad de elegir su propio mediador, aún cuando la mediación o iniciar la mediación es obligatoria. Los juzgados suelen tener una lista de mediadores que las partes pueden consultar, aunque en algunos casos difíciles, es posible que el juez designe un magistrado especial que sirva de mediador⁶⁵⁸.

En cuanto a las asociaciones que se dedican a esta actividad, en Estados Unidos están muy consolidadas; la *Association for Conflict Resolution*, que recoge muchos campos de interés o la *Association of Family and Conciliation Courts*, que recoge a los profesionales de los juzgados de familia.

Los antecedentes de la mediación en nuestra cultura constituyen una buena base para rescatar nuestra propia historia, enriquecerla con otros modelos para renovarla y adaptarla a nuestras actuales necesidades, técnicas, modelos y estrategias de mediación eficaces. Se trata de la legitimidad adquirida por los ADR y la mediación en particular⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷La Negociación Regulatoria (también llamada negociación sobre la elaboración de normas, el diálogo sobre políticas, toma de decisiones, o "neg-reg" decisión compartida) es un proceso de creación de consenso en el que los representantes de las partes afectadas y sectores de la opinión pública (denominados "stakeholders") trabajan en conjunto con los funcionarios del gobierno para desarrollar políticas o legislaciones. Las cuestiones sometidas a negociación regulatoria incluyen los temas sobre medio ambiente. Este proceso de búsqueda de acuerdo por lo general se produce después de que se ha llevado a cabo una evaluación de conflictos a fondo, y por lo general se lleva a cabo con la ayuda de un mediador neutral especializada o facilitador.

⁶⁵⁸DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*. Ob. cit., p. 28.

⁶⁵⁹FREEMAN, J. y LANGBEIN, L., "Regulatory Negotiation and The Legitimacy Benefit", *New York University Environmental Law Journal*, N°24, 2000, p. 60: "The results of this study are

2.2.3. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS INCLUIDOS EN LOS ADR.

Es posible acudir a diversos criterios para elaborar una clasificación de estos métodos alternativos de resolución de conflictos; dada la cantidad de criterios a los que es posible hacer alusión, sólo tomaremos algunos de ellos.

Como primera clasificación, dentro de las ADR, podemos distinguir entre; los métodos aplicadas por el Juez o confiadas por éste a un tercero (ADR en el marco de los procedimientos judiciales) y las ADR a los que recurren las propias partes en conflicto, al margen de cualquier procedimiento judicial (ADR convencionales).

Una segunda distinción importante en los ADR, es aquella en el que el *tercero* o los terceros que intervienen, pueden verse obligados a tomar una decisión vinculante para una de las partes, o hacer una recomendación a las mismas, que éstas siempre pueden decidir aplicar o no. Sin embargo en otro tipo de ADR⁶⁶⁰, los terceros no se pronuncian de manera formal sobre la solución que podría aportarse al litigio, limitándose sólo a ayudar a las partes a encontrar un acuerdo, mediante el simple fomento del diálogo y la comunicación, y ya en este caso si podríamos estar hablando de mediación. Es así como podemos distinguir, dentro de los ADR, entre:

a) El *arbitraje*. Un ADR por el cual, uno o más árbitros, después de haber escuchado a las partes y practicado las pruebas necesarias, emiten una decisión o laudo de carácter vinculante para las partes.

b) La *conciliación*. Consiste en la comparecencia de las partes en conflicto ante una tercera persona, que puede ser un órgano judicial o no judicial, para la solución del conflicto que las enfrenta, evitando así el pleito, pero la solución no es vinculante⁶⁶¹.

consistent with the possibility that satisfaction does not wholly depend on perceptions of “winning” or exacting gains from other groups. Instead, the data suggest that the legitimacy benefit turns, to a significant extent, on participation in a process, specifically one that presents an opportunity to affect the outcome. This view is bolstered by the work of social psychologists, which indicates that involvement in a process enhances perceptions of legitimacy among participants, independently of whether outcomes ultimately favor these participants”.

⁶⁶⁰MUNDUATE L. y MARTINEZ, J.M., *Conflicto y negociación*, Ob. cit., p.56.

⁶⁶¹FODDAI, M^a A., “Conciliación y mediación: ¿Modelos diferentes de resolución de conflictos?”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J, VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dirs.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial del conflictos en el siglo XXI*, Ob. cit., pp. 41 y ss.

c) La *mediación*. Un ADR de carácter voluntario en el cual un tercero, el mediador, de forma neutral, imparcial y confidencial, guía a las partes para que sean éstas quienes alcancen un acuerdo, careciendo en todo caso de capacidad decisoria sobre el fondo de la situación conflictiva.

d) El *ombudsman*. Un ADR de gran calado en los países anglosajones y nórdicos, y se identifica con un órgano de supervisión de la actuación de las administraciones públicas, entidades u organizaciones a través del conocimiento, prevención e incluso resolución de las reclamaciones o quejas que se presenten en el ámbito de su competencia. Este órgano, tiene reconocida la función de emitir un dictamen que en determinados ámbitos se considera vinculante y en otros es meramente consultivo. En España encontramos figuras que se identifican perfectamente con este ADR, como el “Comisionado de los Bancos”⁶⁶², que es un órgano para la defensa y protección del cliente de servicios financieros, que a través de la resolución, decide las quejas, reclamaciones y consultas que estos presenten frente a las entidades financieras.

e) La *negociación*. Un ADR cuya actividad consiste en obtener el acercamiento de posiciones entre diversas partes enfrentadas.

f) La *transacción*. Realmente es un contrato que recoge las recíprocas concesiones de las partes en un conflicto, a través del cual evitan la provocación de un pleito.

Ante esta variedad, algunos autores, han centrado su estudio en distinguir entre; aquéllos que aseguran una solución al conflicto y aquéllos que simplemente intentan alcanzar el acuerdo pero sin asegurar un resultado⁶⁶³. Como ha señalado HUERGO LORA: “*En la definición se incluyen aquellas instituciones cuya aplicación puede eliminar la controversia. Ello se debe a que algunas de las técnicas de resolución de conflictos, como la conciliación o la mediación, son simplemente procedimientos en los que se intenta alcanzar un acuerdo, pero sin que su tramitación garantice el logro del mismo. En otros casos, como la transacción o el arbitraje, la mera utilización de la figura (la celebración del*

⁶⁶²Se distinguen tres tipos de comisionados: El comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, el Comisionado para la defensa del Inversor y Comisionado para la defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones.

⁶⁶³Vid. PEREZ VALLEJO, A. M^a., “Resolución extrajudicial de conflictos: mecanismos de conexión e interacciones jurisdiccionales”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J, VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dirs.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial del conflictos en el siglo XXI*, Ob. cit., pp.41 y ss.

*contrato de transacción del convenio arbitral) excluye por sí sola el planteamiento de la controversia en sede judicial, siempre que respeten naturalmente, los requisitos de validez exigido en cada caso*⁶⁶⁴.

Otros autores, basan su clasificación en la intervención de un *tercero*, distinguiendo si se trata de ADR en los que no participa un tercero ajeno a las partes en conflictos, como son la negociación, la transacción o la novación, o si por el contrario, se trata de ADR en los que sí es necesaria la participación de un tercero, como el arbitraje, la mediación, la conciliación o el *ombudsman*⁶⁶⁵.

La doctrina mayoritaria incluye entre los ADR, figuras como la negociación y la transacción que se caracteriza por no requerir la participación de un tercero en la solución al conflicto. Sin embargo, para otros autores, como BLANCO CARRASCO, la participación de éste tercero es precisamente la esencia de los ADR, como lo demuestra la Unión Europea al prestar atención exclusivamente a aquéllos sistemas que requieren la intervención de una tercera persona. La Recomendación de la Comisión de 30 de Marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE) y la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE), se refieren a los procedimientos que conducen a una solución del litigio por intervención activa de una tercera persona. De la misma forma, el *Libro Verde* sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, (COM2002-196 final, de 19 de abril de 2002), considera que con el término, “modalidad alternativa de solución de conflictos”, se designan a los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial.

⁶⁶⁴HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p.15

⁶⁶⁵Vid. BLANCO CARRASCO, M. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.13. En el segundo caso, cuando participa un tercero en la resolución del conflicto, se puede distinguir a su vez, entre aquéllos que no pueden emitir ningún tipo de opinión o propuesta (mediación familiar o conciliación judicial), aquéllos que pueden emitir una opinión o propuesta sólo consultiva (conciliación extrajudicial y la mediación en diversos ámbitos) o aquéllos que pueden emitir una opinión o propuesta vinculante (arbitraje, ombudsman de ciertos sectores o el comisionado bancario).

Por ello, las clasificaciones de autor, hay quienes consideran que la negociación es una técnica que puede ser utilizada por los terceros y las partes enfrentadas a la hora de conseguir la solución al conflicto y, la transacción, deberá entenderse como uno de los posibles resultados del ADR elegido, pero en ningún caso pueden entenderse como un ADR en sí mismo⁶⁶⁶. Con el término negociación, se hace referencia a la actividad destinada a obtener el acercamiento de posiciones entre diversas partes enfrentadas⁶⁶⁷. Este acercamiento de posiciones se puede llevar a cabo de muy diversas formas, lo que permite diferenciar, distintos tipos de negociación, en función de si interviene un tercero o no, así como, de la mayor o menor incidencia de la función del tercero⁶⁶⁸.

En la *negociación directa*, sin intermediario, las partes de forma voluntaria e informal y no estructurada, consiguen acercar posiciones sin la intervención de una tercera persona⁶⁶⁹. La comunicación entre los sujetos en conflicto se produce de forma directa, bien sea físicamente, bien mediante cualquier otra forma de comunicación (teléfono, fax, email...). En estos casos, la negociación, hará referencia a la técnica o al tipo de comunicación que las partes adoptan y les permite alcanzar por sí mismas la solución al conflicto. Por el contrario, en la *negociación indirecta*, a través de un tercero, la intervención del mismo permite que nos encontremos ante otra figura jurídica, y no ante una mera negociación, dependiendo del alcance de la función que se atribuya a este tercero en esa negociación. Así, en los casos en los que la intervención del tercero en la negociación, consista en tratar de poner de manifiesto las ventajas de un acuerdo frente a un pleito incentivando a los sujetos a alcanzar la avenencia, estaremos ante una conciliación. Pero en los casos en los que la intervención del tercero en la negociación, trate de facilitar una comunicación constructiva y responsable,

⁶⁶⁶MARTINEZ DE MURGÍA, B., *Mediación y resolución de conflictos: una guía introductoria*, Ob. cit., p.44. Martínez de Murgía, se refiere a la negociación de la siguiente forma: “Las partes se reúnen solas o con asistencia de sus abogados, pero sin la participación de un tercero, y buscan resolver por sí mismas, el o los asuntos que suscitaron el conflicto, dialogando e intentando vencer y persuadir a la otra parte para llegar a algún acuerdo” (p.44).

⁶⁶⁷Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.17.

⁶⁶⁸Se trataría de un proceso voluntario, informal y no estructurado, por medio del cual las partes en conflicto llegan a un acuerdo.

⁶⁶⁹Vid. BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos, “alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Ob. cit., p.97. Esta autora diferencia entre negociación inter-partes o negociación a través de un tercero. En la primera, se pretendería una solución de las partes y por las mismas. Y, en la segunda, se da la intervención de un elemento ajeno a los sujetos en cuestión, de modo que se acude a un tercero que trate de alcanzar la solución, ante la inoperancia o reacción de la intervención de las partes en la búsqueda del resultado.

ofreciendo alternativas no contempladas por los sujetos y poniendo de manifiesto las posibles dificultades que las distintas opciones, estaremos ante una mediación.

Si tomamos una referencia normativa, La Recomendación nº R(98) 1, del Comité de Ministros de la Estados Miembros de la UE sobre la Mediación Familiar, define la mediación afirmando que: “...es el proceso en el que una tercera persona, el mediador, imparcial y neutro asiste a las partes sobre los aspectos objeto de litigio para que ellos mismos, por medio de la negociación, lleguen a acuerdos comunes”. Por ello, algunos autores, como MARTINEZ DE MURGUÍA, entienden que en estas situaciones, la negociación no debe ser entendida como una figura autónoma en sí misma, sino como una actuación posible o técnica, que podrá encuadrarse en otra figura jurídica; ya sea la representación, el mandato o los ADR, y cuyo alcance será muy diferente en función de la institución elegida⁶⁷⁰.

Por otro lado, el *Libro Verde* de la Comisión, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y mercantil de 19 de abril de 2002, establece la noción de modalidad alternativa de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, excluyendo el arbitraje, ya que es un procedimiento más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas de solución de conflictos, porque el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la resolución judicial. Como afirma GONZÁLEZ CANO, con el acrónimo ADR, se designan muchas modalidades alternativas de resolución de todo tipo de conflictos, aunque el *Libro Verde*, sólo se refiere a ellas en el ámbito del Derecho Civil, Mercantil, Laboral y en Derecho de los consumidores, pues son vías muy propicias para su desarrollo⁶⁷¹.

Es importante tener en cuenta, que la denominación, Alternative Dispute Resolution, ha sido la que ha provocado que se hable de “*alternativas*”. Cuando nos preguntamos a qué son alternativas los ADR, siempre aparecen como alternativas al proceso judicial, cuando, más bien, comparte con el proceso

⁶⁷⁰MARTINEZ DE MURGUÍA, B., *Mediación y resolución de conflictos: una guía introductoria*, Ob. cit., p. 42.

⁶⁷¹GONZALEZ CANO, M^a I., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, Ob. cit., p.139.

judicial, el ser “alternativas”; a la violencia, a la anarquía, o a tomarse la justicia por cuenta propia⁶⁷².

Respecto a la “transacción”, nuestro CC., en su artículo 1809, la define como: “*el contrato por el cual, las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen termino al que había comenzado*”. Su estudio se incluye dentro de los conocidos como contratos sobre decisión de una controversia jurídica o contratos de superación de una controversia, puesto que su causa o finalidad es la evitación de un pleito a través de la composición o eliminación del conflicto que enfrenta a dos sujetos⁶⁷³. La única referencia al medio para alcanzar dicho resultado se encuentra en la expresión utilizada por el artículo 1809, “...*dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa*”. Esta expresión integra cualquier actividad o conducta de las partes que pueda tener como efecto el fin de la controversia (ya sea de carácter traslativo, restitutorio, de mantenimiento de titularidades, obligatorio o de cualquier otra índole que requiera la evitación del pleito), pero no se hace referencia a si dicha composición deberá alcanzarse por las propias partes o a través de la intervención de un tercero⁶⁷⁴. Así, la transacción puede haber sido alcanzada por las propias

⁶⁷²Vid. KANOWITZ, L., *Cases and Material on Alternative Dispute Resolution*, American Casebook Series, West Publishg Co., St. Paul Minn, 1985, pp.1359-1404. El poder judicial, fue producto de asumir la necesidad de articular, desde el Estado, unos instrumentos necesarios para resolver las disputas y para conseguir el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos, con las garantías de igualdad y de justicia, que la tutela pretendida de los ciudadanos, requiere. Pero hay que reconocer que el Poder Judicial del Estado o la Administración Pública de Justicia, no es operante para alcanzar esa tutela eficaz, entendiendo por eficacia, la que comporta una solución justa en tiempo y forma. Así las cosas, la búsqueda de otras vías pueden llevarse a cabo, desde el mismo Estado o desde organizaciones públicas, semipúblicas o privadas, pero en todo caso, que no responden a la idea de proceso judicial. En todos estos supuestos, seguimos ante una alternativa a la violencia, a la fuerza, a la coacción, a la imposición unilateral de la solución o al tomarse la justicia por cuenta propia.

⁶⁷³Vid. PASTOR ALVAREZ, M^a C., “Algunas notas sobre las recíprocas concesiones en el contrato de transacción”, en, *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 3683-3692.

⁶⁷⁴PASTOR ALVAREZ, M^a C., “Algunas notas sobre las recíprocas concesiones en el contrato de transacción”, Ob. cit., p.3675: “La expresión “dando”, referida a la transacción, no debe interpretarse como una manifestación de voluntad dirigida a la entrega o transmisión de bienes y derechos tal y como podría inferirse de una primera interpretación de dicho término a la luz del artículo 1089 del Código Civil, por el contrario, su significado ha de ir referido a la conducta que una o ambas partes llevan a efecto con el fin de zanjar la controversia existente entre ellas, es decir, que cuando el precepto utiliza el término dando, ha de entenderse como un de los medios que las partes pueden utilizar para acabar definitivamente con el conflicto, independientemente de la función traslativa (ya sea con ánimo de transmitir la propiedad o sólo el uso o disfrute del bien o derecho que se trate) o resolutoria que al término genérico dar (o entregar se le atribuye). El término “prometiendo”, habrá de interpretarse como “obligándose” alguna de la partes a alguna cosa, comprensivo de los conceptos “dar”, “hacer” o “no hacer” alguna cosa, como conductas propias de toda obligación (artículo 1088 del CC), sin embargo no toda transacción conlleva

partes, a través de un acto de conciliación, a través de la intervención de un negociador o a través de un proceso de mediación. Esto es lo que, según BLANCO CARRASCO, puede llevarnos a afirmar que el contrato de transacción es exclusivamente uno de los posibles resultados de los ADR y no un ADR en sí mismo. Puesto que el término ADR, hace referencia precisamente al medio y a la presencia de un tercero, en la transacción ni se exige la participación de un tercero, ni es importante el medio a través del cual se consiga el acuerdo⁶⁷⁵.

Según lo anterior, se pueden distinguir dos sentidos del término ADR. En sentido amplio, este concepto incluiría las instituciones que no requieren la intervención de una tercera persona ajena al conflicto, como la negociación no asistida y la transacción, mientras que, en un sentido estricto, sólo se considerarían incluidos en estos métodos, los sistemas que requieran la participación de una tercera persona. BLANCO CARRASCO considera más acertada la visión estricta del concepto ADR, puesto que si bien es cierto que todos estos sistemas tienen un objetivo común, la evitación del pleito, con este término no se trata de abarcar cualquier mecanismo que permita alcanzar la solución a un conflicto, sino que se trata de hacer referencia a aquellos mecanismos que precisamente requieren la participación de un tercero. Por ello, cuando se utiliza el término ADR, se hace referencia a aquellos sistemas que surgen para la solución de conflictos, en los que las partes están de acuerdo en hacer un esfuerzo por evitar la jurisdicción, pero no pueden alcanzar la solución por ellas mismas, necesitando por tanto, la intervención y ayuda de otra persona⁶⁷⁶.

A pesar de la flexibilidad característica de los ADR, consecuencia de la autonomía privada de las partes a la hora de conformarlos, éstos también pueden

necesariamente una obligación propiamente dicha para una de las partes, se trata de una posibilidad más a contemplar con el ánimo de solventar la controversia, aunque uno sea ésta la más idónea para acabar con el conflicto...y por último el término “reteniendo” viene referido al derecho de retención que se concede en aquellos casos expresamente previstos por la ley como garantía al acreedor que tiene bajo su poder y posesión una cosa que pertenece al deudor, mientras éste no cumpla con la prestación debida. Pero cuando se trata de la transacción, la situación de conflicto a la que se pretende poner fin mediante este contrato se incrementa notablemente con la tensión que de por sí existe entre las partes ante un significado más restringido, no se trata tanto de la prestación que tiene su origen en la conducta de otro sujeto, sino que más bien consiste en mantener una titularidad de un bien o derecho al sujeto que se encuentra en unas circunstancias estrictamente tasadas y en virtud del cual queda facultado para continuar en dicha titularidad”.

⁶⁷⁵Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p. 16.

⁶⁷⁶Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.17.

ser objeto de otras clasificaciones. La realizada por MACHO GOMEZ, en la que pueden distinguirse dos criterios; el primero, que atiende a las funciones que ejerce el tercero, así como a la naturaleza de la solución adoptada, dos extremos íntimamente relacionados y; la segunda, que se refiere a la relación entre los ADR y el proceso judicial. Partiendo de estos criterios, MACHO GÓMEZ, refiere los siguientes tipos de ADR⁶⁷⁷:

1.- ADR facilitadores, ADR evaluadores y ADR resolutorios. Dicha clasificación atiende a la configuración que, de forma general, tiene cada uno de estos métodos, si bien, de igual modo, se tiene presente que las partes siempre pueden moldear, y por tanto, modificar, estos aspectos.

a) Los *ADR facilitadores*, se constituyen como los métodos donde la participación del tercero es mínima; el tercero se limita a asistir a las partes para que sean ellas mismas las que logren llegar a un acuerdo. Aquí incluiríamos la mediación.

b) En los *ADR evaluadores*, el tercero adquiere un papel más activo, se encarga de analizar la documentación presentada por las partes, escuchar sus argumentos y, en algunos métodos, si bien de forma excepcional, investigar distintos extremos relativos al conflicto. Por esta razón, y salvo ciertas excepciones, se suele elegir a un experto para tal tarea. Todo ello con la finalidad de realizar recomendaciones y exponer la solución que, en su opinión, estima más adecuada para el conflicto planteado, si bien, dicho pronunciamiento no es vinculante. Entre estos ADR se encuentran; la *neutral evaluation*, el *fact-finding*, la conciliación o el peritaje.

c) Los *ADR resolutorios*, que se caracterizan por la máxima intervención del tercero, el cual, además de examinar los documentos presentados por las partes y de oír sus alegaciones, tiene atribuida de forma común y general, una labor investigadora. Además, y como resultado de dichas actividades, el tercero, que será un experto en la materia que se trate, dictará una decisión vinculante, aunque ésta sólo goce de naturaleza contractual. Ejemplos de estos ADR son; el procedimiento precautorio prearbitral, la *expert determination*, así como los denominados *dispute boards* del Banco Mundial.

⁶⁷⁷VID. MACHO GÓMEZ, C., “Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el Comercio Internacional”, *Revista UC3M*, Vol.5, N°2, 2013, p.408.

2.- ADR intrajudiciales y ADR extrajudiciales. Según esta categorización, los ADR intrajudiciales son aquellos que, aunque se desarrollan al margen del proceso judicial, se encuentran vinculados al mismo, debido a que su utilización trae causa de la previa sugerencia u orden del juez, una vez iniciado el proceso judicial. Por su parte, los ADR extrajudiciales, son aquellos que se desarrollan completamente al margen del proceso⁶⁷⁸.

2.2.4. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Una definición general de los ADR, podría ser la propuesta por MACHO GÓMEZ: *“Aquellos métodos de resolución de conflictos de naturaleza exclusivamente contractual y estructura más o menos determinada, en virtud de los cuales, uno o varios terceros, de forma autocompositiva o heterocompositiva, ayudan a las partes a solventar la controversia”*⁶⁷⁹.

Desde esta definición, pueden extraerse sus características delimitadoras, es decir, aquellas características que permiten diferenciar a los ADR del resto de métodos de solución de conflictos⁶⁸⁰: a) el protagonismo de la autonomía de la voluntad; b) la naturaleza puramente contractual; c) la flexibilidad; d) la rapidez y reducido coste económico; e) la importancia de los intereses de las partes y; f) la presencia de uno o varios terceros. Veamos estas características detenidamente:

a) En cuanto a la autonomía privada, las partes son libres para constituir y reglamentar el método alternativo de solución de conflictos que estimen conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la “moral”, ni al orden público (art. 1255 Cc.). En estos métodos, las partes, no sólo deciden el ADR que quieren emplear, sino que pueden moldearlo según sus propias necesidades y circunstancias. A pesar de que cada mecanismo tiene una estructura más o menos definida, las partes pueden configurar de forma diferente sus extremos. En esta tarea, se ha de destacar la posibilidad de establecer el grado de participación y

⁶⁷⁸El *Libro Verde*, los denomina *ADR en el marco de procedimientos judiciales* y *ADR convencionales*, respectivamente.

⁶⁷⁹MACHO GÓMEZ, C., “Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el Comercio Internacional”, Ob. cit., p.399.

⁶⁸⁰Vid. BARONA VILAR, S., “Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la mediación”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 18, N° 1, 2011, pp.185-211.

funciones del tercero. Tienen la potestad para acordar someterse a la decisión vinculante de éste -aunque tenga sólo naturaleza contractual-, o simplemente configurar dicha resolución como una mera recomendación, que podrá ser o no ser aceptada e incluso, establecer que sólo ellas mismas, con la asistencia de un tercero, sean las que trabajen para llegar a una solución.

b) La naturaleza contractual, no sólo se predica del acuerdo inicial entre las partes en orden a llevar a cabo el ADR elegido, sino que también se atribuye al acuerdo o decisión que vaya a poner fin a la controversia⁶⁸¹.

c) La flexibilidad es consecuencia de la autonomía privada reinante en estos métodos. La falta de regulación en muchos aspectos de los ADR, o de normativa específica, es manifestación de tal principio. Es una de las mayores ventajas de los ADR en comparación con otros mecanismos, que puede adaptarse a las necesidades de las partes y a su conflicto.

d) La rapidez y el reducido coste económico, como dos de los objetivos primordiales de los ADR, los diferencian de otros métodos de resolución de conflictos, pues pretenden obtener soluciones rápidas y con el menor coste económico posible, es decir, resuelven controversias de forma eficiente.

e) Las soluciones que se obtienen mediante estos procedimientos, son conformes a los intereses de las partes, pues están diseñados para satisfacer los intereses de las partes y no para resolver los conflictos ajustándose estrictamente al Derecho dispositivo, lo que no implica que no se tengan en cuenta las normas jurídicas que rigen el conflicto en cuestión. De hecho, aquéllos interactúan y están íntimamente relacionados con éstas. La solución a la controversia, a través de estos métodos, se basa en los intereses que tengan los sujetos enfrentados, pero sin perder de vista la perspectiva legal. Esta forma de solventar las controversias es mucho más efectiva por facilitar el acuerdo de las partes, y por permitir soluciones mucho más flexibles e imaginativas

f) La necesaria presencia de uno o varios terceros, también es una característica propia de los ADR⁶⁸². Sus funciones pueden ser muy variadas; desde la emisión de una mera recomendación o una decisión vinculante

⁶⁸¹La solución, ya sea dictaminada por un tercero o sea obtenida por las propias partes, posee un mero carácter contractual, careciendo, tanto del efecto de “cosa juzgada”, como de la condición de título ejecutivo.

⁶⁸²MACHO GÓMEZ, C., “Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el Comercio Internacional”, Ob. cit., p.401.

(heterocomposición); a la simple asistencia a las partes para que sean éstas, exclusivamente, las que lleguen a su propio acuerdo (autocomposición).

Si ahora atendemos a las líneas seguidas por la Comisión y el Parlamento Europeo en sus Recomendaciones, podemos concluir que, los ADR, tienen las siguientes notas comunes: a) Requieren la participación de un tercero cuya intervención debe ser activa en la resolución del conflicto; b) el acceso de las partes en conflicto a los ADR debe ser voluntaria; c) su creación o establecimiento es normalmente producto de iniciativas de un determinado sector: bancos, seguros, telecomunicaciones, etc; d) su estructura, en ocasiones, está bajo la protección de la Administración Pública y, otras veces, es una iniciativa privada. Así encontramos, ADR dependientes de poderes públicos con ámbito de actuación central o local, de asociaciones o sectores profesionales o de profesionales o establecimientos (arbitraje o mediación), pues el órgano o tercero que interviene en la solución del conflicto, en ocasiones es una autoridad pública, pero en la mayoría de los casos es un órgano privado⁶⁸³.

Otra cuestión importante es que los ADR, no sustituyen al proceso, sino que lo complementan, lo que supone, como ya hemos abordado en otro punto de este trabajo, que no pueden en ningún caso excluir la posibilidad de acudir a la tutela judicial, a través de los órganos jurisdiccionales. Los ADR, por tanto, han de proyectarse en el marco de la tutela judicial efectiva, de forma que si el recurso a estos ADR impidiese el acceso al proceso judicial, se estaría vulnerando el artículo 24 de la CE, convirtiéndose en un sucedáneo de tutela judicial efectiva⁶⁸⁴.

Como hemos podido observar, la intervención del tercero y sus funciones, cobra especial relevancia para la clasificación de los ADR. El resultado de la intervención del tercero puede ser muy diverso. En ocasiones se limita a aproximar las posiciones de las partes, mientras que, en otros casos, emite una decisión. Esta decisión, a su vez, puede tener alcance muy diferente, siendo en unas ocasiones meras recomendaciones de carácter no obligatorio y, en otras, puede ser una decisión de carácter obligatorio para una de las partes en conflicto o

⁶⁸³BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p. 23.

⁶⁸⁴BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos "alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Ob. cit., p.48: "La elección de este tipo de sistemas no puede suponer en ningún caso una renuncia a la protección jurisdiccional. Son sistemas que permiten explorar la posibilidad de alcanzar una solución consensuada, que si satisface a ambas partes en conflicto, evitará acudir a un proceso judicial, pero si no las satisface será siempre posible acceder a la jurisdicción".

puede ser obligatoria para ambas partes en el conflicto (como en el arbitraje). La valoración del tercero, pues, es decisiva en la caracterización de los distintos ADR.

2.2.5. EL TERCERO EN LOS ADR.

Después de analizar los distintos métodos de resolución alternativa de conflictos, ADR, podemos determinar cuál es el alcance de la intervención del tercero en la solución del conflicto, lo que nos podría permitir calificar a cada uno de ellos como un método heterocompositivo o, por el contrario, autocompositivo de resolución de conflictos. Además, esta clasificación nos permite ver cuál es la relación de un ADR determinado con el procedimiento jurisdiccional, permitiéndonos establecer si se trata de un sistema que excluye (sistema alternativo) o que no excluye (sistema complementario) el conocimiento del conflicto por parte del juez. Partiendo de lo anterior, los derechos pueden ser objeto de tutela a través de dos modelos básicos: El *Modelo heterocompositivo* de resolución de conflictos (jurisdicción y arbitraje) y el *Modelo autocompositivo* de resolución de conflictos (negociación, conciliación y mediación)⁶⁸⁵. En cuanto hemos hecho referencia a esta distinción, heterocomposición y autocomposición, en el capítulo primero de este trabajo, ahora sólo la traemos a colación para hacer referencia a la posición del *tercero* dentro de los métodos ADR.

a) Modelo Heterocompositivo.

Las formas heterocompositivas⁶⁸⁶ por excelencia, para la resolución de conflictos previstas en los modernos ordenamientos jurídicos son dos: el proceso jurisdiccional y el arbitraje. Tanto en uno como en otro caso, la imparcialidad del tercero va a permitir la composición desinteresada del conflicto mediante la aplicación del Derecho objetivo positivo. Pero, podemos diferenciarlos considerando que, en el *arbitraje*; a) la legitimación proviene de un contrato

⁶⁸⁵Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.18.

⁶⁸⁶GUILLERMO PORTELA, J., “Características de la mediación”, en, SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coord.) *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Ob. cit., p.305.

celebrado entre las partes y el tercero, cuyo objeto es la solución de un determinado conflicto y; b) que la autoridad de este tercero, se agota en un único ejercicio, que finaliza con el laudo o decisión arbitral, al que las partes se comprometen a acatar.

En el caso del *proceso jurisdiccional*, por el contrario, el tercero imparcial está legitimado como órgano del Estado, que conoce de todos los conflictos jurídicos que surjan en el seno de la sociedad. Para ello, el juez o tribunal, están revestidos no sólo de *potestas*, sino también de *autoritas*. La potestad del juez dimana de la soberanía popular y puede traducirse, en su caso, en una actuación coactiva, imponiendo la ejecución forzosa de su resolución⁶⁸⁷. El juez es instituido por el Estado que le hace depositario en exclusiva de la potestad jurisdiccional, constituida por una doble vertiente; juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, según dispone el artículo 117.3 CE. Aunque juzgar, lo hacen con igual eficacia jueces y árbitros. la ejecución de lo juzgado, que puede requerir *imperium*, queda reservada al órgano público, al órgano jurisdiccional.

El arbitraje se pone en marcha, sólo cuando media un acuerdo previo de las partes para someterse a él con carácter voluntario. Faltando dicho acuerdo, el Estado no presta la protección y ejecutoria a lo decidido por un tercero imparcial o árbitro. Por el contrario, la jurisdicción conforma una estructura permanente del Estado para administrar la justicia, accedan a ella las partes voluntariamente o no⁶⁸⁸.

La jurisdicción como forma de resolución de conflictos, implica una *vía heterocompositiva* en la que interviene un tercero imparcial. La decisión de este tercero, siempre tiene carácter vinculante, impone la solución del litigio. El *tercero*, juez o tribunal, no se encuentra en plano de igualdad con las partes, sino en un nivel superior, aunque con el Estado de Derecho o, mejor, con el Estado de Derecho Constitucional, *la resolución* del juez; siempre debe ser motivada, razonada y razonable, además debe ser idónea para ser entendida por los litigantes

⁶⁸⁷GONZALEZ CANO, M^a I., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, Ob. cit., p.132: “Hablamos de la paz social, que tiene un contenido dinámico y positivo, enmarcado en el artículo 1.1 CE y dirigido a consolidar la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás (art.10 CE)”.

⁶⁸⁸También hay que tener en cuenta que el marco de relaciones que posibilitan el arbitraje es mucho más reducido que el campo de actuación del órgano jurisdiccional, pues el arbitraje se circunscribe a las materias sobre las que las partes pueden disponer libremente, en tanto que a través del proceso se puede resolver cualquier conflicto derivado de cualquier relación jurídica.

y por la sociedad en su conjunto, incompatible con la arbitrariedad y susceptible de ser sometida a control. En definitiva, ha de cumplir con el derecho a la *tutela judicial efectiva*.

La otra forma heterocompositiva, el arbitraje, en que también resuelve un tercero, sin embargo, queda limitada, como decíamos, a un acuerdo previo de las partes para someterse voluntariamente a él. Faltando dicho acuerdo, el Estado no concede “*ejecutoriedad*” a la solución dada por el árbitro. Además, el arbitraje sólo puede tratar sobre materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, mientras que en el proceso jurisdiccional pueden resolverse cualquier tipo de conflictos. Podemos concluir que, tanto la jurisdicción como el arbitraje son formas heterocompositivas, pero solo el arbitraje entraría dentro de los métodos ADR, que están a elección de las partes. La jurisdicción, por el contrario, solo comparte con el arbitraje la característica heterocompositiva. Más allá de ésta, las diferencias son sustantivas.

b) Modelo Autocompositivo.

Dentro de las fórmulas *auto-compositivas* de los ADR, encontramos: La mediación, la conciliación y la negociación. En estos procedimientos se devuelve el protagonismo a las partes que son quienes resuelven el conflicto, bien por el acuerdo, o por la renuncia de cualquiera de ellas en sus pretensiones⁶⁸⁹.

⁶⁸⁹ Dentro de estas fórmulas autocompositivas podemos encontrar, varios procedimientos:

-La negociación, mediante el diálogo y el consenso se llega directamente al acuerdo, que puede realizarse directamente por las partes o mediante el asesoramiento de otros profesionales, pero existe un punto de “manipulación” que se orienta en la única dirección de satisfacer el propio interés. Persiste, claramente, el principio *ganar/perder*.

-La conciliación, muy parecida a la mediación, tanto que a veces se confunden. En la actualidad ya empieza a delimitarse con más claridad, pues el conciliador propone soluciones que las partes pueden adoptar o no y, en la mediación, el mediador les ayuda a encontrar la solución por ellas mismas.

-La mediación siempre es voluntaria, mientras que la conciliación, en el ordenamiento jurídico español, en el ámbito laboral se prevé como obligatoria y previa a la vía jurisdiccional para resolver controversias entre trabajador y empresario. En el orden civil, hasta hace algunos años, era obligatoria para algunas materias antes de interponer una demanda. La mediación es un término, cuya denominación nos puede llevar a equívoco, pues sugiere que es un tercero quien da la solución, aunque esto no es así. El mediador en el proceso, no tiene más función que la de asistir o ayudar a las partes en su intento de encontrar la mejor solución al conflicto en el que se encuentran. El mediador está formado en una serie de técnicas de control de emociones y comunicación, y ayuda a las partes a comunicarse y a recuperar sus habilidades de diálogo, pero no es el mediador quien toma la decisión, sino que ésta es fruto del acuerdo de las propias partes en conflicto. Como ya hemos reiterado, el principio *ganar/ganar*, es básico en la mediación; todos ganan con el acuerdo

Pero en estas fórmulas, a diferencia de las anteriores, la solución del conflicto no es definitiva. Los sujetos afectados pueden no reconocer o someterse a la solución adoptada, quedando abierta la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional, que es donde únicamente se resuelve de modo definitivo e irrevocable el conflicto, impidiendo así que se reproduzca indefinidamente. Debido a ello, una mayoría de los autores consideran que ambos modelos (heterocompositivo y autocompositivo) debemos verlos como complementarios, en el desarrollo y profundización de nuestras democracias⁶⁹⁰.

Es evidente que, en los ADR en los cuales el tercero puede emitir una decisión vinculante, estamos ante un sistema heterocompositivo, como ocurre en el arbitraje. Fuera del caso claro del arbitraje, en aquellos ADR en los que el tercero no tiene opinión consultiva, es decir, que se limita a aproximar las posiciones de las partes, estamos, entonces, ante un sistema autocompositivo, puesto que son las propias partes las que alcanzan la solución al problema. Este sería el caso de la mediación y la mediación familiar.

Para los métodos ADR en los cuales, el tercero emite una opinión no vinculante para las partes, el conflicto no es tan fácil de resolver⁶⁹¹. Para calificar un sistema como heterocompositivo, no basta la simple intervención del tercero, sino que la intervención del tercero debe estar dirigida a dar la solución al conflicto, ante la imposibilidad de las partes de alcanzarla por sí mismas. Por lo tanto, un sistema heterocompositivo, es aquél en el que el tercero soluciona el conflicto de las partes.

En cuanto a las fórmulas autocompositivas, van a representar un mecanismo para la solución de conflictos, que se caracteriza porque van a ser las partes en litigio, quienes; bien por un sacrificio unilateral, o bien por mutuo acuerdo en sus respectivas posiciones iniciales, deciden poner fin al conflicto. En este sentido, ha señalado GONZALEZ CANO, que dentro de la evolución de los medios de solución de conflictos, la autocomposición aparece como una fórmula muy

⁶⁹⁰Vid. SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013, pp.39-42.

⁶⁹¹Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.25

civilizada, aunque tiene rasgos que los hacen parecidos a la autotutela o autodefensa⁶⁹².

En los métodos autocompositivos, se hayan presentes algunos caracteres de la autotutela, en la medida en que, en ambos casos, el conflicto es solucionado por los propios interesados. Pero, sin alterarse su naturaleza autocompositiva, la eventual intervención del tercero en los métodos autocompositivos ADR, hace que la autotutela quede descartada. El tercero en los ADR, según hemos visto y analizaremos detenidamente más adelante, solo entra en un conflicto no violento. Además, las habilidades y técnicas del mediador y los negociadores, están construidas para la resolución pacífica de los conflictos. En fin, con todas estas salvedades, la autotutela queda descartada en los métodos autocompositivos ADR.

A diferencia de las fórmulas heterocompositivas, la solución del conflicto mediante la autocomposición no es definitiva, pues cualquiera de los sujetos intervinientes en la controversia, puede desconocer la solución impuesta o aceptada, quedando abierta la posibilidad de un nuevo conflicto sobre el mismo objeto o la posibilidad de reproducir éste en vía jurisdiccional⁶⁹³. El dato que nos proporciona el ordenamiento jurídico a este respecto es que, sólo mediante los métodos heterocompositivos se puede resolver de un modo definitivo e irrevocable el conflicto, impidiendo que éste se reproduzca indefinidamente, logrando junto a la pacificación, la función satisfactoria de la resolución. Por lo tanto, sólo cuando las fórmulas autocompositivas son homologadas judicialmente, el conflicto queda solventado de forma definitiva, pudiéndose ejecutar coactivamente, y gozando de los mismos efectos que el ordenamiento otorga a las soluciones heterocompositivas.

En cuanto entraremos en detalle en la mediación a lo largo del trabajo, tan solo apuntar algunas características que diferencian a las otras dos fórmulas autocompositivas: la negociación y la conciliación

Por lo que ha ce a la *negociación*, es la forma de autocomposición en la que las partes discuten por sí mismas, o una representación, la forma de resolución del conflicto. La negociación puede realizarse, pues, bien entre las partes o bien entre sus representantes legales. Por lo tanto, no aparece la figura de un “tercero

⁶⁹²Vid. GONZALEZ CANO, M^a I., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, Ob. cit., p.135.

⁶⁹³Vid. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.67.

neutral” en la negociación. En todo caso, en sistemas como el norteamericano, es muy frecuente la llamada, “negociación asistida”, en la que además de darse la intervención de los abogados de las partes, acuden figuras de “Evaluación Experta”, como el *Mini juzgado* o el *Mini Jurado*. Su paralelo procesal, será la transacción, de manera que cuando las partes lleguen a un acuerdo, lo harán valer ante los tribunales, a través de una transacción judicialmente homologada.

Por lo que se refiere a la *conciliación*. Se trata de una figura cuya distinción con la mediación no ha resultado evidente, pues, al aparecer la figura de un *tercero* ajeno al conflicto, ambas se suelen confundir en las distintas legislaciones y por la propia doctrina. Si bien es cierto que, últimamente, ya no se da tanta confusión con la mediación; al identificarse ésta última con un tipo de autocomposición en la que el tercero, el mediador, tiene una formación específica y utiliza determinadas técnicas⁶⁹⁴. Sin embargo, GIMENO considera que la distinción entre estas dos figuras, conciliación y mediación, está claramente establecida; por el carácter espontáneo de la mediación y el carácter institucionalizado de la conciliación. Lo cual también tiene reflejo en el procedimiento utilizado por el “tercero” por cada tipo; un procedimiento psico-social y comunicativo, en la mediación, y un procedimiento mucho más jurídico y formalizado, en la conciliación⁶⁹⁵.

Para finalizar este apartado, resulta claro que el proceso jurisdiccional sigue siendo el claro referente para los métodos ADR. Por dos motivos esenciales: Es un derecho de todo ciudadano el poder acudir a la jurisdicción para resolver su conflicto (art. 24. CE) y, además, porque hablar de proceso y jurisdicción implica todo un conjunto de derechos y garantías en la forma de resolver el mismo, que puede servir como inspiración de cualquier otro sistema alternativo⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴Entre los rasgos que caracterizan la conciliación, podríamos destacar la falta de voluntariedad en el acceso al acto conciliatorio, al menos en nuestra legislación en el ámbito del derecho laboral. El acto de conciliación ante el organismo oficial en las controversias entre empleado y empleador, se desenvuelve con eficacia y, el antiguo acto de conciliación de la LEC de 1881, fue preceptivo hasta 1984. En la Jurisprudencia, se señala que la naturaleza del acto de conciliación es la de una institución de jurisdicción voluntaria, por lo que se trata de “una actividad jurisdiccional”, pero no jurisdiccional propiamente.

⁶⁹⁵GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2010, pp.187 y ss.

⁶⁹⁶Las vías autocompositivas y el arbitraje, tradicionalmente han sido postergados al ámbito de los derechos dispositivos, imposibilitándose el acceso a ellas en el ámbito del derecho indisponible, en el que prima un interés público, como es el conflicto penal, o las materias relacionadas con menores o incapacitados, pero las últimas reformas han posibilitado la autocomposición, por lo que la aplicabilidad o no de los métodos alternativos de resolución de conflictos a las materias no

No obstante, considerar que uno sólo de estos modelos es el que nos garantiza el disfrute de nuestros derechos, el heterocompositivo y en particular la jurisdicción, significaría dejar de lado toda la faceta de ciudadanía cívica o activa que está implícita, en las distintas formas de autocomposición, sobre todo en la mediación. Por ello los ADR, señala BLANCO CARRASCO, debieran ser entendidos según una doctrina mayoritaria como sistemas complementarios al proceso jurisdiccional, puesto que el sometimiento a los mismos no excluye el acceso al proceso judicial, sino que simplemente tratan de solucionar el conflicto, siempre que es posible, al margen o antes de que llegue a la vía jurisdiccional⁶⁹⁷.

2.3. DE UN CONCEPTO AMPLIO A UN CONCEPTO RESTRINGIDO DE LA MEDIACIÓN. DEFINICIONES DE MEDIACIÓN: JURÍDICA, SOCIAL, PSICOLÓGICA.

Dentro de los distintos métodos ADR, nuestro interés está en la mediación. En relación con los significados actuales del término “mediación” (usuales, doctrinales o legales), PUY MUÑOZ señala que: *“No son en su inmensa mayoría obra nuestra, ni han nacido en la modernidad, sino que son un legado lingüístico que se ha ido reelaborando y transmitiendo desde hace muchas generaciones anteriores”*⁶⁹⁸.

El término, Mediación, llega a todas las lenguas romances occidentales a través del latín. Así, ERNOUT, MEILLET Y ANDRÉ, establecen sus orígenes conocidos en el “Dictionnaire étymologique de la langue latine”⁶⁹⁹. Según su etimología, “*medius –a –um*”, califica a: *“Quien se encuentra en medio, al intermediario, a lo que está en medio en sentido local y temporal, y por consiguiente también en sentido moral, a lo que se no se inclina ni a uno ni a*

dispositivas, es posible cuando la norma así lo admita, como es el caso de la justicia penal de menores, con la reparación y conciliación para los infractores y las víctimas.

⁶⁹⁷Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.26.

⁶⁹⁸PUY MUÑOZ, F., “La expresión “Mediación Jurídica”. Un análisis tópico”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coord), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Ob. cit., p.28.

⁶⁹⁹ERNOUT, A. y MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Éditions Klincksieck, París, 1979.

otro, a lo indiferente, a lo indeterminado”⁷⁰⁰. Mediación recibe los mismos empleos que el adjetivo griego, “mesos-meson. También se relaciona con un adjetivo indoeuropeo, documentado en sanscrito, como *madhyah* y, en Avesta, como *maidya*. Y lo mismo ocurre con *mediator* y *mediatrix*, de genealogía anglosajona y que son sustantivos provenientes del latín religioso. Significan, el mediador y la mediadora, pero en sentido activo, señalando a los que están desempeñando la función de “mediar”.

En la cultura pagana, Mercurio simboliza un mediador latino, mientras que en Grecia, fue Hermes, “*el mediador entre la vida y la muerte el día y la noche, los vivos y los muertos, el cielo y la tierra, la casa y lo exterior a ella*”⁷⁰¹, cuyo símbolo es el *caduceo* (la vara con dos culebras), lo que indica que también era mediador entre el comprador y el vendedor.

Si nos remitimos a algunos antecedentes históricos mas recientes de utilización del término mediación, podemos fijarnos en la palabra, *medianedo*. Esta palabra está documentada hacia el año 1076 en el Fuero de Avilés, significando “*Tribunal sobre litigios de los pertenecientes a diferentes jurisdicciones*”. Su significado jurídico, según COROMINAS⁷⁰², supone la comprensión de la mediación como una jurisdicción extraordinaria, (de Derecho Natural), capaz de llegar donde no llegan las ordinarias (las de Derecho Positivo).

Las Partidas de Alfonso X, que datan de 1263, no nombran la mediación expresamente, pero regulan el arbitraje (en la partida 3, título 4, leyes 23 a 35). Establecen y normativizan, el procedimiento que deben seguir, quienes son llamados en latín “*árbitros*” y, en romance, “*juzgadores de albedrío*”, porque, “*son escogidos para librar algún pleito señalado, con otorgamiento de ambas partes*” (Partida 3.4.1). Aunque no aparece el término *mediación*, la función de mediar, quedaría reflejada en la norma.

En 1611, al mediador se seguía llamando medianero, según se puede comprobar en el *Tesoro de la Lengua Castellana o Española* de Sebastián de Covarrubias. La expresión, “*dar un medio al negocio*”, significa, “*atajarle de manera que esté bien a ambas partes*”. La expresión, “*entrar de por medio*” significa, “*ofrecerse a alguna persona para poner paz entre dos que están*

⁷⁰⁰PUY MUÑOZ, F., “La expresión “Mediación Jurídica”. Un análisis tópico”, Ob. cit., p.29.

⁷⁰¹PUY MUÑOZ, F., “La expresión “Mediación Jurídica”. Un análisis tópico”, Ob. cit., p.30.

⁷⁰²COROMINAS, J. Y PASCUAL, J., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Gredos, Madrid, 1991, p.123.

diferentes". Mediar se interpreta, en general, como "intervenir o ponerse de por medio y medianero se traduce por el que se pone de por medio para componer diferencias". El Diccionario de Autoridades, recogió en 1734 las voces *mediación* y *mediador*, junto a las ya conocidas *medianero* y *mediar* y la definición que da es la siguiente: "Mediación significa la interposición o intervención de alguno que pretende componer o reconciliar a otros que están entre sí discordes, o conseguir alguna cosa para otro"⁷⁰³.

En la contemporaneidad, también se concedió a la mediación un papel muy importante, usándolo con mucha acuidad en el campo del Derecho Internacional, en el cual resultaba de suma importancia el establecimiento de relaciones y el respeto de los pactos basado en la autoridad⁷⁰⁴. Uno de los problemas que siempre ha tenido el Derecho Internacional era mantener la coactividad de sus normas, ya que se establecen entre sujetos que son Estados soberanos y, en relación con los cuales, es difícil establecer vínculos de obligación que no se basen en la fuerza bruta o en la convicción asumida por respeto a la autoridad reconocida. Estas características han hecho que éste sea un campo especialmente fructífero para el desarrollo de la mediación, que la ha mantenido viva, incluida en el arbitraje, aún antes de poder darle técnicamente su nombre específico.

Finalmente, esta evolución del significado del término mediación podemos concluirlo con las definiciones de los términos mediador, mediación y mediar, que ofrece la última edición del *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia*⁷⁰⁵: 1) Mediación, del latín, *mediatio mediationis*, es acción y efecto de mediar; 2) Mediador, del latín *mediator mediatoris*, es el que media y; 3) mediar, del latín *mediare*, tiene varias acepciones; a) llegar a la mitad de algo, b) interceder o rogar por alguien, c) interponerse entre dos o más personas que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.

Por lo que hace a la diferenciación entre, *mediación "propriadamente dicha"* y *mediación jurídica*, PUY MUÑOZ se pregunta cuando una mediación genérica

⁷⁰³LAPESA, R., *Diccionario de Autoridades*, Instituto de Investigación, Real Academia Española de la Lengua. <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/diccionarios-antiguos-1726-1996/diccionario-de-autoridades>.

⁷⁰⁴OTERO PARGA, M., "Las raíces históricas y culturales de la mediación" en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Ob. cit., p.175.

⁷⁰⁵Diccionario de la Real Academia de la Lengua. <http://www.rae.es>.

(según las definiciones usuales e históricas), se convierte en una mediación jurídica (según las definiciones legales y doctrinales). Considera que son tres las posibles respuestas que pueden darse; nunca, a veces o siempre⁷⁰⁶.

La primera respuesta, es que una mediación genérica nunca se transforma en una mediación jurídica y ello, partiendo de la idea de FOLBERG Y TAYLOR, de que una mediación es una resolución de conflictos sin litigio⁷⁰⁷. Sin embargo, PUY MUÑOZ considera que esa respuesta no es correcta. Primero, porque hay tipos de mediación evidentemente jurídicos, como los ya considerados, en sede legal y doctrinal. Y, en segundo lugar, porque este argumento que se utiliza es un tanto sofisticado, ya que el Derecho no siempre se identifica con el litigio judicial, siendo éste, sólo, una de las múltiples manifestaciones del Derecho⁷⁰⁸.

La segunda respuesta es que una mediación genérica no siempre, o sólo a veces, se convierte en una mediación jurídica, sobre todo en aquéllos casos en los que la ley la regula en términos generales, atrayéndola al mundo jurídico; 1) cuando la ley define mediación; 2) cuando el mediador es miembro de un colegio profesional legal; 3) cuando la mediación es un requisito previo al inicio del pleito; 4) cuando un juez debe aprobar los acuerdos alcanzados en la mediación; 5) cuando los abogados de las partes intervienen en las sesiones de mediación; 6) cuando la mediación viene obligada por un contrato o promesa de mediación y; 7) cuando la mediación establece la titularidad de uno o varios derechos. En estos casos, la segunda respuesta si puede ser aceptable.

La tercera respuesta, nos dice que la mediación se dirige a pacificar una pugna por un derecho concreto y, este hecho en sí, constituye un motivo más que suficiente para convertir en jurídica a cualquier mediación. Ahora bien, al ocurrir siempre, incluso cuando los actores no se percatan de la necesidad, nos llevaría a la afirmación de que toda mediación es una mediación jurídica. Es decir, no habría ninguna mediación que no fuera jurídica bajo alguno de los aspectos en los que el Derecho hiciera acto de presencia en la vida social. Y es lógico que esto ocurra, por dos razones:

⁷⁰⁶PUY MUÑOZ, F., “La expresión “Mediación Jurídica”. Un análisis tópico”, Ob. cit., p.30.

⁷⁰⁷FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, trad. de Blanca Mendoza, Limusa, México, 1992. p. 65.

⁷⁰⁸PUY MUÑOZ, F., “La expresión “Mediación Jurídica”. Un análisis tópico”, Ob. cit., p.30.

a) Primero porque los conflictos son siempre conflictos de posesión de derechos⁷⁰⁹. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO señala que la mediación es un instrumento de solución de conflictos de carácter intersubjetivo y social, que se basa en la intervención de terceros, que ayudan a las personas enfrentadas por derechos, a encontrar y alcanzar un acuerdo entre ellas⁷¹⁰.

b) Segundo, porque la idea de mediación penetra en toda la experiencia jurídica y especialmente el campo de la legislación y la jurisdicción. La mediación se toma como un instrumento, una herramienta, pero no un fin en sí misma. Aunque muchos mediadores tienden a insistir en sus evidentes beneficios, magnificando en ocasiones sus efectos positivos, su práctica sólo tiene sentido cuando pueda ser eficaz para el logro del objetivo perseguido. No es que no tenga otros beneficios para las partes, como hemos analizado han reiterado BUSH y FOLGER, pero hay casos en que la mediación no debe iniciarse o debe abandonarse, nada más se tome conciencia de su inutilidad.⁷¹¹

Teniendo en cuenta que podemos abordar la tarea de dar una definición a la mediación desde varias perspectivas, considera PUY MUÑOZ, que es posible diferenciar entre; las definiciones legales, doctrinales, usuales y etimológicas del término mediación. Sin embargo, cuando observamos las definiciones de mediación que dan los distintos autores, podemos identificar una característica que se repite en todos los casos: La intervención de una tercera parte para resolver el conflicto y su necesario carácter neutral e imparcial⁷¹².

Al establecer una definición sobre un determinado concepto, debemos tener en cuenta, la dificultad de incluir todos los matices y visiones que se tienen al respecto⁷¹³. Por ejemplo, es importante mencionar el papel protagonista en la mediación de la psicología social, dado que la mediación, al igual que la

⁷⁰⁹PUY MUÑOZ, F., “La expresión “Mediación Jurídica”. Un análisis tópico”, Ob. cit., p.30: “El ser humano ha luchado por otro ser humano, principalmente por dos cosas: un cónyuge que le dé hijos y los alimentos, por un rebaño que alimente a la familia con sus frutos y por una tierra que alimente al rebaño con sus pastos. Los demás conflictos, o motivos de lucha, y de composición, son accesorios y vienen después”.

⁷¹⁰Vid. GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Mediación: una aproximación desde el Derecho y la psicología”, en, GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO (Dir.) *Mediación, un método de ? de conflictos. Estudio interdisciplinar*, Ob. cit., p.8

⁷¹¹La falta de acuerdo no es un síntoma que augure un fracaso inminente, pues la mediación puede resultar beneficiosa. Ya lo hemos visto en el capítulo primero de la tesis; deshace equívocos y lima asperezas. Pero la mediación no es exactamente una terapia, los mediadores tampoco son terapeutas, ni los sujetos en disputa deben ser tratados como pacientes a los que tratar.

⁷¹²PUY MUÑOZ, F., “La expresión “Mediación Jurídica”. Un análisis tópico”, Ob. cit., p. 21.

⁷¹³GUILLÉN, C., “Gestión de Conflictos y Mediación”, en GUIL, R. (Ed.), *Psicología Social para psicopedagogos*, Kronos, Sevilla, 2004, pp. 229-260.

negociación, son tipos muy particulares y complejos de interacción social, que es precisamente un terreno propio de la psicología social⁷¹⁴.

Es justamente a causa de su fuerte contenido psicosocial, por lo que frente al arbitraje, la mediación tiene un alto índice de satisfacción entre sus usuarios y crece su eficacia y su popularidad como método para gestionar conflictos. Las relaciones entre estos dos campos, psicología social y mediación, son muy estrechas, al menos en estos tres sentidos:

- 1) La mediación pretende intervenir en la resolución de un conflicto que es, o bien interpersonal o bien intergrupal. En ambos casos, estamos ante un conflicto de naturaleza psicosocial, donde aspectos como la identidad personal y la identidad grupal, las relaciones intergrupales, el favoritismo endogrupal y la hostilidad exgrupal serán muy importantes.
- 2) Son muchos los campos temáticos de la Psicología Social, que tienen una gran utilidad para la labor del mediador (comunicación, formación de impresiones, actuación interpersonal).
- 3) La propia mediación es en sí misma un proceso psicosocial, caracterizado ante todo por tres aspectos esencialmente psicosociales; la interacción interpersonal, la comunicación y la persuasión, aspectos que llegan incluso a constituir la auténtica esencia del proceso de la mediación.

Para DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, la auténtica eficacia de la psicología social para el campo de la mediación, debe extraerse, tanto a nivel teórico, como a nivel más práctico, en saber aprovechar los numerosos resultados a los que la psicología social ha llegado en muchos temas psicosociales de gran aplicabilidad al terreno de la mediación. Sobre todo en tres campos⁷¹⁵:

a.-*Construccionismo social*. Mediante este enfoque, el mediador verá facilitada su tarea si considera que el conflicto, para cuya solución debe mediar, como cualquier otra realidad, es algo socialmente construido por las partes litigantes. Los hechos no son cosas en sí mismas, sino productos de un consenso social, son construcciones sociales y, es en “lo social”, en dónde el mediador debe intervenir, teniendo muy presente que el propio

⁷¹⁴Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C. *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p. 183.

⁷¹⁵Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C. *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.183.

conflicto es algo constituido por sus propios protagonistas. Por lo que el análisis de cómo lo construyeron es fundamental, así como va a ser fundamental el lenguaje en que se haya construido el conflicto⁷¹⁶.

b.- *Análisis del discurso y de las conversaciones*. Al ser la mediación un proceso psicosocial, que pretende intervenir en las relaciones interpersonales e intergrupales a través principalmente del lenguaje, los diferentes contextos presionan e influyen en el tipo de relaciones que se crean y, por lo tanto, se construyen diferentes narraciones de acuerdo con los contextos en los que éstas son narradas⁷¹⁷. La misma situación es contada de forma diferente si el interlocutor es el amigo, el esposo, el juez o el terapeuta. Los contextos de amistad, conyugales, judiciales, de mediación o terapéuticos, también influyen para que se construyan narrativas de forma diferente. El contexto de mediación es un contexto de adversidad. Sin embargo, en la medida en que se establezca la mediación como un contexto conversacional, se podrá dialogar sobre las narraciones que cada una de las partes lleve a la mediación y, así, la narrativa alternativa sería el resultado de la conversación de las narrativas individuales.

c.- *Interaccionismo simbólico*⁷¹⁸. Aunque es anterior en el tiempo a los dos enfoques anteriores, el interaccionismo simbólico se les asemeja bastante, complementándolos. Entre los supuestos básicos se encuentran tres de mucha importancia para la mediación: 1) el hombre vive en un medio físico (lo que le asemeja a los animales) y, en un medio simbólico (lo que le diferencia de los animales); 2) ese medio simbólico consta

⁷¹⁶Porque el lenguaje no es una mera actividad solo para describir las cosas; el lenguaje está pautado por normas, reglas y códigos que dependen de la cultura a la cual pertenecemos cada uno y del contexto socio-histórico en que se produce. Vid. COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.156: “Si consideramos la legitimidad en sí como un una condición en la cual los sentimientos de pertenencia y sociabilidad son posibles, entonces, la falta de legitimación es una forma de destierro narrativo, una extirpación de la persona como sujeto hablante”.

⁷¹⁷Vid. SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Barcelona, 1996, pp.192-194. Indica esta autora, que cuando las partes concurren a mediación ya se han definido a sí mismas como adversarias, por lo que, esto contribuye a la producción de historias o narraciones de acusación, reproche, justificación y negación que van a influir en el conflicto. Sin embargo, las narrativas no son historias fijas, sino que, el propio proceso de construir historias sobre los acontecimientos de nuestra vida, está realizándose continuamente y eso favorece los procesos de mediación.

⁷¹⁸Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.185.

principalmente de símbolos y significados comunicacionales, y; 3) la sociedad como conjunto de individuos, interactuamos dentro de una cultura, así como los significados y valores relacionados a través de los cuales lo individuos interactúan preceden a cualquier individuo existente. Por eso, el mediador, deberá conocer, el significado real que cada elemento del conflicto tiene para cada una de las partes en litigio, conocer los elementos simbólicos de ese conflicto y, al cabo, saber cómo fue construido el conflicto en y por la interacción social.

Refiriéndose al tema de la mediación “a secas”, es decir, no estrictamente de significado jurídico, BOQUÉ considera que tratar de definir la mediación, no es en modo alguno una pretensión trivial, a pesar de sus ambigüedades. Porque implica entrar en un discurso teórico complejo que se origina en ámbitos disciplinarios distintos y discordantes que, además, se ve engrosado por un cúmulo de prácticas aún más inconexas todavía⁷¹⁹.

Desde una posición más jurídica, PUY MUÑOZ considera que comprender totalmente el significado de las expresiones del lenguaje jurídico es siempre una tarea ardua y difícil, y eso es lo que nos ocurre con la expresión *mediación jurídica*, siendo varias las causas de esta dificultad. La primera de ellas, nace del hecho de que la expresión, mediación jurídica, es una expresión con dos términos y no un término simple. Para definirla, ambos aspectos deben distinguirse en todo caso; por un lado, el término mediación y, por otro, la expresión completa, mediación jurídica. La segunda causa que puede dificultar el análisis tópico del término mediación, es la relativa escasez de fuentes escritas que reflexionen sobre este tema, ya que es una institución bastante nueva, que cuenta con algo más de medio siglo de manifestación y estudio⁷²⁰. Como tercera causa, dificulta esta

⁷¹⁹BOQUÉ TORREMORELL, M.C., *Cultura de mediación y cambio social*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 85.

⁷²⁰PUY MUÑOZ, F., “La expresión “Mediación Jurídica”. Un análisis tópico”, Ob. cit., p.21: “Analizar con método tópico una expresión significa en sustancia dos cosas. La primera es que se debe utilizar la etimología como criterio decisivo para elegir el sentido prioritario que se debe atribuir a la expresión. La segunda cosa que significa analizar con método tópico un expresión es que se trata de descubrirle sus múltiples caras y en especial las escondidas. Descubrir las caras escondidas de una palabra en este contexto buscar tres en concreto, sin quedarnos instalados cómodamente en la primera percibida. Si nos quedamos prendidos en el primer significado que entrevenos, nos dejamos troquelar por él, también quedaremos persuadidos, quizás por error de que ese primer significado percibido es el único que hay o el mejor que hay, o el único que debe haber. Tal actitud es inaceptable porque todo término, y aún toda comunicación tiene, siempre otros dos significados más junto al primero que se percibe, uno mejor y otro peor. Siempre hay de cierto, por lo menos otro significado más valioso que el primero, el cual generalmente permanece

definición el que el operador que trata de dar un significado neto y objetivo de la expresión *mediación jurídica*, manifieste significados implícitos bastante distintos unos de otros. En cuarto lugar, PUY MUÑOZ considera que para dar con una definición de mediación jurídica, además, es necesario sortear la mala imagen que en nuestro tiempo muchos han arrojado a sobre la mediación jurídica, entre otros: los mediadores no juristas, tratando de competir en el campo laboral que desean acotar; los mediadores juristas, en especial abogados y jueces, examinándola como una vía de menor categoría y, parte del público en general, considerándola como una intromisión en su intimidad o sencillamente una simple intromisión en sus derechos⁷²¹.

Pero la mediación ha irrumpido con una fuerza inusitada en el articulado de las leyes positivas de nuestro tiempo. La mayoría de los legisladores no se han limitado a fijar algunas condiciones de funcionamiento de la institución, sino que han expresado una definición legal de este concepto. Como resumen de las definiciones legales sobre mediación, MEGÍAS GÓMEZ ha señalado la siguiente: “*Una forma pacífica de resolución de conflictos, en las que las partes, enfrentadas, ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes*”⁷²². Pero veamos más despacio las definiciones jurídicas de mediación.

El *Libro Blanco* sobre mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos en España, afirma que la mediación: “*Se trata de un procedimiento voluntario, informal y confidencial, por el cual una tercera parte neutral (una o más personas) con una formación profesional adaptada a las necesidades del conflicto, asiste a las partes con el objeto de que éstas lleguen a un acuerdo por sí*

oculto a la primera mirada de quien observa un término con intención de comprenderlo, o sea, tratado de describirlo, de valorarlo y de extraerle criterios o normas de comportamiento y no, de obtener sólo alguna de esas utilidades por separado. Y siempre hay también en fin, otro significado perverso, la cara fea del tópico, que no puede ser ignorada por quien pretenda comprenderlo hasta el fondo”.

⁷²¹Es importante resaltar el punto de vista del público en general, para que el mediador no se convierta en lo que no tiene que ser, un falso mediador, impidiendo así que se identifique esta figura con la de facilitador o intermediario. La mala imagen de la mediación también tiene que ver con la experiencia que resume el refrán; “quién se mete a redentor, sale crucificado”. El refrán pone sobre aviso de la frecuencia con que los dos mediados se vuelven contra el mediador que intentó ayudarles.

⁷²²MEGÍAS GÓMEZ, J.F., “Resolución alternativa de conflictos”, AA. VV., *Curso sobre resolución alternativa de conflictos*, Generalitat Valenciana (Consellería de Bienestar Social), Valencia, 1997, p.26.

*mismas. Las partes buscan en ese experto a un guía que escuche a los interesados y les ayude a llegar a un acuerdo mutuamente beneficioso*⁷²³.

A nivel de la Unión Europea, hay que destacar, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles que, en su art. 3, define la mediación, como: *“Un procedimiento estructurado sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de un litigio con la ayuda de un mediador*⁷²⁴. De una forma similar, la Recomendación nº R (98)1 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la mediación familiar, la define, como: *“Un proceso en el que una tercera persona, el mediador, imparcial y neutro, asiste a las partes sobre los aspectos objeto de litigio para que ellos mismos, por medio de la negociación, lleguen a acuerdos comunes”*.

En España, hasta hace poco, no tuvimos una legislación específica general sobre esta práctica, aunque si en mediación familiar en el ámbito autonómico y en mediación en asuntos civiles y mercantiles a nivel estatal. En Andalucía, como ejemplo que analizaremos en la segunda parte de la tesis, es destacable, la Ley 1/2009 de mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, desarrollada por el Decreto 37/2012 de 21 de febrero, que aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley de mediación familiar andaluza y la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En España hay un total de doce leyes autonómicas, relativas a la mediación familiar, recogándose en todas ellas, un definición de mediación⁷²⁵.

⁷²³PAZ LLOVERAS, E., (Coord.), “Libro Blanco sobre mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos. Proyecto i + Confianza: Autorregulación y Sistemas Extrajudiciales Off-Line y On-Line de Solución de conflictos para entornos de Comercio Electrónico”, *Estudio comparado, demostración y promoción de su uso en la industria*, AENOR, Madrid, 2002, p.6.

⁷²⁴L.136/3 Diario Oficial de la Unión Europea de 24 de mayo de 2008.

⁷²⁵Ley 1/2001 de 15 de marzo. CA Cataluña. “Consiste en un método de resolución de conflictos que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, sea a iniciativa propia de las partes, sea a indicación de una autoridad judicial, que tiene por objeto ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio” (Preámbulo).

-Ley 4/2001 de 31 Mayo. CA Galicia, de mediación familiar. “Intervención de un tercero ajeno a las partes en conflicto y experto en la materia, para ofrecerles, en el mayor grado de imparcialidad, propuestas de solución a sus desavenencias” (Preámbulo). “Intervención de los profesionales especializados y requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador, que actuarán para ofrecerles una solución pactada as u problemática matrimonial o de pareja” (artículo 2).

-Ley 7/2001 de 26 Noviembre. CA Valenciana, de mediación familiar. “Procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales y sin capacidad para tomar decisiones por las partes, asiste a

los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar las vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo” (artículo 1).

-Ley 15/2003 de 8 Abril. CA Canarias, de mediación familiar y Ley 3/2005 de 23 Jun. CA de Canarias de modificación de la L 15/2003. “La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario en el cual un tercero, debidamente acreditado, denominado mediador familiar, informa, orienta y asiste, sin facultad decisoria propia a los familiares en conflicto, con el fin de facilitar vías de diálogo y la búsqueda por éstos de acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos” (artículo 2).

-Ley 4/2005 de 24 Mayo. CA Castilla-La Mancha del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar. “La mediación familiar consiste en la intervención, voluntariamente solicitada por las personas interesadas, de una tercera parte imparcial, neutral y profesional que las orienta, asesora y auxilia en la negociación conducente a la búsqueda de un acuerdo que ponga fin a su conflicto familiar” (artículo 1.1). “La mediación es una forma de resolución extrajudicial de conflictos entre las personas, caracterizada por la intervención de una tercera parte, neutral e imparcial respecto de las partes en controversia, que las auxilia en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas” (Exposición de Motivos).

-Ley 1/2006 de 6 Abr. CA Castilla y León de mediación familiar. “Se entiende, en este sentido, por mediación familiar la intervención profesional realizada en los conflictos familiares señalados en esta Ley, por una persona mediadora, cualificada, neutral e imparcial, con el fin de crear entre las partes en conflicto un marco de comunicación que les facilite gestionar sus problemas de forma no contenciosa” (artículo 1).

-Ley 18/2006 de 22 de noviembre. CA de las Islas Baleares de mediación familiar. “La mediación familiar persigue la solución extrajudicial de conflictos surgidos en el seno de la familia con la asistencia de profesionales cualificados e imparciales que hagan de mediadores entre los sujetos para posibilitar vías de diálogo y obtener acuerdos justos, duraderos y estables, con el objeto de evitar que se planteen procesos judiciales, de poner fin a los que ya se hayan iniciado o de reducir su alcance” (artículo 1).

-Ley 1/2007 de 21 Feb. CA Madrid, de Mediación Familiar. Define la mediación como: “Un procedimiento voluntario de gestión o resolución positiva de tensiones o conflictos familiares en el que las partes solicitan y aceptan la intervención de un mediador profesional imparcial, neutral y sin capacidad para tomar decisiones por ellas, que les asiste con la finalidad de favorecer vías de comunicación y búsqueda de acuerdos consensuados” (artículo 1).

-Ley 3/2007 de 23 Mar. CA del Principado de Asturias, de mediación familiar. “La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario, creado con la finalidad de solucionar los conflictos que se puedan originar en el ámbito definido en el artículo siguiente, en el que interviene un tercero imparcial debidamente acreditado y sin poder de decisión, denominado mediador familiar que informa, orienta y ayuda a las partes en conflicto para facilitar el diálogo y la búsqueda de un acuerdo duradero y estable con el fin de evitar un procedimiento judicial, poner fin al iniciado o reducirlo” (artículo 1).

-Ley 1/2008 de 8 Feb. CA País Vasco de mediación familiar. “La mediación familiar es un procedimiento voluntario en el que uno o más profesionales con cualificación en mediación, imparciales y sin poder decisorio, ayudan y orientan a las partes en cuanto al procedimiento dialogado necesario para encontrar soluciones aceptables que permitan concluir su conflicto familiar. Se entiende por una mediación familiar integral la actuación coordinada con el resto de servicios del sistema de servicios sociales y con otros sistemas de protección social, en todos los ámbitos necesarios para la atención de conflictos entre los miembros de una familia o grupo de convivencia”. (Artículo 1.2 y 1.3)

-Ley 1/2009 de 27 Feb. CA Andalucía de mediación familiar. Mediación es, “el procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto” (Artículo 2.1).

-Ley 9/2011, de 24 Mar. CA Aragón de mediación familiar. “Por mediación familiar se entenderá, a efectos de la presente ley, el servicio social consistente en un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho privado, en el que la persona mediadora, de una manera neutral, imparcial y confidencial, informa,

En el ámbito autonómico podemos resaltar algunas de las definiciones legales que se realizan del término *mediación familiar*⁷²⁶. Por ejemplo podemos tomar la que figura en el artículo 2.1 de la Ley de mediación andaluza de 2009 que establece: “*Se entiende por mediación familiar el procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto*”⁷²⁷. La ley 5/2012, de 6 de julio, de ámbito estatal, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su artículo 1, señala: “*Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*”. Si analizamos algunos de los elementos, que se repiten en todas las definiciones aportadas en cada una de estas normas, podemos afirmar que existe un núcleo de características que con carácter principal, coinciden en todas las definiciones⁷²⁸:

-Es un método alternativo a la vía judicial de resolución de conflictos, que requiere la intervención de una tercera persona llamada mediador.

-Esta tercera persona es neutral e imparcial, cuya función principal no es ofrecer una solución al conflicto, sino restablecer la comunicación entre los sujetos en conflicto.

orienta y asiste a las partes en conflicto para facilitar la comunicación y el diálogo entre las mismas, con el fin de promover la toma de decisiones consensuadas” (artículo 2).

-Ley 1/2011, de 28 de marzo, CA Cantabria, de Mediación. “Se entiende por mediación aquel procedimiento estructurado en el que dos o más partes en un conflicto o litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su controversia, con la asistencia de un mediador profesional” (artículo 1).

⁷²⁶Otra definición que puede tenerse en cuenta por su claridad, es la del artículo 2 de la Ley 4/2001 de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Galicia en la que figura que: “Por mediación familiar, se entenderá, a los efectos de la presente ley, la intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediadores, que serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares y actuarán...en funciones que de cooperación y auxilio de aquellas personas que tienen o han tenido una relación familiar para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja”.

⁷²⁷También se establece, en el artículo 2.2 de la Ley andaluza de 1/2009, de 27 de febrero, que, “la mediación familiar tiene como finalidad que las partes en conflicto alcancen acuerdos equitativos, justos, estables y duraderos, contribuyendo así a evitar la apertura de procedimientos judiciales o, en su caso, contribuir a la resolución de los ya iniciados.

“⁷²⁸Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.142.

-Son las partes en disputa las que deciden cual es la solución a la controversia. Los sujetos que acuden a mediación, demandan la asistencia o ayuda de un tercero en la negociación o diálogo, en aquéllos puntos en los cuales no se sienten capaces de alcanzar un acuerdo, pero desean ser ellas mismas las que adopten la decisión que les vincule frente a la otra parte.

-Requiere la existencia de un proceso. Consiste en una serie de actos enlazados entre sí con un objetivo común, el restablecimiento de la comunicación constructiva entre partes, que permita alcanzar la solución al conflicto, pudiendo distinguirse una serie de etapas con objetivos diferentes en cada una de ellas.

Viendo las coincidencias en las definiciones jurídicas de mediación, según ha señalado OTERO PARGA, podríamos considerar que la mediación: *“Escenifica una forma de composición de conflictos jurídicos voluntaria y no adversarial, en la que dos partes enfrentadas tratan de resolver sus diferencias acudiendo a un mediador neutral e imparcial, que a través de una escucha activa, tratará de extraer lo mejor de cada parte en la búsqueda de la mejor solución posible al conflicto que se plantea”*⁷²⁹. También encontramos acertada la definición general de mediación de PUY MUÑOZ, que parte de la imagen que cree tiene el legislador actual: *“La mediación es un procedimiento jurídico de resolución extrajudicial de conflictos entre las personas, caracterizado por la intervención de una tercera parte, neutral e imparcial respecto de las partes en controversia, que aceptan que las auxilie en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas, dentro de los límites fijados por la ley”*⁷³⁰.

Pero, lógicamente, podemos encontrar otros tipos de definiciones de mediación, cuyos autores son mediadores y nos aportan definiciones desde sus distintos campos de trabajo social, no específicamente jurídicos. Más allá de las escuelas o modelos de mediación⁷³¹, cada mediador tiene su propia visión y definición de la mediación, según se trate de un ámbito u otro de su experiencia; comunitario, internacional, laboral, familiar o penal⁷³². En las distintas

⁷²⁹OTERO PARGA, M., “Los Modelos teóricos de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H./OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Ob. cit., p. 158

⁷³⁰ PUY MUÑOZ, F., “La expresión “Mediación Jurídica”. Un análisis tópico”, Ob. cit. p. 21.

⁷³¹Sobre las definiciones de las distintas escuelas o modelos de mediación, remitimos al apartado, 2.5. “Modelos de Mediación”, del presente capítulo de la tesis.

⁷³²Vid. DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., “La mediación en la resolución de conflictos”, *Revista Educar*, N° 32, 2003, pp.125-136; TOUZARD, H., *La mediación y la solución de los conflictos*, Herder, Barcelona,1981, p.46. Según la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001

definiciones, podemos encontrar el interés; bien por la descripción de la mediación; bien por analizar valorativamente el proceso de mediación; bien por desestructurarlo en sus distintos pasos y técnicas⁷³³.

Por otro lado, GUILLÉN GESTOSO Y DE DIEGO VALLEJO, creen que la mediación, aparte de un proceso, es fundamentalmente una técnica o forma de actuar que implica:

a) Un campo de conocimiento práctico que se nutre de una variada gama de distintas ciencias (teorías de la comunicación, del aprendizaje social, del conflicto);

b) un proceso o modo de intervención, propio de la realidad cambiante de las distintas democracias sociales, que mejora los principios de participación, no dependencia y solidaridad;

c) un repertorio de técnicas, algunas importadas de otras disciplinas, otras propias de la formación del mediador, pero con una experimentación probada; escucha eficaz, generación de ideas, ordenamiento de temas, transacción de sentimientos⁷³⁴.

Sin embargo, MOORE considera la mediación como una ampliación del proceso de negociación, enfatizando únicamente el carácter neutral del mediador⁷³⁵. Considera que sería una extensión y elaboración del proceso negociador que implica la intervención de un tercero aceptado por las partes, imparcial y neutro, que carece de poder de decisión y está habilitado para ayudar a los contendientes a alcanzar voluntariamente el arreglo en los temas de discusión.

relativa el estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), la mediación penal se define como: "la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente".

⁷³³Vid. PUY MUÑOZ, F., "La expresión "Mediación Jurídica". Un análisis tópico", Ob. cit., p.26. Modelo de definiciones descriptivas, según Puy Muñoz, sería las de Folger, Taylor y Moore: "la mediación es: 1) un procedimiento, 2) que resuelve un conflicto entre dos, 3) con un acuerdo justo y legal, 3) con un acuerdo justo y legal 4) obtenido de un diálogo mantenido de forma voluntaria 5) y moderado por un mediador imparcial y neutral, 6) provisto de autoridad moral y privado de autoridad moral y privado de potestad coercitiva". El Modelo valorativo, tendría a numerosos autores, Cobb, Bush y Folger, Boqué, Bandiere y otros. Para estos autores, según Puy Muñoz, la mediación podría resumirse como: "Un 1) proceso transformativo, 2) de comunicación circular, 3) que coloca a las personas descentrada en su centro, 4) ordena el fluir de los conflictos que las enfrenta 5) al hallazgo de la misma cosa justa 6) evitando la recaída en la espiral de la venganza".

⁷³⁴DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.19.

⁷³⁵MOORE, C.W., *El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.65.

En el caso de la negociación, se deja el poder de decisión en manos de las propias personas que se encuentran en conflicto⁷³⁶.

Para MOORE, la mediación, consiste en: “*La intervención en una disputa o negociación, de un tercero, imparcial y neutral, que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo*”⁷³⁷. Para que haya una mediación, las partes deben comenzar a negociar. El trabajador y la administración deben estar dispuestos a celebrar sesiones de negociación, los gobiernos y los grupos de interés público, deben crear foros para el diálogo y, las familias, deben estar dispuestas a reunirse. La mediación por tanto, es para MOORE esencialmente una negociación que incluye a un tercero, que conoce los procedimientos eficaces de negociación y que puede ayudar a la gente en conflicto a coordinar sus actividades en la resolución de sus propios problemas. La mediación sería una extensión del proceso de negociación, en cuanto implica ampliar el regateo a un formato nuevo y usar a un mediador que aporta variables y dinámicas nuevas a la interacción de los litigantes. Pero sin negociación no puede haber mediación.

La intervención mediadora supone la incorporación de un profesional específico a un sistema dinámico de relaciones conflictivas, para manifestarse entre dos o más personas, grupos u objetos, con el propósito de ayudarlos. Hay un supuesto implícito importante en la definición y es necesario conferirle carácter explícito: El sistema existe independientemente del interventor. El supuesto que está detrás de la intervención de un tercero, es que éste pueda ser capaz de modificar la dinámica de poder de la relación conflictiva, influyendo sobre las creencias o las formas de comportamiento de las partes, suministrando información y conocimientos, o creando un proceso negociador más eficaz, que ayude a los participantes a resolver las cuestiones en disputa.

Autores como RUBIN Y BROWN, consideran que la mera presencia de un tercero, que es independiente de las partes en litigio, puede ser un factor muy

⁷³⁶DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.19: “La mediación es un proceso voluntario en cuanto los participantes deben estar dispuestos a aceptar la ayuda de un tercero. En general, para Moore se inicia la mediación cuando las partes ya no creen que puedan resolver el conflicto por sí mismos, y cuando el único recurso parece implicar la ayuda de un tercero imparcial. Se podría considerar la mediación si no estuvieran las partes en condiciones de negociar por su propia cuenta un arreglo.”

⁷³⁷MOORE, C.W., *El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.66.

significativo en la resolución de una disputa. Otro aspecto importante de la definición que dan estos autores es la *aceptabilidad*, esto es, la disposición de los litigantes a permitir que un tercero se incorpore a una disputa y les ayude a alcanzar una resolución⁷³⁸. La *aceptabilidad*, no significa que los litigantes, necesariamente acojan de buen grado al mediador y estén dispuestos a hacer lo que él les diga, sino que las partes aprueban su presencia y están dispuestas a escuchar sus sugerencias⁷³⁹. La imparcialidad y la neutralidad del mediador son características esenciales en el proceso de la mediación⁷⁴⁰.

Otros autores como KRESSEL Y PRUITT, definen el proceso de mediación como: “*La intervención de una tercera parte imparcial cuya función es ayudar a la consecución de un acuerdo entre las partes enfrentadas en una negociación, dando especial importancia a la habilidad del mediador para proponer, sugerir, pero nunca para tomar decisiones o imponer soluciones*”⁷⁴¹.

Por su parte, GUILLÉN considera este proceso aludiendo a las carencias reales del proceso y haciendo referencia a cinco elementos patognomónicos: 1) El mediador no tiene poder para tomar decisiones; 2) el mediador apoya, asesora y facilita la búsqueda voluntaria de una solución conveniente para las partes; 3) el mediador tiene una actitud imparcial; 4) el mediador interviene por la petición de las partes; 5) el mediador finaliza la intervención al conseguir el objetivo o cuando no resulta conveniente para las partes⁷⁴².

⁷³⁸Se refiere a la aceptabilidad del tercero respecto de las partes en litigio.

⁷³⁹Vid. RUBIN, J. y BROWN, B., *Social psychology of bargaining and negotiations*, Academic Press, New York, 1975, pp.393–404.

⁷⁴⁰La primera de ellas, la imparcialidad se refiere a la actitud del interventor, y significa que tenga una opinión no tendenciosa o la falta de preferencia a favor de alguno de los negociadores. Sin embargo, la neutralidad alude al comportamiento o a la relación entre el interventor y los litigantes. La neutralidad⁷⁴⁰, también significa que el mediador no espera cosechar directamente beneficios o retribuciones especiales de una de las partes como compensación por los favores prestados al encauzar la mediación.

⁷⁴¹KRESSEL, K. y PRUITT, D.G., “The mediation of social conflict: An introduction”, *Journals of Social Issues*, N° 41, 1985, p.1.

⁷⁴²GUILLÉN, C., “Gestión de conflictos y mediación”, en, R. GUIL (Ed.), *Psicología Social para Psicopedagogos*, Ob. cit., pp.229 y ss.. Estos cinco elementos se refieren al mediador y delimitan cuál debe ser su tarea y su comportamiento a lo largo de la mediación. El mediador no debe ostentar ninguna autoridad para tomar decisiones, sino que deben ser las partes implicadas quienes lo hagan, siendo su tarea, únicamente la de orientarlas para encontrar una solución favorable y aceptada por ambas. Su relación con las partes debe ser neutra, sin decantarse por ninguna de ellas. La intervención del mediador es solicitada por las partes o, en su defecto, por recomendación de alguna persona o entidad con la autoridad suficiente para hacerlo (juez), y debe darse por finalizada una vez que se ha logrado el objetivo que se propuso en un primer momento, o si se da el caso de que la solución propuesta no sea satisfactoria para ambas partes o una de ellas.

Sin embargo, FERNÁNDEZ RIOS, considera que la mediación puede definirse como: “*La intervención de una tercera parte imparcial, cuya función es ayudar a la consecución de un acuerdo entre las partes enfrentadas en una negociación*”⁷⁴³. El mediador, es lo importante, puede proponer o sugerir, pero nunca imponer soluciones o tomar decisiones.

También puede tener interés definir la mediación por aquello “*que no es*”, es decir, desde un punto de vista negativo. Por ejemplo, la mediación no debe ser considerada, ni como un proceso terapéutico, ni un arbitraje, puesto que el mediador no decide, ni es un negociación tradicional, ni el proceso judicial es sinónimo de conciliación y mediación. Autores como FOLBERG Y TAYLOR, sintetizando todos estos aspectos, definen la mediación como: “*Un proceso no terapéutico por medio del cual, las partes con la asistencia de una persona neutral, intentan asimilar de forma sistemática los puntos de acuerdo y desacuerdo, explorando las alternativas posibles y considerando compromisos, con el propósito de alcanzar un acuerdo consensuado*”⁷⁴⁴.

Con estos autores finalizamos la tarea de intentar una definición de mediación. Hemos intentado poner de manifiesto la dificultad de dar con una definición única de este método, porque implica entrar en un discurso teórico complejo, que se origina en ámbitos disciplinarios muy diferentes y discordantes y que se ve engrosado por un cúmulo de prácticas inconexas y plurales⁷⁴⁵. Además, hemos constatado que cuando se realiza un estudio histórico de la mediación, no

⁷⁴³FERNANDEZ DE LOS RIOS, M., “Génesis y dinámica del conflicto laboral: aportaciones de un modelo multidimensional y multisistémico”, *Revista de Psicología del Trabajo*, 2 (3), 1996, p.12.

⁷⁴⁴ Vid. FOLBERG, J. y TAYLOR, A. *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, Ob. cit., p. 112. Consideran estos autores que, aunque la mediación tiene muchos puntos en común con otras formas de intervención, debemos fijarnos en “lo que no es” la mediación para poder diferenciarla mejor de esas otras fórmulas alternativas de resolución de conflictos:

-La mediación no es un proceso terapéutico, sino que está dirigida, a la tarea y consecución de una solución del conflicto, sin indagar en las causas de éste.

-La mediación no es un arbitraje, ya que si en el arbitraje es precisamente el árbitro el encargado de tomar las decisiones, en la mediación han de ser las partes interesadas quienes lo hagan.

-La mediación no es negociación, en la que sólo intervienen las partes interesadas sin que intervenga una tercera persona.

⁷⁴⁵REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos. La tipología de los conflictos como herramienta de mediación*, Ob. cit., p. 20: “El proceso requiere la intervención de una tercera persona, distinta a las enfrentadas, un profesional dotado de habilidades mediadoras y de enorme flexibilidad y creatividad negociadora.”; Vid. MOSCOVICI, S., *Psicología de las minorías activas*, Morata, Madrid, 1981, pp.123-135. Moscovici, concibe a los profesionales de la mediación, como aquéllos utilizan una técnica multidisciplinar cuidada y provista de conocimientos de derecho, psicología, relaciones laborales, o sociología, entre otros. Son profesionales que no sólo se demandan ya a nivel particular, sino que desde hace años, ejercen una tarea importantísima en multitud de servicios públicos, especialmente de tipo familiar y laboral.

se hace específica mención al tipo de sociedad en donde se efectúa. Es decir, se concibe la mediación “en abstracto”, aplicando tácitamente los elementos modernos de la mediación (igualdad de las partes, neutralidad del mediador, diálogo no-violento, búsqueda de acuerdos consensuados), sin tener en cuenta que se los está aplicando a sociedades premodernas o actuales, cuyo sistema social e instituciones políticas son jerárquicas, desigualitarias y basadas en creencias religiosas absolutas y no relativas. Por todo esto, nos reiteramos en concebir la mediación según la hemos definido en el capítulo primero del trabajo: *La mediación en un sentido restringido, que tiene como prerequisites, la sociedad democrática e igualitaria y los derechos fundamentales de los ciudadanos*⁷⁴⁶.

Por tanto, aunque admitimos un concepto pluridimensional y pluridisciplinar de mediación, pues partimos de distintas ciencias que la estudian, el derecho, la sociología, la psicología o el trabajo social, no obstante, nuestra definición *restringida de mediación*, según consideramos, integra estas distintas perspectivas y las pone en relación con la sociedad democrática, el Derecho y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Para el caso de la mediación familiar, considerar la mediación en sentido restringido, supone concebir a la familia actual como protagonista de la sociedad democrática y de los derechos fundamentales de todos sus miembros. En la “Parte Segunda. Teoría de la mediación familiar”, ponemos a prueba esta concepción de la familia, única en la que la mediación puede aplicarse, según sus principios y características.

⁷⁴⁶Reproducimos la “definición provisional” de mediación con la que iniciábamos el trabajo. En ella pretendíamos recoger las distintas notas características de lo que hemos dado en llamar, *sentido o concepto restringido de mediación*: “Un método institucionalizado y alternativo al procedimiento judicial, nacional o internacional, de resolución de conflictos tanto de carácter privado como público, iniciado voluntariamente o por requerimiento, en el que las partes del conflicto son las protagonistas de plantear, desarrollar y reflexionar en condiciones de igualdad los términos del conflicto que los separa, siendo la figura del *mediador*, la de aquel profesional ajeno al conflicto particular en cuestión, que auxilia a las partes con distintas técnicas y herramientas elaboradas por diversas disciplinas sociales, para que sean las propias partes las que consigan llegar, eventualmente, a un *acuerdo* que ponga término al conflicto, cuyo contenido será fruto de la acción comunicativa de las partes y nunca el producto de la decisión del mediador o mediadora” (Vid. Cap.1.1, del presente trabajo).

2.4. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN EN SENTIDO RESTRINGIDO.

En apartados anteriores, hemos visto como la mediación es un proceso voluntario, que reconoce y destaca el protagonismo de las personas en la “*auto-resolución*” de sus propios conflictos (autocomposición *versus* heterocomposición), debido a que el mediador es un colaborador en el proceso de mediación y no tiene poder decisorio⁷⁴⁷. Por tanto, la voluntariedad y la neutralidad e imparcialidad del mediador, serán los principios básicos de la mediación. A estos principios, se les anuda sustantivamente, una serie de características también básicas, que dan contenido a estos principios: La confidencialidad, la colaboración, la flexibilidad y la visión de futuro⁷⁴⁸.

En la mediación en sentido restringido, encontramos los siguientes principios⁷⁴⁹:

1.-*Voluntariedad*. Los participantes en este proceso, deben hacerlo voluntariamente, en condiciones de igualdad y sin coacción o violencia, por tanto, porque ellos son los verdaderos protagonistas. La voluntariedad es el poder que tienen las personas, no sólo de iniciar un proceso de mediación, sino también de ponerle fin en cualquier momento⁷⁵⁰.

Es opinión casi unánime de la doctrina, al analizar el concepto de mediación y los principios del proceso de mediación familiar, la afirmación del carácter fundamental de la voluntariedad. Ésta implica, no sólo la facultad para iniciar un proceso de mediación en cualquier momento, como la de abandonar o desistir del mismo en cualquier fase del proceso, sin que nadie pueda obligarse a las partes a continuarlo o abandonarlo⁷⁵¹. No obstante, la información sobre la mediación y el inicio de la mediación (“intentar la mediación”), puede ser requerida por un

⁷⁴⁷Vid. LUQUÍN BERGARECHE, R., *Teoría y Práctica de la Mediación Familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Ob. cit., p.96.

⁷⁴⁸Vid. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., “Mediación: una aproximación desde el Derecho y la psicología”, Ob. cit., p.13.

⁷⁴⁹BARONA VILAR, S., “Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la mediación”, Ob. cit., p.206.

⁷⁵⁰Vid. LUQUÍN BERGARECHE, R., *Teoría y Práctica de la Mediación Familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Ob. cit., p.96 y ss.

⁷⁵¹BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Colex, Madrid, 2013, p.55.

tercero, singularmente el juez (“mediación de voluntariedad mitigada”⁷⁵²), pero carece de sentido que la conclusión con acuerdo de la mediación se imponga de forma coactiva a las partes (ya sea como obligación o como carga procesal), pues la voluntariedad es sustancial a la naturaleza auto-compositiva del proceso de mediación⁷⁵³.

Es importante hacer mención que la mediación da protagonismo a las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las personas, sobre materias de libre disposición, como son algunas de los aspectos mediables en la mediación familiar⁷⁵⁴. Cuando nos referimos en concreto a la mediación familiar, hay notas características, en las distintas legislaciones autónomas promulgadas, que coinciden con las que aparecen en la ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (Disposición Final Tercera). Este mandato requiere que se tengan en cuenta por el legislador tanto los principios europeos como los establecidos en cada comunidad autónoma. Igualmente, el Informe del Defensor del Pueblo Español de 26 de abril de 2005, hace un repaso sobre los principios sobre los que se asienta la mediación, en concreto la mediación familiar, pues son extrapolables a cualquier tipo de mediación. Según el Informe del Defensor del Pueblo Español, en lo que se refiere al principio de voluntariedad: *“son las partes, las primeras que tienen que querer someterse a este proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. A los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dar a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente se*

⁷⁵²GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La mediación a debate en Europa: ¿Hacia la voluntariedad mitigada?, Ob. cit., p.33: “Consideramos que nada obsta para sostener la voluntariedad mitigada de la mediación, siendo coherentes con nuestra tradición de analizar y respetar la naturaleza jurídica de los conceptos. Así, aunque en nuestro ordenamiento jurídico queda patente, y así debe ser, la importancia del principio de voluntariedad, ningún mediador, ni el más purista, es reacio a que se informe a las partes y sus abogados de la posibilidad de acudir al proceso de mediación y en qué consiste ésta vía. Si somos coherentes, debiera de ser una información obligatoria, puesto que tener un mayor conocimiento de las distintas opciones para resolver un problema y poder elegir la más idónea al caso, va siempre en beneficio del justiciable”.

⁷⁵³Las partes han de tener siempre la posibilidad de rechazar la mediación, tanto si todavía no se ha iniciado, como si ésta ya está en curso. Lo primero que se ha de manifestar a las partes al explicarles cómo funciona la mediación, es que tienen la facultad de retirarse en cualquier momento.

⁷⁵⁴Se excluyen, por lo tanto, las cuestiones relativas a derecho imperativo o necesario, sobre las que no sería válido, *ex lege*, acuerdo alguno por contravenir las leyes.

producen, bien en el ámbito de la pareja, bien en el ámbito intergeneracional entre los distintos miembros de la unidad familiar”⁷⁵⁵.

2.- *Imparcialidad y neutralidad del mediador.* El mediador debe ser un tercero imparcial, en el sentido general de que no tiene capacidad de decidir o tomar parte sobre el conflicto. A partir de ahí, haciendo sinónimos la “neutralidad” con la “imparcialidad” del mediador, que no se conciben en términos absolutos, estos principios deben darse tanto respecto a los intereses o deseos de las partes, como respecto al resultado de la mediación. El mediador debe actuar en el exclusivo beneficio de las partes, sin interés personal en el resultado y no debe influir en la toma de decisiones de las partes, en el sentido de imponer sus puntos de vista o manifestar su opinión, con el fin de elevarse por sobre los protagonistas verdaderos del proceso⁷⁵⁶.

Es importante recalcar estos principios, pues el mediador, como en todas las profesiones, puede dejarse llevar por su sistema de valores y creencias o por su concepción personal acerca de lo justo, de modo que tienda a predisponerse a favor o en contra de uno de los miembros de las partes, en función de las circunstancias del caso.

La imparcialidad y neutralidad suponen, según SASTRE PELÁEZ: “*No tomar partido e implica una actitud de equidistancia (distanciamiento de la parte, al contrario que la función del un abogado en el foro, que es siempre la defensa del interés de su cliente de cada parte frente a la contraria), lo cual no impide tratar de reequilibrar en su caso, si fuera necesario, las asimetrías de poder existentes entre las partes*”⁷⁵⁷. La mediación es imparcial, porque no supone favorecer indebidamente a una o a otra de las dos personas, o a uno o a otro grupo; el mediador/a debe mantenerse en la distancia justa (neutral) entre los dos y debe dejarse conducir, en su trabajo con ambos/as, por los criterios de la verdad

⁷⁵⁵Informe del Defensor del Pueblo Español, de 26 de abril de 2005.

⁷⁵⁶Vid. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., “Mediación: Una aproximación desde el Derecho y la psicología”, Ob. cit., p.13. La imparcialidad y neutralidad, dentro del ámbito de la mediación y la mediación familiar, quedaría definida como la cualidad del mediador/a de no tomar partido por ninguna de las partes en conflicto, siendo objetivo en el tratamiento de la cuestión, descubriéndolos intereses y necesidades de todos/as los/as intervinientes, y respondiendo de forma objetiva a cualquier planteamiento expuesto, o interés expreso o implícito, en cualquier momento del proceso de mediación.

⁷⁵⁷SASTRE PELÁEZ, A.J., “Principios Generales y definición de la mediación familiar: Su reflejo en la legislación autonómica”, *Diario La ley*, N° 5478, Año XXII, 8 de febrero de 2002, Tomo II, p.1752.

y la equidad. Se refiere también a la actitud de la persona mediadora, que debe mostrar opiniones equilibradas, sin gestos preferentes hacia ninguna de las partes.

Para GARCÍA TOMÉ, la imparcialidad es vista como la posición de la persona mediadora que permite ayudar a las partes, sin tomar partido por ninguno de ellos, respetando los intereses de cada parte (neutralidad). No obstante, en su opinión, el mediador o mediadora no quiebra esta cualidad, si durante el proceso intenta eliminar los desequilibrios de capacidad negociadora, apoyando unas veces a una y otras veces a otra parte⁷⁵⁸.

Hay elementos objetivos que rompen la imparcialidad, como son tener relación personal o de parentesco o amistad o enemistad o bien intereses contrapuestos o relación con algunas de las partes, que se consideran causas de abstención o recusación para el mediador en el proceso.

Por su parte, también se ha entendido específicamente la neutralidad, con que se requiere que el mediador o mediadora, no oriente y menos aún, imponga a las partes su propia escala axiológica⁷⁵⁹, frente a las propias de cada persona, evitando plantear alternativas dirigidas a alcanzar soluciones que sean más conformes a la propia escala de valores del mediador⁷⁶⁰. La neutralidad e imparcialidad, es la posición de la persona mediadora que permite ayudar a ambos sin tomar partido por ninguno de ellos, respetando los intereses de cada parte. aunque, el mediador no rompe su neutralidad si hace todo lo posible por no influir conscientemente en las partes, durante el proceso y su posible acuerdos⁷⁶¹.

⁷⁵⁸Vid. GARCÍA TOMÉ, M., “Técnicas de Mediación Familiar”, *Curso de Mediación Familiar*, Universidad Pontificia de Salamanca, Instituto Superior de Ciencias de la Familia, Salamanca, 1999-2000, p.52.

⁷⁵⁹Vid. LUQUÍN BERGARECHE, R. *Teoría y Práctica de la Mediación Familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Ob. cit., p.107 y ss.

⁷⁶⁰Vid. SASTRE PELÁEZ, A.J., “Principios Generales y definición de la mediación familiar: Su reflejo en la legislación autonómica”, Ob. cit., p.1763.

⁷⁶¹LUQUÍN BERGARECHE, R., *Teoría y Práctica de la Mediación Familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Ob. cit., p.107. En el capítulo primero de la tesis, ya analizamos el sentido de la “neutralidad e imparcialidad” del mediador y su “poder o influencia” sobre el proceso. Entendíamos que su influencia no debe ser nunca consciente. Como ha estudiado Luquín Bergareche, las teorías de la mediación tienen en cuenta la influencia del mediador. Las orientaciones de las personas mediadoras, sus concepciones explícitas o implícitas del conflicto, la justicia y la moral (LITTLEJON, PEARCE), su inclinación ideológica y su creencia sobre la naturaleza y el uso de la resolución de problemas (FOLGER), sus ideas acerca de cuáles son los relatos más creíbles (COBB), la selección del lenguaje para influir en las percepciones de su propia credibilidad y orientación (TRACY), son factores que contribuyen a determinar en qué modo se despliega en última instancia, el conflicto dentro de la mediación. La consecuencia práctica que puede extraerse de todo esto es que hay que especificar las formas aceptables de influencia de la persona mediadora, ante la inevitabilidad de ciertas influencias. Es positivo definir las que son aceptables y asumibles, no causando ningún problema y formando parte del rol de

En cuanto a las características sustantivas, que acompañan necesariamente a los principios básicos de la mediación, éstas son:

1-*La confidencialidad*. La información que se obtiene durante el proceso de mediación pertenece a éste y no puede ser utilizada como medio de prueba en juicios posteriores. Cuando los mediadores son profesionales sometidos a las normas deontológicas que les son propias, al secreto profesional y su actuación se incardina en el ejercicio de su actividad profesional, dichas normas se proyectan sobre su actuación mediadora⁷⁶².

Tanto si las partes acuden a profesionales privados como si acuden a centros de mediación institucionales, asistidos por profesionales de la mediación que no tengan o hagan ostentación de títulos de abogados o psicólogos, es obvio que la confidencialidad es reclamable, al hallarse en juego la vida privada y la intimidad de los usuarios, al igual que lo es la protección de los datos personales que obtengan. El deber de confidencialidad no es equivalente al secreto profesional, que exime del deber de denuncia y permite negar la información a la justicia penal para la persecución de delitos.

2.- *La colaboración*. Hay que analizar si entre las partes en litigio, existe una relación de equilibrio. Si una de las partes se encuentra en una situación de superioridad frente a la otra, puede forzar un acuerdo favorable a sus intereses que responda a una resignación viciada de la otra, ajena a su verdadera voluntad libremente formada. El mediador, tiene la función de equilibrar el poder de imposición o persuasión de las partes (por ejemplo a través de turnos de palabra o de la revalorización). Si no es posible encontrar un punto de equilibrio, la mediación debe cesar. La colaboración o cooperación, significa que en el proceso de mediación, se haga frente a la confrontación o adversarialidad, en el sentido de favorecer o propiciar las estrategias de integración o cooperativas, basadas en el

persona mediadora y, por otro lado, las que son inaceptables por los problemas que pueden causar. Esta posición se ha puesto en duda por algunos autores desde la perspectiva comunicacional, y sobre todo desde los postulados de la Escuela Transformativa y desde el Modelo Circular-Narrativo (al contrario que en el modelo de Harvard), para quienes la neutralidad axiológica del mediador o mediadora no es una realidad, sino un mito en la teoría de la mediación, que no se puede poner en práctica, pues cuando un mediador interviene en un conflicto, se introduce de alguna forma en él, convirtiéndose en parte involucrada e influyendo de alguna manera en todo el proceso de adopción de decisiones y de modificación de posiciones, en intereses y necesidades.

⁷⁶²Los mediadores no están autorizados para divulgar a terceros las informaciones que reciban, sin autorización de los interesados y, en el ámbito judicial, debe considerarse un abuso de derecho y un fraude procesal, la utilización por una parte contra la otra de los conocimientos sobre el hecho, adquiridos por un mediador al que ambas partes han acudido voluntariamente.

concepto de “*suma positiva*” o “*ganar-ganar*”, frente a las de “*suma cero*”, basadas en la correlación necesaria entre la posición *vencedor/vencido*”⁷⁶³. Las partes deben tener la disposición de buscar un acuerdo satisfactorio para ellas. La actitud confrontacional es opuesta a este principio. El proceso mediador se caracteriza por el respeto a las personas, confiando en su capacidad de obtener acuerdos y compromisos con ellas mismas.

También pueden señalarse como elementos colaborativos del proceso mediador, su inmediatez y su carácter personalísimo (no susceptibilidad de representación de las partes por otras personas en el proceso de mediación, por ejemplo los abogados), la buena fe de las partes (a fin de evitar situaciones de abuso, algunas leyes imponen la prohibición de iniciar una nueva mediación, en tanto no transcurra un año desde que haya finalizado la anterior sin acuerdo)⁷⁶⁴.

3.-*Flexibilidad*. La mediación es un proceso⁷⁶⁵. Posee en consecuencia una determinada estructura, pero ello no constituye un obstáculo para que predomine cierta flexibilidad en el desarrollo de las sesiones mediatoras. En la mediación no hay que cumplir un plazo procesal perentorio o fatal. El mediador ha de hacer el proceso *flexible*. Flexibilidad significa adaptación al ritmo de las partes. Sin embargo, es clara la costumbre de acelerar el proceso⁷⁶⁶. Si durante la mediación, las partes están teniendo negociaciones difíciles, se debe a que burlaron probablemente una etapa previa, más flexible y adaptada a la fase del diálogo que se encontraban las partes. Es decir, el mediador no reunió la suficiente información para identificar los asuntos subyacentes a la disputa, o para sacar a la luz los intereses últimos, por lo que será imposible generar soluciones para satisfacer intereses que no son claramente entendidas por todos. En estos casos, MUNDUATE Y MEDINA señalan que la mediación supone desarrollar un proceso seguro para las partes, en el que tengan la oportunidad para establecer un

⁷⁶³Vid. LUQUÍN BERGARECHE, R., *Teoría y Práctica de la Mediación Familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Ob. cit., p.99.

⁷⁶⁴Art. 93 de la Ley de mediación familiar gallega, el art. 84 de la Ley de mediación familiar catalana o el art.142 de la ley de mediación familiar valenciana.

⁷⁶⁵GUILLERMO PORTELA, J., “Características de la mediación”, Ob. cit., p.215: “Hay un verdadero poder de disposición de las partes respecto del resultado de este proceso. El mediador no les impone nada, como ocurre con la sentencia judicial o incluso con el laudo arbitral.”

⁷⁶⁶OSTERMEYER, M., “Realizar la mediación”, en AAVV., *La mediación y sus contextos de aplicación*, Barcelona, Paidós, 1996, p.187.

diálogo, que facilite la comprensión mutua y la búsqueda de una solución aceptable al problema y, a ello contribuye esa flexibilidad⁷⁶⁷.

4.- *Visión de futuro*. El objetivo de la mediación se sitúa en la obtención del beneficio actual y futuro que implica la resolución del conflicto. Aquí, obtener un acuerdo de mediación es visto como un fin en si mismo y como un proyecto a realizar en el diseño del futuro de las partes. Con estas premisas, DE DIEGO VALLEJO y GUILLÉN GESTOSO, parten de la idea de establecer como objetivos generales de la mediación; mejorar la comunicación o restablecerla, mejorar la relaciones entre las partes (padres e hijos, abuelos, hermanos, clientes, empresarios, comités sindicales, etc.); encontrar soluciones pactadas y adecuadas a cada situación concreta; tener en cuenta las necesidades de futuro de las partes; evitar el enquistamiento del conflicto y su repercusión hacia la sociedad, desarrollando un proyecto o marco de acuerdo⁷⁶⁸.

2.5. MODELOS DE MEDIACIÓN.

Los “modelos de mediación” son distintas concepciones de autor o escuela que: “*Definiendo y analizando los conflictos, han tratado de dar con una explicación respecto del modo en que surgen los mismos y a su posible forma de resolución a través de la mediación*”⁷⁶⁹.

Las grandes categorías en que pueden agruparse estos modelos de mediación, son tres; una *concepción psicológica*, que sitúa el análisis del conflicto y la naturaleza de la mediación en el individuo, sus motivaciones y reacciones; una *sociológica*, que sitúa el conflicto y la mediación en el nivel de las estructuras y entidades sociales y; la tercera, denominada *psicosociológica*, que combina las dos variables anteriores⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷Vid. MUNDUATE, L. y MEDINA, F.J., *Gestión del Conflicto, negociación y mediación*, Pirámide, Madrid, 2005, pp.307-312.

⁷⁶⁸Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.22.

⁷⁶⁹GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares. Una construcción desde el Derecho de Familia*, Reus, Zaragoza, 2006, p.149.

⁷⁷⁰Para el examen general de la distinta naturaleza del conflicto y su relación con la mediación, más allá de los distintos modelos o escuelas teóricas que vamos a analizar, remitimos a lo escrito en el “Capítulo Primero”, del presente trabajo.

Dado que el conflicto tiene una pluralidad de causas, elegir entre una u otra escuela o modelo teórico, dependerá de la formación del mediador y de su propia experiencia⁷⁷¹. El estudio del conflicto y la mediación que hace cada modelo teórico, por lo general, utiliza elementos psicológicos y sociológicos, preferentemente, por lo que la denominación psicossocial, es predicable de todos ellos. No obstante, cada teórico o escuela, partirá necesariamente del reconocimiento de su dimensión ideológica, entendiéndolo por ésta, el marco de ideas que defiende cada autor o escuela. Como han señalado BUSH y FOLGER: “*Toda orientación respecto a un conflicto y la mediación del mismo, incluye una concepción de lo que es el conflicto como fenómeno social y una concepción correlativa de la respuesta ideal*”⁷⁷².

Es muy importante la comprensión que el mediador logre de aquellas cuestiones que rodean y conviven en el núcleo del conflicto, ya que el resultado final del proceso de mediación, depende en gran medida de ello y, por esto, es importante analizar el conflicto⁷⁷³. Los principios y estrategias utilizados por una sociedad y todas sus organizaciones para abordar los desacuerdos y los conflictos, reflejan los valores y la filosofía básicos de esa sociedad, por lo que los modos de entender el conflicto, determinarán necesariamente la manera de abordarlo desde la mediación.

A pesar de que la percepción social del conflicto y el objetivo de resolverlo ha estado en la base de la conceptualización de la mediación moderna, y que tiene una amplia consideración de ser un recurso de alcanzar metas sociales importantes, no hay unanimidad respecto de cómo ha de ser la mediación. Así, cada tendencia representa y apoya diferentes objetivos, dando lugar a las diferentes, *Escuelas de Mediación*, con distintos, *modelos de ejercer la mediación*. En relación a la influencia que tiene cada modelo, los tres más importantes, serían; el *Modelo de Harvard*, el *Modelo Circular Narrativo* y el

⁷⁷¹GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares. Una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p.150: “Los conflictos, cuya naturaleza puede ser muy variada, enfrentan a individuos (interpersonal), a grupos (intergrupales), a organizaciones sociales (social) y a naciones (internacional), son vividos por las personas, incardinándose en una determinada estructura social que crea y define el conflicto”.

⁷⁷²FOLGER, J. y BUSH, A., “Ideología, orientaciones respecto al conflicto y discurso de la mediación”, en FOLGER, J. y JONERS, T., *Nuevas direcciones en mediación*, Paidós-Mediación, Buenos Aires, 1997, p.30.

⁷⁷³Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares. Una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p.152.

Modelo Transformativo. A estos tres modelos, se les puede añadir otros dos también influyentes, pero con características más específicas; el *Modelo de Carnevale* y el *Modelo de Contingencias Estratégicas*, que pasamos a estudiar a continuación.

2.5.1. EL MODELO DE HARVARD.

Se trata del modelo de mayor éxito en mediación, por su orientación hacia la negociación y el acuerdo de intereses. Este modelo toma su nombre de la *Harvard Negotiation Project* y, en esencia, se trata de un proyecto desarrollado desde 1979 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. También es conocido este modelo como; *modelo tradicional lineal*⁷⁷⁴. Como proyecto, fue concebido originariamente para la negociación bilateral de política internacional, aunque más tarde se extendió al ámbito de la economía, el Derecho y problemas interculturales, considerándose esencialmente como una “escuela de negociación” para la resolución de conflictos⁷⁷⁵.

Se inspira en la negociación bilateral de intereses entre las partes. Según señalan sus principales teóricos, FISHER, URY Y PATTON: “*En una situación en donde hay una oportunidad para el acuerdo, la manera en que se negocie puede hacer la diferencia entre, llevarla a término o no, o entre llegar a un resultado favorable u otro que simplemente es aceptable. Cómo se negocie puede determinar si el pastel se incrementa o sólo se divide, así cómo tener una buena relación con la otra parte o tenerla tirante*”⁷⁷⁶. Según este modelo teórico, la causa del conflicto es lineal, por lo que el desacuerdo se estructura de forma que; una de las partes habla y la otra escucha. El contenido esencial de esta línea de pensamiento se basa en la aplicación de una estrategia de negociación, que ayuda

⁷⁷⁴DE DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso y Técnicas*, Ob. cit., p. 58: “El modelo de Fisher y Ury es el más popular. No en vano, algunas de sus ideas han sido aplicadas tanto a problemas de mediación como de negociación. La principal aportación de este modelo es que las partes tienen la oportunidad de decretar una negociación colaborativa, asesorada de un tercera persona, para intentar resolver el conflicto que los llevó a solicitar esa intervención”.

⁷⁷⁵Vid. HERNANDEZ RAMOS, C., “Modelos aplicables en mediación intercultural”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Barataria*, Nº 17, 2014, pp. 67-80.

⁷⁷⁶FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., “Negotiation Power: Ingredients in an ability to influence the other side”, en HALL, L. (Ed.), *Negotiation. Strategies for mutual gain*, Ob. cit., p.4.

a proteger los propios intereses de las partes, sin descuidar el entendimiento y la búsqueda de cooperación con el otro, dando por supuesto que se negocia sobre intereses contrarios: “*Cuanto más claramente se comprende los intereses de la otra parte, mejor se hará posible satisfacerlos al mínimo coste para uno mismo*”⁷⁷⁷. Su rasgo fundamental se centra en entender la mediación como una técnica de negociación asistida por terceros, cuya finalidad básica es la resolución de los intereses de cualquier conflicto, incluidos los conflictos familiares⁷⁷⁸.

El conflicto es concebido como un obstáculo para la satisfacción de los intereses y necesidades de dos partes, que están en discordia por la realización de sus derechos⁷⁷⁹ y, para tratar de solucionar el problema que enfrenta a las partes, es necesaria su colaboración, de manera que en el proceso, no resulten vencedores y vencidos, sino que cada parte, pueda obtener una porción de su pretensión inicial y, por lo tanto, sentirse satisfecha en alguna medida con el acuerdo alcanzado. El proceso de mediación, por tanto, está encaminado en este modelo, fundamentalmente, a la satisfacción de intereses⁷⁸⁰.

En este modelo, la comunicación es línea y bilateral, es decir se parte de un proceso estructurado, aunque no rígido, durante el cual, el mediador procurará la comunicación y la interacción entre las partes con el fin de disminuir sus diferencias y tensiones preexistentes para lograr el acuerdo y superar tensiones⁷⁸¹. El rol del mediador se centra en el control de la interacción y lo intenta mediante las técnicas en las que es especialista, abriendo el conflicto en todos sus componentes; superando el pasado y enfatizando el futuro. Su método intenta la aireación por las partes del conflicto y de los problemas que han surgido (“lluvia de problemas”). Para ello, se hace necesario retroceder en el tiempo y esclarecer las causas del conflicto. Su objetivo principal es reducir las causas que lleven al

⁷⁷⁷FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., “Negotiation Power: Ingredients in an ability to influence the other side”, Ob. cit., p.7.

⁷⁷⁸Vid. ALÉS SIOLI, J., “Introducción a la mediación familiar”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo III, Dykinson, Madrid, 2011, pp.23-24; GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. y PENIN ALEGRE, L., “Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (Dir.), *Mediación, un método de ? de conflictos. Estudio interdisciplinar*, Ob. cit., p.14.

⁷⁷⁹Vid. RONDÓN GARCÍA, L., “Modelos de mediación en el medio multiétnico”, *Trabajo Social*, N° 13, Bogotá, enero-diciembre 2011, pp.153 y ss.

⁷⁸⁰GARCÍA RAGA, L., “Escuelas de mediación”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo III, Ob. cit., pp.111 y ss.

⁷⁸¹Vid. RIDAO RODRIGO, S., “Técnicas de mediación. Reflexiones sobre su aplicación en contextos comunicativos interculturales”, *Aposta. Revista de ciencias sociales*, N° 47, Octubre, Noviembre y Diciembre 2010, pp.1-25.

desacuerdo y aproximar los objetivos de las diferentes partes, pues su meta principal es conseguir el acuerdo. Por eso, MOORE, que participa de muchos elementos de este modelo, ha señalado que hace de la mediación una forma de negociación de intereses: “*La mediación es una extensión y elaboración del proceso negociador*”⁷⁸². Ese modelo hace referencia a un conjunto de premisas acerca del significado del conflicto, entendido como un obstáculo para la satisfacción de intereses y necesidades⁷⁸³. Inicialmente se partía de considerar cuatro puntos básicos en la negociación: Las personas, los intereses, las opciones y los criterios⁷⁸⁴. Aunque, posteriormente, se han ido incluyendo elementos y ahora se conocen como; “los siete elementos del método Harvard”⁷⁸⁵:

1. *Alternativas*. Se trata de plantear con qué alternativas se cuenta y cuáles son sus márgenes, buscando la mejor alternativa posible para el acuerdo.

2. *Intereses*. Se trata de llevar en lo sustancial y/o psicológico el procedimiento según los intereses del proceso.

3. *Opciones*. Se trata de lograr acuerdos en los que ambas partes ganen algo y logara así el compromiso de las partes.

4. *Criterios* (legitimidad). Aquí se fijan criterios operativos que permitan establecer si las propuestas son legítimas, moral y legalmente. En pro de la máxima objetividad, se consulta a asesores externos si es necesario.

5. *Compromiso*. En este punto, las opciones evaluadas y aceptadas por las partes se incorporan al acuerdo.

6. *Comunicación*. Favorecer la mayor comunicación entre las partes.

7. *Relación*. La labor del mediador debe intentar tener existo ayudando a alcanzar un acuerdo y, además, procurar una buena relación entre las partes.

⁷⁸²MOORE, Ch., *El proceso de mediación*, Ob. cit., p.32; Vid. ALÉS SIOLI, J. “Introducción a la mediación familiar”, Ob. cit., p.24.

⁷⁸³RONDÓN GARCÍA, L., “Modelos de mediación en el medio multiétnico”, Ob. cit., p. 155.

⁷⁸⁴LAPASIO CAMPOS, L. y RAMÓN MARQUÉS, E., “La mediación: Historia y modelos”, en SORIA, M.A, VILLAGRASA, C. y ARMADANS (Coords.), *Mediación Familiar*, Bosch, Barcelona, 2008, p.126. Como señalan las autoras, el método en el que se basa el modelo Harvard, comprende cuatro aspectos: 1) las personas: Se trata de desvincular las personas de los problemas; 2) los intereses de cada parte: Aquí hace referencia a los intereses concretos que han de negociarse en el proceso, obviando las posiciones de las partes; 3) plantear opciones: En este trámite, lo que hacen las partes es intentar un acuerdo proponiendo cada una opciones alternativas a las que tenían pensadas, en búsqueda del beneficio mutuo; 4) los criterios: El mediador ha de procurar que las partes alcancen un resultado, que se fundamente en un criterio u objetivo concreto.

⁷⁸⁵Vid. LAPASIO CAMPOS, L. y RAMÓN MARQUÉS, E. “La mediación: Historia y modelos”, Ob. cit., p.127.

El punto esencial de este método, consiste en separar las personas del problema: “*La negociación posicional trata con los intereses del negociador, tanto en esencia como en una buena relación, y lo hace renunciando a una a cambio de la otra*”⁷⁸⁶. Los intereses, al ser dialécticamente opuestos, generan el conflicto en el momento de la negociación. Por esto, se considera necesario que las partes (los negociadores) superen sus posiciones y que traten directamente con el problema, sin permitir que la relación interpersonal o las diversificaciones del problema interfieran en la naturaleza de éste.

Con respecto a las emociones, lo primero que deben hacer los mediadores con las partes del conflicto es reconocer las emociones de los mediados y también las suyas propias; centrarse en los intereses y no en las personas. El punto de partida para llegar a una solución juiciosa es conciliar los intereses, no las posturas, pues los intereses son los que definen el problema.

Detrás de las posturas opuestas residen intereses compartidos y compatibles, así como otros que se hallan enfrentados o en conflicto. Es decir, hay que centrar la relación profesional en llegar a acuerdos mediante la jerarquización de los problemas y conforme a las necesidades e intereses que son comunes, pues, a partir de éstos se puede llegar a un acuerdo o entendimiento.

Para reforzar estas propuestas, FISHER Y URY, proponen formular opciones para el beneficio mutuo de las partes en conflicto. En la mayoría de las negociaciones existen unos obstáculos comunes; un juicio prematuro, la búsqueda de una única respuesta y pensar sólo en la solución de su problema. Las opciones de solución deben ser creativas; intentan tomar como referencia el pensamiento lateral, porque es fundamental analizar en la gestión de un conflicto todas las posibilidades, aspectos positivos y negativos, antes de tomar una decisión final que retroalimente a las partes para que el acuerdo sea eficaz y duradero. La negociación se debe hacer conforme a criterios objetivos y sobre una base independiente de la voluntad de cualquiera de las partes; es decir, su resultado debe ser legítimo, reconocido y práctico, para que pueda ser aplicado y factible para los mediados. A partir de estas premisas, la mediación concebida por este método, está orientada básicamente en la coordinación del acuerdo, pues propone

⁷⁸⁶FISHER, J., URY, W. y PATTON. B., *¡Sí, de acuerdo! El arte de negociar sin ceder*, Ob. cit., p.85.

un enfoque que permite que todas las partes trabajen en colaboración para resolver los intereses subyacentes al conflicto⁷⁸⁷.

El tratamiento del conflicto consiste en obtener para cada una de las partes la satisfacción de sus intereses y necesidades. Para conseguir este objetivo, el mediador debe hacer un doble movimiento. Por un lado, invitar a las partes a exponer sus respectivas posiciones, identificar y entender los intereses y necesidades de cada uno, puesto que esto ayudará a identificar los intereses y necesidades comunes entre los involucrados. Asimismo, ha de contribuir a que las partes en conflicto busquen soluciones que sean integradoras, basadas en el binomio “ganador-ganador”. De esta forma se permite que las partes trabajen juntas con miras a llegar a un acuerdo que concilie las necesidades comunes, en vez de perder tiempo y energía en una competición destructiva. Se trata de realizar una búsqueda de opciones que beneficien a ambas partes, que son seleccionadas para la mediación con base en criterios entendidos como legítimos u objetivos⁷⁸⁸.

La intervención del profesional debe ser neutral, imparcial, equidistante y facilitadora de la comunicación. La comunicación que se establece entre las partes se considera lineal, lo que la distingue de otras formas transformativas⁷⁸⁹, ya que está centrada en el mensaje, en el contenido, y no en la relación. Los principales pasos que sigue este modelo son los siguientes:

1.- Considerar el conflicto como la manifestación externa de un problema interno que debe ser resuelto. Desde esta perspectiva, el conflicto, no será otra cosa que la punta del iceberg o, lo que es lo mismo, la parte más pequeña y también la más visible, de un conjunto de circunstancias internas que enfrentan a dos partes. El conflicto es el centro de preocupación de este modelo o escuela y, por tanto, el aspecto más importante del desacuerdo que hay que solucionar, por ello es tan importante eliminar la noción de culpable. Lo verdaderamente importante es la solución del problema e importa poco,

⁷⁸⁷FISHER, J., URY, W. y PATTON. B., *¡Sí, de acuerdo! El arte de negociar sin ceder*, Ob. cit., pp.86 y ss.

⁷⁸⁸FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., “Negotiation Power: Ingredients in an ability to influence the other side”, Ob. cit., p.9: “La negociación consiste en el desarrollo de una buena BATNA” (Best Alternative To Negotiated Agreement); Vid. HERNANDEZ RAMOS, C., “Modelos aplicables en mediación intercultural”, Ob. cit., pp. 67-80.

⁷⁸⁹Vid. FOLGER, J., “La mediación transformativa: Preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas”, *Revista de Mediación*, N°2, Octubre de 2008, p.16.

por qué se ha producido o quién lo haya fomentado y, mucho menos, los motivos para ello, la justicia de las posiciones o las perspectivas de futuro.

2.- Entender que la lucha entre las partes⁷⁹⁰, se produce en realidad por una incompatibilidad entre ellas, que no siempre es real, pero no importa que no lo sea, pues las partes lo perciben como si así fuera.

3.- Una vez detectada la situación de incompatibilidad, es preciso poner de manifiesto el problema real, es decir, los intereses de cada una de las partes; ordenar el proceso conflictivo esclareciendo las causas, con la única finalidad de vencer los obstáculos que producen el conflicto.

4.- El objetivo que persigue es la búsqueda del acuerdo que neutralice el conflicto, es decir, que el acuerdo se convierte en objetivo esencial para quienes siguen este modelo de mediación.

5.-En el proceso de mediación, es esencial que la figura del mediador, de forma neutral e imparcial, tenga que vigilar que se produzca la comunicación y que se restablezca el equilibrio perdido por el conflicto. Su función se centra en tratar de procurar un cambio de actitud que dirija a los particulares a mudar su talante beligerante y los conduzca a una solución cooperativa de los intereses⁷⁹¹.

Es importante que todo el proceso se realice con ánimo de solución del conflicto, por ello es conveniente que el mediador, no pierda de vista que el conflicto es real, ni permita que lo hagan las partes. Aunque lo que se trata de arreglar es un problema concreto que surge generalmente vinculado a una serie de circunstancias, éstas no deben de ser permanentemente recordadas, y es preciso superarlas, en aras a encontrar la solución al conflicto.

En cuanto a la valoración de este modelo, BUSH y FOLGER, lo califican y critican como, “estilo negociador”, pero que tiene gran éxito en la mediación y entre los mediadores: *“El estilo negociador, describe el camino más directo que los mediadores pueden seguir en su proceso de resolución de problemas. Los mediadores que practican la negociación tratan de intereses considerados como problemas. Limitan las inquietudes, mantienen firme el control sobre la interacción, y avanzan regularmente hacia soluciones aceptables para todas las*

⁷⁹⁰OTERO PARGA, M., “Los Modelos teóricos de la mediación”, Ob. cit., p.159.

⁷⁹¹Vid. FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., “Negotiation Power: Ingredients in an ability to influence the other side”, Ob. cit., pp.5-11.

partes”⁷⁹². Por su parte, COBB, es partidaria de una mediación que vaya más allá de los intereses: “Lograr una mayor eficacia de la resolución de conflictos requerirá que el campo vaya más allá del análisis basado en intereses”⁷⁹³. Pero, lo que más se critica del modelo, es el de reducir los conflictos a problemas de intereses, aislándolos, con el fin de poder solucionarlos. Esto se debe a que, el “Modelo de Harvard”, es un modelo de inspiración utilitarista (*homo negotiator*)⁷⁹⁴, que no profundiza en la raíz del conflicto, sino que simplemente atiende a problemas concretos. Por eso, MARINÉS SUARES ha calificado este modelo como, *limitativo*, pues se basa en una concepción lineal de la causalidad del conflicto⁷⁹⁵.

Otras críticas son, que este modelo huye de los problemas sociales y de la conflictividad humana que los origina, frente a los verdaderos motivos que los producen. Que se cede el protagonismo a la solución rápida, económica, segura y eficaz y que, en vez de solventar la raíz de un problema, lo que hace es ocultarlo y aplazarlo⁷⁹⁶.

Pero también tiene virtudes, pues está muy próximo a la defensa de los principios del Estado liberal y de la búsqueda del bienestar social, propio de la era de la globalización, en donde la mediación y el Derecho, tienen la misión de proporcionar seguridad vinculada a las elecciones racionales de los agentes económicos⁷⁹⁷. Por eso, este modelo, por sus características, está indicado especialmente para mediar en conflictos relativo al campo de las relaciones económico-jurídicas, en el ámbito comercial o de política internacional⁷⁹⁸.

Una variante de este modelo es el llamado, “Modelo de HAYNES”. Creado por él y su esposa, CHARLESWORTH, dos juristas que entendieron que el

⁷⁹²BUSH, B. y FOLGER, J., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y del reconocimiento de los otros*, Ob. cit., p.103.

⁷⁹³COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.33

⁷⁹⁴URY, W. L., *Alcanzar la paz: Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, Ob. cit., p.40

⁷⁹⁵MARINÉS SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p.165.

⁷⁹⁶Vid. MELCHIN, K. R y PICARD, CH. A., *Transforming conflict through insight*, Ob. cit., pp.36-37.

⁷⁹⁷DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit. p.58: “Este modelo se emplea frecuentemente en las negociaciones comerciales y en las disputas que suelen generarse en este tipo de relación. No es inusual observar que, el conflicto, se puede originar dentro de la empresa por dificultades de comunicación”.

⁷⁹⁸OTERO PARGA, M., “Los Modelos teóricos de la mediación”, Ob. cit., p.161.

campo de la mediación es interdisciplinar y que, en los últimos años, se había servido de fuentes diversas, como las teorías de la negociación, creadas en el seno de la psicología social, la sociología y la teoría de juegos, siendo conscientes del límite borroso entre mediación y terapia⁷⁹⁹. Aplicado al ámbito de la mediación familiar, el mediador debe evitar que la pareja viva en el pasado, para lo cual proyecta sus pensamientos hacia el futuro. De esta manera, los clientes/partes cambian, porque es el mediador quien ha creado el clima para esta transformación, en caso de que no lo consiga no habrá acuerdo y, por tanto, el fallo estaría en el mediador. Se basan en la estrategia conocida con el acrónimo, MAAN (“mejor alternativa a un acuerdo negociado”), acuñado por el método Harvard, aunque HAYNES propone que se tenga presente el antónimo: PAAN (“peor alternativa a un acuerdo negociado”). Este modelo, aboga por la idea de que no existe una tipología de estrategias que pueda ser aplicada en todas las mediaciones y éstas culminen con éxito, sino que la técnica que debe seguir el mediador depende de otras variables; como la naturaleza de las cuestiones y los conflictos de conducta⁸⁰⁰.

2.5.2. EL MODELO CIRCULAR- NARRATIVO DE SARA COBB.

Dentro de los modelos narrativos de mediación, el “Modelo Circular Narrativo”, es la propuesta teórica de Sara COBB. Como ya hemos tenido ocasión de analizar, COBB, entiende el conflicto y la mediación como un “proceso narrativo”, centrando su trabajo en la comunicación y en la interacción de las partes. Como modelo teórico de mediación, se le ha encasillado entre el modelo

⁷⁹⁹Vid. MUNERA GÓMEZ, M.P., “J.M. Haynes, Perlmann, Chandler y otros autores internacionales en el recorrido de la mediación y el trabajo social”, *Revista Portularia*, Vol. XII, Nº2, 2012, p.102. Los expertos que utilizan este modelo trabajaban con ocho premisas básicas: 1. El conflicto es sano, pero si no se resuelve es peligroso. 2. El conflicto por cuestiones específicas se puede resolver a través de la mediación. En contraposición, el conflicto por razones de conducta se soluciona con terapia. 3. Casi todas las personas quieren llegar a un acuerdo. 4. Es más probable una negociación exitosa cuando las partes en disputa necesitan mantenerse en contacto que cuando no precisan ninguna relación futura. 5. El resultado es responsabilidad de las partes. 6. El mediador es responsable del proceso. 7. En toda las personas hay, “algo de Dios” (es decir, sabiduría interior). 8. La conducta del mediador se verá condicionada por la situación.

⁸⁰⁰Vid. RIDAO RODRIGO, S., “Técnicas de mediación. Reflexiones sobre su aplicación en contextos comunicativos interculturales”, Ob. cit., p.8 y ss.

de Harvard y el modelo transformativo⁸⁰¹. No se centra tanto en la solución de los intereses en conflicto, como en el modelo de Harvard, pero, no es que la solución del problema no sea importante, sino que simplemente no es una prioridad. La narración del conflicto es lo prioritario.

El modelo de COBB, parte de la idea de la deconstrucción de la neutralidad de la mediación y la construcción y transformación de las narraciones con el que se accede al proceso⁸⁰². Este modelo diferencia entre conflicto y disputa, siendo esta última, el conflicto generado entre dos o más personas, cuando se hace público e inmanejable para ellos. Mientras que el conflicto se daría fundamentalmente en el plano de la comunicación, es decir, no sólo en el contenido de lo que se dice, sino en el cómo se dice y de qué manera se dice⁸⁰³.

La comunicación se concibe como un todo, en el que se integran tanto los interlocutores como el mensaje. El concepto de *causalidad circular* es, muy probablemente, el que mejor refleja la compleja realidad del conflicto y la múltiple varianza factorial que interviene en el mismo⁸⁰⁴. Su método se fundamenta en la comunicación, cuyas causas se retroalimentan creando un “efecto circular de causa y efecto”, que determina la causalidad circular en la negociación⁸⁰⁵. Utiliza el enfoque sistémico, dada la importancia que se da a los procesos de interacción entre las partes del sistema y, asimismo, a la relación entre los distintos sistemas en los que una persona puede verse implicada. Como han señalado GARRIDO y MUNUERA, el proceso circular consta de cinco giros: “Giro 1º y 2º: Legitimación-deslegitimación, alternativamente de cada parte (para desestabilizar sus respectivas narrativas y abrirlas a nuevas posibilidades); Giro 3º: Creación de una narrativa independiente o circular (también denominada, “irónica”); Giro 4º: Proyección hacia el futuro, mediante la utilización de preguntas creadoras y creación de escenarios posibles; Giro 5º:

⁸⁰¹Vid. MUNUERA GÓMEZ, M. P., “El modelo circular narrativo de Sara Coob y sus técnicas”, *Revista Portularia*, Vol. VII, Nº1-2, 2007, p.86.

⁸⁰²Vid. COOB, S., “Neutrality as a discursive practice: The construction and transformation of narratives in community mediation”, en SARAT, A. y SILBEY, S. (Comps.), *Studies in Law, politics and society*, Vol. 11, CT. JAI Press, Greenwich, 1991, pp. 35-62.

⁸⁰³ GARCÍA RAGA, L., “Escuelas de Mediación”, Ob. cit., pp.117 y ss.

⁸⁰⁴HERNÁNDEZ RAMOS, C., “Modelos aplicables en mediación intercultural”, Ob. cit., p.75. Hernández Ramos, considera que es un modelo novedoso y original, que introduce elementos que enriquecen la práctica de la mediación al aplicar a las relaciones entre partes, una perspectiva más profunda.

⁸⁰⁵ALÉS SIOLI, J., “Introducción a la Mediación Familiar”, Ob. cit., p. 23.

*Anclaje de la nueva narrativa a través de acuerdos y meta-acuerdos*⁸⁰⁶. Por su parte, ALES SIOLI, entiende que este modelo intenta aumentar las diferencias entre las partes al permitir que estas se manifiesten libremente, para crear contextos favorables de negociación y facilitar las soluciones que quieran asumir las partes⁸⁰⁷.

El modelo lo ha considerado COBB para la alteración de las narrativas del conflicto; desde el conflicto radicalizado hacia otro pacificado⁸⁰⁸. Siendo el conflicto un problema de narración del mismo, éste remitirá por su propio peso, cuando mejore la relación comunicativa entre las partes. Dicho de otro modo, la solución del conflicto no es la finalidad de la mediación; la solución se producirá cuando se deshagan los impedimentos narrativos que la dificultan, será una consecuencia del cambio de narratividad⁸⁰⁹.

El modelo de COBB no entiende el conflicto como algo asociado al antagonismo y la agresión en las relaciones humanas, sino como una presencia interna y prácticamente continuada en las personas⁸¹⁰. Es decir, se basa en el supuesto de que los seres humanos viven entre el deseo y el deber, adquiriendo un papel especial la comunicación basado en el protagonismo de la partes. Porque, si no es posible narrar y solucionar las causas de los conflictos, éstas se agrandarán a cada paso, creando un efecto circular imposible de corregir. Para evitar esa reacción, es necesario crear climas favorables tendentes a lograr acuerdos que favorezcan a ambas partes y que éstas así lo entiendan en su relato⁸¹¹. Llegar a

⁸⁰⁶GARRIDO SOLER, S. y MUNUERA GÓMEZ, M.P., “Contra la neutralidad. Ética y estética en el modelo circular narrativo de mediación de conflictos”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 17, 2014, p.159.

⁸⁰⁷ALÉS SIOLI, J., “Introducción a la Mediación Familiar”, Ob. cit., p.24

⁸⁰⁸COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.186: “La narrativa radicalizada conlleva la construcción de una categoría jurídica que legaliza la exclusión de un grupo”.

⁸⁰⁹LAPASIO CAMPOS, L. y RAMÓN MARQUÉS, E., “La mediación: Historia y modelos”, Ob. cit. p. 129. Este modelo nace del paradigma sistémico y, por eso, destaca en él la comunicación. Es de carácter circular y está orientado tanto al acuerdo en sí, como a la modificación de las relaciones establecidas entre las partes. El modelo considera que, si las narraciones se construyen a través del lenguaje y con éste, la realidad, modificando las narraciones, también se cambia la percepción que de esa realidad tenemos.

⁸¹⁰COBB, S., “Neutrality as a discursive practice: The construction and transformation of narratives in community mediation”, Ob. cit., p.37.

⁸¹¹OTERO PARGA, M., “Los Modelos teóricos de la mediación”, Ob. cit., p.162.: “Para esta escuela, es importante asumir que los conflictos no son abstractos, sino que se producen y relatan dentro de una historia y por eso no es posible solucionarlos, o al menos no es conveniente intentar hacerlo, prescindiendo de esa historia. Es necesario que las partes salgan del proceso que las

estos acuerdos no se presentan como lo más importante en la mediación, sino como tácticos, siendo lo verdaderamente importante la mejora de futuro de las relaciones, dentro de su contexto social (meta-acuerdos)⁸¹².

Por lo que se refiere al mediador, COOB considera que ha de escuchar a ambas partes para que se manifiestan dejándolas hacer, casi hasta el absurdo, con la intención de que una vez que hayan expuesto sus posturas y, comprobada la imposibilidad del acuerdo si cada una de ellas se mantiene inflexible, se proceda a crear una historia alternativa que posibilite la modificación de la relación y, con ella, la posible solución del conflicto.

Podemos encontrar en este modelo las siguientes fases:

Fase preliminar (sesión individual o conjunta)	<p>a) Se da a conocer a las partes las características del proceso de mediación (confidencialidad, imparcialidad, objetividad, flexibilidad) y de su alcance.</p> <p>b) Si las partes aceptan participar voluntariamente, se firma un acuerdo previo, estableciendo el tiempo máximo de ejecución del proceso y todos los aspectos colaterales a considerar (técnicas a implementar, horarios, etc.).</p>
Fase de encuentro dialogado (sesión conjunta)	<p>Se informa a las partes del proceso como vehículo de resolución del conflicto, sus alternativas y las reglas de participación en la mediación (confidencialidad, sesiones conjunta e individuales). El mediador sólo podrá compartir con cada parte, lo autorizado por la otra; el mediador marcará los turnos y supervisará el buen funcionamiento de las reuniones conjuntas.</p>

enfrentó y que les está produciendo falta de entendimiento, a fin de recrear una nueva historia de relaciones que les permita, como consecuencia, solucionar el problema de base que las enfrenta”.

⁸¹²Vid. COOB, S., “La pragmática del “potencialismo del protagonismo” en la mediación: una perspectiva narrativa”, *Curso sobre negociación y resolución de conflictos*, Universidad de California, Santa Bárbara, 1995, p.12; COOB, S., “Una perspectiva narrativa en mediación “, en FOLGER, JOSEPH P. y JONES, TRICIA S. (Coords.), *Nuevas direcciones en mediación*, Paidós Mediación, Buenos Aires, 1997, pp.89-100.

<p>Fase de mediación (sesiones individuales)</p>	<p>a) El mediador trabajaba con cada parte por separado desplegando pautas tales como: Encuadre del problema, fijación de objetivos, determinación de contribuciones para resolver el problema, análisis de las soluciones intentadas y sistematización de la circularidad.</p> <p>b) La efectividad de la circularidad va a depender de la actitud y disposición personal de cada una de las partes, para que entienda que lo que desea obtener está íntimamente conectado con lo que también quiere la otra parte, reconociendo el protagonismo recíproco de cada cual en la mediación y el valor de respetar su punto de vista.</p>
<p>Fase de reflexión interna del equipo de mediación</p>	<p>El mediador o mediadores, reflexionan y comparan las diversas posturas y sus diferencias, con la finalidad de dar el paso a la construcción de una historia alternativa, heredera de la interdependencia desplegada entre todas ellas.</p>
<p>Fase de acuerdo (sesión conjunta)</p>	<p>a) Se procede a la narración de la historia alternativa y a la construcción del acuerdo.</p> <p>b) La sesión debe contemplar los siguientes aspectos; oír la revisión que las partes hacen de la historia alternativa (escucha activa); discusión sobre las ventajas e inconvenientes de cada opción; reconducción de las posiciones hacia una única posición común de consenso (reconstrucción de la historia alternativa) y; redacción del subsiguiente acuerdo.</p> <p>c) Post-acuerdo (implicaciones del acuerdo en el contexto o red social de las partes).</p>

Cuadro 1. Fases de la mediación. Elaboración propia a partir de Coob/Munuera⁸¹³.

⁸¹³Vid. COOB, S., “Neutrality as a discursive practice: The construction and transformation of narratives in community mediation”, Ob. cit., p.37; MUNUERA GÓMEZ, M. P., “El modelo circular narrativo de Sara Coob y sus técnicas”, Ob. cit., p.92-95

El método que se utiliza en este tipo de mediación consiste en aumentar las diferencias ya existentes entre las partes protagonistas del conflicto, llevándolas irónicamente hasta el extremo, como señala GARCÍA RAGA⁸¹⁴. En este intento, las partes explican el problema que les afecta, individualizando sus posturas y el mediador realiza preguntas e interviene la comunicación con “tormentas de ideas” (Brainstorming)⁸¹⁵, que ayuden a las partes a una comunicación más serena y reflexiva. El fomento de la comunicación y la importancia que se da a las partes, como protagonistas exclusivos de la creación de una historia alternativa, es esencial en este modelo, que, aunque nos plantea el ideal de determinar un acuerdo, considera que es más importante cambiar la historia conflictiva y conseguir ese acuerdo en la medida que sea posible⁸¹⁶.

Podemos ver algunas dificultades que se manifiestan en este modelo. La más importante de todas es, que no se persigue el acuerdo aunando intereses, ni tampoco la realización de la justicia o la protección de los derechos, “*se trata de alcanzar una narración alternativa que pueda servir de base al acuerdo*”⁸¹⁷. También se ha criticado el modelo como excesivamente terapéutico (el lenguaje como terapia), pues trata más de cambiar a la personas, debido al origen psicológico del modelo, sin preocuparse directamente por el conflicto o por dar con una solución pronta al mismo. Quienes siguen este modelo, sostienen que el trabajo del mediador, debe dirigirse a posibilitar el arreglo de la relación entre las partes que, una vez realizado, de por sí traerá como una de sus consecuencias la apertura de vías de solución al conflicto concreto⁸¹⁸.

Por último, el modelo de COBB tiene una aplicación muy extendida, sobre todo en el campo de las relaciones familiares y, por eso, ha sido bastante criticado en otros ámbitos, por considerarse una extensión de la terapia familiar⁸¹⁹. No obstante, como ya hemos analizado en el capítulo primero, con la aparición en 2013 de la obra de COBB, *Hablando de violencia*, el modelo ha pasado a una

⁸¹⁴GARCÍA RAGA, L., “Escuelas de Mediación”, Ob. cit., p.118.

⁸¹⁵Vid. MUNUERA GÓMEZ, M. P., “El modelo circular narrativo de Sara Coob y sus técnicas”, Ob. cit., p.92.

⁸¹⁶ALÉS SIOLI, J., “Introducción a la Mediación Familiar”, Ob. cit., p. 24.

⁸¹⁷COOB, S., “La pragmática del “potencialismo del protagonismo” en la mediación: Una perspectiva narrativa”, Ob. cit., p.14.

⁸¹⁸Vid. COOB, S., “Una perspectiva narrativa en mediación “, en FOLGER, J. P. y JONES, T.S. (Coords.), *Nuevas direcciones en mediación*, Ob. cit., p.104.

⁸¹⁹Vid. OTERO PARGA, M. “Los Modelos teóricos de la mediación”, Ob. cit., pp.162-163.

nueva etapa, de aplicación a cualquier tipo de conflicto y con unas bases teóricas de carácter general⁸²⁰.

2.5.3. EL MODELO TRANSFORMATIVO DE BUSH Y FOLGER.

Para el “Modelo Transformativo”, según sus creadores, BUSH y FOLGER⁸²¹, lo más importante en los procesos de mediación es fomentar el aspecto relacional, individual y colectivo. El conflicto es la ocasión dada para fomentar la transformación humana, que se analiza fundamentalmente en dos campos diferentes: *Empowerment* y *Recognition*⁸²².

Para ALÉS SIOLI, este modelo supone que el centro de los intereses son los aspectos relacionales del conflicto, se centra en lo relacional e incorpora también la causalidad circular. Causas y efectos del conflicto se suceden sin cesar en la comunicación. El modelo intenta que las partes adquieran conciencia de sus propias capacidades, se responsabilicen de sus acciones, reconozcan el protagonismo de la otra parte y, al cabo, busquen la transformación de sus conflictos⁸²³. Como han señalado LAPASIO y MARQUÉS, con este método lo que se pretende es un cambio social más “humanizador” y que las partes, durante la interacciones propias del proceso mediador, comprendan que el objetivo de la mediación es conciliar sus diferencias de manera permanente y que se mantengan así siempre⁸²⁴.

⁸²⁰COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.381: “La resolución de conflictos es el proceso poético de fortalecimiento de las narrativas que las personas cuentan y, así, paradójicamente, pueden tener la libertad de ser seres humanos”.

⁸²¹BUSH, B. y FOLGER J., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y del reconocimiento de los otros*, Ob. cit., p.46: “La promesa de la mediación reside en su capacidad para transformar el carácter de los antagonistas individuales y de la sociedad en general”.

⁸²²LAPASIO CAMPOS, L. y RAMÓN MARQUÉS, E., “La mediación: Historia y modelos”, Ob. cit., p.128: “El objetivo de la mediación en este modelo no es el acuerdo propiamente dicho, sino que, en realidad, lo que pretende es desarrollar el potencial de cambio individual de cada una de las partes sujetas a mediación, al hacer posible que éstas puedan descubrir por sí mismas sus habilidades en el proceso. Lo que se busca es fomentar el crecimiento personal en las relaciones humanas y promover la revalorización y el reconocimiento de cada una de las partes”.

⁸²³ALÉS SIOLI, J., “Introducción a la Mediación Familiar”, Ob. cit., p.24.

⁸²⁴LAPASIO CAMPOS, L. y RAMÓN MARQUÉS, E., “La mediación: Historia y modelos”, Ob. cit., p.129: “(Bush y Folger), los autores a los que se les atribuye el modelo, pretenden que en el proceso no sólo las situaciones cambien, sino que el aprendizaje se extienda a otros ámbitos, que

Dicho lo anterior, el *empowerment* o fortalecimiento propio, incide en afianzar la fortaleza del individuo, para que esté más capacitado y tenga más posibilidades de triunfo al enfrentarse a cualquier circunstancia que le sea adversa. La *recognition* o reconocimiento del otro, por su lado, prepara al individuo para experimentar preocupación y empatía por los otros, especialmente por aquellos que presentan intereses distintos de los suyos⁸²⁵.

La búsqueda del “Modelo Transformativo”, se centra en alcanzar la transformación del contenido del conflicto, buscando un retorno a las ideas de la comunidad y de bien común⁸²⁶. En este sentido, BUSH y FOLGER, han manifestado la valoración del carácter ideal del método transformativo: “*Si la “historia de la satisfacción”, refleja lo principal de lo que hoy sucede realmente, y la “historia de la transformación”, refleja sólo un elemento secundario del movimiento, persiste el interrogante: ¿esta versión corresponde a nuestra imagen de lo que “deberían” ser las cosas? La respuesta depende de lo que pensemos con respecto a las premisas de cada historia acerca de lo que debe considerarse la meta más importante del movimiento mediador en general*”⁸²⁷.

Además de sus creadores, quienes defienden este modelo, afirman que cuando los derechos entran en conflicto, la solución no puede encontrarse en otro derecho más fuerte y también individual, sino en el retorno a los ideales del bien común y del comunitarismo⁸²⁸. Es decir, en el proceso de mediación, hay que tratar de buscar el “momento” del reparto correcto, a fin de que el interés general prime sobre el particular⁸²⁹. Consecuentemente, este modelo persigue el desarrollo del potencial de cambio de las personas como motor del cambio social, producido como consecuencia del descubrimiento de sus propias habilidades y, cuya

se interiorice y que, como consecuencia, las personas implicadas en el proceso cambien positivamente. Esa es la visión transformadora en la que incide este modelo”.

⁸²⁵Vid. FOLGER, J., “La mediación transformativa: Preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas”, Ob. cit., pp. 6-8.

⁸²⁶BUSCH, B. y FOLGER J., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y del reconocimiento de los otros*, Ob. cit., p.134: “Se alcanza el reconocimiento cuando, dado cierto grado de revalorización, las partes en disputa son capaces de reconocer y mostrarse mutuamente sensibles a las situaciones y las cualidades humanas comunes del otro”.

⁸²⁷BUSCH, B. y FOLGER J., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y del reconocimiento de los otros*, Ob. cit., pp.55-56.

⁸²⁸Vid. FOLGER, J., “La mediación transformativa: Un cambio en la calidad de la interacción en los conflictos familiares”, Ob. cit., pp.17-18.

⁸²⁹Vid. BUSH, B. y GANONG POPE, S., “La mediación transformativa: Un cambio en la calidad de la interacción en los conflictos familiares”, Ob. cit., p.80,

consecuencia, es la revalorización de la persona a través de su crecimiento moral, por el reconocimiento de la realidad del “otro”⁸³⁰.

La meta original que persiguen los partidarios de la “Escuela Transformativa”, es modificar la relación conflictiva existente entre las partes. Por ello, no se pone demasiado énfasis en la consecución del acuerdo, aunque también es un objetivo a conseguir, pero se considera que el acuerdo sucederá como consecuencia de la transformación lograda por las partes: “*Se pondera como una suerte de consecuencia de esa nueva situación producida entre las partes, como resultado de la transformación producida en la relación existente entre las personas mediadas. El acuerdo sólo se logrará en la medida que los participantes encuentren una nueva mirada del otro (“outside”) y de sí mismos (“inside”)*”⁸³¹.

El mediador que actúa de acuerdo con esta escuela, señala OTERO PARGA, debe tener especial cuidado en estar preparado para poder resolver los elementos del conflicto que enfrentan a las partes, procurando que las partes tomen conciencia de que está en sus manos la posibilidad de cambio y transformación del conflicto que los enfrenta⁸³². Este descubrimiento, en muchos casos, no produce el efecto de la solución inmediata del conflicto, pero en cambio crea vínculos de cooperación entre las partes, que preparan la reconciliación y suele ser la puerta de entrada a la solución del conflicto inicial⁸³³.

En el modelo transformativo, se alcanza el éxito cuando las partes cambian, “*se transforman*”, para mejorar, a través del propio proceso de mediación. La mediación, por tanto, tendrá éxito, no sólo porque se llega a un acuerdo, sino especialmente cuando éste es consecuencia de la transformación positiva de la situación de conflicto o crisis preexistente. Lo que presupone que se ha debido producir una objetiva mejora de la situación entre las partes, comparada con la que había antes⁸³⁴. En el proceso de mediación, GIMENEZ ROMERO ha hecho referencia a estos dos elementos centrales del modelo transformativo; la revalorización de la autoestima y el recíproco reconocimiento de las co-responsabilidades mutuas. El primer elemento, la revalorización o el

⁸³⁰Vid. HERNANDEZ RAMOS, C., “Modelos aplicables en mediación intercultural”, Ob. cit., p.70.

⁸³¹DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.57.

⁸³²OTERO PARGA, M., “Los Modelos teóricos de la mediación”, Ob. cit., p.163.

⁸³³Vid. BUSH, B.R. y GANONG POPE, S., “La mediación transformativa: Un cambio en la calidad de la interacción en los conflictos familiares”, Ob. cit., pp.17-28.

⁸³⁴GARCÍA RAGA, L., “Escuelas de Mediación”, Ob. cit., p.111.

empowerment, se traduce en que los propios mediados adquieren conciencia de que deben actuar de forma consecuyente y respondiendo de sus acciones. El segundo elemento, la expresión del reconocimiento de las co-responsabilidades mutuas, indica claramente el grado de revalorización adquirido previamente por los sujetos mediados. El mediador debe ser capaz de gestionar de modo positivo esas diferencias entre las partes, promoviendo la empatía para comprender la situación del otro y, de este modo, alcanzar un acuerdo transformativo⁸³⁵.

En cuanto a las objeciones posibles al modelo, para GARCÍA RAGA, este modelo ha sido criticado porque, al exigir al mediador que colabore en la transformación de las partes en conflicto, consideran que cuando un mediador no se concentra en la resolución de un problema, corre el riesgo de convertir la mediación en directiva, lo que impide que las personas que participan en la mediación decidan de manera autónoma respecto a su conflicto⁸³⁶.

Este modelo, por otro lado, tiene la ventaja de retomar la idea de comunidad y de búsqueda del bien común, primándolo sobre el particular. Pero presenta el mismo defecto que los otros dos grandes modelos anteriores: Carecer de una suficiente conexión y relación de la mediación con la reflexión sobre el Derecho y los derechos fundamentales, en particular. Los que practican este modelo, muchas veces no son suficientemente conscientes de la realidad jurídica de las partes y de sus posibilidades argumentativas, por estar en la preocupación por la vuelta a lo comunitario. No es que el objetivo de mejorar la sociedad a través de la mediación no sea un ideal atractivo, pero, según consideramos, para obtener pasos en ese objetivo, la reflexión jurídica sobre los derechos de las personas es un principio básico y general, también para la mediación⁸³⁷.

⁸³⁵Vid. GIMENEZ ROMERO, C., "Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural", *Revista Migraciones*, N°10, 2001, pp.5-10.

⁸³⁶GARCÍA RAGA, L. "Escuelas de Mediación", Ob. cit., p.114

⁸³⁷Aunque este modelo, como los demás, tienen influencia en la reflexión jurídica. Por ejemplo, los acuerdos alcanzados en este tipo de mediación son relevantes. Pues, aunque el acuerdo no es lo más importante para el modelo transformativo, puesto que lo realmente importante se reserva a la adquisición de capacidades nuevas, podemos señalar su importancia, pues a través de su ejercicio, tanto las partes como sus abogados (si es que concurren a la mediación), junto al propio mediador, están contribuyendo a la reflexión sobre los derechos, a través del ideal transformativo.

2.5.4. EL MODELO DE CARNEVALE.

Este modelo, menos seguido y más específico que los anteriores, debe su nombre a las propuestas de su autor. Fundamentalmente, añade cuatro estrategias de actuación de las que dispone el mediador, sea seguidor de uno u otro de los grandes modelos anteriores: Presión, compensación, integración e inacción. Dichas estrategias, según CARNEVALE, pueden ser utilizadas por el mediador, en función de la importancia que concedan a dos factores; la importancia que se le otorgue a que las partes consigan sus aspiraciones y lleguen a un acuerdo y; a la percepción que tenga de un campo común entre las partes, que facilite una solución aceptable para ambas⁸³⁸:

a- *Integración*. El mediador, empleará esta estrategia cuando exista un importante campo común entre las partes y se conceda mucho valor a las aspiraciones de las partes.

b- *Presión*. Esta estrategia se utilizará por el mediador, si éste no concede tanta importancia a las aspiraciones de las partes y no se percibe un campo común tan amplio.

c- *Compensación*. Se utilizará, si el mediador considera importante que las partes alcancen un acuerdo, pero no percibe muchas coincidencias entre ellas.

d- *Inacción*. Esta estrategia es la más aconsejable cuando las coincidencias entre las partes son amplias, por lo que no necesitarán casi ayuda externa y crecen las probabilidades de que los negociadores alcancen el acuerdo por sí mismo⁸³⁹.

Este modelo tuvo gran repercusión en el ámbito científico, ya que supuso un importante esfuerzo por analizar estas variables antes no atendidas, pero significativas en el proceso de mediación y de la relación que se establecen entre las partes en la mediación⁸⁴⁰. Con la aportación de este modelo, se realizó un importante avance al estudio de la mediación, pues, este modelo teórico, era muy

⁸³⁸Vid. CARNEVALE, P.J. e ISEN, A., "The influence of positive affect and visual access on the discovery of integrative solutions in bilateral negotiation", *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Nº 37, 1986, pp.1-13.

⁸³⁹Vid. CARNEVALE, P.J., "Strategic Choice in Mediation", *Negotiation Journal*, Nº2, 1985, pp. 41-56.

⁸⁴⁰DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.57

operativo y práctico, sentando las bases para que futuras investigaciones añadieran otros factores y variables relacionados con las tereas del mediador y el proceso de la mediación. Y esto fue lo que ocurrió con las aportaciones del siguiente modelo⁸⁴¹.

2.5.5. EL MODELO DE CONTINGENCIAS ESTRATÉGICAS.

Este modelo puede considerarse una extensión de las estrategias del modelo de autor anterior. También es un modelo que añade particularidades a los tres primeros grandes modelos. Quien introdujo la expresión por la que se conoce a este modelo, “contingencias estratégicas”, fue BERCOVITCH. Básicamente, se trata de estudiar y aplicar un conjunto de variables, cuya importancia está en el examen del conflicto concreto, desde las características específicas de sus protagonistas y la figura el mediador⁸⁴².

El modelo de contingencias estratégicas, intenta hacer un acercamiento al estudio de las estrategias y tácticas posibles en la mediación. Por eso, añade a cualquier modelo general, la llamada, “*aproximación contingente*”, es decir, su interés se ha centrado en los mecanismos específicos que se han empleado para la solución de conflictos en marcos contextuales concretos; en organizaciones, empresas y también en el contexto familiar. El modelo se centra en aspectos, llamados contingentes al conflicto, pero que pueden ser determinantes, pues son los que pueden dar una imagen actual del conflicto. Explica claramente como en ocasiones, el poder jerárquico y formal, se ve anulado por un grupo que se convierte en el único capaz de subvenir a los problemas y la incertidumbre del futuro. De esta manera, pueden conseguir suficiente poder para desobedecer a sus superiores jerárquicos. Cuando en una mediación una parte necesariamente

⁸⁴¹Vid. MÉNDEZ, M., SERRANO, G. Y CUESTA, M., “La influencia de la presión temporal en la elección de estrategias de mediación”, *Psicothema*, Vol. 8, Nº 1, 1996, pp.133-146.

⁸⁴²El modelo explica claramente como en ocasiones, el poder jerárquico y formal se ve anulado por un grupo que se convierte en el único capaz de subvenir los problemas y la incertidumbre del futuro. De esta manera pueden conseguir suficiente poder para desobedecer a sus superiores jerárquicos.

depende de la otra, el acuerdo se ve forzado y la finalización del conflicto será difícil⁸⁴³.

Como han señalado DE DIEGO Y GUILLÉN, una de las principales aportaciones que se han hecho desde esta perspectiva, es la que realiza BERCOVITCH. Éste analizó que los resultados de la mediación, pueden estar determinados no sólo por los factores antecedentes, sino también por los factores presentes y considerados “no básicos” en el conflicto, señalando las siguientes variables del contexto que influirán en su resolución⁸⁴⁴:

-Naturaleza de la disputa. Indagar tanto las características como la historia que precede a conflicto, su intensidad o duración. Es importante conocer los antecedentes que han provocado la situación actual para comprender el conflicto, las causas de éste, etc. Todo ello, para ser capaces de tener una perspectiva global y amplia del momento actual del conflicto, a partir de las condiciones previas que lo definen.

-Naturaleza de los problemas. Se trata de definir de la forma más detallada posible las características actuales del conflicto, delimitando todos los temas y asuntos a tratar, por muy colaterales que puedan parecer, para sentar las bases del entendimiento que llevarán a las partes a encontrar una solución.

-Examen de las partes en conflicto. Es conveniente que el mediador conozca la actitud de las partes ante la mediación, su poder, su experiencia en problemas anteriores. Se presta especial atención a que cada actuación de mediación, dependerá de unas características específicas, no sólo del conflicto, sino también de las particularidades de las partes, de su manera de ser y actuar y de su historia previa.

-Características del mediador. Se parte de la premisa de que, aunque el mediador se define por su neutralidad, no obstante, las contingencias del proceso mediador determinan que éste tenga influencia en la mediación. Por eso, se ha de examinar la experiencia, habilidades personales o autoridad del mediador para las partes, entre otras. Por último, el mediador

⁸⁴³Vid. HARTO DE VERA, F., “La mediación y la investigación para la paz: la búsqueda de alternativas pacíficas a los conflictos en la arena internacional”, *Política y Sociedad*, Nº 1, 2013, pp.53-70.

⁸⁴⁴Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.61; CARNEVALE, P.J., “Strategic Choice in Mediation”, Ob. cit., pp. 46-50.

debe reflexionar sobre la influencia que su propia persona tendrá sobre el proceso mediador⁸⁴⁵.

El modelo de las contingencias estratégicas”, por tanto, añade un conjunto de elementos a tener en cuenta por el mediador de manera precisa y en el momento de la mediación. Su utilidad reside en la observación de circunstancias colaterales, pero que resultan útiles para resolver los problemas y conflictos interpersonales y organizativos. Los mediadores deben comprender y explotar esta simple premisa; no todo lo contingente es banal para resolver un conflicto. Ese conocimiento les permite adquirir y mantener las mejores condiciones para alcanzar una solución mediada positiva. En todo caso, como siempre, el mediador no es el agente decisor del conflicto, sino las partes.

2.6. EL PROCESO DE MEDIACIÓN: EL PLAN DE MEDIACIÓN Y SUS FASES.

Todo proceso de mediación, en tanto que se trata de una intervención externa y dado que puede tener consecuencias de difícil rectificación, debe tener un plan lo más detallado posible, estableciendo competencias y roles en el proceso⁸⁴⁶. Trabajar a través de un plan el conflicto que hay que conciliar, supone un paso importante en la consolidación de la mediación⁸⁴⁷. Puesto que cada autor y cada mediador establece su propio “plan de mediación”, haremos referencia aquí a dos propuestas generales de plan de mediación y sus fases; una de autores españoles y otra de una figura internacional. Así, DE DIEGO Y GUILLÉN, establecen las siguientes fases que debe contener un plan de mediación, para cualquier proceso de mediación:

⁸⁴⁵BERCOVITCH, J., “International Mediation and Dispute Settlement: Evaluating the Conditions for Successful Mediation”, *Negotiation Journal*, Nº 7, 1991, pp.17 y ss..

⁸⁴⁶HIDALGO MENA, F.L., “Mediación familiar: Un proceso para la reestructuración de la organización familiar en situación de conflicto”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dirs.), *Mediación Familiar*, Tomo III, Ob. cit., p.188: “La mediación se traduce en una suerte del ajuste entre competencia y el orden en las relaciones del grupo familiar. La dificultad de desempeñar el rol o roles o de sostener la relación”.

⁸⁴⁷Vid. ALFONSO RODRÍGUEZ, Mª E., “La Mediación familiar en España: Concepto, caracteres y principios informadores”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de La Laguna, Nº 25, 2008, pp.55-76.

1° *Fase de definición.* En esta fase las partes se exploran mutuamente, se determina la causa del conflicto que les ocupa, se encuentra la información necesaria y se buscan alternativas para encauzar la disputa. Se define el conflicto que ha llevado a las partes a solicitar la intervención de un mediador, se analiza el origen de esa situación conflictiva, para conseguir un mayor conocimiento de cada una de las partes sobre la otra y, así, se determina el punto de partida que sirve al mediador para identificar su tarea en cada caso concreto.

2° *Fase de discusión.* El objetivo de esta fase es el de clarificar la información y presentar los argumentos a la parte contraria. En esta fase, cada una de las partes expone sus puntos de vista con respecto al conflicto y a la manera que consideran más apropiada para resolverlo, facilitándose mutuamente toda la información y datos al respecto para ello.

3° *Fase de selección de alternativas.* En esta fase se filtra la información para decidir su importancia y se busca una alternativa que resuelva el conflicto. Una vez que las partes han propuesto y argumentado distintas opciones para solucionar el conflicto, deben elegir aquella que ambas consideren que es más satisfactoria y que no supone ningún perjuicio para ninguna de ellas.

4° *Fase de reconciliación de las partes.* Se produce tras la decisión adoptada y que sirve para escuchar posibles objeciones. Con esta última fase, se pretende cerrar el proceso de mediación, dando oportunidad a las partes de plantear alguna crítica o puntualización alternativa, pues una vez que se ha aclarado cualquier posible objeción, la solución elegida, toma, aún más fuerza⁸⁴⁸.

En todas estas fases, hay que señalar, que el mediador debe tener control sobre el proceso, debe controlar el contenido y la motivación; y debe dejar trabajar a las partes para que sean ellas mismas quienes encuentren solución al conflicto. Es muy importante que durante el proceso el mediador transmita a las

⁸⁴⁸La planificación de una mediación inicialmente, es importante para comenzar el trabajo en la mediación. Es conveniente iniciar el trabajo con un análisis descriptivo previo del conflicto y de los métodos que se han utilizado en su abordaje. También es importante identificar aquellos hechos significativos que marcan la evolución o el recrudecimiento del conflicto.

partes su legitimidad y la confianza en el proceso, pues son dos aspectos centrales que influirán en forma determinante en su consecución⁸⁴⁹.

La legitimidad, se refiere a la aceptación y al reconocimiento por una parte de que un oponente, sus cuestiones, intereses y emociones, son auténticos y razonables desde su punto de vista y se ajustan a principios reconocidos⁸⁵⁰.

La confianza, sin embargo, alude generalmente a la capacidad que tiene una persona para depender o asignar confiabilidad a la veracidad o la exactitud de las declaraciones o el comportamiento de la otra. La confianza está ligada a la formulación de posturas congruentes, claras y que no contradigan manifestaciones antecedentes, las solicitudes de ayuda honesta y clara. La transparencia, la actitud clara de ayuda y, principalmente, la comprensión acerca de las inquietudes del otro, incluso en caso de discrepancia, ayudan a construir la confianza.

La finalidad directa o meta de la mediación, en cuanto al proceso (independientemente de lo que establecen los distintos modelos de mediación) es la consecución de un acuerdo, total o parcial, entre las partes implicadas en el conflicto. Un acuerdo se pretende que resuelva el conflicto de intereses subyacente a las personas que han participado en la mediación, ello sin perjuicio de que, indirectamente o de forma colateral, la mediación produzca otras consecuencias beneficiosas para las partes, tales como; la mejora de las relaciones, el diálogo y la comunicación, la recuperación de la confianza e incluso el aprendizaje para el futuro, que puede servir a la hora de enfrentarse a conflictos similares de forma autónoma⁸⁵¹.

⁸⁴⁹DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p. 66: “1.- Control sobre el proceso; el mediador dirige la interacción de las partes pero no los aspectos sustanciales que debe incluir dicha interacción. 2.-Control sobre el contenido; el mediador trata de definir qué aspectos se deben tener en consideración o cuales con los temas concretos que se deben discutir.3.-El mediador debe intentar estimular a las partes y encaminarlas hacia acciones específicas que allanen el camino para consecución del acuerdo. 4.- Control por requerimiento, pues el mediador deja trabajar a las partes para que logren la solución del conflicto y sólo interviene si alguna de ellas lo solicita, para orientarlos ante determinadas dificultades que surjan durante el proceso”.

⁸⁵⁰ Una parte, reconoce la legitimidad de la otra, en el momento en que está dispuesta a hablar con la primera y por ello, sólo la mejora de la comunicación y el ajuste de la imagen, pueden eliminar las barreras que se oponen a la legitimidad. Para ello, a veces es necesario reformular las cuestiones planteadas en forma alternativa, si se pretende que la otra parte reconozca la legitimidad de una propuesta.

⁸⁵¹Vid. LUQUÍN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson, Pamplona, 2007, p.123.; SASTRE PELÁEZ, J.A., “Principios generales y definición de la mediación familiar: Su reflejo en la legislación autonómica”, *Diario La Ley*, Nº 5478, Año XXII, 8 de febrero de 2002, Tomo II, p.1752.

Por su parte, LUQUIN BERGARECHE y SASTRE PELÁEZ, elaboran una sistematización de las distintas etapas que forman el proceso de mediación:

- 1) Premediación.
- 2) Reunión inicial informativa y de asentamiento de bases y reglas de proceso.
- 3) Definición de las cuestiones a tratar y elaboración de la agenda.
- 4) Generación y exploración de opciones con base en intereses comunes.
- 5) Evaluación de las opciones.
- 6) Negociación del acuerdo.
- 7) Formalización del acuerdo (pacto contractual o convenio regulador).
- 8) Supervisión y seguimiento del acuerdo⁸⁵².

En cuanto al plan de mediación y fases que ha elaborado MOORE, supone una aportación muy detallada en este terreno y, por ello, es un plan muy analítico y relativamente fácil de llevar a efecto. Se distinguen doce etapas en el proceso de mediación que se subdividen y encajan en dos grandes periodos: A) Recogida de información y bases de la misma (cinco primeras etapas) y; B) Estructuración de los significados atribuidos a las relaciones por cada una de las partes en conflicto, aproximación, elaboración y resolución final (las siete restantes)⁸⁵³. Las doce etapas en que puede subdividirse el plan del proceso de mediación, según MOORE, serían las siguientes:

A) Prenegociación y recogida de información.

Etapas 1.- Contactos iniciales con las partes en disputa:

- Realizar contactos con las partes.
- Promover la credibilidad.
- Promover el “rapport”.
- Educar a las partes acerca del proceso.
- Aumentar el compromiso con el procedimiento.

⁸⁵²Vid. SUARES, M., *Mediando en sistemas familiares*, Paidós, Buenos Aires, 2005, pp. 351-354.

⁸⁵³Vid. MOORE, C., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ob. cit., pp. 43-86.

Etapa 2.- Elegir una estrategia para orientar la mediación:

- Ayudar a las partes a evaluar distintos enfoques para la resolución de conflictos.
- Ayudar a las partes a seleccionar un método.
- Coordinar los métodos de las partes.
- Sintetizar uno acorde con las expectativas de cada parte.

Etapa 3.- Recopilar y analizar la información de antecedentes:

- Recopilar y analizar los datos pertinentes acerca de las personas, la dinámica y la sustancia del conflicto.
- Verificar la exactitud de los datos.
- Minimizar el efecto de los datos inexactos o que no puedan ser obtenidos.

Etapa 4.- idear un plan detallado de mediación:

- Identificar estrategias y movimientos consecuentes no contingentes que permitan que las partes alcancen hacia un acuerdo.
- Identificar movimientos que puedan responder a situaciones peculiares del conflicto en cuestión.

Etapa 5.- Creación de confianza y cooperación:

- Preparar psicológicamente a las partes o litigantes con el fin de que participen en las negociaciones acerca de las cuestiones fundamentales.
- Manejo de emociones intensas.
- Controlar las percepciones y minimizar los efectos de los estereotipos.
- Crear el reconocimiento de la legitimidad de las partes y las cuestiones que se plantean.

B) Trabajo conjunto con las partes en las sesiones de mediación. Estructuración de los significados atribuidos a las relaciones por cada una de las partes en conflicto, aproximación, elaboración y resolución final.

Etapa 6.- En las sesiones de mediación:

- Iniciar la negociación de las partes.
- Establecer un tono positivo.
- Afirmar las reglas básicas y las pautas de comportamientos.
- Delimitar las áreas temáticas y las cuestiones de discusión.
- Ayudar a las partes a explorar los compromisos, los aspectos destacados y la influencia.

Etapa 7.- Definición de las cuestiones y elaboración de una agenda:

- Identificar las áreas temáticas de interés para las partes de una forma más amplia.
- Obtención de los acuerdos acerca de las cuestiones que serán tratadas.
- Determinación de las secuencias para el manejo de los temas.

Etapa 8.- Revelación de los intereses ocultos de las partes:

- Identificación de los intereses sustantivos, de procedimiento y psicológicos de las partes.
- Actitud de cada una de las partes acerca de los intereses de las restantes partes.

Etapa 9.- Crear alternativas:

- Promover entre las partes el conocimiento en la necesidad de alternativas.
- Atenuar el compromiso con las posiciones y alternativas exclusivas.
- Generar opciones que utilicen la negociación, basándose en intereses.

Etapa 10.- Evaluación de las alternativas de acuerdo:

- Revisión de los intereses de las partes.
- Evaluación del modo en que los intereses pueden satisfacerse con las alternativas disponibles.
- Evaluación de los costos y beneficios de las alternativas disponibles.

Etapa 11.- Negociación definitiva.

- Alcanzar los acuerdos desde la convergencia creciente, alcanzada a través de la aproximación de posiciones, desde el desarrollo de la forma consensual, o a través de la afirmación de un medio, cuyo procedimiento permita acceder a un acuerdo sustantivo hasta conseguir acuerdos globales.

Etapa 12.- Obtención de un acuerdo formal:

- Identificación de los pasos del procedimiento, para conferir carácter operativo al acuerdo.
- Establecimiento de una evaluación y un procedimiento de supervisión.
- Formalización del acuerdo y creación de un mecanismo de compromiso e imposición.

Sin embargo, y a pesar de la distinción que se hace en todas estas etapas, es importante señalar que cada una de estas fases del proceso de mediación, no tienen por qué coincidir exactamente con una sesión de mediación, o con los encuentros que tengan lugar entre mediador y mediados, ya que una fase del proceso, puede requerir una o dos sesiones o, por el contrario, varios objetivos

correspondientes a dos o más fases diferentes del proceso, pueden realizarse quizás en una sola reunión conjunta⁸⁵⁴.

2.7. LA FIGURA DEL MEDIADOR.

Aunque ya hemos analizado en distintas ocasiones y para varios problemas a la figura del mediador, ahora consideraremos al mediador dentro del proceso de mediación, siguiendo un plan de mediación. Según ha estudiado BOLAÑOS, cuando un profesional ayuda a tomar decisiones obstaculizadas por un conflicto, está adquiriendo la función de intermediario y el poder del mediador, radica en saber adquirir el control del proceso, definiéndose como alguien con permiso para provocar cambios en las posiciones recíprocas de las partes⁸⁵⁵.

En este apartado definiremos y analizaremos la figura del mediador, en cuanto tercero que participa en el proceso de mediación; sus funciones, sus competencias y habilidades. Haremos referencia en concreto a su código ético, pues el capítulo IV de esta tesis, trataré de realizar un estudio más pormenorizado de su estatuto jurídico en relación con la mediación familiar en España, al ser la mediación familiar, el objeto central de estudio de este trabajo.

2.7.1. DEFINICIÓN DE MEDIADOR.

El proceso de mediación, hemos visto, implica la intervención de un tercero aceptable por las partes, un tercero neutral e imparcial, en cuanto carente de poder de decisión y habilitado para ayudarlas a alcanzar voluntariamente un arreglo mutuamente aceptado, relativo a los temas en discusión, dejando el poder de decisión en manos de ellas mismas⁸⁵⁶. Ya hemos estudiado que son muchos los

⁸⁵⁴Vid. RAMOS PEREZ, M^a E., “Técnicas de negociación: el proceso”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo III, Ob. cit., pp.199 y ss. Esta autora establece cuatro fases: I) Preparación, II) Reunión, III) Acuerdo y IV) Seguimiento. Y para profundizar más en el tema; Vid. LUQUÍN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Ob. cit., p.127 y ss.

⁸⁵⁵BOLAÑOS, I., “El mediador familiar”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo III, Ob. cit., 2011, p.55.

⁸⁵⁶El mediador, trabaja en la resolución de disputas latentes y ayuda a los participantes a identificar a las personas que se verán afectadas por un cambio o a las que puede repercutir, en relación con

conceptos que se pueden encontrar de la figura del mediador, pero puede resultar interesante la que lo define como: “*Esa tercera persona dotada de una preparación técnica específica que, desde una posición de neutralidad, sin tener ninguna capacidad decisoria, interviene en el conflicto que enfrenta a dos partes con la finalidad de que las personas involucradas e la controversia racionalicen, con su ayuda, una salida negociada que ponga fin al litigio*”⁸⁵⁷.

Es cierto que la mediación deja el poder de decisión en manos de la partes o personas en conflicto y es un proceso voluntario, en cuanto, los participantes deben estar de acuerdo en aceptar la ayuda de un tercero, pero este tercero, el mediador, puede asumir diferentes roles y funciones para ayudar a las partes a resolver sus disputas. La complejidad del papel que puede jugar, se pone de relieve cuando revisamos las funciones tan variadas que desempeña.

Según podemos observar en el anterior plan de mediación establecido por MOORE, el mediador debe adoptar un rol comunicador entre las partes, abriendo nuevos canales o restableciéndolos; debe asumir el papel de legitimador, estableciendo compromisos entre las partes y ciertas reglas que tengan vigencia mientras dura el proceso; además, asume la función de facilitador, pues debe asesorar sobre el abordaje de los temas y la estructuración de la agenda o plan de trabajo⁸⁵⁸. También instruye o educa a las partes que intervienen en un proceso negociador y multiplica los recursos que suministra asistiendo a las partes, y las vincula con expertos y recursos externos, lo que les permite ampliar las alternativas aceptables de resolución. Este autor destaca que el mediador trabaja para reconciliar los intereses competidores de las partes⁸⁵⁹. La meta del mediador es ayudar a las partes a examinar el futuro y sus intereses o necesidades y a negociar el intercambio de promesas y relaciones que serán mutuamente satisfactorias, y se ajustarán a las normas de equidad de dichas partes. El mediador carece de autoridad de decisión y las partes en disputa, por tanto, a

problemas futuros, decisiones y resultados del proceso mediador y, además, ayuda a desarrollar un proceso de educación mutua, acerca de las cuestiones y los intereses en juego, colaborando con los participantes para diseñar y aplicar un procedimiento de resolución de conflictos.

⁸⁵⁷SAEZ RODRÍGUEZ, C., *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p.36.

⁸⁵⁸Vid. MOORE, C., *El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.97.

⁸⁵⁹Vid. MOORE, C., *El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.98.

menudo buscarán los servicios de un mediador porque con este procedimiento, las partes en conflicto pueden retener el poder final de la decisión. Además, como la mediación es un proceso voluntario, no se obliga a las partes a negociar, a practicar la mediación o a aceptar a una parte interna o externa a una disputa, ya que no existe una sanción legal para una parte que rechaza participar en un proceso de mediación⁸⁶⁰.

El mediador no es un árbitro, pues no ha de decidir; no es un asesor, ya que no debe aconsejar ni es terapeuta⁸⁶¹. Tampoco es un asesor del juez, ni un perito, pues si se le dotara de la capacidad de informar al juez de los detalles de las conversaciones mantenidas, la comunicación que debe entablar con las partes se vería afectada y no sería sincera⁸⁶².

Según ha señalado GUILLÉN, es útil recurrir a un mediador cuando:

- Los sentimientos de las partes son intensos e impiden un acuerdo mutuo.
- La comunicación entre las partes es mediocre, tanto por la cantidad como por la calidad y las partes no pueden modificar por sí mismas la situación.
- Las percepciones erróneas o los estereotipos están estorbando la realización de intercambios productivos.
- Las formas repetitivas de comportamientos negativos están constituyendo obstáculos.
- Hay desacuerdos graves respecto a los datos y sobre qué información es importante, como se la obtiene y cómo se evaluará.
- Hay muchas cuestiones en disputa y las partes discrepan acerca del orden y la combinación en las que las evaluará.
- Hay intereses aparentes o reales son incompatibles y las partes reconcilian con dificultad.

⁸⁶⁰Vid. GONZÁLEZ MARTÍN, L., “Espacio abierto La mediación civil y mercantil: una necesidad y una obligación legal en el espacio de la unión europea. La importancia de la figura del profesional de la mediación”, *Revista de Mediación*, Año 5, Nº 9, 1er semestre 2012, pp-6-9.

⁸⁶¹Una de las características básicas el mediador es la neutralidad y cuando se describe al mediador, se describe su proceder como neutral, el que ejercita la neutralidad desde la participación y el compromiso, el que ejerce una autoridad equilibrada, poniéndose al servicio de todas las partes por igual. Pero el concepto de neutralidad⁸⁶¹, tal y como se entiende en mediación, es diferente de cómo se entiende en el ámbito judicial, ya que mientras el juez debe encontrar la verdad real y resolver según dicta la ley, el mediador es un intermediario que debe conseguir que las partes encuentren la verdadera satisfacción de sus intereses autocomponiendo el resultado de la disputa.

⁸⁶²Vid. PERELLÓ SCHERDEL, C., “La figura de la mediación en los conflictos interpersonales”, *Mediación y Resolución de Conflictos. Educación Social*, Nº 8, 1998, pp.67-77.

- Las diferencias de valor aparentes o no significativas, dividen a las partes.
- Las partes no tienen un procedimiento de negociación, están usando el procedimiento equivocado o no utilizan el procedimiento más ventajoso posible.
- Las partes están teniendo dificultades para iniciar negociaciones o han llegado a un callejón sin salida en su regateo⁸⁶³.

Un mediador, por tanto, debe determinar y revelar todas las relaciones; monetarias, psicológicas, emocionales, asociativas o de autoridad que mantiene con cualquiera de las partes en una disputa, y que podrían provocar un conflicto de intereses o afectar la neutralidad aparente o real del profesional en cumplimiento de sus deberes. Si cualquiera de las partes o el propio mediador creen que sus propios antecedentes encierran cierta posibilidad de modificar tendenciosamente su actuación, debe abstenerse él mismo, apartándose de la tarea mediadora⁸⁶⁴. La neutralidad, ya analiza en muchas ocasiones, puede verse afectada en los caso concretos; cuando el mediador consiente que la historia de alguna de las partes prevalezca sobre la otra; si se deja llevar por alguna de las partes, pasando a ser adversario de la otra; si adopta una definición propia del problema, si opina o si aconseja a las partes o a una de ellas en concreto, o si fomenta una negociación prematura⁸⁶⁵.

Para OVEJERO, hay tres principios que según deben darse en un proceso de mediación y por tanto deben activarse siempre en la mente del mediador⁸⁶⁶:

- No debe haber ganador ni perdedor.
- Negociar no es imponer “tus ideas”.
- Ceder no es perder.

Por otro lado, La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su artículo 3, define al mediador, como: *“Todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial, competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en*

⁸⁶³GILLÉN GESTOSO, C., “Gestión de Conflictos y Mediación”, en R. GUIL (Ed.), *Psicología Social para psicopedagogos*, Ob. cit., pp. 229-260.

⁸⁶⁴Vid. MOORE, C., *El proceso de Mediación. Métodos prácticas para la resolución de conflictos*, Ob. cit., p. 98.

⁸⁶⁵Vid. BOLAÑOS, I., “El mediador familiar”. Ob. cit., pp.64-66.

⁸⁶⁶OVEJERO, A., *Técnicas de negociación: como negociar eficaz y exitosamente*, Ob. cit., p.112.

cuestión y del modo en que haya sido designado o le haya solicitado que lleve a cabo la mediación". Esta es una definición bastante general, pero establece el marco para definir al mediador para todos los Estados miembros de la Unión Europea. En términos jurídicos, se puede establecer que, la figura europea del mediador tiene en esta definición su definición; el mediador es un tercero que se limita a asistir a las partes en el conflicto para que alcancen la solución al mismo, careciendo de capacidad y de decisión sobre el fondo del conflicto⁸⁶⁷.

La actitud equilibrada que debe tener el mediador, tiene que ver con la flexibilidad más que con posturas objetivas⁸⁶⁸. Ser flexible, supone para el mediador, ampliar su espacio de comprensión y dar cabida a otra versión. La postura de un tercero neutral implica asimismo que éste se comprometa activamente con cada parte. De ser posible, un mediador debería desarrollar un proceso final que documente el acuerdo alcanzado en mediación y la satisfacción del mediador con el acuerdo debe ser plena. Esto debe hacerlo, a menos que el mediador crea que el acuerdo es; ilegal, notoriamente no equitativo para una o más partes, es el resultado de información falsa o del regateo de mala fe; es imposible de hacer cumplir o no se puede sostener durante el tiempo o en un futuro. Si alguna de estas causas ocurriera, el mediador, debería informar a las partes de las dificultades que ve en el acuerdo, o informar a las partes de estas dificultades y dar sugerencias que puedan remediar los problemas.

También existen una serie de circunstancias que suponen causas de abstención y que, cuando concurren, el mediador debe abstenerse por tanto de conocer; causas en las que tenga o haya tenido relación profesional anterior con alguna de las partes, tenga vínculo de parentesco, amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes o haya intervenido como perito o testigo en alguno de los procesos judiciales que la partes hayan ejecutado. Si alguna de estas circunstancias ocurriera, el mediador, debería retirarse como mediador, pues él debe ayudar a resolver el conflicto, no ser un foco conflictivo nuevo⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.169.

⁸⁶⁸La meta final de todo proceso es la consecución de un acuerdo justo y equitativo por todas las partes. La responsabilidad del mediador es ayudar a las partes para alcanzar este tipo de acuerdo

⁸⁶⁹Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.73.

2.7.2. HABILIDADES DEL MEDIADOR.

Generalmente el mediador no se presenta como un especialista en una práctica específica, sino como alguien con habilidades centradas en el proceso⁸⁷⁰. Se dice que es un asesor en aspectos de “metalenguaje”, en el momento en que trabaja para la creación de vínculos intangibles orientándolos hacia la obtención del acuerdo por las partes⁸⁷¹. Así, BOLAÑOS entiende que el mediador debe actuar como facilitador, como catalizador entre las partes y, para ello, debe facilitar la comunicación entre las partes y la toma de decisiones, equilibrando el poder entre ellas⁸⁷².

El mediador, debe trabajar desde la cooperación, la igualdad y la posición simétrica⁸⁷³, tanto si asesora dentro del sistema judicial, como si asume la coordinación del proceso mediador de forma externa. Para que el trabajo del mediador pueda desarrollarse con éxito, es necesario conocer y tener un conjunto de habilidades básicas, con una actitud activa centrada en las siguientes *tareas*⁸⁷⁴:

- 1) Cuestionar lo obvio y trabajar con preguntas, pues constantemente deberá cuestionarse sobre aspectos aparentemente superados o ya discutidos; esto puede ser de gran ayuda, ya que lleva a las partes a reflexionar sobre sus necesidades reales.
- 2) La posición de anti-ambiente, es decir, el mediador ha de crear un clima contrario al que existe entre las partes. Buscar la tranquilidad, si las partes están excitadas, introducir energía, si éstas están apáticas.

⁸⁷⁰GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación Familiar: Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Dykinson, Madrid, 2003, p.151: “El mediador actúa como catalizador, educador y comunicador que ayuda a las partes a identificar y clarificar los temas objeto de controversia, a canalizar sus sentimientos de un forma positiva y a generar opciones que faciliten la resolución del conflicto, a fin de evitar el enfrentamiento en los Tribunales”.

⁸⁷¹SERRANO, G., LÓPEZ, C., RODRIGUEZ, D. Y MIRÓN, L., “Características de los mediadores y éxito en la mediación”, *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 16, 2006, p.81: “Si atendemos a los rasgos de los mediadores más visibles para los sujetos usuarios... nos encontramos con que se hace referencia a dos ámbitos. Por una parte, un conjunto que tiene que ver con la creación de un buen clima que posibilite el hecho mismo de la mediación; así puede entenderse la presencia destacada de aspectos tales como la simpatía, la imparcialidad, la confianza. Por otra parte, la relevancia de los conocimientos y de la capacidad para clarificar los temas presentes. Las primeras estarían en la base de las llamadas por muchos autores “intervenciones contextuales” y las segundas de las “intervenciones sustantivas”.

⁸⁷²Vid. BOLAÑOS, I., “El mediador familiar”, Ob. cit., pp.67-72.

⁸⁷³VEGA SANCHEZ, Y., MONTERO BONILLA, C., PEREZ ANGULO, A. y TEJERINA BLANCO, S. *Gestión de conflictos y procesos de mediación*, Paraninfo, Madrid, 2015, pp.72 y ss.

⁸⁷⁴Vid. FERNANDEZ MILLAN, J.M. y ORTIZ GOMEZ, M., *Los conflictos. Cómo desarrollar habilidades como mediador*, Pirámide, Madrid, 2006, pp.49 y ss.

- 3) Co-pensar y co-sentir. Debe identificarse con el sistema que le ha designado o con las partes que disputan, enmarcando su intervención en el razonamiento, análisis y desarrollo del proceso de mediación. Porque, al estar fuera, al no ser parte ni juez, puede ver las contradicciones, los sentimientos duales y los motivos no confesados, descubrir cómo piensa cada parte, su lógica, como distorsionan emocionalmente y como buscan soluciones. El “co-sentir”, se refiere a la actitud empática con cualquier interlocutor, sin dejarse atrapar en sus emociones. Es decir, siente con las partes sus fracasos y éxitos, pero con la distancia que le permite cuestionar los sentimientos.
- 4) Buscar lo posible, la viabilidad, sin cuestionar la idoneidad de lo demandado.
- 5) Mantener la distancia, pues, una excesiva empatía con las posturas de las partes es muy arriesgado para el desarrollo de la actividad mediadora. Es necesario evitar mantener relaciones sociales, comerciales o jerárquicas con las partes, el no tener un contrato en el que se establezca la relación previamente establecido. También es básico no identificarse con una de las partes.

De DIEGO Y GUILLÉN, creen que todas estas habilidades o cualidades, parecen muy convenientes en cualquier profesión, pero, por la materia prima con la que se trabaja en mediación, las personas, es adecuado desarrollarlas durante el proceso mediador. Entre las habilidades que han destacado distintos autores, hacemos un resumen de las más importantes⁸⁷⁵:

- 1.-El sentido del humor como poderosa arma frente a la dureza de algunas situaciones, siempre con tacto y con la intención de crear un ambiente más agradable a los demás. Terminar con una sonrisa, pues, es la mejor indicación de que las gestiones, tal vez, van por buen camino. En todo caso, deja un buen recuerdo y sirve de principio para gestiones posteriores.
- 2.-La humanidad, como especial sensibilidad hacia los aspectos humanos, de forma real y natural.
- 3.- La modestia, la sencillez y la naturalidad.

⁸⁷⁵Vid. GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación Familiar: Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Ob. cit., p.166.

4.-La capacidad de escucha activa, comprensión y la paciencia, así como la necesidad de promover algunos valores imprescindibles en la mediación; como son la confianza, la lealtad, la honestidad, la serenidad y el respeto y la no violencia⁸⁷⁶. Las personas necesitan ser escuchadas y en mediación esto es indispensable⁸⁷⁷.

5.- Las dotes de comunicador. Comunicar con la gente en las dos direcciones es crítico. De una buena o mala comunicación dependen cuestiones importantísimas, como la motivación, el reconocimiento, la orientación, las confusiones y los malos entendidos. Decir lo que se quiere y generar el impacto deseado es un arte que debería esforzarse en dominar todo mediador.

6.- La convicción en lo que hace. El mediador-conciliador debería exhibir un compromiso con las ideas, los proyectos, las personas; generar más compromiso a nuestro alrededor, se consigue mejor si se empieza demostrándolo el mismo mediador.

7.- La persuasión. Debe tener la fuerza suficiente para convencer a los disputantes de que razonen, revelar las cuestiones que acerquen a las partes a la paz y saber sortear las que llevan a acrecentar las disputas, evitando los contenidos que alejan la posibilidad de un acuerdo, como ofensas y otras situaciones que hieren el amor propio.

8.- Ser discreto, para generar confianza en los demás. Hablar demasiado o traicionar la confidencialidad, supone que las partes terminen por no contarles la realidad del problema y, lo peor, lleguen a rechazar el proceso.

9.- Ser prudente, pues la moderación en el comportamiento, hasta donde lleven los límites de la sensatez y la ponderación, es de gran valor para el mediador.

10.- Ser ecuánime, tener imparcialidad de juicio.

11.-Ser sobrio, servir de ejemplo. Pues en algunos conflictos el mediador actúa como un modelo de conducta, proporcionando así una indicación concreta de lo que deben hacer las partes. Un mediador respetuoso, cordial

⁸⁷⁶Vid. VINYAMATA CAMP, E., *Aprender Mediación*, Paidós, Barcelona, 2006, pp.50 y ss.

⁸⁷⁷Ser perseverante implica asistir a las partes variando sus abordajes, de acuerdo con los cambios y la situación. Paciente, pues eso le ayudará a sobrellevar los momentos difíciles de estancamiento o de escalada. Muchas veces cerca de la solución, la mediación parece naufragar y es entonces cuando, es necesaria esta cualidad para seguir el proceso y tomar todos los emergentes del mismo, positivos y negativos, como partes de un proceso regido más por la emoción que por la lógica

y con una buena coordinación del proceso, sirve de paradigma a la relación que se espera de las partes.

12.-La capacidad de ver más allá de lo evidente. Se trata de saber leer entre líneas y entre las distintas interpretaciones. Tener cierta intuición para captar aquello que puede pasar desapercibido a simple vista, observando agudamente el entorno.

13.-La observación cuidada. Saber conocer a las personas y sacar conclusiones realistas y acertadas, es necesario para llegar a una solución mediada óptima.

14.-El poco apego al pasado, perder los lastres que hacen perder el tiempo y la atención, estar dispuesto a cambiar el rumbo y mirar al futuro continuamente.

15.-Ser creativo y capaz de encontrar alternativas variadas y novedosas, adecuadas a cada caso y para cada proceso mediador.

16.- La ética y la integridad, por encima de todo.

Es cierto que todas estas habilidades requieren de una formación y práctica del mediador. Aunque al describirlas, las habilidades pueden parecer el arquetipo de un profesional perfecto, hay que tomarlas como criterios a seguir por el mediador, una vez que se ve en medio del “bucle del proceso”. Al cabo, el papel del mediador debe ser el de una persona que constituye un recurso activo al cual las partes pueden acudir⁸⁷⁸. Debe estar dispuesto a suministrar sugerencias y alternativas sustantivas y de procedimiento de carácter eficaz. El mediador, debe ser una persona creíble, merecedora de la confianza de las partes, sincera y honesta, pues ello determina el éxito de la función del mediador y el prestigio de su labor frente a los demás⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸SERRANO, G., LÓPEZ, C., RODRIGUEZ, D. Y MIRÓN, L. ,“Características de los mediadores y éxito en la mediación”, Ob. cit., p.88: “Como conclusión general, y a la espera de nuevas investigaciones que vayan confirmando el Modelo y estableciendo las relaciones entre variables, los resultados ponen de manifiesto la relevancia de la figura del mediador y su incidencia en el desarrollo de la mediación. Y dentro del conjunto de factores que constituyen y conforman el rol del mediador se revelan como especialmente notable un conjunto de habilidades sociales especialmente vinculadas a lo que significa la resolución constructiva de los conflictos”.

⁸⁷⁹Vid. RAMOS PÉREZ, M^a E., “Técnicas de negociación: el proceso” , Ob. cit., p.200.

2.7.3. LA FUNCIÓN DEL MEDIADOR RESPECTO A TERCEROS.

Ya hemos referido anteriormente que la mediación es un ADR que requiere la intervención de un tercero, que carece de capacidad decisoria en la solución del conflicto, al contrario de otras figuras como el juez o el árbitro⁸⁸⁰. Sin embargo, el que el mediador no tenga en sus manos el ofrecer la solución al conflicto, no puede entenderse como una intervención pasiva, limitada a la mera presencia junto a la partes o al establecimiento de un orden en el turno de palabra, sino que su participación debe considerarse activa⁸⁸¹. Sobre la neutralidad del mediador respecto de las partes, así como el “poder o influencia real” del mediador en el proceso, ya hemos expuesto suficientes argumentos, jurídicos y doctrinales, a lo largo de la tesis. Aquí tan sólo queremos apuntar el significado de lo que podemos entender por, “intervención activa” del mediador.

Así, la “Recomendación relativa a los principios aplicables a los Órganos Responsables de la Solución Extrajudicial de los litigios en materia de consumo” (98/257/CE), entiende *por intervención activa*; la intervención del tercero dirigida a una propuesta o imposición de la solución, afirmación que parece excluir la actuación del mediador, puesto que evidentemente no impone, ni necesariamente propone la solución del conflicto, sino que simplemente aproxima posiciones y dirige un proceso en el cual las partes son las que deciden la solución a su controversia⁸⁸².

Esta cuestión fue puntualizada en la “Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001”, relativa a los Principios Aplicables a los Órganos Extrajudiciales de Resolución Consensual de litigios en materia de consumo, que viene a ampliar la anterior Recomendación, siendo aplicable a los órganos responsables de los procedimientos de solución extrajudicial de litigios en materia

⁸⁸⁰BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica*, Reus, Zaragoza, 2009, p.226

⁸⁸¹Vid. BUTT GRIGGS, T., CAMPOS VIDAL, F. y VELASCO RAMÍREZ, C., “Grupo PNPB sobre localidad y código de las buenas prácticas en la mediación”, en LAUROBA LA CASA, M^a E. Y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Huygens, Barcelona, 2014, p.258.

⁸⁸²“Recomendación relativa a los principios aplicables a los Órganos Responsables de la Solución Extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE): “Considerando que la presente Recomendación debe limitarse a los procedimientos que, con independencia de su denominación, conducen a una solución del litigio por intervención activa de una tercera persona que propone o impone una solución que, por lo tanto, no se refiere a los procedimientos que se limitan a un simple intento de aproximar a las partes para convencerlas de encontrar una solución de común acuerdo”

de consumo, indicando que, independientemente de su denominación, buscan resolver un litigio mediante una solución de común acuerdo⁸⁸³. Así, puede incluirse dentro del concepto de intervención activa, a aquél que resuelve, propone e incluso se limita a aproximar soluciones entre las partes. Esta aclaración, no deja ninguna duda respecto a la inclusión de la mediación en su ámbito de aplicación, puesto que, aunque evidentemente el mediador no puede dar una solución al conflicto, su intervención permite y colabora a la consecución del acuerdo⁸⁸⁴.

2.7.4. COMPETENCIAS DEL MEDIADOR.

Una vez calificada la intervención del mediador como activa, podemos ver cuáles son las actuaciones propias del mediador. Nos centraremos en los derechos y deberes del mediador de acuerdo con la legislación en materia de mediación familiar, en la que están bien descritos. Su extensión al resto de mediaciones es equiparable, de acuerdo con las distintas opiniones de autor que también tenemos en cuenta.

Si tomamos como referencia el texto jurídico de la Unión Europea, “La *Recomendación (98) I* sobre mediación familiar”, las leyes autónomas de mediación familiar españolas, así como la doctrina generalizada, todos ellos coinciden en la determinación de las obligaciones y derechos que cada una de las partes asume en el contrato de mediación⁸⁸⁵. También existen coincidencia respecto a los derechos y obligaciones del mediador⁸⁸⁶.

⁸⁸³El considerando número 9, de la Recomendación de 2001, establece: “los principios deberán respetarse en cualquier otro procedimiento independientemente de su denominación, en el que un tercero facilita la resolución de litigios, acercando a las partes y ayudándoles a encontrar una solución de común acuerdo, por ejemplo haciendo propuestas informales sobre las opciones de solución. Los principios se aplican sólo a los procedimientos de solución de litigios en materia de consumo, designados como alternativos a la solución del litigios por la vía judicial”

⁸⁸⁴Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p. 226

⁸⁸⁵La *Recomendación (98) I* del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la mediación familiar, establece, entre otras, que las funciones del mediador, serán las siguientes:

- El mediador es imparcial en sus relaciones con las partes
- El mediador es neutral respecto al resultado del proceso.
- El mediador respeta los puntos de vista de las partes y preserva su legalidad en la negociación.
- El mediador no tiene poder para imponer una solución a las partes.

Como obligaciones, el mediador tiene las siguientes:

- a) Facilitar la comunicación y la consecución de acuerdos y compromisos entre las partes⁸⁸⁷.
- b) Redactar los documentos de la sesión inicial y final del procedimiento de mediación familiar.
- c) Cumplir su encargo de forma diligente y leal.
- d) Mantener, de acuerdo con la legislación vigente, la reserva respecto de lo acontecido en el proceso de mediación y la confidencialidad de los hechos tratados.
- e) Velar por el interés superior de los hijos menores de edad o de las personas dependientes.
- f) Actuar conforme a los principios de la mediación.
- g) Asegurarse de que las partes toman sus decisiones de forma libre y sin coacciones.
- h) Abstenerse o renunciar a actuar como mediador si concurriere cualquiera de las causas previstas en las leyes.
- i) Inscribirse en el Registro de Mediadores.

En cuanto a lo derechos, el mediador puede:

- a) Renunciar a iniciar la mediación o desistir del procedimiento en los supuestos que sea necesario.
- b) Percibir los honorarios que correspondan por su actuación profesional.

-
- Las discusiones que tienen lugar durante la mediación son confidenciales y no pueden ser posteriormente utilizadas, salvo acuerdo de las partes o en el caso de estar permitido por el derecho matrimonial nacional
 - El mediador debe, en los casos adecuados, informar a las partes de la posibilidad que tienen de reunir al consejo conyugal o a otras formas de consejo como modos de regular los problemas conyugales o familiares.
 - El mediador debe facilitar informaciones jurídicas, pero no dar consejo jurídico. Debe, en los casos apropiados, informar a las partes de la posibilidad que tiene de consultar a un abogado u otro profesional competente.

⁸⁸⁶Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.230.

⁸⁸⁷Surge la duda de si la función de facilitar la comunicación, incluye la posibilidad de que el mediador informe a las partes de determinadas cuestiones jurídicas, psicológicas o sociales, que pueden plantearse entre las partes. En opinión mayoritaria de los autores, en ningún caso el mediador puede ofrecer asesoramiento a las partes, ni dejar entrever a cualquier parte la solución que resulta más adecuada, puesto que se verían seriamente perjudicados los principios de neutralidad e imparcialidad que deben guiar su intervención.

- c) Recibir de las partes información veraz y completa.
- d) Dar por terminada la mediación cuando considere que existe causa justificada para ello.
- e) Actuar con libertad e independencia.

En general, la actuación del mediador, está dirigida a restablecer una comunicación cooperativa y responsable entre las partes en conflicto, lo cual permitirá que éstas sean capaces de manifestar al otro, sus posiciones e intereses de forma clara y precisa, evitando los recelos y los prejuicios que cualquier conflicto genera. No es un mero transmisor de la comunicación, el mediador es un facilitador activo de la comunicación entre las partes.

Una de las cuestiones más debatidas sobre las funciones del mediador es si éste tiene capacidad para proponer alternativas de solución, como ha señalado ROGEL VIDE⁸⁸⁸. La posibilidad de proponer soluciones, es admitida en el modelo estadounidense de mediación; la *evaluative mediation*⁸⁸⁹ o *mediación valorativa*, que es aquella en la que el mediador ayuda a las partes a encontrar una solución proponiendo soluciones prácticas. Frente a esta opción, la *facilitative mediation*, que es aquella en la cual el mediador, no propone ninguna solución.

El principal problema que presenta, es que la alternativa de solución que proponga el mediador, puede dejar entrever aquella que resulta más adecuada según su propia escala de valores, poniendo en peligro el principio de neutralidad, que debe guiar su intervención⁸⁹⁰. Esto ha llevado a una parte de la doctrina a considerar que el principio de neutralidad obliga al mediador a no realizar propuestas de solución al conflicto planteado⁸⁹¹.

En contraposición, autores como BLANCO CARRASCO, consideran que el hecho de que el mediador ofrezca, en general, propuestas de solución al conflicto, no sólo es posible, sino que es deseable y eso se espera de él. Hace

⁸⁸⁸Vid. ROGEL VIDE, C., “Mediación y transacción en el Derecho Civil”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J. y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial del conflictos en el siglo XXI*, Ob. cit.,p.28.

⁸⁸⁹ALVAREZ MORENO, M^a.T., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la Propuesta de Directiva al Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista del Poder Judicial*, Primer trimestre de 2005, pp.249 y ss.

⁸⁹⁰Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.230.

⁸⁹¹Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L. *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p. 404.

referencia a la Ley 18/2006 de 22 de noviembre de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que define el principio de neutralidad en su artículo 2 y afirma que el mediador: “*Debe ayudar a conseguir la conciliación de los sujetos en conflicto sin imponer criterios propios en su toma de decisiones aunque puede ofrecerles propuestas de solución*”⁸⁹².

En el ordenamiento jurídico español, se recoge la idea de que el mediador puede ofrecer una propuesta formal de solución no vinculante para las partes. En estos casos, el mediador, después de conocer las posiciones de las partes en conflicto, podrá emitir la solución que le parezca más adecuada en una propuesta que de ningún modo será vinculante para las partes, siendo libres de aceptarla o rechazarla⁸⁹³.

Pero el reconocimiento de este tipo de intervenciones, la emisión de un propuesta o dictamen no vinculante, conlleva una importante dificultad a la hora de calificar la mediación como un sistema autocompositivo o heterocompositivo de solución de conflictos. Para establecer una diferencia entre ambos, BLANCO CARRASCO, indica que los sistemas autocompositivos, son aquéllos en los que la solución al conflicto viene dada por las propias partes inmersas en el conflicto y, por contra en los sistemas heterocompositivo, la solución al conflicto viene dada por una tercera persona ajena al mismo. Así se puede dar una distinción entre los tipos de mediación, según el ámbito en el que se desarrolle. Sería evidente que en aquellos ADR, en los que el tercero puede emitir una solución vinculante, estaríamos en un sistema heterocompositivo. Mientras que, cuando

⁸⁹²Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p.230. El mediador, señala Blanco Carrasco, puede ofrecer alternativas o propuestas de solución que recojan los intereses de ambos sujetos en conflicto, puesto que tiene experiencia propia en cierto ámbito de conflictos que puede permitirle plantear alternativa, ni siquiera contempladas por las partes hasta el momento y que pueden resultar adecuadas para sus propios intereses. Ahora bien, las alternativas generadas no deben ser más de las adecuadas según el criterio o los valores del mediado, sino que deben ser alternativas que recojan los intereses y valores manifestados por los mediados en las sesiones de mediación. En esto consiste la neutralidad propia del mediado, en no plasmar su propia escala de valores, sino permitir que sea la escala de valores de los mediados la que se tenga en cuenta.

⁸⁹³En España, existen diversos ámbitos donde este tipo de actuación está admitida. En el ámbito del consumo, una vez que el mediador ha escuchado las posiciones de las partes, emite una propuesta de solución que podrá ser aceptada o rechazada por éstas, pero que en cualquier caso pone fin al proceso de mediación. En caso de ser aceptada, las partes hacen suya la propuesta y se vincularía a la misma y, en caso de ser rechazada, se daría por concluida la mediación y habría que acudir a otras instancias arbitrales o jurisdiccionales para la solución del conflicto.

son las partes las que dan la solución a su propio problema, estaríamos en un sistema autocompositivo⁸⁹⁴.

La opinión mayoritaria de la doctrina al respecto, es que es más adecuada la calificación de la mediación, independientemente del ámbito en el que se desarrolle, como sistema autocompositivo, puesto que aunque se reconozca al mediador la facultad de proponer una solución, el que las partes puedan desvincularse de la misma, impide su consideración como órgano decisor de la controversia. Son las partes las que deciden en última instancia la solución, si bien es posible distinguir distintos grados de intervención del tercero o mediador, llegando a alcanzar en ciertos ámbitos un grado muy próximo a la función de decisión, pero sin que pueda llegar a serlo. Por tanto, a pesar de estas especialidades manifestadas en ciertos ámbitos de la mediación, existe una función que de ningún modo podrá realizar el mediador, sea cual sea el tipo de mediación realizada; esa función sería la de decidir la solución al conflicto de forma vinculante para las partes, puesto que desvirtuaría la propia esencia de la mediación, encontrándonos encuadrados en otra figura jurídica. Esto nos lleva al código de conducta mediadora.

2.7.5. CÓDIGO DE CONDUCTA MEDIADORA.

El estatuto del mediador podría definirse como el conjunto de derechos y obligaciones de carácter ético y jurídico que configuran de manera particular una profesión⁸⁹⁵. El estatuto del mediador, además de definir jurídicamente su posición (no como privilegio injustificado, sino como forma de protección del profesional y de la profesión), determina un modelo o parámetro con el cual han de ser contrastadas las actuaciones profesionales, para poder determinar si son o

⁸⁹⁴BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica*, Ob. cit., p. 233: “la que él considera más adecuada, teniendo en cuenta los intereses y posiciones de las partes, de forma que sería una función muy similar a la decisoria que realizan los jueces o árbitros”.

⁸⁹⁵BELLOSO MARTÍN, N., “Del estatuto del Mediador a una ética de la mediación”, en LAUROBA LA CASA, M^a E y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Huygen, Barcelona, 2014, pp.236.

no adecuadas y fijar, por tanto si de ellas se genera o no responsabilidad (ética o jurídica)⁸⁹⁶.

La Comisión Europea marcó la pauta de la ética mediadora, con la publicación del, “Código de Conducta Europeo para los Mediadores”, en julio de 2004, bajo la obligación establecida por la “Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, de 21 de mayo de 2008 (2008/52/CE). En dicho Código se enumeran unas normas mínimas de actuación, propias del mediador y que, según GARCÍA VILLALUENGA, marcan una diferencia respecto de otras intervenciones profesionales⁸⁹⁷. La elaboración del código deontológico para mediadores, responde, por lo tanto, a la necesidad de enmarcar la mediación y al mediador en su propia especificidad.

La Directiva es una regulación de mínimos pensada para conflictos transfronterizos. Sin embargo, la Disposición Final Tercera, de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil española, en materia de separación y divorcio, encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un “proyecto de ley sobre mediación”, basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea. Como elementos mínimos, esa espera ley, debía especificar; la voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas⁸⁹⁸.

Se acude a la figura del Real Decreto-Ley, para reparar cuanto antes el incumplimiento de trasposición de la Directiva 2008/52/CEE⁸⁹⁹. Se trata de una

⁸⁹⁶BELLOSO MARTÍN, N., “Del estatuto del Mediador a una ética de la mediación”, Ob. cit., p. 241: “Muchas de las obligaciones pueden tener una naturaleza ética y jurídica, es decir, su contenido es idéntico en ambos casos y se recoge tanto en los códigos éticos como en las disposiciones legales. En los múltiples dilemas éticos que se presentan en el desarrollo de nuestras actividades profesionales, en los diversos órdenes de la vida social, llega un momento en que el ciudadano, o bien se queda sin norma en la que buscar la solución, o bien, pretende precisamente burlar la norma, interpretar la norma en otro sentido que se ajuste a sus intereses. La ética no deja lugar a dudas, no hay resquicios ni lagunas.”

⁸⁹⁷Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., “La mediación y la formación del mediador: ¿dos caras de una misma moneda?”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J. y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Ob. cit., p.64 y ss.

⁸⁹⁸BELLOSO MARTÍN, N., “La formación en mediación: algunas perplejidades de los formadores en mediación y diversas inquietudes de los alumnos que se forman en mediación”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J, VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial del conflictos en el siglo XXI*, Ob. cit., p.123.

⁸⁹⁹La Directiva 2008/52/CEE, establece que la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en la UE, y pretenda tener un efecto

regulación estatal en uso de las competencias que le incumben al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, con respeto a las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias⁹⁰⁰.

El estatuto del mediador, que recoge la Directiva, establece que pueden ser mediadores las personas naturales, que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Partiendo de esta situación, FEMENIA ha señalado que el valor ético de la mediación, ofrecido por el proceso de la mediación. Estos valores éticos son; aumentar la capacidad de la partes para elaborar decisiones, que beneficien tanto su situación actual como forma y en este sentido es en el que se dice que el mismo proceso de mediación tienen que ser una experiencia educacional, que enseñe a las partes nuevas maneras de identificar sus intereses, representarlos inteligentemente y llegar o no a acuerdos donde se los respete. Por ello, muchos mediadores experimentan una tensión entre mantener la actitud de imparcialidad, que permita a las partes tomar sus propias decisiones, y el deseo de intervenir directamente y de manera sustancial en el proceso, por lo que se pueden dar una serie de dilemas éticos, que deben saber resolver y para ello es necesario tener una formación específica y un control de las técnicas que pueden ayudarle a controlar problemas⁹⁰¹.

Mientras no se regule claramente la profesión, el mediador tiene el deber de contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas⁹⁰². El contenido de la formación será teórico y práctico, donde estarán los conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de

jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles, como instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible.

⁹⁰⁰La figura del mediador –uno o varios- es la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea. Debe ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir.

⁹⁰¹FEMENIA, N.P.H.D., “Un marco ético para encuadrar la mediación”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.) *Mediación Familiar*, Tomo III, Ob. cit., pp.79 y ss. Por ejemplo pueden verse en esos dilemas éticos cuando las partes solicitan alguna recomendación o una decisión por parte del mediador, cuando antes de que haya un acuerdo, el mediador piensa que sabe cuál sería la solución ideal, que todavía las partes no han visto, cuando el mediador está tentado a oponerse a una solución lograda por las partes, o cuando podría existir una coerción por alguna de las partes o incluso por parte del mediador.

⁹⁰²Vid. BOLAÑOS, I. “El mediador familiar”, Ob. cit., p.75.

ética de la mediación⁹⁰³. El mediador también ha de suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil.

Su actuación debe seguir al respecto, del modelo del “Código de Conducta Europeo” para mediadores y, para ello:

- 1) Facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.
- 2) Desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes.
- 3) Podrá renunciar, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste aquélla.
- 4) Imparcialidad. Si no lo es, no puede iniciar la mediación o ha de abandonarla. También ha de revelar a las partes una serie de circunstancias que se enumeran.
- 5) Su responsabilidad se basará en lo siguiente: La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo.
- 6) El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda.
- 7) El coste de sus servicios, será pagado por partes iguales, haya concluido o no en acuerdo, por cada parte. Cabe el pacto en contrario y, tanto los mediadores como la institución de mediación, podrán exigir la provisión de fondos que estimen necesaria.

Como señala BELLOSO MARTÍN, la formación de la persona mediadora, no ha tenido hasta la actualidad en España, un tratamiento suficiente y homogéneo⁹⁰⁴. Los códigos éticos, ofrecen un plus respecto al Derecho, pues cubren áreas, conductas y situaciones a las que el Derecho no ha dado todavía respuesta⁹⁰⁵.

⁹⁰³Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., “La mediación y la formación del mediador: ¿dos caras de una misma moneda?, Ob. cit. pp.68-69.

⁹⁰⁴Vid. BELLOSO MARTÍN, N., “La formación en mediación: algunas perplejidades de los formadores en mediación y diversas inquietudes de los alumnos que se forman en mediación”, Ob. cit., p.124.

⁹⁰⁵Vid. BELLOSO MARTÍN, N. “Del estatuto del mediador a una ética de la mediación”, Ob. cit., p.241.

Los dilemas éticos a los que se deben enfrentar los profesionales de la mediación en el desarrollo de su trabajo son numerosos, pues muchos mediadores experimentan una tensión entre mantener la actitud de imparcialidad que permite a las partes adoptar sus propias decisiones y el deseo de intervenir directamente y de manera sustancial en el proceso, por ello, considera BELLOSO MARTÍN, que se pone de manifiesto la necesidad de establecer un marco ético, así como de configurar la mediación como una profesión independiente de las distintas profesiones de origen, para tener un código legislativo y deontológico propio.

2.8. TÉCNICAS Y HERRAMIENTAS DE LA MEDIACIÓN.

En relación a las técnicas y herramientas de mediación, autores como OVEJERO VERNAL, indican que aunque ya se han realizado innumerables investigaciones sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos, en estos campos, no se ha avanzado tanto como en otros de las ciencias sociales⁹⁰⁶. Entiende este autor que los distintos métodos ADR, constituyen cada cual un ámbito absolutamente complejo, donde lo provisional y lo incierto es la norma y donde no existen leyes. Algo parecido ocurre con la mediación que, como hemos visto, llega incluso a considerarse como una *práctica artística*⁹⁰⁷, por muchas razones. Por las circunstancias siempre cambiantes de los conflictos, ya que cada conflicto, objeto de un proceso de mediación, tiene carácter único, determinado por aspectos como las personalidades y las biografías de los participantes, la naturaleza de las discrepancias y los antecedentes políticos y económicos de los negociadores.

⁹⁰⁶OVEJERO VERNAL, A., *Técnicas de negociación: Cómo negociar eficaz y exitosamente*, Ob. cit., p.74: “Tanto el mediador como, aun más el negociador se encuentran sobre arenas movedizas o en una cuerda inestable, siendo difícil mantenerse en equilibrio sin hundirse o sin caerse y más difícil aún avanzar en el sentido correcto y deseado. Estamos, pues en un terreno inestable que, por otra parte –como en casi todos los asuntos humanos– se rige más que por leyes científicas, por las mañas del arte y del sentido común, aunque, ciertamente ello no sea suficiente aquí, para hacer las cosas bien. Afortunadamente, una de las características más definitorias y esenciales de la conducta humana es precisamente el ser incontrolable y en gran medida imprevisible, pues el hombre –y la mujer– es un ser intrínsecamente libre. De ahí que hace ya unos años, no tuviera reparo en entender la mediación como un arte”.

⁹⁰⁷Vid. AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., pp.125 y ss.

Por eso, RAMOS PÉREZ, ha señalado que un buen mediador debe tener capacidad de autocontrol, no debe abusar de su poder, debe tener capacidad de escucha y de concreción, como fase previa al mantenimiento de la reunión, debe obtener información veraz sobre determinados aspectos y debe tener capacidad de empatizar⁹⁰⁸. Si la mediación es un arte, el “arte de la mediación”, se basa en la capacidad que tienen los profesionales de este campo para analizar circunstancias singulares y manejar inteligentemente las situaciones a medida que surgen. Además, siendo muchas las esperadas derivadas hacia la mediación, como pudieran ser el que es una forma más eficaz de resolver conflictos, más democrática, más civilizada y más barata que la vía judicial, hacen que la mediación haya experimentado un fuerte desarrollo también en nuestro país, lo que hace que estemos ante un fenómeno en expansión donde es muy importante el papel que juega la psicología social⁹⁰⁹.

Para concretar el arte mediador, las habilidades, herramientas y estrategias⁹¹⁰, de las que el mediador dispone para su actividad, están relacionadas e interconectadas y componen el conjunto de elementos activos que hacen posible la mediación. Son instrumentos que pueden ayudar muy significativamente al mediador en el desarrollo del proceso, a conocer el conflicto, a transformar las percepciones, actitudes y comportamientos de las partes, lo que puede influir poderosamente en las situaciones conflictivas cuyas soluciones viables no aparecen de forma evidente en un primer momento.

Aunque la mediación no puede resumirse como “un conjunto de técnicas”, que puedan usarse uniforme e indiscriminadamente en todos los conflictos⁹¹¹, estudiar cada una de ellas y sus efectos, nos lleva a comprender que la relación

⁹⁰⁸Vid. RAMOS PÉREZ, M^a E., “Técnicas de negociación: el proceso”, Ob. cit., pp.201 y ss.

⁹⁰⁹ Vid. CASANOVAS ROMEU, P. “Ética en la mediación y ética de la mediación: la redefinición del espacio público”, en LAUROBA LA CASA, M^a E. Y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Huygens, Barcelona, 2014, pp.245.

⁹¹⁰Vid. OVEJERO VERNAL, A., *Técnicas de negociación: Cómo negociar eficaz y exitosamente*, Ob. Cit., p.75. Las habilidades del mediador como capacidades o destrezas que debería manejar para actuar como estrategia de las relaciones humanas, impulsar el cambio, crear cultura de ganar-ganar y tener credibilidad personal. Análisis cómo habilidades personales como neutralidad, imparcialidad, respeto, ser empático, flexible, comunicador, persuasivo, capaz de escuchar activamente, íntegro, ético, capaz de conseguir recursos, con sentido del humor, paciente, perseverante, optimista y creativo, que pueden ser muy positivas para cualquier trabajo, son importantísimas en la mediación. Se trabaja con personas, con sentimientos y emociones y por ello desarrollar y fomentar estas habilidades facilitan en gran medida todo el proceso de mediación.

⁹¹¹DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. Cit., p. 179.

entre el mediador y las partes es recíproca, el intercambio es bidireccional y, por tanto, las estrategias y el comportamiento del mediador deberán diferir según la naturaleza del contexto del conflicto, de las características de cada una de las partes y de la relación de éstas entre sí. Las técnicas, habilidades y herramientas que se utilizan en cada proceso de mediación, deberán adaptarse a las circunstancias específicas de la mediación (familiar, comunitaria o internacional). Para el caso de la mediación familiar, debe adaptarse en concreto a cada situación o familia⁹¹².

Muchos estudios sobre problemas en familias y parejas o sobre las relaciones interpersonales, pueden ser consecuencia del déficit de dos habilidades; habilidades de comunicación y habilidades para la resolución de problemas. El dominio de recursos para entenderse y comunicarse⁹¹³ y el dominio de la lógica interna del proceso que se sigue en la solución de un problema, parecen ser objetivos fundamentales en todo programa de mediación que pretenda ayudar a familias o parejas que sufran o mantengan relaciones deterioradas, hasta el punto de abrir conflictos rupturistas donde la agresividad y el choque son soluciones dolorosas para las partes.

Aquellos útiles que nos sirven para obtener información sobre el conflicto, las personas, el contexto y que nos ayudarán a identificar y diferenciar las posiciones de las partes, sus intereses y sus necesidades, también servirán para reconducir unas situaciones a otras, en las que conseguir un acuerdo sea más fácil⁹¹⁴. Se han generado una gran variedad de conceptos y terminología relacionada con la mediación, como son: estrategia, táctica, técnica, habilidades del mediador. Podemos acudir para resumir la situación en este aspecto a AGUILÓ REGLA, que considera que los mediadores tienen a su disposición un: “*Sinfin de conocimientos relevantes y de diversa naturaleza que pueden ayudarlos a desempeñar mejor su labor*”⁹¹⁵.

⁹¹² Vid. VINYAMATA CAMP, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación, negociación*, Areu, Barcelona, 1999, pp.59 y ss.

⁹¹³ La comunicación se define como el trato o la interacción entre dos o más personas, y esto se basa principalmente en emitir y captar mensajes y en ellos debemos incluir los mensajes verbales y los no verbales

⁹¹⁴ ORTEGA PÉREZ, C., *Toma de decisiones y Resolución Creativa de conflictos*, Formación Alcalá, Alcalá la Real (Jaén), 2006, pp. 31 y ss.

⁹¹⁵ Cit. AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*, Ob. cit., p.129.

Todos estos conceptos, son en definitiva términos que de alguna manera, pueden usarse de manera intercambiable para referirse a los instrumentos que usa el mediador en su trabajo diario cuando se enfrenta a las partes en conflicto y con el propósito de ayudarles a resolverlo, pero que dada su naturaleza, puede resultar difícil de definir o delimitar⁹¹⁶.

Por su parte, EXPOSITO JIMÉNEZ, ha indicado que las técnicas son comparadas a los vehículos que contribuyen o ayudan al grupo a moverse hacia sus metas⁹¹⁷. Para ROSSEL, sin embargo, se trata de la utilización consciente e intencionada de conocimientos, procedentes de la teoría, de la experiencia y de otras fuentes de información, que el mediador puede transformar en conducta mediante la relación que establece con el cliente⁹¹⁸. MOIX considera que es “*el modo específico en que un principio es aplicado*”⁹¹⁹. Sin embargo, para otros autores, la técnica representa simplemente, la manera de hacer efectivo un propósito bien definido; el modo o la forma efectiva de actuar para alcanzar una meta.

Según WHATLING, en general, las habilidades básicas de los mediadores, deberían ser aptitudes, actitudes o capacidades (bien innatas o bien aprendidas) que por su esencia y naturaleza ayudan y facilitan el proceso de mediación, sirviéndole de herramienta⁹²⁰. Estas habilidades se requieren en el proceso de mediación, porque el mediador necesita contar con destrezas acordes a la realidad de los tiempos, lo que implica, entre otras cuestiones, poseer cualidades relacionales que le permitan generar empatías, así como ciertas habilidades comunicativas que procuren un ambiente de distensión, diálogo, participación y

⁹¹⁶ ALES SIOLI, J. y MATA CHACÓN, J.D., *Manual práctico para mediadores*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 71 y ss. Cit. p. 71: “Cuando iniciamos una mediación, nunca vamos a poder saber qué método es más idóneo, qué técnicas son las mejores para favorecer el mejor desarrollo del procedimiento, y si efectivamente vamos a conseguir llevar a buen puerto el proceso. Si partimos de esa idea inicial parece que una buena estrategia profesional se examina un proceso ideal y desde ese presupuesto, definir posibles vicisitudes o variaciones y la posible manera de solucionarlo, por ende, hagamos un examen lo más técnico posible que sea una ayuda y esquema procedimental, cuando trabajemos en una mediación que no debe perseguir grandes objetivos, en origen debe buscar pequeños logros que sean alcanzables para la Mediación y que en su conjunto conformen un acuerdo”.

⁹¹⁷ EXPOSITO JIMÉNEZ, F., “Técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J., (Dir.), *Tratado de Mediación en la Resolución de Conflictos*, Ob. cit., p.153.

⁹¹⁸ ROSSELL, T., *La entrevista en trabajo social*, Euge, Barcelona, 1993, p.93.

⁹¹⁹ Vid. MOIX, M., *Introducción al Trabajo Social*, Madrid, Trivium, Madrid, 1991, p.445-471.

⁹²⁰ Vid. WHATLING, T., *Mediación, habilidades y estrategias*, Colección Sociocultural, Madrid, 2013. pp.56 y ss.

compromiso a las partes enfrentadas⁹²¹. Para ello resulta conveniente que los mediadores gocen de cierta formación multidisciplinar, para saber cuándo el conflicto demanda la concurrencia y participación de otros perfiles profesionales, y lograr que ese trabajo interdisciplinar sea posible.

Una mediación eficaz, por tanto, depende de una gran cantidad de factores de índole muy variada (hostilidad de las partes, recursos afectados por el conflicto, características de las partes, así como de la relación que se ha establecido entre ellas)⁹²²; pero el conocimiento de todas estas variables, debe ayudarse de las técnicas y herramientas adecuadas que tiendan a favorecer un clima que permita que las partes estén más dispuestas a colaborar que a competir⁹²³. En este bloque podríamos incluir las técnicas y las herramientas del mediador, entre las que destacan las habilidades de comunicación, por un lado y las habilidades sociales e interpersonales o de manejo de la situación, por otro.

2.8.1. TÉCNICAS DE MEDIACIÓN.

Con frecuencia se tiende a no deslindar los conceptos de estrategia, técnica y táctica, de modo que muchos autores los emplean como sinónimos y equivalentes. Consideramos que una cierta diferenciación entre ellas, puede contribuir a clarificar y hacer más operativos los elementos que se ponen en juego en el proceso de mediación⁹²⁴.

El concepto de técnicas puede englobar tanto estrategias como tácticas. Cuando se habla de estrategia, se hace referencia a ciertas orientaciones básicas y generales que, en muchas ocasiones, el mediador cree altamente idiosincrásicas.

⁹²¹Esto se traduce también, en la necesidad de adquirir competencia en la comprensión de las culturas y del contexto social en el que se manifiestan los distintos conflictos, de modo que la persona mediadora sea capaz de visionar el problema desde las diversas perspectivas que ofrece la realidad y situarlo en el contexto adecuado, pueda valorar la conveniencia o no de iniciar un proceso de mediación y tenga habilidad suficiente para situarse en el terreno de los hechos e iniciar un acercamiento positivo de las partes que se hallan en conflicto.

⁹²²EXPOSITO JIMÉNEZ, F., “Técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas”, en OROZCO PARDO, G y MONEREO PEREZ, J. (Dir.), *Tratado de Mediación en la Resolución de Conflictos*, Ob. cit., p.153.

⁹²³Vid. KRASSEL, K. y PRUITT, D., “Conclusion: a research perspective on the mediation of social conflict,” en KRASSEL, K. y PRUITT, D. (Eds.), *Mediation Research*, Ob. cit., pp.394 y ss..

⁹²⁴RIDAO RODRIGO, S., “Técnicas de mediación. Reflexiones sobre su aplicación en contextos comunicativos interculturales”, *Aposta, Revista de Ciencias Sociales*, N° 47, Octubre, Noviembre y Diciembre 2010, <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/sridao>, pp.1-25.

Sin embargo, cuando hablamos de tácticas, nos referimos a conjuntos de acciones más concretas; las tácticas se explican desde las estrategias y una estrategia puede dar lugar a innumerables tácticas, pero ambas podrían considerarse técnicas⁹²⁵.

El significado de las tácticas, en mediación, está determinado por el marco general estratégico en el que se inscriben y adquieren sentido práctico. ORTEGA PÉREZ, considera que una estrategia de solución de problemas será aquella que generará tácticas de igual o diferente signo, pero en definitiva, la preparación de la mediación es la mejor técnica para su ejecución, pues la planificación es la mejor garantía de consecución de un acuerdo exitoso aunque como todo proceso de mediación lleva consigo una multitud de variables, que deben considerarse especial y particularmente para minimizar los riesgos de la práctica cotidiana⁹²⁶.

Veamos primero las variables, luego las tácticas y a continuación, las microtécnicas, como habilidades más detalladas que se utilizan en la mediación:

2.8.1.1. Variables que influyen en las estrategias.-

Los mediadores pueden realizar diferentes intervenciones para ayudar a las partes a recorrer las etapas de la mediación hasta llegar a un acuerdo y sus estrategias y movimientos no pueden ser siempre iguales. Aunque hay pautas

⁹²⁵Vid. GRECO, S., "Herramientas para la mediación. Secuencia Comunicacional", *Libra*, Nº 6, Buenos Aires, 1997, pp. 29-32

⁹²⁶ORTEGA PÉREZ, C., *Toma de decisiones y resolución creativa de conflictos*, Ob. cit., pp.19 y ss. Este autor, en referencia a esta utilización de estrategias, analiza las mismas en referencia a los tipos de pensamiento. distingue estrategias, analizando los distintos tipos de pensamiento: lógico, sistémico, inductivo, deductivo, creativo, positivo y colaborativo y cooperativo. El pensamiento lógico es racional y se fundamenta en el razonamiento analítico en el que descompone el todo, en partes diferenciadas para hallar relaciones lógicas entre sus componentes. Se basa en los análisis de situaciones hechos y personas. El pensamiento deductivo, es aquél del que las premisas generales deducimos la verdad particular, es decir, se encargaría de poner los pensamientos en grandes apartados y en generalizar aquéllos más incluyentes, para acabar deducciones aquéllos más aplicables a una designación concreta que trata de validar, conocer o certificar. El pensamiento inductivo es aquél en el que desde el pensamiento particular, se deduce el pensamiento general. Presupone que si la situación o hecho es verde, en unas situaciones particulares, también lo será en lo general. El pensamiento sistémico, es aquel que analiza las situaciones en su globalidad, entendiendo las interacciones entre elementos y analizando la pauta común que guía los procesos. El pensamiento colaborativo y cooperativo, es aquel que intenta trabajar cooperando con una motivación intrínseca, sabiendo de qué forma se puede ayudar a resolver los problemas de un área, favoreciendo la resolución de un problema final. El pensamiento creativo, se caracteriza por desarrollar la creatividad, reestructurar los viejos planteamientos y cambiar la perspectiva de un problema, relacionan las soluciones con otras que se han presentado y no funciona con normas reglas e imposiciones. Este pensamiento, junto con el pensamiento sistémico y el pensamiento colaborativo y cooperativo, serían muy adecuados para trabajar con técnicas en mediación.

generales aplicables a los casos, cada mediador deberá modificarlas de acuerdo con las variables presentes en el caso.

Las variantes más decisivas, según ha estudiado MOORE, son⁹²⁷:

a) *El nivel de desarrollo del conflicto* y el momento de entrada del mediador⁹²⁸.

La etapa de desarrollo del conflicto y el grado e intensidad emocional de las partes influyen sobre las tareas que los mediadores deben ejecutar.

b) *La capacidad de los litigantes para resolver sus propias disputas*, influye de manera muy importante en las estrategias de intervención de los mediadores.

c) *Igualdad de fuerza entre los litigantes*. Para llegar a decisiones satisfactorias y aceptables, cada parte debe tener algún medio de influir positiva o negativamente sobre la otra. Es el requisito previo a un acuerdo que reconoce las necesidades mutuas. Si las partes poseen una capacidad de influencia, poder o fuerza, más o menos similar y se reconocen por todos los implicados, la tarea del mediador es enseñar a las partes a utilizarlas eficazmente. Pero de otra forma, si la influencia mutua no es similar y una partes es capaz de imponer a otra un arreglo insatisfactorio, un acuerdo que no se sostendrá con el tiempo o que determinará la reaparición del conflicto, el mediador deberá decidir si tiene que reforzar a la parte más débil y cómo hacerlo. Esta ayuda que requiere movimientos de intervención muy específicos que se acercan peligrosamente a la argumentación defensiva ha sido muy discutida por los autores; mientras FOLGER Y BUSH, consideran que un mediador tiene la obligación de ayudar a conferir autoridad al más débil para poder alcanzar acuerdos equitativos y justos⁹²⁹. HAYNES, sostiene que los mediadores no deben hacer nada que implique influir sobre las relaciones de poder de las partes en disputa pues se menoscaba la imparcialidad del mediador⁹³⁰. Para salvar la controversia, DE DIEGO Y GUILLÉN, manifiestan que es

⁹²⁷MOORE, C., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.147.

⁹²⁸Las partes que pueden negociar racionalmente y conocen procedimientos de resolución de problemas necesitan escasa ayuda del mediador o quizás sólo de apoyo, sin embargo si las partes están sometidas a sentimientos intensos, carecen de capacidades o conocimientos de resolución de problemas, el mediador deberá mostrarse más activo y visible; puede ayudar a expresar emociones profundas, reducir posibilidades de enfrentamiento, crear agendas, evaluar alternativas y promover diversidad de procedimientos o movimientos que ayuden a concentrar un acuerdo.

⁹²⁹Vid. FOLGER, J. y BUSH, A., "Ideología, orientaciones respecto al conflicto y discurso de la mediación", en FOLGER, J. y JONERS, T., *Nuevas direcciones en mediación, Paidós-Mediación*, N°7, Buenos Aires, 1997, pp. 30 y ss.

⁹³⁰Vid. HAYNES, J.M., *Fundamentos de la mediación familiar. Manual práctico para mediadores*, Gaia, Móstoles, 2012, pp.173 y ss.

importante diferenciar entre un mediador que ayuda a reconocer, organizar y agrupar el poder existente en un litigante, que se mantiene dentro de los límites de poder establecidos por las partes y un mediador defensor que colabora en la generación de un nuevo poder y que le apartaría de su posición imparcial⁹³¹.

- d) *Complejidad del caso y de los problemas negociados*⁹³², hacen que los mediadores deban diseñar estrategias de intervención que respondan a las complicaciones propias de cada enfrentamiento. En un caso, es posible que se necesiten procedimientos detallados de recopilación de datos para comprender las causas y la dinámica del conflicto mientras que en otro puede ser suficiente una sencilla entrevista de información en la primera sesión conjunta. En algunos casos el mediador debe intervenir en momentos difíciles pero retirarse y remitir a las partes a sus propias negociaciones, otras puede tener que representar un papel activo durante todo el proceso. Es importante considerar la complejidad de la disputa para determinar la cantidad de detalles exigidos en la intervención.
- e) *Rol del mediador y tipos de intervención*; es decir la definición de las tareas y el papel que el mediador representará en las negociaciones, reflexionar sobre si se deben concentrar los esfuerzos en el proceso o más en el fin propio que se le acontece como más justo, imparcial y equitativo.

2.8.1.2. Tácticas de la Mediación.

En relación a las tácticas, KRESSEL Y PRUITT han identificado tres tipos básicos de tácticas; las reflexivas, las sustantivas y las contextuales⁹³³.
Veamos:

- i) *-Tácticas Reflexivas* son aquellas diseñadas para orientar al mediador en la disputa y son la base para futuras acciones. Pretenden conseguir

⁹³¹Vid. DE DIEGO VALLEJO, R., y GILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., pp. 249.

⁹³²EXPOSITO JIMÉNEZ, F., “Técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas”, Ob. cit., p. 157.

⁹³³Vid. KRASSEL, K. y PRUITT, D., “Conclusion: a research perspective on the mediation of social conflict.” en KRASSEL, K. y PRUITT, D (Eds.), *Mediation Research*, Jossey-Bass, San Francisco, 1989, p.398.

que las partes acepten la mediación y confíen en la figura del mediador.

- ii) *-Tácticas Sustantivas* son aquéllas que se refieren a los asuntos del conflicto en cuestión, tales como las sugerencias que hace el mediador sobre el acuerdo. Estas pueden dividirse en tres tipos:
 - (a) Sustantiva/Presión, aquéllas de tipo coercitivo y que se usan para alejar de una determinada posición a cualquiera de las partes.
 - (b) Sustantiva/Sugerencia, aquéllas que intentan acercar de manera más positiva y sin ningún carácter coercitivo a alguna de las partes a una determinada posición a través de sugerencias.
 - (c) Sustantiva/Guardar las apariencias, incluyen acciones para responsabilizarse de las concesiones de las partes.
- iii) *-Tácticas Contextuales* son las que se refieren a la facilitación de la resolución del proceso con el fin de que sean las partes las que alcancen por sí mismas una solución al conflicto. CARNEVALLE, clasificó estas tácticas en dos grupos⁹³⁴:
 - (a) Contextual/confianza, que engloba aquéllas acciones destinadas a conseguir una corriente de confianza entre las partes y el mediador, como la reformulación de metas antes y durante la mediación. Desarrollar un clima de confianza es una tarea importantísima y una táctica para eliminar tensiones entre las partes, especialmente en algunos procesos. Promover un clima positivo y constructivo puede abarcar tácticas como: promover diálogos informales, preocuparse sinceramente por los intereses de las partes, introducir secuencias de humor moderado, ofrecer a las partes elementos materiales como caramelos, café..., utilizar frases que reduzcan el individualismo y resalten la interdependencia, como “*necesitamos..*”, “*tenemos que conseguir..*”, “*tenemos que analizar..*”. Las personas que acuden a una mediación llevan su autoestima herida y necesitan

⁹³⁴Vid. CARNEVALE, P. J. Y PRUITT, D.G., “Negotiation and Mediation”, *Annual Review of Psychology*, N°43, 1992, pp.531 y ss..

una reparación de su ser como persona, por ello las tácticas de apoyo son fundamentales.

- (b) Contextual/ Agenda, que se refiere a aquéllas tácticas que determinan prioridades en los asuntos a tratar y organizar de manera que se atiendan los asuntos generales primero y los más específicos después.

Pero, lo que es opinión unánime de la doctrina, es la necesidad de la habilidad de los mediadores para comunicarse y para manejar las técnicas de comunicación, algo que es muy importante para llevar el proceso a buen término, dada la naturaleza del proceso⁹³⁵.

2.8.1.3. Las Microtécnicas de la Mediación.-

A parte de todas las habilidades generales, que utiliza un mediador, como la escucha activa, la empatía, su impronta, etc., según ESTEBAN SOTO, existen otras más detalladas⁹³⁶. Muchas de ellas se derivan de otras disciplinas como la psicología y son los propios autores los que se han encargado de generarlas a través de su propia experiencia al resolver conflictos relacionales o de trasladarlas de sus disciplinas de origen a la mediación⁹³⁷. Estas habilidades que utiliza el mediador sirven para producir transformaciones en la naturaleza de las historias previas con las que las partes inician el proceso de mediación⁹³⁸.

⁹³⁶Vid. ESTEBAN SOTO, Y., “Las Microtécnicas en la Mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M., (Coord.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Ob. cit., p.247.

⁹³⁷ESTEBAN SOTO, Y., “Las Microtécnicas en la Mediación”, Ob. cit. p.247: “Pueden ser transformaciones, en el tiempo, que modifican la concepción inicial del conflicto, pues a veces se percibe erróneamente el inicio del conflicto, produciéndose éste mucho antes a cuando se percibió; también pueden ser transformaciones en la concepción del contexto en que se está produciendo el conflicto. Transformaciones en la concepción de la causa. Transformaciones en la interacción de las partes, modificando las percepciones sobre el otro. Transformaciones en los valores o temas valiosos de la historia”

⁹³⁸GRECO, S., “Herramientas en Mediación. Una secuencia comunicacional” en ARÉCHAGA, P., BRANDONI, F. y RISOLÍA, M. (Comp.), *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación pena*, Galerna, Buenos Aires, 2005, p.65. La autora propone y explica lo que es una secuencia comunicacional y señala (p.66): “Una operatoria posible para el entrenamiento en el aula y la práctica en el campo de mediar está constituida por una secuencia comunicacional que resulta de una combinatoria de acciones comunicacionales que conforman un proceso en el que se suceden las actividades de preguntar, escuchar, comprender, mostrar comprensión y estimular la reflexión. Se suceden como acciones interdependientes pero con un orden. Una sirve de apoyo a la que sigue, que a su vez permite avanzar a la otra. Para escuchar a

Así, ESTEBAN SOTO enumera una serie de técnicas, las más importantes, que nos servirán para producir estas transformaciones, en el tiempo, en el contexto, en la causa e incluso en la interacción de las partes. Éstas son las siguientes:

a.- *La normalización*, es una de las técnicas más sencillas de utilizar, sin embargo puede operar grandes cambios en aspectos importantes del conflicto. Esta técnica produce cambios en la concepción del conflicto, respecto al volumen del mismo, pues a veces se percibe de forma errónea, por la tensión y los sentimientos negativos de las partes que distorsionan la realidad, deformándola y expandiendo sus límites de forma distorsionada. Se utiliza cuando las partes en conflicto, creen que éste, o alguno de sus aspectos son demasiado extraños, raros o inusuales para resolverse. Con ella se intenta conseguir una perspectiva más habitual de lo narrado, pues al normalizarse el conflicto, sus posibilidades de resolución, se percibirán también dentro de unos límites normales, ya que si se percibe de forma desproporcionadamente grande en relación con la realidad, esto bloqueará el proceso de búsqueda de soluciones. Se realiza describiendo objetivamente la exposición subjetiva de las partes dando una explicación real y objetiva de lo que ella está describiendo de forma subjetiva, mediante una nueva formulación del mensaje emitido por las partes.

b.- *Enfocar hacia el futuro*⁹³⁹. Las partes que acuden al proceso de mediación, normalmente tienden a hablar de hechos y conductas del pasado, debido a que son conflictos no resueltos, no elaborados por las partes y con necesidad de exteriorizarse, pero hablar del pasado y pensar en él sólo es útil para aprender de él; pero si nuestro pensamiento está absolutamente centrado en él, de forma obsesiva, puede convertirse en un grave problema psicológico y puede limitar su cualidad positiva. Se realiza reorganizando a las partes en el futuro y movilizándolo a las partes que estén ancladas en el pasado, hacia el futuro. Puede realizarse mediante preguntas

otro sujeto que requirió de mi intervención, es menester preguntar por el sentido de su requerimiento. Para comprenderlo he necesitado escuchar. Si luego comprendo lo que está manifestando, podré mostrar algún reconocimiento a su sentir y recién allí podré permitirme proponer alguna intervención que le permita reflexionar sobre lo que está diciendo o pensando". En el mismo sentido, FERNANDEZ MILLÁN, J.M. y ORTIZ GAMEZ, M.M., *Los conflictos. Cómo desarrollar habilidades como mediador*, Pirámide Psicología, Madrid, 2006, p.63.

⁹³⁹Vid. VAN-DER HOFSTADT, C. J., *Habilidades de comunicación aplicadas (Guía para la mejora de las habilidades de comunicación personal)*, Promolibro, Valencia, 1996, p. 89.

que contengan connotaciones temporales futuras sobre la acción mencionada.

c.-*La reciprocación*⁹⁴⁰. Normalmente las partes presentan el problema, de tal forma que la culpabilidad recae totalmente en el otro, como consecuencia del análisis que se realiza con las capacidades cognitivas mermadas por efecto de la tensión y otros sentimientos primarios como la ira o el rencor. Es raro encontrar a personas que admitan ser copartícipes del problema. Para ello el mediador debe encontrar una nueva definición del problema para que la posición culpable del otro desaparezca. Se utiliza cuando la presentación del problema se hace de tal forma que la culpabilidad recae absolutamente en el otro. Se realiza para lograr que ambas partes se consideren co-participes en el problema, viendo la implicación del otro en el mismo, como primer paso para iniciar su resolución, pues las partes pasan de un estilo competitivo de afrontar el conflicto a otro colaborativo.

d.- *La síntesis o sinopsis*. Dice Esteban Soto que se utiliza para avanzar en el proceso de mediación y concluir aspectos ya acordados parcialmente. Con esta técnica se clarifican expectativas en cuanto a la actuación del mediador y ayuda a las partes a adoptar el papel de generadores de sus propias soluciones. Se utiliza sobre todo al inicio del proceso, tras la exposición de las partes o cuando se necesite una clarificación de lo que una ha dicho; o para hacer una recopilación organizada de toda la información tratada hasta ese momento; para avanzar en el proceso de mediación y concluir aspectos que ya han sido acordados parcialmente y para centrar el diálogo y clarificar el rol no directivo del mediador. Con ello se logra una percepción más objetiva e integral del asunto tratado que posibilite el inicio de la resolución del conflicto. Se realiza mediante la nueva formulación objetiva de la intervención de la parte, realizando un resumen conciso de sus intenciones, pero debe ser

⁹⁴⁰ESTEBAN SOTO, Y. “Las Microtécnicas en la Mediación”, Ob. cit., p.250: “Si se logra que las partes reconozcan su participación en el conflicto, se conseguirá que se reconozcan igualmente como participantes en la resolución del mismo. Se realiza mediante una nueva definición mutua del mensaje culpabilizador de una parte hacia la otra, en la que las visiones unilaterales se abandonen para lograr una mutua”.

objetivo, breve y debe transformar todos los comentarios negativos sobre la otra parte en frases objetivas.

e.- *Reconocimiento del otro*⁹⁴¹. Cuando el tono emocional de las partes involucradas en el conflicto sube y cada una de ellas se siente amenazada, agredida o atacada por la conducta y pretensiones del otro, concentra su atención en su autoprotección, adoptando actitudes defensivas. El mediador debe intentar que esa persona sea capaz de dirigir su pensamiento hacia la otra parte, lograr que se muestre más perceptivo hacia esa posición.

f.- *La reformulación*⁹⁴². Aunque es una de las técnicas más simples, tiene gran poder para producir cambios en el proceso reflexivo de las partes. Algunas veces es necesario volver a oír la información expuesta, organizada, objetivada para tener una visión integral de la misma y descubrir algo, que antes no se había descubierto. Se utiliza constantemente durante todo el proceso de mediación, en concreto cuando el mediador percibe que por la carga negativa de un mensaje emitido puede no ser recibido por la otra parte. Facilita la comprensión y asimilación de los mensajes que una parte emite a la otra, dota de fluidez el proceso de comunicación. Pero para que la reformulación resulte efectiva, debe prestar a la situación un sentido o significación nuevos proporcionados por el nuevo contexto, el significado debe ser adecuado y más conveniente que el que han traído las partes. Es necesario que el mediador observe permanentemente el *feedback* que ha causado en el sistema tras su reformulación para seguir adelante o abandonar inmediatamente la reformulación propuesta⁹⁴³.

⁹⁴¹ESTEBAN SOTO, Y., “Las Microtécnicas en la Mediación”, Ob. cit., p.252: “Sirve para no anular a la otra parte en la historia del conflicto, pues solo trabajando conjuntamente se logrará la solución. Se realiza mediante una reformulación de lo expuesto, de tal forma que permita la consciencia del otro, haciendo que reconozca el grado de dificultad que supone esta situación no sólo para uno mismo, sino para la otra parte.”

⁹⁴² Con la reformulación, nos centramos en la información sobre un hecho despojándola de ruidos comunicativos como son los comentarios despectivos o los insultos.

⁹⁴³RAMOS PÉREZ, M^a E., “Técnicas de negociación: el proceso”, Ob. cit., p. 246: “Esta técnica, ayuda a centrar, clarificar, y concretar los distintos momentos y fase por las que discurre el proceso. Con él las partes puede deconstruir los propios argumentos a la vez que se posicionan con nuevas estrategias frente a la problemática.”

g.-*La connotación positiva*⁹⁴⁴. Con ella se pretende dar un significado positivo a la información negativa emitida por una de las partes. Los sentimientos negativos que aparecen cuando se está inmerso en un conflicto (tristeza, amargura, ira...) comúnmente no permiten analizar de forma objetiva hechos y actitudes y el resultado del análisis normalmente se relaciona sólo con los aspectos negativos de los mismos, siendo éste un análisis parcial. Es una reformulación centrada en resaltar las características y/o cualidades positivas. Se utiliza cuando las partes realizan comentarios que indican infravaloración acerca de algún elemento del conflicto, el núcleo, la relación, su resolución. Sirve para reducir ciertas actitudes y sentimientos negativos que puedan afectar a la buena marcha del proceso: temor, vulnerabilidad, inseguridad.. y sustituirlos por autoconfianza, control de la situación, claridad. Con ello se remarcan, definen o cambian las características de las cosas, los hechos, las personas o sus acciones de tal forma que puedan ser valoradas en aspectos positivos. Se realiza a través de una reformulación que de un significado positivo a una declaración o hecho presentado de forma negativa.

h.- *La legitimación*⁹⁴⁵. Cuando en un proceso una de las partes, dibuja a la otra o a sí misma, en el conflicto con un rol que no es del todo objetivo y real, resultado de desfigurarlo en la historia previa, parcial y subjetiva con la que las partes llegan a la mediación, es decir, cuando una de las partes se ubica como víctima y a la otra como ofensor, pues la segunda posición sería negativa y la persona que se sitúa en ella, puede ofrecer resistencia para llegar al acuerdo, o cuando una de las partes adquiere una posición negativa en su propia narración, en vez de ser posicionada negativamente por comentarios de la otra parte. En este último caso la legitimación es más difícil, al igual que si una parte está deslegitimada desde lo social⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴ESTEBAN SOTO, Y., "Las Microtécnicas en la Mediación", Ob. cit., p.254:"Hay que ser creativo y buscar la cualidad positiva respecto del hecho que se está tratando y que la parte no contempla, pero siempre cuando conozcamos realmente ese rasgo positivo; si no es así, debemos aplicar otra técnica, pues esta no tendría el resultado deseado".

⁹⁴⁵Con la legitimación se otorga un lugar valedero, legítimo a la posición que asumen los personajes dentro de la historia. Es una connotación positiva específica referida a las posiciones que las partes ocupan en la historia previa.

⁹⁴⁶ Esta técnica ayuda a que las partes puedan cambiar las posiciones pre-establecidas que tienen dentro de la historia y que normalmente son falsas y desproporcionadas. Se realiza a través de una

i.- *El replanteamiento y la generación de opciones.* GUILLERMO PORTELA, dice que el mediador recibe de las partes un relato en el que hay primordialmente posiciones, detrás de las cuales se encuentran intereses⁹⁴⁷. En la zona de los intereses y necesidades es donde realmente se encuentra la parte verdaderamente fértil de la mediación⁹⁴⁸.

La capacidad del mediador para reformular las declaraciones posicionales de las partes en una exposición de intereses conjuntos es crucial, pues llegados a este punto debe advertir si existen intereses absolutamente incompatibles o si los intervinientes se aferran a la posición inicial y no cooperan para que el proceso se desarrolle normalmente. Así, continuar con la mediación sería una pérdida de tiempo y debería ser suspendida⁹⁴⁹.

j.- *El torbellino de ideas y el documento único*⁹⁵⁰. En ocasiones, con la apertura de comunicación generada con la mediación, las partes encuentran una fórmula de acuerdo que permita solucionar el conflicto, pero normalmente al traer sus propios problemas al proceso, sumados a los que genera el conflicto, se empobrece la visión de la realidad, impidiendo que se den cuenta de que siempre hay más de una solución. Para ello el mediador dispone de una serie de herramientas que permiten que los interesados trabajen en pro de la solución que les convenga a ambos. Son técnicas que permiten generar más de una opción, lo que permite luego solucionar la disputa de la forma más adecuada⁹⁵¹.

reformulación del mensaje expuesto que proporcione una posición objetiva a la persona protagonista de la misma.

⁹⁴⁷GUILLERMO PORTELA, J., “Características de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Ob. cit., p.264.

⁹⁴⁸Mediante esta técnica se criban las posiciones de las partes para quedarnos con lo esencial, lo que verdaderamente sirve a las partes o necesitan. Lo sustancial es que posibilita continuar avanzando en la generación de opciones, que sirvan para solucionar el conflicto.

⁹⁴⁹Vid. FOLGER, J. y TAYLOR, A., *Mediación y Resolución de conflictos sin litigio*, Ob. cit., p.113.

⁹⁵⁰Vid. GUILLERMO PORTELA, J., “Características de la mediación”, Ob. cit., p.265.

⁹⁵¹ALES SIOLI, J y MATA CHACÓN, J.D., “Manual práctico para mediadores”, Ob. cit. p.97: “Estamos ahora en una fase del trabajo que trata de compatibilizar los intereses definidos con la información obtenida en la fase anterior, todo ello conformado con el trabajo del mediador que tiene que ser capaz de trabajar la información con las partes para que puedan llegar a esa definición de interés. Esto puede significar que los intereses verdaderos de las partes poco tengan que ver con aquello que les trajera a la mesa de mediación pero tras haber trabajado su situación se descubre que la base del conflicto es muy distinta y gracias a ese descubrimiento puede provocarse un reconocimiento inter partes de su situación y estudiar, ahora si, la viabilidad del acuerdo con la otra parte, con la que antes era imposible dialogar; determinante para nosotros es el trabajo de

Para utilizar el *torbellino o tormenta de ideas* (brainstorming), es necesario haber detectado previamente los intereses o necesidades de las partes para no trabajar a ciegas. Se les recuerda a las partes que con esta técnica no se trata de generar propuestas sino opciones. Se hace una apelación a la imaginación creativa de las partes, pidiéndoles que anoten en una lista la mayor cantidad de opciones, no importando su calidad, que puedan parecer disparatadas o poco realistas. Importa la cantidad no la calidad. Esto permite vincular opciones, descartar las poco realizables y quedarnos con las verdaderamente útiles. Con ello se pretende demostrar a las partes que no hay una sola opción. Se puede realizar en una sesión conjunta o pedirle a las partes que lo realicen en casa por separado. Para asegurarse que se han incluido todas las propuestas, pueden plantearse por el mediador situaciones hipotéticas para el futuro, también se puede ofrecer a las partes una solución inaceptable para motivarles a considerar propuestas más de su gusto. El mediador debe asegurarse de que las partes evalúan soluciones para sus intereses no para sus posiciones.

k) Otra técnica es la denominada *Documento único de negociación*, descrita por FISHER, URY y PATTON⁹⁵². En la primera fase, es prioritario identificar los intereses de las partes, luego una de las partes desarrolla una propuesta que puede satisfacer la mayoría de los intereses en disputa. Este documento se convierte en el borrador del texto que será la base del acuerdo y se distribuye a todos los intervinientes, solicitándoles sus comentarios y posibles reformas, dando a las partes la oportunidad de modificar el texto para satisfacer mejor sus necesidades. La revisión gradual del texto puede desembocar en un solo texto aceptable para todas las partes.

“trastienda” del profesional de la mediación dado que el análisis de la información o el contraste de las historias de las partes, puede ayudar a definir esos intereses parciales.”

⁹⁵² FISHER, J., URY, W. y PATTON, B. *¡Sí, de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Ob. cit., p. 86.

2.8.2. HERRAMIENTAS EN LA MEDIACIÓN.

Sabemos que el origen de muchos conflictos se encuentra en un déficit de la comunicación. Es importante qué se dice (o se omite) y en cómo se dice y en el momento en qué se dice. El mediador debe preparar y prepararse cuidadosamente para un proceso en el que se depende de múltiples factores; hostilidad entre las partes, la motivación para proteger la relación, la propia relación entre ellas, la asimetría de poder, los recursos, etc. Todo ello, señalan CARNEVALLE y PRUITT, va a ser decisivo para el éxito o fracaso del proceso de mediación⁹⁵³.

La tarea fundamental del mediador en mediación es, por tanto, utilizar el lenguaje verbal para dar y recibir *feedback*. Mediante este proceso se proporciona la información que garantiza al emisor que ésta se ha recibido y en qué términos. En mediación, el proceso de comunicación ha de garantizar su fin último: Transmitir un mensaje y que el receptor lo reciba lo más nítidamente posible. Para ello son necesarias las habilidades sociales y más concretamente las habilidades de la comunicación⁹⁵⁴. El mediador, debe formarse en ciertas habilidades conversacionales o de comunicación, como la escucha activa, saber hacer preguntas, dar información adicional, controlar la información personal y superflua, así como saber cambiar de tema, ceder la palabra y cerrar una conversación. También son importantes las habilidades sociales y la comunicación no verbal, pues ésta proporciona, en muchas ocasiones, una información más fiable que la verbal. Por el carácter comunicativo del proceso de mediación, el mediador debe ejercitar determinados aspectos como⁹⁵⁵:

-La voz, para detectar matices en el tono o el timbre, pues esto proporcionará información útil sobre cómo se siente alguien, sobre su estado de ánimo... el tono de voz, la velocidad del habla, la altura de la voz, su dicción, etc.

⁹⁵³Vid. CARNEVALE, P. y PRUITT, D. "Negotiation an mediation", *Annual Review of Psychology*, N°43, 1992, pp. 531-582.

⁹⁵⁴Vid. EXPOSITO JIMÉNEZ, F., "Técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas" en OROZCO PARDO, G y MONEREO PEREZ, J. (Dir.), *Tratado de Mediación en la Resolución de Conflictos*, Ob. cit., p.157.

⁹⁵⁵OVEJERO VERNAL, A., *Técnicas de negociación: Cómo negociar eficaz y exitosamente*, Ob. cit., p.68: "De toda la información que se transmite en un acto de comunicación, tan sólo un 10 por ciento, llega a través de contenido verbal y el otro 90 por 100 lo transmitimos de manera no verbal, pues muchos de estos parámetros los captamos casi de manera imperceptible."

-La expresión facial, pues la cara, dicen es el espejo del alma. Para ello es necesario prestar atención a las cejas, la boca, la nariz, el color de las mejillas, etc.

-La mirada, ya que solemos transmitir muchas emociones a través de los ojos y por tanto resulta difícil controlar estas emociones si no somos capaces de mirar a los ojos del otro y mantener el contacto ocular.

-La zona proximal, la postura corporal.

Muchas veces no somos conscientes de la importancia de este lenguaje sutil, pero muy rico, que resulta muy útil en múltiples contextos de la vida y sobre todo en el ámbito de una negociación en mediación. Con estas técnicas, el mediador, mediante el modelado y el reforzamiento, va dirigiendo la conversación y va haciendo hincapié en todos los elementos que garanticen que el mensaje se da y se recibe⁹⁵⁶. Para ello, el mediador dispone de una serie de herramientas a utilizar en el proceso de mediación, entre las que podemos encontrar las siguientes:

a.-La escucha activa⁹⁵⁷.

Escuchar en mediación es una actividad fundamental que no se enseña suficientemente ni se desarrolla demasiado con el tiempo. VAN-DER HOFSTANDT, define la escucha activa como: “*El esfuerzo físico y mental de querer captar con atención la totalidad del mensaje que se emite, tratando de interpretar el significado correcto del mismo, a través del comunicado verbal y no verbal que realiza el emisor e indicándole, mediante la retroalimentación lo que creemos que hemos entendido*”⁹⁵⁸. Por lo tanto, para que se produzca una escucha eficaz, tendría que seguirse el siguiente proceso⁹⁵⁹:

1.-Ser consciente del otro, concentrarse en su mensaje, evitando la distracción mental o ambiental, ruidos, realizar el esfuerzo personal de

⁹⁵⁶Vid. DE DIEGO VALLEJO, R. y GILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p. 250.

⁹⁵⁷Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit.p.179.

⁹⁵⁸Vid. VAN-DER HOFSTADT, C. J., *Habilidades de comunicación aplicadas (Guía para la mejora de las habilidades de comunicación personal)*, Ob. cit., p.99.

⁹⁵⁹RAMOS PÉREZ, M^a E., “Técnicas de negociación: el proceso”, Ob. cit., p.240: “La escucha no es sólo una técnica, primordialmente es una actitud para entender los planteamientos de la problemática que esboza, desde su perspectiva del otro. La idea que rodea este modo de proceder, propone hacer el esfuerzo de ponerse de parte del interlocutor: aceptarlo tal y como desea ser comprendido.”

centrar la atención a través de la empatía y demostrar al emisor que percibimos su mensaje.

2.- Observar e interrogarse constantemente sobre el significado de las palabras, qué es lo que quiere decir y si hay algo más detrás de esas palabras. Observar los gestos del lenguaje no verbal ayuda a entender mejor la intención y el sentimiento de lo comunicado.

3.- Retroalimentar, resumiendo: parafrasear de vez en cuando, precisando al emisor una parte del mensaje, demostrar al emisor que nos mantenemos sintonizados con su proceso de comunicación. Pero hay advertir que habrá que buscar el momento apropiado, pues la interrupción perturba y no resulta eficaz, la otra parte desea continuar con lo que estaba diciendo y no prestaría atención.

4.- Detectar las palabras clave: los mensajes se adornan con muchas palabras pero son las ideas clave, las que dan el contenido exacto de la información y los intereses del emisor.

La acción de escuchar a nuestro interlocutor es de gran relevancia para el mediador; observar y prestar atención a todas sus reacciones, verbales y no verbales, porque escuchar requiere buscar activamente el significado del mensaje⁹⁶⁰. Se necesita captar el mensaje en su doble vertiente: de contenidos y

⁹⁶⁰Analizando diversos autores, podemos relacionar diversos tipos de escucha: Podemos distinguir varios tipos de escucha: valorativa, interpretativa, exploratoria o investigadora, consoladora, de identificación, empática. Sólo esta última nos permitirá ejercer una buena mediación.

- *Escucha Valorativa*: La actitud valorativa suele aportar respuestas en las que se hace referencia a los valores, al deber, Generalmente, cuando se tiene una actitud valorativa, se responde dando consejos, incluso órdenes, se amonesta, se culpabiliza, se recuerda al otro lo que moralmente está obligado a hacer. El inconveniente de este tipo de respuesta es que impone los valores y criterios de quien responde y no tiene en cuenta a la persona que habla. Son respuestas que crean dependencia y no permiten a la persona tomar sus propias decisiones.

- *Escucha Interpretativa*: Es aquella que trata de desvelar al otro los motivos inconscientes o semi-inconscientes de su conducta. La respuesta interpretativa, en el mejor de los casos, puede aclarar algo de lo que pasa, pero es una aclaración teórica, no sentida, y en muchos casos no pedida por la persona interlocutora. Es una especie de disección que deja al descubierto los motivos de la conducta sin el consentimiento de la persona interesada, una violación de la intimidad. Además la interpretación es muy discutible porque la hace alguien desde fuera, en base a su propia experiencia, a sus propios criterios, no desde la vivencia de la persona a la que se está escuchando.

- *Escucha Exploratoria o investigadora*: La actitud exploratoria la adoptamos cuando necesitamos más datos para hacernos una idea precisa de lo que le pasa a la otra persona. Esta es una actitud neutra, si no forzamos ni acosamos a preguntas. Pero puede llegar a ser percibida como una invasión de la propia intimidad si es excesiva, "curiosa", tanto por el número de preguntas como por la privacidad de las mismas.

- *Escucha Consoladora*: La actitud consoladora produce respuestas tranquilizadoras, que tratan de reducir la angustia o el sufrimiento de la otra persona, generalmente quitándole importancia al asunto. De hecho no entra en el problema ni lo afronta. Simplemente consuela. En el caso de la

emociones. Si el mediador adquiere empatía con el emisor, se incrementará la fidelidad del mensaje. Un mediador empático, escucha con atención a las partes por igual, se pone en su lugar para captar el significado integral de la información sin permitir que influyan los juicios ni las interpretaciones prematuras. El objetivo es obtener la máxima información de la situación. Así, para realizar una buena escucha activa⁹⁶¹, será importante tener en cuenta los siguientes aspectos: eliminar las barreras físicas, evitar los lugares ruidosos, las interrupciones...; no desconectarse del interlocutor, no perderse en otros pensamientos, abstraerse. Es importante concentrarse y no suscitar la agresividad del interlocutor; intentar mantener el contacto visual. Evitar distracciones. El interlocutor percibe que le estamos escuchando y si existe agresividad, conseguimos que disminuya. Evitar juzgar de antemano, pues nuestros prejuicios e ideas preconcebidas perturban gravemente una buena escucha, Observar lo que dice el lenguaje corporal. Escuchar al otro sin pensar, únicamente en lo que nos concierne, permite comprender mejor su pensamiento; reflexionar⁹⁶². La mente puede elaborar una

acción mediadora, la escucha consoladora nunca llevará a que la persona a la que estamos escuchando a encontrar una solución para su conflicto.

- *Escucha de Identificación*: Cuando nos identificamos con otra persona no le ofrecemos soluciones, simplemente “la acompañamos en el sentimiento”. De todas maneras es una presencia cálida, cercana y de momento alivia la situación. Pero no entra en la problemática de fondo.

- *Escucha Empática*: La actitud empática trata de captar los sentimientos que hay detrás de las palabras sin interpretar. No valora ni juzga. No aconseja ni consuela. No produce una disminución de la angustia en el momento, pero da la oportunidad a la otra persona de ponerse en las mejores condiciones de analizar su situación y de tomar postura. La escucha empática favorece que la persona opte por la solución más adecuada, libre y responsablemente. Esta es la forma esencial de escucha para ejercer la mediación, por eso nos pararemos en ella en el siguiente apartado.

⁹⁶¹DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*. Ob. cit., p.104: “Las ventajas que se obtienen de la escucha activa son: 1.- Relajación de las situaciones tensas. Tranquilizamos a las personas que están enfadadas o molestas. 2.- Mayor cooperación de las partes, cuando éstas comprueban que se les ha escuchado, se encuentran más dispuestas a aceptar las sugerencias y comentarios, tendentes a encontrar una solución adecuada. 3.- Percibimos las necesidades del interlocutor, comprendiendo mejor lo que está pensando y entendiendo su problema. 4.- Se consigue precisar y determinar más rápidamente los objetivos, ya que se aclaran los malentendidos y se acelera la búsqueda de alternativas en los desacuerdos. 5.- Permite más tiempo para pensar. El cerebro recibe mensajes a velocidad de 150 palabras por minuto, pero puede pensar 700 por minuto. Esta diferencia de tiempo, permite evaluar la situación y comprender claramente al otro, dándonos tiempo para pensar y evaluar las respuestas. 6.- A veces es difícil entender a las personas, pero si éstas perciben que las estamos escuchando con suma atención, no se ofenderán si les pedimos alguna aclaración. Es muy eficaz realizar retroalimentación resumiendo con nuestras palabras lo que creemos que nos han dicho.”

⁹⁶²Vid. EXPOSITO JIMÉNEZ, F., “Técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas” en OROZCO PARDO, G y MONEREO PEREZ, J. (Dirs.), *Tratado de Mediación en la Resolución de Conflictos*, Ob. cit., p.159: “Para una escucha eficaz necesitamos: -Ser conscientes del otro. Esforzarnos por atender lo que el otro dice, cómo lo dice y qué emoción siente. -Hacerse preguntas. Obtener toda la información posible. A veces, las personas tienen dificultades para comunicar estados emocionales, o reconocer acciones o pensamientos por miedo o vergüenza. No emitimos juicios”

respuesta rápidamente y puede dedicar el resto del tiempo a vagabundear. Ese tiempo puede utilizarse para identificar los puntos esenciales, concentrarse en una idea clave, clasificarla o para comprobar que hemos escuchado bien.

b.- Informar y realizar peticiones de cambio⁹⁶³.

Un buen mediador debe tener en consideración que para que su mensaje sea operativo y llegue con las mínimas interferencias a su receptor y sea recibido y aceptado por este los siguientes requisitos:

- 1) Buscar el momento oportuno. Enseñar a las partes a reconocer las señales conductuales que emite su interlocutor y que indican si es el momento oportuno de enviar el mensaje, así con entrenarlas para buscar las condiciones idóneas para hacerlo.
- 2) Utilizar descripciones observables y cuantificables, evitando un lenguaje vago e inespecífico, enseñando a las partes a detallar conductas con precisión y en términos descriptivos.
- 3) Poner énfasis en la información positiva, para facilitar el cambio y la colaboración. Al enfatizar en lo negativo, el receptor puede experimentar reacciones emocionales negativas o sentirse acusado.
- 4) Evitar la generalización en la transmisión de información.
- 5) Utilizar mensajes consistentes, la dimensión no verbal ha de ser conveniente, coherente y oportuna con la dimensión verbal del mensaje, tener el ceño fruncido, un tono de voz demasiado alto... puede ser poco adecuado para una aproximación a los intereses del tercer interlocutor.
- 6) Sugerir y no exigir. Las peticiones deben formularse como sugerencias de lo que a uno le agradaría a fin de tener mayor probabilidad de conseguir los cambios deseados. Las exigencias e imposiciones pondrían a las partes a la defensiva rechazando el mensaje. Siempre recordar que son exigencias y que no existe obligación alguna de cumplirlo.
- 7) Centrarse en el presente, dar información y sugerencias relativas a las conductas que se dan en la actualidad, evitando recurrir al pasado; únicamente podría admitirse para recordar momentos y situaciones

⁹⁶³DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C. *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.109.

agradables que de algún modo pueden introducir un efecto de motivación para el acuerdo.

c.- Expresión de sentimientos afectivos positivos y de críticas y sentimientos negativos⁹⁶⁴.

Muchas personas que se enfrentan a un conflicto presentan dificultades para expresar sus emociones positivas. Al mejorar la comunicación y la expresión de afectos positivos comienza a desarrollarse cierta empatía entre las partes⁹⁶⁵. Una buena técnica de desarrollarla es aconsejar a las partes que escriban por separado una lista de sus preocupaciones y ansiedades derivadas del conflicto. Deberán intercambiarse y discutir sus reacciones⁹⁶⁶.

Entrenar a las partes para expresar adecuadamente sus sentimientos, se justifica porque ayuda a reducir los problemas que interfieren en el proceso de comunicación, contribuye a obtener ciertos cambios adaptativos al conocer el otro la existencia de estos estados emocionales y su origen y pueden motivar incluso al otro para cambiar. Para poder realizar todo ello, se debería:

- Determinar el objetivo. Ante determinadas emociones las partes pueden reaccionar con actitudes negativas, respuestas inadecuadas para expresar una crítica o una queja. Enseñarles a determinar cuál es el objetivo de la queja, a reflexionar sobre cuál es la forma más eficaz para que la otra parte entienda cual es el problema o la queja.
- Elegir el momento adecuado. Es mejor evitar momentos en los que las partes experimentan fuertes estados de ánimo perturbadores, que impiden al que habla emitir de un modo adecuado y consistente y al que escucha, mostrarse receptivo ante los mensajes del otro.
- Reforzar, comentando avances en la relación o del comportamiento del otro que se valoran como positivos o situaciones en el lugar del otro,

⁹⁶⁴Vid. PERCAZ FOUR-POME, M., “Las emociones en mediación”, *Revista de Mediación*, Año 3, Nº 5, Marzo 2010, pp.16-21.

⁹⁶⁵Vid. EXPOSITO JIMÉNEZ, F., “Técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas”, Ob. cit. p.158.

⁹⁶⁶EXPOSITO JIMÉNEZ, F., “Técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas”, Ob. cit., p. 159: “La capacidad para expresar emociones es un déficit casi generalizado en una sociedad como la nuestra. Hay personas que no pueden expresar emociones y por tanto no pueden tener capacidad empática. Si expresar emociones es importante, controlar las emociones negativas es una tarea fundamental. Es necesario frenar la escalada de emociones negativas que se disparan ante un conflicto”.

facilitan que el receptor nos escuche y esté más accesible a nuestro mensaje.

-Expresar los propios sentimientos negativos, responsabilizándose de los mismos sin culpabilizar al otro.

-Sugerir un cambio y no exigir o imponer.

-Reforzar del nuevo al otro por haber escuchado nuestro problema y/o petición y comprometerse a cambiar o plantear un compromiso alternativo.

d.- La conversación en el mediador.

La conversación es un recurso muy accesible y económico que el ser humano tiene para intercambiar con sus semejantes conductas mutuamente gratificantes, aunque también si no se ha aprendido a conversar, puede ser fuente de conflictos. En los conflictos uno o ambos componentes rehúyen el contacto porque el otro se centra exclusivamente en sus posiciones y no le da oportunidad de exponer sus criterios y opiniones o porque alguno prefiere el mutismo y elige otras alternativas a la conversación⁹⁶⁷. El mediador tiene que reconducir las habilidades conversacionales de las partes, informando de los elementos básicos de la conversación: hacer preguntas, escuchar activamente, dar información adicional o gratuita, dominar la conversación superficial, pasar a un nivel más personal, cambiar de tema, tomar y pasar la palabra y cerrar la conversación. Así el mediador puede hacer sugerencias de cómo mejorar la habilidad de escuchar o hablar, hacer de modelo y reforzar los ensayos adecuados.

e.- Rapport: Sentimientos y emociones.

La credibilidad personal e institucional es simplemente el punto de partida del ingreso del mediador en una disputa. El término *rapport* alude a la capacidad para comunicarse libremente, al nivel de las partes, al grado de precisión en la comunicación y a la calidad del contacto humano⁹⁶⁸. Está definido por el estilo personal, el modo de hablar, sus antecedentes sociales, intereses comunes, amigos o colaboradores y el grado de comunicación con los partícipes.

⁹⁶⁷ Vid. HIDALGO MENA, F.L., “Técnicas de Mediación Familiar”, Ob. cit. pp.199 y ss.

⁹⁶⁸ Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p. 117.

El mediador frecuentemente debe responder a las bases fisiológicas y psicológicas de los sentimientos y debe considerar que a veces no es posible resolver sentimientos con soluciones objetivas⁹⁶⁹. Sus respuestas están formadas por tres pasos distintos: el reconocimiento de que una parte experimenta una emoción fuerte, el diagnóstico de la emoción y la elección de una adecuada estrategia de intervención que ayude a la parte a administrar el sentimiento. El mediador, para ayudar a las partes a alcanzar una solución apropiada debe minimizar o neutralizar los efectos de los sentimientos negativos y si es posible originar sentimientos positivos entre los litigantes⁹⁷⁰.

f.- Análisis de las quejas en mediación.

Las quejas son síntomas de situaciones mal toleradas, que al no ser solucionadas en su momento continúan su evolución, siendo el origen del desencadenamiento de numerosos conflictos. La queja⁹⁷¹ es una manifestación de malestar o de voluntad de mejora. Para reconvertir la queja en un instrumento de trabajo y en motor de mejora constante, es preciso escucharlas siempre, pues una queja que no se escucha es una queja que no se soluciona.

El mediador debe disponer de la técnica y habilidad necesaria para escuchar a la persona que plantea la queja y para pensar junto con ella, hasta que se defina la intención real de la misma, pues muchas veces, la queja no siempre expresa aquello que manifiesta.

Para abordar esa situación de bloqueo es necesario tratar la queja como síntoma, como eje para iniciar un cambio; argumentar junto con las partes con indicios reales la magnitud de la disconformidad, precisarla, expresarla con forma y contenidos reales, detectar la necesidad de mejora y arbitrar los procedimientos,

⁹⁶⁹Vid. FERNÁNDEZ-CABALLERO PÉREZ, M., “El Eneagrama, una herramienta para la mediación”, *Revista de Mediación*, N° 9, 2016. Esta autora considera que la personalidad de las partes puede ser una de las causas de la génesis del conflicto e interfiere, inevitablemente, en el desenlace de éste. El eneagrama es una buena herramienta que ayuda a facilitar la comunicación y por tanto el proceso de mediación, ya que favorece el autoconocimiento y mejora la relación con el otro, por tanto se puede usar el eneagrama como una herramienta más para ayudar a las partes a darse cuenta de sus virtudes, confiar también en las del otro y así ayudar a tomar decisiones más satisfactorias durante el proceso de negociación.

⁹⁷⁰EXPOSITO JIMÉNEZ, F., “Técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas”, Ob. cit., p.163: “Usamos el término rapport para hacer referencia a la capacidad de comunicarse libremente al nivel de la comodidad de las partes, el grado de precisión en la comunicación y a la calidad del contacto humano. Tan importante como los códigos lingüísticos no verbales, el tono de voz del mediador, la forma de expresarse, el aspecto físico, la calidad del contacto humano que muestra es importante para que se establezca un buen rapport.”

⁹⁷¹Se pueden utilizar reformulaciones de las quejas, ecos de las frases o palabras, interpretaciones claras con el objetivo de confirmar si una u otra parte está de acuerdo y describir sentimientos propios, que ayuden a aceptar la dificultad que en muchas ocasiones comporta la resolución.

utilizar técnicas que faciliten la comunicación para ello. La posición de escucha y las técnicas de interlocución, permiten a la parte que emite la queja, posicionarse en la observación que ha hecho y a la que escucha que tenga la distancia suficiente para evitar el perjuicio sobre la persona y la situación que se plantea. Así el mediador, tras escuchar sin interrumpir y sin atacar a ninguna de las partes, puede realizar preguntas constructivas y positivas a las partes y resumir neutralmente las razones de ambas.

g.- La asertividad.

La asertividad puede definirse como la capacidad de comunicar a los demás nuestras posturas, opiniones y creencias de manera eficaz sin sentirse incomodo o culpable⁹⁷². La asertividad es una característica de la personalidad promotora de autoestima, y contribuye al desarrollo de relaciones interpersonales facilitadoras de crecimiento personal y satisfacción emocional en la persona, como tal cualidad implica la capacidad de expresar de manera libre y espontánea, sin temores infundados ni ansiedades innecesarias, nuestros pensamientos y sentimientos y actuar de manera consecuente con estos, pero con el debido respeto por los sentimientos y pensamientos de las demás personas. Ser asertivo se resume en la capacidad de defender nuestros derechos y mantener el debido respeto por los derechos ajenos⁹⁷³. La asertividad puede clasificarse en *Asertividad de Oposición*, que se refiere a la respuesta que se da en situaciones de discusión y consiste en una posición de rechazo a la conducta inadecuada del otro, con la intención de conseguir un comportamiento más aceptable para el futuro. Y en *Asertividad de Aceptación* que supone la capacidad para hacer comentarios positivos de la conducta del otro cuando está justificado⁹⁷⁴.

⁹⁷²Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C. *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.121.

⁹⁷³Vid. GAETA GONZÁLEZ, L Y GALVANOVSKIS KASPARANE, A., "Asertividad: un análisis teórico-empírico", *Enseñanza e Investigación en Psicología*, Vol.14, Nº2, Julio-Diciembre, 2009, Ciudad de México, pp.403-425.

⁹⁷⁴El mediador a lo largo del proceso deberá utilizar ambas, especialmente en las reuniones privadas, ante el respeto o la violación de los derechos o intereses de la otra parte. Es conveniente reflexionar sobre estas conductas y sobre el momento en que es necesario utilizarlas, pues puede que en algunos no sea muy eficaz.

h.- Las preguntas.-

La utilización de las preguntas en una mediación como medio para conocer necesidades, lleva consigo tres decisiones: qué, cómo y cuándo preguntar⁹⁷⁵. La utilización de las preguntas puede determinar la dirección en que habrá de moverse la conversación o el argumento⁹⁷⁶.

Las preguntas pueden tener distintos efectos⁹⁷⁷ y por ello es necesario ser cauto, pues la utilización de unas u otras en determinado momento puede acarrear problemas a la eficacia del proceso⁹⁷⁸.

-Las *abiertas* invitan a expresar con libertad el pensamiento y es conveniente usarlas al principio de la reunión, para captar la mayor cantidad de información.

-Las *cerradas* son útiles para obtener información concreta y específica. Con las preguntas *espejo* el mediador accede a la lógica del participante: ¿Por qué esto no es lo que esperaba?.

-Las preguntas *sugestivas* son aquellas que intentan hacer reflexionar por vía indirecta al participante, pero debe tenerse cuidado al formularlas para no parecer parcial.

-En las *reflexivas*, el esclarecimiento que pretendemos no se hace de forma refleja sino directa, es una solicitud para confirmar lo expresado. Es

⁹⁷⁵ALES SIOLI, J y MATA CHACÓN, J.D., *Manual práctico para mediadores*, Ob. cit. p.93: “Acertar con una pregunta en función al momento en el que nos encontramos en el proceso, se antoja difícil y a la vez fundamental para conseguir que la confianza no se deteriore con nuestro interlocutor, pero a la vez que nos permita avanzar en la búsqueda de un acuerdo”.

⁹⁷⁶RAMOS PÉREZ, M^a E., “Técnicas de negociación: el proceso”, Ob. cit., p.241: “El preguntar es una forma de establecer un diálogo y una forma de relación. Tiene como finalidad determinar el marco de las posibles respuestas: indica la finalidad de la información que se ha de recabar y el objetivo que se persigue. Su contenido invita a responder de una forma determinada y estructurada, de tal manera que el mediador introduce, por una parte restricciones en los argumentos y por otra, facilita la inclusión de diferencias en la información de las partes”.

⁹⁷⁷GRECO. S., “Herramientas en Mediación. Una secuencia comunicacional”, Ob. cit., p.66: “La pregunta en mediación mantiene el ofrecimiento a nuestro interlocutor de una invitación a que explique lo que desea, necesita, siente, valora o prefiere con relación con la situación que lo trajo allí. El sentido de la pregunta debe estar orientado a comprender lo que la persona que habla quiere mostrar como significativo, transformando el preguntar en una actividad compleja. Para que una pregunta abra un diálogo requiere hacer una conexión con quien nos habla, ya sea a través del tono, el ritmo, la intención, el tema, el formato y el contenido de la pregunta. Algunos indicadores o claves del discurso de las partes que ofrecen buenas posibilidades para preguntar en mediación están marcados por la utilización de *generalizaciones* del tipo *todo-nada*, *siempre-nunca*. Es posible entonces preguntar especificaciones de personas, tiempo, lugar u otros aspectos de la cuestión, de modo de ofrecer la posibilidad de que el sujeto pueda recuperar también otros tiempos, personas, lugares, en que las cosas no estuvieron abarcadas por el estado negativo actual que nos invade cuando estamos inmersos en un conflicto”.

⁹⁷⁸Vid. HIDALGO MENA, F.L., “Técnicas de Mediación Familiar”, Ob. cit., p. 241.

buena práctica explicar siempre que resulta posible la razón de las preguntas, pues evita situaciones embarazosas.

En general, las preguntas en mediación deben servirnos⁹⁷⁹, para provocar la atención de las partes, conseguir y proporcionar información, hacer pensar y llegar a conclusiones. Lo ideal es tener un plan de preguntas, a partir del cual sepamos qué aspectos del conflicto nos resultan más significativos para explorar.

i.- Toma de notas.-

Durante el proceso de mediación las partes y el mediador deben realizar una escucha activa de los demás, obtienen mucha información y deben pensar a la vez sobre sus propias respuestas⁹⁸⁰. Por ello son muchos los mediadores que instan a las partes a tomar nota de lo que se dice en las sesiones. De hecho, los mediadores suelen tomar notas de lo que consideran aspectos principales de la narración de los hechos. Pero la conveniencia de su utilización no resulta pacífica entre los mediadores con experiencia; pues se advierte que los participantes se pueden distraer, se puede interrumpir el clima de afinidad e impedir el flujo de comunicación. El mediador tiene que tener tacto, y debe dejar de tomar notas en algunos momentos para impedir que los participantes puedan tener la impresión de que lo que cuentan es muy significativo, o si no se hace que no lo es. Por lo general es buena práctica, revisar las notas con los participantes antes de que la sesión termine, para corregir errores obvios y los haga sentir más cómodos con lo logrado.

j.- Sesiones Conjuntas y Privadas “caucus”.-

La mediación se desarrolla a través de las sesiones a las que los intervinientes deben concurrir personalmente, o representadas por otra persona que tenga poder suficiente para hacerlo, como los padres con los hijos. Hay que contar en las sesiones con todas las personas involucradas y que éstas tengan poder de decisión respecto a las soluciones que puedan darse al conflicto⁹⁸¹.

⁹⁷⁹Vid. EXPOSITO JIMÉNEZ, F., “Técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas”, Ob. cit. p.167.

⁹⁸⁰Vid. GUILLERMO PORTELA, J., “Comprensión del PIN de las partes”, Ob. cit., pp. 236 y ss.

⁹⁸¹HIDALGO MENA, F.L., “Técnicas de Mediación Familiar”, Ob. cit., p. 252: “Constituye una manera de enfocar el desmadejamiento de una trama, cuando la forma del conflicto está trabada por desconfianza, miedos o dificultad de relación entre los miembros, lo cual requiere que se realice un trabajo de atención individualizada. Son sistemas indicados para despertar el interés por la

Hay dos tipos de sesiones, señala GUILLERMO PORTELA. Las sesiones *conjuntas*, en las que se encuentran presentes todos los interesados y se suelen utilizar en el proceso de la mediación, y sólo una causa especial aconsejarían utilizar otra forma de encarar el proceso⁹⁸². Y las sesiones *privadas o caucus*⁹⁸³. En ellas, la parte puede expresar más libremente detalles del conflicto que no puede expresar de igual forma ante la otra parte, por ello desempeña una papel muy importante la confidencialidad y la simetría, es decir la otra parte también tendrá una reunión privada y de duración similar⁹⁸⁴. En esa reunión privada se busca información importante y es una oportunidad del mediador para constituirse en agente de la realidad, establecer filtros objetivos a las partes, pues actúa como garante del acuerdo, que debe ser sustentable y duradero. Los criterios objetivos que se imparten servirán para purificar aquéllas opciones inadecuadas o poco objetivas.

k.- Genograma y red social.-

Conocer el árbol familiar es una excelente herramienta para la organización de la información y altamente útil por su inclusión de la participación histórica y actual, al mismo tiempo que sirve de espejo para los participantes. Es la mejor forma de traer a los ausentes al proceso, por otro lado sirve para que el mediador se dé cuenta de cómo están conformadas las familias de origen de los entrevistados⁹⁸⁵.

cooperación, cuando una de las partes o las dos, manifiestan actitudes de resistencia pese a existir la posibilidad de abrir caminos hacia el entendimiento o el acuerdo”.

⁹⁸²La mediación constituye una forma de comunicación a gran escala donde suele tener lugar una importante descarga emocional, riqueza proveniente de las posturas del lenguaje analógico.

⁹⁸³GUILLERMO PORTELA, J., “Comprensión del PIN de las partes”, Ob. cit., p.239: “Es una oportunidad que no debe desperdiciarse por el mediador ni por las partes. Las sesiones privadas o caucus, son aconsejables en determinadas situaciones como aquéllas que tienen que ver con cierto estancamiento que pueda existir en la mediación o cuando no se tiene suficientemente claro cuáles son los intereses de las partes, pero siempre se debe de tener una idea concreta de porqué utilizar un caucus”.

⁹⁸⁴RAMOS PÉREZ, M^a E., “Técnicas de negociación: el proceso”, Ob. cit., p.253: “Constituye una manera de enfocar el desmadejamiento de una trama, cuando la forma del conflicto está trabada por desconfianza, miedos o dificultad de relación entre los miembros, lo cual requiere que ese realice un trabajo de atención individualizada. Son sistemas para despertar el interés por la cooperación, cuando una de las partes o las dos, manifiestan actitudes de resistencia, pese a existir posibilidad de abrir camino hacia el entendimiento o el acuerdo”

⁹⁸⁵El mediador no puede descartar esta herramienta, pues nadie puede ayudar más a una persona que aquélla que la conoce y con la que se ha generado un vínculo estrecho de solidaridad y confianza.

1.- Análisis de conflictos.-

Considera REDORTA que, el mediador, para trabajar convenientemente, necesita un, “*mapa de vías conceptuales o mapa del conflicto implícito*”⁹⁸⁶, en la discrepancia que debe detallar por qué existe, identificar los obstáculos que se oponen a su arreglo e indicar los procedimientos destinados a encauzar o resolver la disputa. Este autor, presenta como herramienta de análisis de conflictos, la técnica que él denomina CAT (Conflict Análisis Tipology) mediante la cual el mediador examina sobre una escala del 1 al 5 el grado de consenso o disenso sobre cada uno de los dieciséis elementos definitorios de una posible fuente o patrón de conflicto; con ello consigue determinar el nivel de percepción común o no de cada uno de los patrones como posible núcleo de conflicto y discriminar que patrones pueden considerarse fuente de conflicto por su significación para las partes, facilitando las claves para su intervención⁹⁸⁷.

m.- La comprensión del PIN de las partes.

Es fundamental para el proceso de mediación y para el trabajo del mediador, realizar un análisis del conflicto y concretar el llamado PIN de las partes⁹⁸⁸. Con estas siglas, se hace referencia a: las *posiciones*, los *intereses* y las *necesidades* de las partes. Es fundamental, definir quienes son los *protagonistas principales*, quienes son los directamente implicados y quiénes son los *protagonistas secundarios*, es decir, quienes están indirectamente implicados en un conflicto, tienen intereses en el mismo o puede influir en ellos su resultado⁹⁸⁹.

Podría sintetizarse que lo que las partes llevan a la negociación en forma de peticiones o demandas, es la *posición*, es decir, lo que se pide o lo que se exige. Debajo de las posiciones, están los *intereses*. Aquí se pueden encontrar un elemento esencial y básico, pues en esta zona está la parte verdaderamente fértil de una mediación. Las *necesidades* representan lo básico indispensable que

⁹⁸⁶REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos. La tipología de los conflictos como herramienta de mediación*, Paidós, Barcelona, 2007, p.86.

⁹⁸⁷Vid. REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos. La tipología de los conflictos como herramienta de mediación*, Ob. cit., pp.86 y ss.

⁹⁸⁸Vid. GUILLERMO PORTELA, J., “Comprensión del PIN de las partes”, Ob. cit., pp. 234 y ss.

⁹⁸⁹Vid. DE DIEGO VALLEJO, R y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ob. cit., p.35: “En la mediación interesa tener claro quiénes son las personas directamente implicadas en el conflicto pero también quienes pueden ser relevantes en el proceso y ello es fundamental para poder identificar las posiciones, los intereses y las necesidades de las partes”.

necesitamos para poder subsistir, aquello que no podemos renunciar puesto de lo contrario se pondría en peligro nuestra misma realización como hombre. Es fundamental separar el problema de las personas, pues esa es la mejor fórmula para comenzar a identificar los intereses. El mediador debe pasar de las posiciones a las necesidades y para ello es necesario preguntar e involucrar a los interesados⁹⁹⁰.

Las *necesidades* son los intereses más fuertes y deben ser clarificados para tener un panorama lo más claro posible de la profundidad del conflicto; con ello el mediador podrá reformular la disputa en los términos de los intereses que están en juego, definiendo el conflicto según los intereses de forma que sean aceptables para las partes, en los que los puedan reconocer su singularidad y resulten acordes a la petición presentada por las partes.

En resumen, podemos sintetizar estas ideas, como hace GUILLERMO PORTELA, diciendo que⁹⁹¹:

-La *posición*, es lo que cada uno trae a la negociación en forma de demandas. La posición es lo que se pide, lo que se exige. Cumple una función similar a la de un iceberg: tan sólo podemos percibir una pequeña punta que se asoma sobre el nivel del agua, aunque debajo, sin que se pueda apreciar directamente una inmensa masa de hielo, del doble o triple tamaño de lo que alcanzamos a ver.

-Los *intereses*, son “*los resortes silenciosos que hay tras el ruido de las posiciones*”. En esta zona está la parte verdaderamente fértil del proceso de mediación.

-Las *necesidades* representan lo básico indispensable que necesitamos para subsistir, aquello a lo que no podemos renunciar puesto que de lo contrario se pondría en peligro la propia realización como personas.

Es importante averiguar los intereses y las necesidades de las personas y por ello es esencial responder a dos preguntas: el ¿por qué? y el ¿para qué?⁹⁹². Las

⁹⁹⁰ Así, la averiguación de los intereses, funciona en dos planos: uno exterior, en el cual debe explicarse los intereses y necesidades y el otro interior, que funciona a nivel de la propia inteligencia del mediador que va conformando su propia idea del conflicto. Ambos planos son muy útiles y necesarios para que la mediación llegue a buen término.

⁹⁹¹ Vid. GUILLERMO PORTELA, J., “Comprensión del PIN de las partes”, Ob. cit., p.237.

⁹⁹² EDELMAN J. Y CRAIN, M., *El tao de la negociación*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p.102: “Los deseos suelen ser deformaciones o adaptaciones de las necesidades. Necesitas comer, quieres comida china. Necesitas ser amado, quieres a cierto hombre o mujer para satisfacer esa necesidad. Con mucha frecuencia los deseos se hacen inseparables de las necesidades. Proyectamos nuestras

personas, por lo general, efectúan un relato de los hechos que rodean la situación conflictiva, desde “*reclamo, desde una posición*”. La posición es la que las partes llevan a la mediación: el enojo, la demanda, el pedido. El mediador debe pasar de las posiciones a las necesidades y para ello debe separar el problema de las personas.

Evidentemente, la identificación de las partes en conflicto, es un tema muy importante a la hora de enfrentarse a una mediación, pues ello puede llevarnos a la identificación de un tipo de conflicto determinado: conflictos intrapersonales, interpersonales e intergrupales⁹⁹³.

n.- El *coaching*.

El *coaching* es un proceso de exploración y trabajo intensos por parte de una persona o grupo de personas que, gracias a la intervención de un buen coach, gestionan ellas mismas el cambio deseado, la transformación necesaria o el logro de sus objetivos⁹⁹⁴. En este caso se mejora en gran medida la comunicación intrapersonal del *coachee* (cliente), y el coach, como voz neutral, provocará esa toma de conciencia en aquel que será el verdadero autor de la solución que andaba buscando.

Una persona (o empresa) está a disgusto con su situación actual y quiere que ésta cambie. Para ello tendrá que trabajar de otra forma, dándose cuenta de sus errores (lo que no ha funcionado hasta ahora), de sus recursos y de la nueva respuesta (responsabilidad) que ha de dar a la situación con la que se enfrenta, si quiere otro resultado. Finalmente ha de descubrir las nuevas acciones que se precisan para que se materialice el vuelco anhelado y llevarlas a cabo de forma tenaz.

Todo este trabajo se realiza en un proceso de *coaching*⁹⁹⁵ que normalmente se estructura de la manera que diré, aunque me gustaría adelantar ya una imagen

necesidades en otras personas o cosas. Cuando confundimos deseos con necesidades las situaciones problemáticas son todavía más difíciles de resolver. Cuando nuestros anhelos son coherentes con nuestras necesidades, cuando decimos “quiero amor” o “quiero que me entiendan”, en vez de quiero la casa porque tengo un amante o quiere tu dinero porque me has estado machacando, estamos más cerca de llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio y beneficioso para ambas partes.”

⁹⁹³Vid. PORTELA, G. “Comprensión del PIN de las partes”, Ob. cit., p.234.

⁹⁹⁴Vid. PASABAN, E. y DEL CARPIO A., *Objetivo: Confianza*, Conecta, Barcelona, 2012, p.27.

⁹⁹⁵Inicialmente la persona interesada mantiene una primera entrevista con el coach en la que éste tras interrogarle sobre los objetivos, sobre su meta, sobre sus necesidades, le informa de los detalles de la labor a realizar juntos así como del número de sesiones, su frecuencia, lugar del

para que se entienda el *coaching* como podría ser la actividad de un deportista con su entrenador para lograr el máximo de su rendimiento o la excelencia deportiva.

La mediación y el *coaching* son procesos diferentes y evidentemente también lo es el fin buscado por cada uno de ellos, pero tienen zonas comunes manifiestas como, por ejemplo, la facilitación de una buena comunicación que el mediador y el *coach*, provocarán entre las partes o en uno mismo, según el caso.

2.8.3. HABILIDADES DEL MEDIADOR.

En los apartados anteriores, específicamente al tratar la figura del mediador, ya hemos considerado las habilidades que se presumen ha de tener un buen mediador. Por dar congruencia a este apartado sobre técnicas y herramientas en la mediación, volvemos a presentar sucintamente las llamadas, habilidades del mediador, ahora en su conexión con el resto de técnicas y herramientas del proceso mediador. Ya conocemos que las habilidades del mediador, tienen que ver con su carácter y con su entrenamiento para la adquisición de aptitudes comunicativas y negociadoras⁹⁹⁶. Podemos sintetizar las siguientes, que como puede comprobarse están íntimamente relacionadas con algunas de las

desarrollo de las mismas y el precio. En las sesiones, el coach realizará el papel de “espejo” para el cliente, pues con una serie de técnicas provocará que éste encuentre la solución que necesita y sobre todo que concrete las nuevas acciones que precisa incorporar para lograr su objetivo, llegar a meta, coronar la cumbre de su escalada. Además de las sesiones que normalmente son semanales o quincenales, habrá comunicación frecuente entre ambos utilizando el medio que les resulte más cómodo (correo electrónico, teléfono, etc). En el avance del proceso, se irá viendo el rendimiento del cliente y los ajustes necesarios en su acción, en su atención (presente) y en su intención (futuro).

⁹⁹⁶ORTEGA PEREZ, C., *Toma de decisiones y resolución creativa de conflictos*, Formación Alcalá, Alcalá la Real (Jaén), 2006, p.5: “Numerosos estudios se han llevado a cabo sobre la materia y se ha descubierto que la presencia desde el nacimiento de ciertas habilidades como la capacidad de atención, la memoria, la persistencia, etc., favorece la buena adopción y resolución de los problemas que vaya enfrentado un individuo a lo largo de su vida. Ello no significa que estas habilidades no puedan desarrollarse. De hecho, aprender nuevas técnicas y estrategias de pensamiento así como su práctica constante, pueden conseguir que se desarrollen incluso más eficazmente estas habilidades, por lo cual, siempre hemos de tener en la cabeza que todas nuestras habilidades pueden desarrollarse con el siguiente esfuerzo, paciencia y dedicación. y que la resolución del problemas y la toma de decisiones también se mejoran con un buen enfoque y con la práctica”. Vid. WHATLING, T., *Mediación, habilidades y estrategias*, Colección sociocultural, Madrid, 2013, p.60 y ss.

herramientas de la mediación que hemos citado y que siempre van a ir relacionadas con la impronta del mediador y con su forma de mediar⁹⁹⁷:

- Habilidades para la escucha activa
- Capacidad de gestionar la diversidad (gestionar la complejidad);
- Habilidades para resumir lo aportado por las partes, pues el uso de los resúmenes periódicos y minuciosos suponen un proceso de comprobar que se está escuchando con cuidado todos los detalles expuestos por las partes. Ofrece la oportunidad de corregir los malentendidos.
- Habilidad para parafrasear, como un elemento decisivo en su actividad continuada
- Capacidad de tomar decisiones con escasa información (gestionar la incertidumbre);
- Capacidad de convicción (habilidades en negociación y persuasión); capacidades de conseguir objetivos en ambientes de tensión, de rendir bajo presión (habilidad de mantener el equilibrio personal).
- Habilidades para saber preguntar, pues el trabajo del mediador se conduce a través de las preguntas, que transmiten algo de los pensamientos y de las ideas que tiene el interrogador sobre la persona que responde. capacidad de adoptar determinados roles de liderazgo;
- Capacidad para gestionar las situaciones de gestión/explosión emocional/ estrés (cuando floran emociones o sentimientos reprimidos en alguna de las partes, evitando que “enquisten” el proceso)⁹⁹⁸.

Éstas son las técnicas y herramientas que puede utilizar un mediador, para provocar en las partes un cambio de paradigma, un cambio en la visión del conflicto, ayudándoles a comprender que es lo mejor para solucionarlo y no seguir dilatando y generando mayores enfrentamientos⁹⁹⁹. Es importante destacar, por último, que todas las herramientas o técnicas no se utilizan simultáneamente y que

⁹⁹⁷Vid. FERNANDEZ MILLÁN, J.M. y ORTIZ GAMEZ, M.M., *Los conflictos. Cómo desarrollar habilidades como mediador*, Ob. cit., p. 79 y ss.

⁹⁹⁸Vid. ORTEGA PEREZ, C. *Toma de decisiones y resolución creativa de conflictos*, Ob. cit., p.67.

⁹⁹⁹HIDALGO MENA, F.L., “Técnicas de Mediación Familiar”, Ob. cit., p.257: “Las técnicas, las estrategias y las habilidades del mediador son el recurso que propicia la apertura del bloqueo de la crisis familiar, tras la gestión, que del conflicto va elaborando el mediador, quien brinda, a través del alcance de nuevas habilidades por parte de los actores, un nuevo marco. Lo que en un principio el mediador va a potenciar a través de la asertividad, progresará paulatinamente hacia el equilibrio de poderes, que facilitará la reformulación de valores e intereses, y el reencuadre de las respectivas posiciones de cada uno de los participantes, ante el conflicto.”

su uso no es obligatorio, sino que cada mediador, según su experiencia, elegirá el uso de la mejor herramienta o técnica que considere más apropiada en cada momento del proceso¹⁰⁰⁰.

¹⁰⁰⁰Vid. WHATLING, T., *Mediación, habilidades y estrategias*, Ob. cit., p.89. Indica que la intervención requiere estrategia, y en ocasiones directividad y buen manejo de las situaciones, que no es lo mismo que ser controlador. No es decirle a las partes qué tienen que hacer o qué tienen que acordar; es emplear nuestras técnicas con una estrategia concreta que les sea de ayuda en su camino a la resolución del conflicto, desde manejar las emociones a focalizar la atención al futuro, etc. Ello hace que una buena intervención profesional requiera una adecuada y rica colección de herramientas.

CAPÍTULO 3. TIPOS DE MEDIACIÓN Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN.

3.1. INTRODUCCIÓN: LA MEDIACIÓN COMO MODELO JURÍDICO Y SOCIAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

En el primer capítulo de la tesis, ofrecíamos un análisis de la Teoría del Conflicto y su relación con la mediación. Concluíamos entonces que, en principio, la mayoría de los conflictos son mediables, puesto que en cada uno de ellos, por lo menos, hay un tema sustancial que la mediación puede resolver siendo su objeto principal la delimitación del conflicto y la definición de los puntos controvertidos entre las partes. Por este motivo, la mayoría de la doctrina, cree que no es posible encontrar asuntos no mediables, siempre dejando al margen, aquéllos temas que no pueden ser objeto de libre disposición de las partes por imperativo legal.

La mediación es una fórmula válida y aceptada en el Estado de Derecho, que se ajusta a una nueva concepción de justicia, al tiempo que constituye una pieza relevante de la modernización de la Administración de Justicia, por su potencialidad pacificadora; puede servir como herramienta complementaria a soluciones tradicionales y además, como veremos, puede aplicarse a muy diversos ámbitos de la sociedad.

Los tipos de mediación, aludiendo a la materia o al ámbito de aplicación de este proceso, están determinados por las particularidades que tenga el tipo de conflicto al que nos enfrentemos. Pues, según se ha expuesto, cada uno de ellos tiene características específicas que los hacen diferentes unos de otros, por ello es lógico, que de seguirse un proceso de mediación, se persigan objetivos diferentes según cambien las circunstancias de espacio, materia, trascendencia jurídica y pretensiones; por lo que, en consecuencia, cada mediación, tendrá un especial modo de desarrollo.

Siguiendo este razonamiento, encontramos que la mediación tiene muchos ámbitos en los que puede aplicarse; tal vez los más conocidos sean el ámbito familiar, el escolar, el judicial, etc. No obstante, también se utiliza como método de resolución de conflictos en problemas comunitarios, vecinales, laborales y en

o entre organizaciones (tanto públicas como privadas, nacionales e internacionales).

Son muchas las clasificaciones que pueden hacerse de la mediación, dependiendo de los distintos criterios que se utilicen como objeto de estudio:

-Por el alcance de la misma. Podemos encontrar mediación Global (resuelve todos los puntos del conflicto) o Parcial (resuelve solo parte).

-Por el grado de confidencialidad: Abierta (hay permiso para transmitir información sobre la misma) o Cerrada (existe confidencialidad).

-Por el grado de voluntariedad. Existe un cierto consenso en la voluntariedad del proceso, si bien con una sesión informativa inicial de carácter obligatorio¹⁰⁰¹.

-Por su carácter puede ser pública (dependiente de un organismo público), privada (con coste a cargo de los interesados) o subvencionada (con un carácter mixto: privada pero gratuita).

-Según la relación con el proceso. Mediación intrajudicial, en la que se comienza la mediación después de iniciado el proceso judicial, como respuesta a una propuesta del Juez, o por acuerdo de las partes o Mediación extrajudicial, donde las partes pueden comenzar la mediación sin necesidad de acudir a los tribunales, por lo que puede hacerse fuera de los Tribunales (mediación extrajudicial) o como una fase o modalidad del proceso de decisión judicial (mediación intrajudicial), forma ésta, idónea y típica en los casos en los que existen intereses que van más allá de lo privado, por lo que requieren un control institucional que solo los Tribunales de Justicia pueden aportar¹⁰⁰².

-Según las materias jurídicas y sociales: Civil (entre particulares): Arrendamientos, Reclamaciones de cantidad entre particulares, Contratos, Responsabilidad Civil Extracontractual, Consumo, Sanitaria, Mercantil (entre empresas o particular-empresa), Seguros, Propiedad intelectual e industrial, Hipotecario y otros contratos bancarios, Consumo, Penal, Familiar y Sucesiones,

¹⁰⁰¹Vid. FÁBREGA RUIZ. C Y HEREDIA PUENTE, M., “La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia”, *Revista Bajo Estrados*, Ilustre Colegio de Abogados de Jaén, 2010, pp.3-10.

¹⁰⁰²La mediación intrajudicial no es tanto una alternativa al proceso, como una nueva forma de actuación en los Tribunales de Justicia, lo que implica el que se trabaje para que, aún dentro de un proceso contencioso, se dé la oportunidad a las partes de llegar a una solución consensuada por ellos.

Intracultural, Comunitario: vecinal, ocupación de espacios públicos. Laboral, Administrativo o Escolar

En MEGÍAS GOMEZ, podemos ver una clasificación muy completa de las modalidades de mediación, con su correspondiente definición, incluyendo además los tipos de mediación procedimental y/o estructural como son los once primeros y en función de su materia o ámbito, como los diecinueve restantes¹⁰⁰³.

1.- Mediación pura. Consisten en el: *“Procedimiento pacífico de resolución de conflictos basado en el acuerdo alcanzado por las partes, que sacrifican equitativamente sus pretensiones iniciales para llegar a un punto que recoge el interés común de las mismas, con la ayuda de una persona que facilita la consecución del mismo. Es una mediación que lleva a cabo un único mediador y se divide en diversas fases que son conducidas por este mediador, que puede ser una persona con formación jurídica o psicológica. Normalmente un abogado o un psicólogo, especializado en mediación”*¹⁰⁰⁴.

2.- Mediación estructurada: Se refiere a: *“Aquella en la que se marcan perfectamente todas y cada una de las fases en las que consiste un proceso de mediación completo. Es decir, se delimitan perfectamente las siete fases del proceso de mediación, a saber: fase de sesión informativa, fase de comunicación, fase de negociación, fase de acuerdo, fase de ratificación, fase de ejecución y fase de seguimiento”*¹⁰⁰⁵

3.- Co-mediación o mediación en equipo. Que es: *“Aquella mediación que se realiza por varios mediadores o, por un equipo de mediadores. Normalmente se realiza por profesionales de diversos campos, desde el jurídico al psicológico o a otros campos de la actividad social (trabajo social, pedagogía, educación social). Se suele utilizar para problemas “poliédricos”, que presentan diversas aristas litigiosas y que deben afrontarse de manera completa desde una perspectiva multidisciplinar”*¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³MEGÍAS GOMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho Editores, Madrid, 2009, p.13.

¹⁰⁰⁴BOQUE TORREMORELL, M.C., *Cultura de mediación y cambio social*, Gedisa, Barcelona, 2003, p.86.

¹⁰⁰⁵MEGÍAS GOMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.13-14.

4.- Mediación con negociadores interpuestos. Es “*Aquella que se emplea cuando el conflicto es especialmente intenso*”¹⁰⁰⁷. Por ejemplo, en el ámbito de los conflictos laborales. Las partes no negocian directamente, sino con la ayuda de representantes que son los que están en contacto directo con el mediador.

5.- Mediación asesorada. En la que el mediador, al objeto de favorecer la aproximación de las posiciones de las partes, realiza asesoramiento técnico, de forma imparcial, para permitir a las partes comprender exactamente las cuestiones técnicas que emergen del conflicto. El asesoramiento puede tener diversos contenidos, puede ser un asesoramiento económico, psicológico, pero principalmente suele tratarse de un asesoramiento jurídico que suele llevarse a cabo por un abogado.

6.- Mediación terapéutica. Es la que produce efectos terapéuticos y que exige una capacitación no sólo en mediación sino también en psiquiatría o psicología. El tema emocional no es pasado por alto a lo largo de las sesiones de mediación, sino que se abordan las emociones y los sentimientos (positivos, negativos, complejos) como parte de la intervención mediadora, con el objetivo de que no sean un obstáculo para llegar a acuerdos o, simplemente, como parte integrante del proceso mediador¹⁰⁰⁸.

7.- Mediación pedagógica. La mediación además de ser un método muy eficaz para la resolución de conflictos, resulta todavía más útil empleándola para enseñar a los ciudadanos a resolver sus conflictos por sus propios medios y de forma pacífica

8.- Mediación jurídica. La que se realiza por juristas (ya sean jueces, fiscales, secretarios judiciales, abogados, procuradores) y que versa sobre un conflicto de contenido eminentemente jurídico, lo que hace imprescindible que el mediador sea un técnico en el mundo del Derecho.

¹⁰⁰⁷También se utiliza esta clase de mediación en los conflictos familiares, dado que por su componente activo y psicológico, en muchas ocasiones las partes con conflicto, *se tienen alergia*, la mera presencia física en un mismo espacio, hace que sea imposible conseguir el clima necesario para iniciar el proceso de mediación, en una palabra no es que se tenga un problema con la otra parte, sino que justamente, la otra parte es el problema.

¹⁰⁰⁸Vid. FOLBERG-TAYLOR, FOLGER, J. y TAILOR, A., *Mediación y Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa, Buenos Aires, 1992, p.38. Consideran estos autores que la mediación no es lo mismo que la terapia, pero aquella puede tener efectos terapéuticos. Los mediadores que tienen una capacitación terapéutica, cuentan con habilidades únicas que pueden contribuir a conformar el estilo de la mediación.

9.- Mediación en equidad. Aquélla que se desarrolla teniendo como principal elemento del proceso de la mediación la equidad. Esto no significa que no haya de atenerse a lo dispuesto por las leyes, que deben respetarse siempre, sino que es la equidad el elemento central sobre el que pivotará todo el proceso de la mediación.

10.- Mediación psicológica. Es la realizada por mediadores con formación como psicólogos, al bascular el conflicto sobre materias relacionadas con la psicología del comportamiento humano.

11.- Mediación de la supervisión. Se utiliza cuando nos encontramos en relaciones de tracto sucesivo como por ejemplo en los conflictos familiares¹⁰⁰⁹.

12.- Mediación familiar. Definida como: “*Aquella, cuyo objeto litigioso lo constituye alguna cuestión de tipo familiar. Desde los problemas que se derivan de un proceso de separación o divorcio, hasta lo que se derivan del reparto de bienes hereditarios*”¹⁰¹⁰. La forma más usual de mediación familiar es la que tienen lugar como consecuencia de la ruptura de una pareja, ya sea un matrimonio o una pareja de hecho¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁹Vid. FOLBERG, J. y TAILOR, A., *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, Ob. cit., p. 39. Los autores señalan que se trata de una mediación que la mayoría de nosotros hemos experimentado de forma personal. La mediación informal que, con base en la autoridad, tienen lugar en numerosas situaciones jerárquicas cuando los autointereses percibidos entre subordinados entran en conflicto. Los padres intervienen en el caso de peleas o altercados entre hermanos. Implícita en la mediación de supervisión está la aceptación de que, si los contendientes no pueden llegar a su propio acuerdo, el mediador puede usar su autoridad para decidir por ellos, perdiéndose el privilegio de la autodeterminación.

¹⁰¹⁰MEGÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, p.18: “El uso de la mediación familiar en los conflictos de pareja permite desactivar y evitar situaciones que luego, por no atajarse a tiempo, se convierten en situaciones de violencia de género. En otros términos y por ser meridianamente claro, estoy convencido que el uso adecuado de la mediación familiar en el seno de los procesos de separación y divorcio, reduciendo o eliminando el conflicto de pareja, permite evitar que el resultado del conflicto sea un acto de violencia de género. Por ello considero que no veremos bajar el número de víctimas de sus parejas masculinas hasta que no se adopten medidas preventivas como la mediación, que se anticipen al estallido del conflicto en términos que ya se plantean como inevitables. Si la pareja masculina, llena de odio y con el firme propósito de matar a su pareja femenina, termina por matarla por más que adoptemos medida de protección, terminará por matarla, por más que adoptemos medidas de protección de todo tipo, incluida la escolta persona. Sin embargo, si evitamos que en el hombre surja ese ánimo de matar, si desactivemos el ánimo de venganza que puede haber nacido por sentirse injustamente tratado en el proceso de separación o de divorcio, seguramente estamos evitando que termine matando a su pareja. Creo que este es un procedimiento preventivo sumamente útil para las potenciales víctimas de la violencia de género y por ello soy completamente partidario de su implantación.”

¹⁰¹¹Vid. DE ARMAS HERNANDEZ, M., “La mediación en la resolución de conflictos”, *Educar*, N°32, 2003, pp.125-136. No obstante, la mediación familiar, podemos decir que no se agota con este tipo de conflictos, pues también son muy frecuentes los conflictos familiares que se vinculan con la empresa familiar, dotando al conflicto de una especial intensidad.

13.- Mediación en el ámbito docente. Su objeto lo constituyen los problemas que se plantean en el ámbito escolar, académico, universitario, es decir, docente en general. Desde los que surgen entre los alumnos entre sí, hasta los que pueden plantearse entre los profesores entre sí, o entre estos y los alumnos, o entre los profesores y los padres de los alumnos, o los que puedan surgir entre estos entre sí o entre otros.

14.- Mediación comunitaria o vecinal. Cuyo objeto lo constituyen las cuestiones que se derivan de vivir en Comunidad de Propietarios. De tal manera que cuando surge un problema entre copropietarios, en vez de acudir a la comisaría o al juzgado, se intenta una solución amistosa, a través del mediador comunitario, que formaría parte de la estructura orgánica de la comunidad de la misma forma que el presidente, el administrador o el secretario. La mediación comunitaria permite que la comunidad se auto-gestione cuando da solución a los conflictos que ella misma genera, como consecuencia inevitable de la convivencia.

15.- Mediación Internacional. Es aquella propia del ámbito internacional, al objeto de solucionar conflictos entre Estados o grupos de Estados¹⁰¹².

16.- Mediación extrajudicial. Es la que se desarrolla, fuera del ámbito judicial, esto es, como vía alternativa de resolución de los conflictos. Es aquella mediación que se efectúa sin que exista procedimiento judicial alguno.

17.- Mediación intrajudicial. Es la que se desarrolla dentro del ámbito judicial y se lleva a cabo, dentro del proceso judicial, dependiendo del tipo de proceso de que se trate. En este caso no nos encontramos con un procedimiento alternativo a la vía judicial, sino con un procedimiento claramente complementario a éste con el que puede acoplarse, complementarse y colaborar al objeto de prestar una óptima tutela judicial efectiva, tal y como ordena el artículo 24 de nuestra Constitución.

¹⁰¹²MEGÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.20: "Véase la mediación que se realiza para resolver el largo conflicto árabe israelí. Téngase en cuenta... el viejo principio del Derecho internacional Público "entre los Estados, no hay pretor", por lo cual las soluciones a los conflictos internacionales, deben tener, normalmente una solución pactada entre las partes, más que una solución impuesta. Así, ordinariamente, observamos cómo se desarrollan procesos de mediación entre Estados...entre etnias, dentro de un mismo estado, como por ejemplo el proceso mediador llevado a cabo por el ex secretario general de Naciones Unidas, Sr. Annan, en Kenia, para evitar una guerra civil de origen tribal como consecuencia de un periodo electoral fraudulento".

18.- Mediación en los Juzgados de Paz. Es la que se puede llevar a cabo en el seno de los Juzgados de paz. En la actualidad en estos juzgados se realizan actos de conciliación pero no se efectúa la mediación. Ello es así por el desconocimiento de las técnicas de la mediación por parte de los jueces de paz y del resto del personal del juzgado.

19.- Mediación intercultural. Es la que se desarrolla en el ámbito de las relaciones interculturales, entre personas de culturas diferentes, de religiones distintas. Es especialmente útil y eficaz para evitar que el fenómeno migratorio pueda ser el germen de actitudes xenofóbicas.

20.- Mediación policial. Es la que se realiza por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Se trata de una clase de mediación que debe ser llevado a cabo por miembros de las fuerzas de seguridad que tengan formación específica en materia de mediación, que conozcan bien sus técnicas, sus aplicaciones, que manejen bien las habilidades mediadoras.

21.- Mediación comercial o mercantil. Definida como: *“la que se utiliza por las empresas u otras personas jurídicas que operan en el ámbito mercantil”*¹⁰¹³.

22.- Mediación Laboral. Se produce en el ámbito del mercado de trabajo, al objeto de solucionar o gestionar los conflictos que surgen en ese ámbito. Tienen como peculiaridad, ser empleada en conflictos, no solo de carácter individual, sino, especialmente, en los conflictos colectivos, donde el conflicto es especialmente intenso por esa razón y por ser la relación laboral, la base del sustento de trabajadores y empresario. Suele desempeñar la labor mediadora en numerosas ocasiones, la propia Administración Laboral, habitualmente la Dirección General de Trabajo, ya sea en el ámbito estatal, ya en el ámbito autonómico.

23.- Mediación deportiva. La que se utiliza para solucionar conflictos que se producen en el campo del deporte, especialmente en el campo del deporte

¹⁰¹³MEGÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Ob. cit., p.22: “En conflictos de gran importancia económica, tanto a nivel nacional, como, muy especialmente, en el ámbito de empresas multinacionales, es muy usual la utilización de la mediación para la resolución de este tipo de conflictos mercantiles. Baste poner como ejemplo el que enfrentó al gobierno norteamericano con la empresa de informática Microsoft. Una vez el asunto en los tribunales, las partes en conflicto decidieron someter el asunto a mediación., que precisamente fue realizada por un juez neoyorkino, experto en mediación y que tuvo que pedir una excedencia durante el tiempo que duró el proceso de mediación por razones evidentes de incompatibilidad. El conflicto terminó por un acuerdo conseguido dentro de un proceso de mediación. El conflicto terminó por un acuerdo conseguido dentro de un proceso de mediación.”

profesional o de élite. Se aproxima al concepto de mediación laboral pero goza de algunas especialidades que la dotan de unas características que justifican su conceptualización específica por razón de la materia. Tiene especial incidencia en la aplicación en materia de fútbol profesional.

24.- Mediación en el ámbito administrativo. Se utiliza cuando una de las partes en conflicto es una administración Pública, ya sea territorial (estatal, autonómico o local) o no territorial (corporativa o institucional).¹⁰¹⁴ Originariamente ese pensaba que la administración, al estar en un plano superior al del ciudadano, no podía someterse a mediación para resolver los conflictos que surgiesen entre esta y los administrados, de hecho, estaba prohibido el acto de conciliación en el que una de las partes fuese la Administración¹⁰¹⁵.

25.- Mediación Penal. Definida como: “*Aquella que se desarrolla en el ámbito del proceso penal como forma, principalmente, de reparación del daño a la víctima y como mecanismo de rehabilitación social del delincuente*”¹⁰¹⁶.

26.- Mediación Penal Indígena. Es la que se desarrolla en el ámbito de las comunidades indígenas en diversos países de Latinoamérica, en concreto; Ecuador, Bolivia, Guatemala, Perú, entre otros¹⁰¹⁷. En estos países hay zonas a las que no llegan las instituciones del país y las constituciones respectivas reconocen la autoridad legal de los “*consejos de sabios*” de las mismas, que son la única

¹⁰¹⁴Hoy este concepto ha cambiado. Es verdad, que cuando la administración actúa, está situada por encima de los ciudadanos, pero cuando los ciudadanos impugnan las resoluciones administrativas, la Administración y el administrado están en el mismo plano, los dos son iguales ante el Tribunal, ya no existe relación de superioridad o primacía alguna, por eso es perfectamente posible, en ese ámbito el uso de la mediación.

¹⁰¹⁵ Los tribunales de la Ciudad alemana de Munich fueron y siguen siendo los pioneros en la mediación contencioso-administrativa. Ello se debe a un magistrado de este ámbito contencioso administrativo, llamado Orlof, el cual empezó a utilizar la mediación hace unos 20 años. No era muy bien comprendido por sus colegas, que lo le siguieron, en un principio. Hoy en día, por el contrario, el noventa por ciento de los asuntos que se tratan en los juzgados de lo contencioso administrativo de Munich, en materia tributaria y urbanística, son resueltos por el uso de la mediación intrajudicial.

¹⁰¹⁶MEGÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Ob. cit. p.23 “La mediación penal puede relacionarse claramente con el instituto de la “conformidad”, si bien no toda conformidad deriva de una mediación, aunque esto fuese, a mi juicio, y en determinados tipos de delito lo deseable. La conformidad es un instrumento procesal que permite o facilita el uso de la mediación dentro del proceso penal, siempre y cuando haya víctima, dado que el proceso mediador penal pivota sobre la idea de protección y reparación del daño a la víctima. No tiene sentido sin embargo, el empleo de la mediación en los delitos, formales o sin víctima, por ejemplo la alcoholemia pura, sin atropellos o lesiones de un tercero. La mediación penal permite proteger bien el daño que se ha producido a la víctima y también permite rehabilitar adecuadamente al delincuente”.

¹⁰¹⁷ Se parte de la idea de la reparación del daño a la víctima, ya sea la víctima primaria o las víctimas secundarias.

autoridad legítima en la zona y que practican la mediación para la solución de los conflictos entre los miembros de la comunidad¹⁰¹⁸.

27.- Mediación Penitenciaria. Es la que se desarrolla en el marco de la relación penitenciaria, una vez el condenado se encuentra cumpliendo condena. Se pretende la rehabilitación del preso, por aplicación del artículo 25 de la Constitución Española y, asimismo, la reparación del daño ocasionado a la víctima por éste, al amparo del artículo 24 de la norma suprema.

28.- Mediación penal juvenil. Es la que tiene lugar en el ámbito del proceso penal referido al menor, para la exigencia de responsabilidad penal al mismo y que tiene como finalidad principal, salvaguardar el interés superior del menor, es decir, aquél que vela por proteger al menor, aún al delincuente, para poder corregirle en el futuro y convertirlo en un ciudadano respetuosos con los derechos de los demás. La legislación procesal penal relativa al menor, incluye la mediación con el propósito anteriormente expresado, así como también, aunque en segundo término la reparación del daño a la víctima.

29.-Mediación académica, escolar, o universitaria. Es la que se lleva a cabo para resolver los conflictos que se planean en el seno de la comunidad escolar, académica o universitaria, entre los diferentes colectivos que la componen que podemos clasificar en: personal directivo, personal docente, personal no docente administrativo, personal no docente logístico o de mantenimiento, limpieza... etc, estudiantes y cualquier otro colectivo integrado en el ámbito universitario, escolar o académico.

30.- Mediación Civil. Es la que se desarrolla en el ámbito de la jurisdicción civil¹⁰¹⁹.

Sin embargo tras estas clasificaciones generales, nuestro objeto de estudio pretende clasificarlas siguiendo un criterio funcional, distinguiendo entre los ámbitos sociales y jurídicos, en los que podemos utilizar este método resolutivo

¹⁰¹⁸Por ejemplo, es frecuente el empleo de la mediación en casos de homicidios, sustituyéndose la pena de prisión (impuesta por dicho consejo), por la de trabajos en beneficio de los familiares de la víctima, lo que resulta bastante interesante en comunidades agrícolas, donde la muerte del *cabeza de familia* representa la ruina de la familia.

¹⁰¹⁹Se utiliza en el campo de los arrendamientos (juicios de desahucio con o sin reclamación de cantidad) y resulta particularmente útil, en las reclamaciones por vicios de la construcción contra promotores, constructores, arquitectos, aparejadores, y demás intervinientes en el proceso constructivo. Igualmente se usa en el ámbito de las reclamaciones económicas contra compañías aseguradoras por accidentes de tráfico. Finalmente se emplea en reclamaciones en materia sanitaria, por mala praxis médica.

en algunos casos y otras veces pacificador de conflictos. Podemos distinguir entre los ámbitos sociales y los ámbitos jurídicos de la mediación, analizando cada uno de ellos, sus particularidades, sus ventajas e inconvenientes.

3.2. ÁMBITOS SOCIALES DE LA MEDIACIÓN: LA MEDIACIÓN ESCOLAR, COMUNITARIA E INTERNACIONAL.

Los conflictos están presentes en cualquier tipo de organización social donde los individuos tengan que interactuar unos con otros por cualquier motivo posible. Hemos visto que los conflictos, bien por el aprendizaje, bien por la interacción que se tiene con el otro por su causas, o incluso, por las experiencias de las que venimos del pasado, son percibidos como algo negativo que hemos de eliminar porque nos destruye, tanto a nosotros mismos como a nuestras relaciones con los demás; pero también hemos visto, teorías en las que el conflicto no se considera como algo negativo, sino que depende de la capacidad para afrontarlos y la forma en que se haga, convirtiéndose en una magnífica oportunidad para el crecimiento moral, basado en el autoconocimiento personal y el aprendizaje de nuevas formas de afrontar las relaciones interpersonales basadas en el reconocimiento y en el respeto del otro.

Desde esta perspectiva, LOZANO MARTÍN considera el aprendizaje de valores democráticos y de relaciones sociales basados en cultura de paz y de orientación positiva de los conflictos, puede servir para mejorar la convivencia social, tanto por su carácter preventivo como por su carácter educativo¹⁰²⁰.

En la historia de la justicia social, apunta MUNUERA, la mediación se concibe como un modo eficaz de organizar a los individuos alrededor de intereses comunes y de ese modo de crear vínculos y estructuras comunitarias más sólido y ello es importante porque en esta sociedad los individuos aislados están sujetos especialmente a la explotación y porque la organización comunitaria más eficaz puede limitar la explotación y originar más justicia social¹⁰²¹.

¹⁰²⁰LOZANO MARTÍN, A. M., “La mediación aplicada al ámbito educativo”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J.L.(Dir.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.337.

¹⁰²¹MUNUERA GÓMEZ, M. P., *Nuevos retos en Mediación. Familiar, discapacidad, dependencia funcional, salud y entorno social*, Tirant Humanidades, Valencia, 2014, p.252.

Una definición de mediación social sería: “aquella que realiza cualquier ciudadano que estando implicado en la vida de su comunidad, cuenta con una posición social estratégica que le otorga el reconocimiento de sus conciudadanos, es sensible a las necesidades y problemas del entorno, y puede recibir informaciones de carácter científico e institucional y transmitirlos de manera eficaz a determinados colectivos sociales, lo que le convierte, junto con la capacidad de liderazgo, en un agente de cambio social”¹⁰²². Dada tal definición, son muy amplios los campos en los que este método resolutivo de conflictos, puede ser aplicado y por ello, hablaremos de algunos de ellos, dedicándoles un apartado concreto a la mediación escolar, la mediación comunitaria y la mediación internacional¹⁰²³.

3.2.1. MEDIACIÓN ESCOLAR.

La convivencia en los centros escolares tiene un papel crucial para el buen funcionamiento de los mismos como sedes educativas. El entorno del menor ha variado en la sociedad del siglo XXI, el modelo de familia, el acceso de ambos padres al mundo del trabajo supone un menor tiempo de convivencia de los progenitores con los hijos, la mayor influencia de los medios audiovisuales en los menores, la diversidad cultural y otras cuestiones aparejadas al desarraigo, como diferente formación académica las dificultades lingüísticas y la diversidad étnica, introducen nuevos factores en el ámbito social y escolar que deriva en ocasiones en una nueva conflictividad¹⁰²⁴. La resolución de los conflictos en la escuela,

¹⁰²²COMAS ARNAU, D., “La formación de mediadores”, en *Drogodependencias. Guía para programas de formación de Mediadores*, Instituto de la Juventud, Madrid, 1989, p.14.

¹⁰²³MUNUERA GÓMEZ, M. P., *Nuevos retos en Mediación. Familiar, discapacidad, dependencia funcional, salud y entorno social*, Ob. cit., p.253: “La mediación como intervención social pretende identificar las razones del conflicto entre los grupos o partes, a través de la intersección comunicativa entre la persuasión y la negociación. En el segundo caso, se trata de la mediación como una forma específica de intervención de un mediador o una mediadora, cuya intervención se focaliza en la atención profesional, en la búsqueda del acuerdo del contrato de mediación, sin abordar otros problemas de los sistemas relacionados con el conflicto”.

¹⁰²⁴Vid. ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R. y SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación en el ámbito escolar”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Ob. cit., pp.318-330. Estos autores consideran que la vida académica ha sufrido modificaciones, las normas sobre promoción automática del los menores al curso siguiente, la extensión de los años de educación obligatoria hasta los dieciséis años, los métodos disciplinarios.... Y que por tanto, se ofrece un nuevo mundo de relaciones sociales que inciden directamente en la conflictividad del mundo educativo.

surgió por la preocupación de educadores y padres por el aumento de la violencia, así como por la introducción en el currículo escolar de asignaturas, como “Educación en Ciudadanía”, cuya finalidad es la educación en valores y principios democráticos¹⁰²⁵.

Cualquier escuela que intente una mejora curricular y una disminución del fracaso escolar deberá contemplar como una de las variables esenciales a la hora de intervenir con sus alumnos, la convivencia, como medio y objetivo en su educación. Dicen los autores que se aprende más y mejor cuando hay climas positivos, a la vez que se desarrollan personas con más valores, como la solidaridad, la tolerancia y el respeto cuando se construyen espacios sociales de responsabilidad y autorregulación dentro de un marco de consenso y respeto a las normas establecidas y para ello es necesario promover y modelar las conductas y actitudes que se quieren conseguir¹⁰²⁶.

La mediación en este ámbito, señala LOZANO MARTÍN, no es la panacea que vaya a solucionar todos los problemas de convivencia que existen en los centros educativos ni es el único método válido para la resolución de los mismos pero es cierto que este método, se complementan con la finalidad educativa que tiene la escuela, ya que estos en este ámbito, deben tener como finalidad, la de educar y socializar a los individuos que forman parte del mismo¹⁰²⁷. PASTOR SELLER, concluye que debe considerarse, de forma general como una estrategia de solución de resolución dialogada y colaborativa de conflictos que, a diferencia

¹⁰²⁵MUNUERA GÓMEZ, M. P., *Nuevos retos en Mediación. Familiar, discapacidad, dependencia funcional, salud y entorno social*, Ob. cit., p.263: “En España, el programa piloto de transformación de conflictos y mediación entre iguales, se lleva a cabo en el curso 93-94, en el Instituto de Formación Profesional en Barrutialde de Gernika y posteriormente en Barcelona, Valladolid, Granada, y el resto de provincias. Experiencias como ésta se han desarrollado y regulado en Cataluña por Decreto 279/2006, de 4 de julio, sobre derechos y deberes del alumnado y regulación de la convivencia en los centros educativos no universitarios (DOG06/07/2006) que establece la mediación como método de resolución de conflictos o en Galicia con la Ley 4/2011 de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa de Galicia (BOE 30/07/11)”

¹⁰²⁶Vid. FERNANDEZ GARCÍA, I., “Los programas de ayuda para la mejora de la convivencia en instituciones educativas”, *Revista Bordón*, Nº 60 (4), Año 2008, pp. 137. Entiende el autor, que la convivencia es el hecho social de vivir juntos. Exige de interacción y no se trata sólo de coexistir, implica a todo el mundo, incluso al que no quiere saber nada de nadie, pues con esa actitud también está comunicando una forma de hacer y de relación con el otro. Es una “acción intencionada” que se refleja en una serie de conductas, actitudes y valores que sustentan y ponen en funcionamiento el conjunto de la comunidad educativa

¹⁰²⁷LOZANO MARTÍN “La mediación aplicada al ámbito educativo”, Ob. cit., p.338.

de su aplicación en otros ámbitos, tienen también un carácter de intervención educativa intencional¹⁰²⁸.

Según FERNANDEZ PALOMARES, podríamos decir que en la escuela coexisten tres ámbitos, claramente diferenciados; a) el *ámbito cognitivo*, dónde se da la transmisión de conocimientos y el aprendizaje de las distintas materias curriculares; claramente reconocible a través de las calificaciones de los alumnos; b) el *ámbito psicológico*, que suele estar conectado con el primero y que trata de medir la inteligencia, la memoria o las aptitudes abstractas o verbales del alumnado, olvidando, en la mayoría de las ocasiones, todo aquello que está relacionando con la psicología emocional de los individuos, sentimientos, percepciones, etc., siendo éstas de vital importancia para el desarrollo de las personas y; c) el *ámbito social*, que se intuye que está presente pero que no aparece de una manera explícita, todo lo más los aprendizajes sociales o de convivencia, quedan reducidos a una serie de normas y sanciones que regulan las interacciones entre los individuos que forman parte de la comunidad educativa en lo que algunos autores llaman “*modelo punitivo de convivencia*”. Este autor, considera que los procesos de mediación dentro del sistema educativo, vendrían a completar la formación de los individuos en las carencias socio-afectivas que presenta dicho sistema¹⁰²⁹.

Para LOZANO MARTÍN, los procesos de mediación en el ámbito educativo, tienen los siguientes caracteres: es un proceso educativo voluntario, confidencial, colaborativo y con poder decisorio para las partes, en los que algunas de sus características particulares, si se transmiten a niños y jóvenes, tendrán un efecto muy beneficioso; algunas de ellas, serían¹⁰³⁰:

a) El aprender a gestionar las diferencias, pues no se trata sólo de resolver los conflictos que puedan aparecer, sino en aprender a afrontar un conflicto y

¹⁰²⁸PASTOR SELLER, E., “La mediación como herramienta de intervención social”, Ob. cit., p. 117: “Esto significa que, si bien todo el proceso de mediación en cualquier ámbito conlleva el aprendizaje de nuevos planteamientos de resolución de conflictos, la mediación en este ámbito es doblemente educativa. Por un lado se produce una fuerte identificación entre el ámbito institucional donde puede surgir o puede hacerse evidente el conflicto –el escolar- y la actividad que allí se desarrolla –la educativa-. Por el otro predomina el énfasis en la mediación escolar como una estrategia principalmente aplicada a los conflictos entre iguales y por otro, como un conjunto de elementos que deben ser aprendidos por el alumnado”.

¹⁰²⁹Vid. FERNANDEZ PALOMARES, F., *Sociología de la educación*, Parson, Madrid, 2009, p.339.

¹⁰³⁰Vid. LOZANO MARTÍN “La mediación aplicada al ámbito educativo”, Ob. cit., p.339.

gestionarlos bajo la fórmula ganar-ganar, lo que significa la actitud de las partes ante el conflicto en sí y la visión que tienen de sí mismas.

- b) El tomar conciencia de que las partes son las únicas responsables en el conflicto, sobre ellas recae la última responsabilidad de su resolución, por lo que deben aprenderse estrategias de resolución¹⁰³¹.
- c) El recomponer la comunicación, pues muchos de los conflictos son debidos a una forma incorrecta de comunicación entre las personas y necesidades propias de una manera eficaz, de modo que podamos hacernos entender por lo demás a la vez de que seamos capaces de entender y comprenderlos a ellos, evitando malentendidos y rumores.
- d) Aprender a transformar la relación, pues los procesos de mediación pretenden transformar las percepciones negativas a cerca del conflicto en puntos de partida para el entendimiento y la comprensión entre las partes; transformar conductas negativas en positivas.
- e) Por último, aprender, a través de este proceso, un modelo a tener en cuenta en el futuro, no sólo para resolver un conflicto puntual y actual, sino que mejoran la convivencia y pueden evitar que los conflictos puedan escalar, dando como resultado, conflictos más graves¹⁰³².

La mediación escolar está regulada en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico en disposiciones autonómicas, debido al reparto competencial en materia de educación, sin embargo no siempre se aborda del mismo modo y desde este punto de vista, autoras como LOPEZ PELÁEZ, entienden que debería existir una norma que regulara la mediación escolar con carácter general, pues hasta la fecha la regulación está muy dispersa y es muy variada¹⁰³³. En algunas normas, la mediación aparece regulada como una sección o un epígrafe específico, dentro de una norma más general, normalmente dedicada a la regulación relativa a derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia en centros docentes, como Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Valencia, Canarias, País

¹⁰³¹Esto supone una novedad en un ámbito donde la solución a los problemas siempre vino impuesta por un tercero que dictaminaba a través de sanciones o correcciones previamente establecidas, la forma de resolución del conflicto.

¹⁰³²Se trataría de crear moldes de conducta a la hora de afrontar los conflictos, interiorizando la cultura de la mediación de forma consciente y natural de forma que les sirviera a niños y jóvenes para resolver problemas en el futuro.

¹⁰³³LOPEZ PELÁEZ, P., "La educación en valores: Mediación y menores de edad", en GORJÓN GOMEZ, F. y LOPEZ PELÁEZ, A. (Coords.), *Estado del Arte de la Mediación*, Aranzadi-Cizu Menor, Navarra, 2013, p.190.

Vasco o Extremadura. Pero, en otras ocasiones, sólo aparece como una referencia a la conveniencia de articular mecanismos de mediación para resolver conflictos, como en Galicia, Andalucía, Aragón, Baleares, la Rioja o Navarra, o incluso no parece ni siquiera contemplada de forma expresa, como en Madrid o Murcia y por ello sería necesaria una regulación general que regulara la mediación escolar.

No obstante, la Ley Orgánica de Educación del 2006, establecía la necesidad de que los profesores instruyan a los alumnos en todas las etapas educativas en prevención y resolución pacífica de los mismos, al igual que con respecto a la violencia de género, pretende la ley integral del 2004, con la educación en la prevención de la violencia de género en el ámbito educativo¹⁰³⁴. A partir de esta regulación es posible incidir en la transformación de conflictos en todos los grupos de este ámbito (padres, alumnos y profesores), a través de la mediación que favorece la comunicación y ello redundará en beneficio del menor y su entorno y tiene un componente preventivo y formativo muy importante¹⁰³⁵.

Veamos cuáles son los objetivos que se pueden conseguir a través de este procedimiento:

3.2.1.1. Objetivos de la Mediación escolar.

Como han señalado, RENÉS y DE LEÓN, un servicio de mediación en un centro escolar, puede ser entre otras, una de las vías que posibiliten un espacio de reflexión, la reparación y la reconciliación que ha podido surgir como alternativa a una situación conflictiva, buscando optimizar el bienestar de las partes implicadas. Para ello es de vital relevancia el papel que juegan las habilidades socioemocionales en este proceso mediacional, para poder llegar a un consenso y buen entendimiento entre los protagonistas¹⁰³⁶. Continuando con estas premisas, BOQUÉ TORREMORREL, establece los siguientes objetivos que deben tenerse en cuenta en el ámbito educativo:

¹⁰³⁴Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE Nº 313 de 29 de diciembre de 2004.

¹⁰³⁵Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. BOE Nº 106, de 4 de mayo de 2006.

¹⁰³⁶RENÉS ARELLANO, P. y DE LEÓN SANCHEZ, B., “La mediación como estrategia que facilita la gestión de los conflictos en las diversas instituciones sociales: el centro escolar”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J, VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dirs.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial del conflictos en el siglo XXI*, Ob. cit., pp.408-409.

- a. Reconocer los conflictos como parte natural de la vida y como fuente de aprendizaje.
- b. Adquirir capacidades de diálogo para comunicarse abiertamente y efectivamente.
- c. Saber reconocer y expresar las propias emociones y sentimientos¹⁰³⁷, fomentando la revalorización de uno mismo y los demás.
- d. Desarrollar actividades de pensamiento reflexivo, creativo y crítico como herramientas de anticipación, solución y opción personal frente al conflicto.
- e. Participar activamente y con responsabilidad en la construcción de la cultura del diálogo, de la no-violencia activa y de la paz, transformando el propio contexto.
- f. Contribuir al desarrollo de un entorno social equitativo, pacífico y cohesionado.
- g. Fomentar el encuentro interpersonal para la elaboración de los propios conflictos y la búsqueda de vías constructivas de consenso¹⁰³⁸.

Estos serían los objetivos específicos que se pretenden con la mediación en el ámbito educativo pero autores como LAZARO MARTÍN consideran que a parte de ellos, pueden darse dos objetivos con carácter general que se encontrarían por encima de todos ellos y que son, el carácter preventivo que tiene la mediación como proceso a la hora de afrontar los conflictos y el carácter educativo del proceso, en general para todos los miembros de la comunidad educativa en su conjunto y sobre todo para los niños y los jóvenes adolescentes que engrosan el alumnado de un centro escolar¹⁰³⁹.

Si nos referimos al carácter preventivo de la mediación, se trata de tomar conciencia de que el conflicto es consustancial a la propia interacción en las relaciones humanas¹⁰⁴⁰ y no tiene que entenderse de un modo negativo, sino como una oportunidad de crecimiento personal. Prevenir los conflictos no es

¹⁰³⁷CAVA, M.J., MUSITU, G Y MURGUI, S., “Familia y violencia escolar: el rol mediador de la autoestima y la actitud hacia la autoridad institucional, *Psicothema*, Vol.18, Nº 3, 2006, pp. 367-373.

¹⁰³⁸Vid BOQUÉ TORREMORREL, M. C., *Tiempo de Mediación*, Ceac, Barcelona, 2005, pp.165 y ss.

¹⁰³⁹LOZANO MARTÍN, A.M., “La mediación aplicada al ámbito educativo”, Ob. cit., p.339.

¹⁰⁴⁰CAVA, M.J., “La utilidad de la mediación como estrategia de resolución y prevención de conflictos en el ámbito escolar”, *Información Psicológica*, Nº 95, 2009, pp.15-26.

eliminarlos, sino gestionarlos y afrontarlos de la forma adecuada, es decir, a través de propuestas basadas en el diálogo y la comunicación.

Al referirnos al carácter educativo de la mediación, por el ámbito que se está tratando, todas las actuaciones y actividades que hagan referencia a ello, tienen como finalidad última, la de educar¹⁰⁴¹. La mediación puede encajar perfectamente dentro de esta consideración por su marcado carácter educativo y de aprendizaje.

Por su parte, TORREGO, establece como características definitorias de la mediación; la reparación, la reconciliación y la resolución de conflictos, acerca este método al carácter educativo¹⁰⁴². Reparación, relacionándola con la asunción de responsabilidades por parte de los individuos, cuyas conductas son contrarias a una convivencia pacífica¹⁰⁴³. Reconciliación, pues los centros educativos son el contexto donde se produce la socialización secundaria del individuo¹⁰⁴⁴. Y resolución de conflictos, pues permite a los individuos que el conflicto no quede en un estado latente que pueda resurgir en el futuro con más violencia¹⁰⁴⁵.

Además de esto, la mediación enseña, habilidades básicas sociales y de comunicación, imprescindibles para la vida, no solo académica, sino cotidiana de cualquier persona¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴¹Vid. CABALLERO GRANDE, M.J., “Convivencia escolar. Un estudio sobre buenas prácticas”, *Revista Paz y Conflictos*, N°3, 2010, pp.154-169.

¹⁰⁴²Vid. TORREGO SEIJO, J.C., *Modelo integrado de mejora de la convivencia*, Graó, Barcelona, 2006, pp.185 y ss.

¹⁰⁴³Debe aprenderse que toda conducta tiene una consecuencia y a través de la mediación se educa en la adquisición de comportamientos y actitudes responsables.

¹⁰⁴⁴Es el lugar dónde se aprende a interactuar relacionándose con los demás y en los procesos de mediación se facilita el aprendizaje por parte de los individuos de una socialización adecuada, enseñándoles la posibilidad de transformar su forma de relacionarse, de establecer criterios y acuerdos que les permitan una convivencia pacífica de cara al futuro.

¹⁰⁴⁵Permite el aprendizaje de estrategias de afrontamiento de los conflictos que más adelante puedan aparecer, fomentando la colaboración entre las partes para la solución efectiva de sus diferencias, ya que la responsabilidad última recae sobre las partes.

¹⁰⁴⁶Vid. DE PRADA DE PRADO, J., “La mediación como estrategia de resolución de conflictos en el ámbito escolar”, *Documentación Social*, N°148, 2008, pp. 99-116. El autor da algunos ejemplos al respecto: la escucha activa (se trata de comunicar que se está centrado, atento e interesado en lo que el otro está exponiendo), la empatía (muy valorada en los procesos educativos, ya que permite el reconocimiento del otro, de sus valores, de su cultura, de sus opiniones...), la asertividad (que nos permite en el curso de una interacción social defender ideas, sentimientos, actitudes...sin experimentar culpa o ansiedad y siendo respetuosos con los demás), reconocer y expresar sentimientos (lo que nos permite conocernos mejor) y la autoestima (que permite un correcto enfoque de la realidad social, previniendo la aparición de conflictos y mejorando la convivencia del grupo)..

3.2.1.2. El mediador en Centros Educativos.

El mediador en este contexto, en opinión de LOZANO MARTÍN, debería ser un profesional, externo al propio centro, y ello con el fin de garantizar los principios y objetivos de los procesos de mediación y evitar que se desvirtúen derivando en otro tipo de procedimientos o simulacros que no tienen nada que ver con lo que es la mediación¹⁰⁴⁷.

Las funciones de un mediador en los contextos educativos no deberían circunscribirse, únicamente a la intervención en los procesos de mediación que pudieran llevarse a cabo en los centros, sino que pueden y deberían ampliarse a tres funciones: la formación, el asesoramiento y la intervención.

-La formación en materia de convivencia, gestión y resolución de conflictos, deben ir dirigidas a los profesores¹⁰⁴⁸, al alumnado y a los padres, con el objetivo de prevenir los conflictos y mejorar la convivencia en general de los centros.

-El asesoramiento en convivencia a los equipos directivos, equipos de orientación, equipos pedagógicos, tutores, asociaciones de madres y padres (AMAPA), y a cualquier miembro de la comunidad educativa que en cualquier momento pueda necesitar del asesoramiento del mediador¹⁰⁴⁹.

-La intervención directa sobre los conflictos de los centros como experto en su gestión a través de los procesos de mediación que se puedan plantear en los centros, garantizando que los objetivos educativos que tienen la mediación en este ámbito y los principios básicos cumplan.

¹⁰⁴⁷LOZANO MARTÍN, A.M., “La mediación aplicada al ámbito educativo”, Ob. cit., p.339.

¹⁰⁴⁸La formación en estas materias para el profesorado, se hace a través de los cursos que propone los Centros de Formación del profesorado (CEP), cursos que dada su corta duración, no preparan adecuadamente o no tienen por objeto formar a mediadores profesionales pero si hacen que los miembros de la comunidad educativa adquieran e interioricen herramientas y estrategias que les permiten afrontar los conflictos de una manera positiva, de modo que la relación entre ellos, sea también positiva y mejore la convivencia.

¹⁰⁴⁹Para ello el mediador debería formar parte de la Comisión de Convivencia de los centros educativos, porque su asesoramiento en este órgano colegiado puede ser de gran valor, ya que puede orientar sobre qué conflictos son mediables y cuáles no, qué estrategias se pueden poner en práctica en cada momento en función del conflicto al que se enfrenten y asesorar sobre qué medidas se pueden adoptar en el caso de que un conflicto no sea mediable, convirtiendo así esta comisión en un órgano donde emanen propuestas realistas para la mejora de la convivencia en el centro y no solo un comisión sancionadora.

En la mediación escolar, algunos autores utilizan el término de *Ayudantes en mediación*¹⁰⁵⁰, un término que puede aplicarse tanto a profesorado, a alumnado y a los padres. En principio, se pretendía formar a un grupo de alumnos en habilidades sociales y comunicativas y en técnicas de mediación con el fin de que actúen como mediadores en los conflictos que puedan surgir entre el alumnado¹⁰⁵¹.

El carácter de ayudante no puede ser una categoría del alumno, sino el servicio de forma transitoria, de brindar ayuda hacia los otros compañeros. Es un rol rotativo (de carácter anual) en el que aquellos alumnos que hayan ejercido ese papel, no deberán volver a realizarlo formalmente, para así permitir que otros compañeros puedan experimentarlo también¹⁰⁵².

Sus funciones prioritarias son: a) Acoger al recién llegado; b) Detectar e intervenir casos incipientes de maltrato entre compañeros; c) Detectar y ayudar a compañeros tristes y poco integrados; d) Apaciguar y favorecer el diálogo en situaciones de violencia entre compañeros por enfados, peleas, malas relaciones, etc.); e) Promover actividades de mejora de la convivencia en sus grupos clase y; f) Pertener y participar en el equipo de ayudantes.

¹⁰⁵⁰Vid. FERNANDEZ GARCÍA, I., “Los programas de ayuda para la mejora de la convivencia en instituciones educativas”, *Revista Bordón*, N° 60 (4), 2008, pp.137-150.

¹⁰⁵¹Vid. FERNÁNDEZ, I.; VILLAOSLADA, E. y FUNES, S., *El conflicto en el centro escolar. El modelo del alumno ayudante como estrategia de intervención educativa*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2002, p.79. Este autor considera que el alumno ayudante representa a un equipo de alumnos que han de velar de forma explícita y única por la convivencia en el grupo aula. Son pues una ayuda para el delegado y un equipo-observatorio de la convivencia dentro del grupo clase. Este modelo de intervención es idóneo por el momento evolutivo de los alumnos donde se fraguan los grupos de preadolescentes, en el tercer ciclo de primaria (5° y 6°) y el primer ciclo de secundaria (1° y 2°).

¹⁰⁵²Su creación debería ir más allá de la mera participación como mediadores en los procesos formales de mediación, las funciones que deben adoptar estos ayudantes son directas en la mejora de convivencia del día a día de los centros. Los ayudantes deberían practicar la escucha y la empatía al intervenir en los conflictos, deben intervenir incluso cuando un alumno, en situación de indefensión o con conflicto no sea su amigo, incluso ni siquiera le caiga bien. Es pues un paso intermedio entre agrupaciones informales de amistad o de ayuda forma y aunque su misión no es realizar mediaciones formales, ni podrían hacerlo, dada la neutralidad que ellos mismos no pueden ofrecer, al intervenir en conflictos en su propia aula, sí realizan mediaciones informales, conciliaciones y negociaciones en muchas ocasiones.

3.2.1.3.Las Aulas de Convivencia.

En los centros educativos, la mediación no puede considerarse como un elemento aislado cuando aparezcan conflictos puntuales, sino que debe estar anclada como un elemento más de la vida cotidiana del centro, con un espacio y una entidad propia¹⁰⁵³.

En Andalucía, esta experiencia se ha afianzado por el desarrollo normativo con la publicación del Decreto 19/2007 de 23 de enero, que se refiere a la Aulas de convivencia, establece que: *“Los centros educativos podrán crear aulas de convivencia para el tratamiento individualizado del alumnado que, como consecuencia de la imposición de una corrección o medida disciplinaria por alguna de las conductas tipificadas en los artículos 20 y 23 del presente decreto, se vea privado de su derecho a participar en el normal desarrollo de las actividades lectivas”*¹⁰⁵⁴. Algunos autores, como LOZANO MARTÍN o CALVO RODRÍGUEZ, consideran que las Aulas de Convivencia, debe ir más allá de un aula para el alumnado con problemas de conducta y convertirse en el espacio desde el cual gestionar la convivencia y todos los conflictos que puedan plantearse en un centro educativo¹⁰⁵⁵. CALVO RODRIGUEZ, cree, que a la hora de tratar los conflictos en el ámbito educativo, hay que distinguir, entre; 1) los conflictos que se producen debido a la introducción en la escuela de un nuevo modelo de autoridad, de valores distintos a los tradicionales y a una mayor diversidad cultural, y; 2) los problemas de convivencia causados por conductas que constituyan un atentado contra los derechos más elementados de loa miembros de la comunidad educativa, que normalmente suelen ser manifestación de un trastorno de relación del sujeto con el ambiente. LOZANO MARTIN, además de los anteriores, incluye un tercer motivo, que serían los conflictos originados por causas académicas.

No todos los conflictos pueden tratarse de la misma forma o con las mismas medidas. La respuesta que debe darse al conflicto será diferente en función de la

¹⁰⁵³LOZANO MARTÍN “La mediación aplicada al ámbito educativo”, Ob. cit. p.350.

¹⁰⁵⁴Decreto 19/2007, de 23 de enero, por el que se adoptan medidas para la promoción de la Cultura de Paz y la Mejora de la Convivencia en los Centros Educativos sostenidos con fondos públicos. (BOJA Nº 25 de 2 de febrero de 2007)

¹⁰⁵⁵Vid. CALVO RODRÍGUEZ, A. *Problemas de convivencia en los centros educativos. Análisis e intervención*, EOS, Gabinete de Orientación Psicológica, 2003, pp.98 y ss.

causa que lo determine¹⁰⁵⁶. Una vez que llega un conflicto al Aula de Convivencia, se realiza un estudio sobre el origen y las causas en cuestión y se clasifican en tres grandes bloques: conflictos académicos, conflictos intrapersonales y conflictos interpersonales, con el objetivo de dar la respuesta más adecuada a cada uno de ellos, pues los académicos requerirán medidas de tipo pedagógico enfocadas a la motivación y recuperación académica del alumno que tenga algún tipo de déficit; los conflictos intrapersonales, requerirán medidas previas de modificación de conducta o entrenamiento en habilidades sociales y los conflictos interpersonales, requerirán programas de resolución de conflictos, y en su caso del inicio de proceso de mediación formales¹⁰⁵⁷.

El Aula de Convivencia¹⁰⁵⁸, puede ser un espacio desde el cual prevenir y gestionar los conflictos que pueden originarse, dando respuestas adecuadas y creando un clima que mejore las relaciones personales entre los miembros de la comunidad educativa¹⁰⁵⁹.

La implicación de la comunidad escolar, ha sido una de las fases más importantes para garantizar el éxito de los proyectos¹⁰⁶⁰.

Por otra parte, hay que plantear el sentimiento por parte de los docentes de que la implicación familiar en la vida escolar es escasa, disminuyendo al aumentar la edad del alumno, y que la implicación del alumnado depende de las facilidades que se le brinden para participar¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁶Vid. SERRANO SARMIENTO, A., TORMO IRÚN, M^a P. y GRANADOS ALÓS, L., “Las aulas de convivencia, una medida de prevención a la violencia escolar”, *Criminología y Justicia*, N^o1, Septiembre 2011, pp.4-8

¹⁰⁵⁷LOZANO MARTÍN “La mediación aplicada al ámbito educativo”, Ob. cit., p.352.

¹⁰⁵⁸El Aula de Convivencia se pueden llegar a través de: a) la comisión de convivencia que en los centros de Secundaria está compuesta por el director o directora, que ejercerá la presidencia, el jefe o jefa de estudios, dos profesores o profesoras, dos padres o madres del alumnado y dos alumnos o alumnas, elegidos por cada uno de los sectores de entre sus representantes del Consejo Escolar; b) Por propuesta de la dirección del centro o de la jefatura de estudios, por haber tenido conocimiento de algún tipo de conflicto, velado o manifiesto, producido entre los miembros de la comunidad educativa; c) Por la solicitud voluntaria de cualquier miembro que tenga un conflicto con otra persona.

¹⁰⁵⁹Vid. GARCÍA CORREA, A., “Un aula pacífica para una cultura de paz”, *Revista de Escuelas Normales*, Vol.1 N^o 1, 1998, pp.1-16.

¹⁰⁶⁰CABALLERO GRANDE. M.J., “Convivencia escolar. Un estudio sobre buenas prácticas”, Ob. cit., p.162: “Por una parte hay que mencionar que la labor de los Equipos Directivos es clave, ya que son los que favorecen y garantizan el trabajo sistemático y la creación de la estructura organizativa y material necesaria para desarrollar un proyecto, a esto hay que sumar la presencia de personas, organismos e instituciones que con su asesoramiento y apoyo les fortalecen en su tarea (Gabinete de Asesoramiento para la Convivencia, Equipo o Departamento de Orientación, Inspección Educativa, Corporaciones locales, ONGs, Asociaciones, etc.)”.

¹⁰⁶¹Éste participa si hay estructuras formales que lo permitan, como pueden ser: patrullas de patio, asamblea de delegados, alumno ayudante, mediación escolar, etc.

Otras medidas serían, la creación de protocolos de control de clase (ausencias, interrupciones, seguimiento de normas, expulsiones), la creación y establecimiento de estructuras funcionales como: el aula de convivencia, aula temporal de integración (ATI), aula temporal de atención lingüística (ATAL), reuniones periódicas informativas con la asociación de madres y padres, programas de absentismo, etc., son eficaces para conseguir un buen clima de aula y de centro¹⁰⁶².

En conclusión, los beneficios de una resolución constructiva de conflictos se observará fácilmente en el marco de la escuela¹⁰⁶³. La clase aprenderá como grupo a expresar el conflicto positivamente y mostrará gran cohesión, cooperación y buena voluntad para trabajar juntos. Los estudiantes adquirirán mayor responsabilidad para ellos mismos, sobre su conducta y sobre el medio ambiente en el que están trabajando y aprendiendo, a la vez que adquirirán valiosas habilidades que pueden aplicar en ámbitos no escolares como comunicarse con los demás de manera más efectiva, expresarse más claramente, aprender de forma más abierta, ser más asertivos y más creativos a la hora de resolver un problema¹⁰⁶⁴.

3.2.2. MEDIACIÓN COMUNITARIA E INTERCULTURAL.

Las comunidades del siglo XIX y principios del XX, con su relativa homogeneidad y con la posibilidad de fraguar valores comunes a partir de necesidades similares, desarrolladas sobre un mismo espacio físico de trabajo y habitación, aún tenían chances de plantearse la integración como un trabajo a

¹⁰⁶²CABALLERO GRANDE. M.J., “Convivencia escolar. Un estudio sobre buenas prácticas”, Ob. cit., p.162. En aquellos centros donde se han puesto en marcha alguna de estas medidas reconocen abiertamente que la situación ha mejorado, sin embargo, dicen encontrarse con grandes dificultades en algunas situaciones especiales, como pueden ser zonas socialmente desfavorecidas, centros con gran absentismo, centros con elevado número de inmigrantes o clases con concentración de alumnado especialmente disruptivo, en estos casos, se considera indispensable una disminución de la ratio para dar una atención individual y grupal más directa, lo que favorecería las buenas relaciones, y por tanto disminuiría el nivel de conflictividad.

¹⁰⁶³ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R. y SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación en el ámbito escolar”, Ob. cit. p.321.

¹⁰⁶⁴CABALLERO GRANDE. M.J., “Convivencia escolar. Un estudio sobre buenas prácticas”, Ob. cit. p.163.

largo plazo, una co-construcción de reglas y valores comunes a partir de la interacción. Nuestra realidad es distinta¹⁰⁶⁵.

La posibilidad de pensar la comunidad de hoy, se enfrenta a la necesidad de una profunda revisión que comprenda que la diferencia entre sus integrantes, la movilidad espacial y social y el manejo de la variable temporal ya no son las mismas. Estamos ante una sociedad que cambia y se mueve a una velocidad que no permite basar la noción de comunidad en la permanencia de los espacios ni de los valores¹⁰⁶⁶.

El desafío es aceptar que la convivencia entre “*distintos*” supone crear nuevas maneras de hacer permeables las estructuras sociales, convertirlas en redes más que en andamios; hacerlas capaces de seguir las transformaciones a la vez que contener, sostener y conectar con aquellos de hace cien años¹⁰⁶⁷.

Analizando estos desafíos, PASTOR SELLER, entiende que la ciudadanía cambia y necesita calidad y eficacia en la prestación de los servicios públicos y por ello exige participar en la misma definición articulación de las políticas públicas que orientan sus ámbitos de convivencia y decisión y para ello hay que crear condiciones y espacios de implicación ciudadana que generen oportunidades reales y favorables para a deliberación y construcción colectiva de políticas y actuaciones públicas¹⁰⁶⁸.

Por tanto, el concepto de comunidad ha de ser sometido a revisión, y también la forma de mediar los conflictos comunitarios recibirá, apareciendo una incipiente administración de justicia a través de la mediación comunitaria por los propio vecinos, con la facultad de plasmar el poder de le comunidad y sus valores, favoreciendo el acercamiento de las partes al mediador y al proceso de resolución de conflictos¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁵Vid. DIAZ LOPEZ, J., “Identidades en conflicto: la mediación intercultural y la cultura dialógica en las sociedades multiculturales avanzadas”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J. y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Coords.), *Mediación, Arbitraje y solución extrajudicial de conflictos en el Siglo XXI*, Ob. cit., pp.385-398.

¹⁰⁶⁶RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, G., “¿Comunidad? Mediación comunitaria, habitar efímero y diversidad cultural.” *Revista Polis*. Editorial de la Universidad Bolivariana de Chila. Año 2007. Número 20, Vol. 7, Año 2008, pp.87-103.

¹⁰⁶⁷ Hoy la opción de perseguir como objetivo el de una comunidad homogénea, es muy difícil de encontrar, pues el nuevo tipo de comunidad en el que puede pensarse es el de la comunidad en red, que respete y valore las diferencias y las movibilidades.

¹⁰⁶⁸PASTOR SELLER, E., “La mediación como herramienta de intervención social”, en GORJÓN GOMEZ, F. y LOPEZ PELÁEZ, A. (Coord.), *Estado del Arte de la Mediación*, Ob. cit., p.100.

¹⁰⁶⁹Vid. MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEXEIDO, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, La Ley, Madrid, 2013, pp.79 y ss.

La mediación comunitaria aparece en los años setenta en Estados Unidos de forma permanente a través de los, *Community Boards*¹⁰⁷⁰, adoptados por diversas poblaciones de habla inglesa como forma de resolución de conflictos vecinales y seguido de alguna forma por otros sistemas de mediación vecinal que han surgido en los últimos años en distintos países europeos¹⁰⁷¹.

Cuando hablamos de mediación comunitaria¹⁰⁷², nos referimos a una forma de resolución de conflicto entre los ciudadanos y por ser ciudadanos, y no por pertenecer a determinados colectivos, factor que es tenido en cuenta en muchos servicios sociales que se centran en la cuestión inmigratoria.

La mediación vecinal o comunitaria hace referencia a conflictos que transitan entre ciudadanos vecinos, en sus vínculos y su vivencia vecinal como parte de esa comunidad¹⁰⁷³. Estos conflictos podrán ser conflictos de interrelación o que comprendan a varios vecinos, también incluirán a los conflictos que incluyan a un grupo de vecinos como comunidad vecinal y de ciudadanos, y en definitiva a todas aquellas situaciones que están relacionadas con lo multicultural y subcultura¹⁰⁷⁴.

La Administración de Justicia a través de la mediación comunitaria, por los propios vecinos tiene la facultad de plasmar el poder de la comunidad y sus valores, favoreciendo el acercamiento de las partes al mediador y al proceso de

¹⁰⁷⁰Los *Community Boards* de San Francisco, son uno de los más importantes ejemplos de la mediación comunitaria de, para y por los vecinos; el diseño de este organismo se basa en la pertenencia de ésta a la comunidad en la que se pretende prevenir y resolver los conflictos, potenciando la legitimación del mediador y suponiendo una nueva forma de devolver a la propia sociedad la función del ejercicio de la justicia, la justicia popular.

¹⁰⁷¹En las sociedades occidentales de principio de este siglo, se constata la existencia de servicios de mediación social intercultural, vecinal y comunitaria, cuyos límites terminológicos no parecen evidentes.

¹⁰⁷²MUNUERA GÓMEZ, M.P., *Nuevos retos en Mediación. Familiar, discapacidad, dependencia funcional, salud y entorno social*, Ob. cit., p.257. Indica Munuera que los conflictos en el ámbito comunitario pueden dividirse en dos niveles: privado y público, aunque en relación con el tipo de conflictos que se pueden tratar en este ámbito no hay unanimidad por los diferentes expertos, aunque los contextos más relacionados con la mediación comunitaria son: la mediación vecinal o la intercultural. En este sentido, también, PASTOR SELLER, E. “La mediación como herramienta de intervención social”, Ob. cit., p.117.

¹⁰⁷³Vid. ALMIRÓN D. P., “Mediación en ámbito vecinales y comunitarios”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J.L.(Dir.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Ob. cit., pp.379-395.

¹⁰⁷⁴MUNUERA GÓMEZ, M. P., *Nuevos retos en Mediación. Familiar, discapacidad, dependencia funcional, salud y entorno social*, Ob. cit., p.259. La mediación vecinal, dice esta autora, se desarrolla en el espacio privado, los conflictos se refieren a problemas de convivencia en las propiedades horizontales (por ruidos, por el horario de sacar la basura, por la existencia de pisos patera, por problemas de medianería, por realización de obras uso indebido de espacios comunitarios, etc.).

resolución de conflictos¹⁰⁷⁵. Esta intervención es útil en una gran variedad de contextos y resulta eficaz para la mediación, pues tiene en cuenta las nuevas dinámicas sociales del mundo, como las rupturas entre parejas multiculturales, y los conflictos con niños y niñas, derivados de la adopción internacional.

En general, se trata de procedimientos muy flexibles, que se adaptan a las necesidades de cada caso, ya que la sesión o sesiones se puede celebrar en el edificio de la comunidad en la que exista el conflicto, en el horario más conveniente del día de la semana que convengan las partes y el mediador. En muchos casos, sólo será necesaria una sesión para la resolución del conflicto, realizándose un seguimiento posterior del acuerdo. En el ámbito europeo, la mediación vecinal se ha desarrollado diferentes sistemas de mediación, oficiales y privados, prevaleciendo el componente de la inmigración. Se han establecido, servicios de mediación intercultural en las zonas con mayor número de inmigrantes, e incluso servicios de mediación vecinal en algunos Ayuntamientos, con competencias limitadas que a veces se confunden con otras como las de animador social¹⁰⁷⁶.

Los centros de mediación comunitaria se organizan sobre una idea de autonomía, que se pretende a través de la búsqueda de autofinanciación y del voluntariado de sus miembros¹⁰⁷⁷. Realizan su labor en diversos ámbitos vecinales y con la administración, además de la mediación en conflictos intersubjetivos, como puede ser la prevención en centros educativos o la formación de mediadores¹⁰⁷⁸. Las materias sobre las que se ofrece realizar la mediación no se encuentran limitadas en principio; asuntos familiares, entre amigos, vecinos, trabajadores, propietarios e inquilinos, etc. En todo caso, es un sistema muy

¹⁰⁷⁵Vid. SOLETO, H., “Mediación Laboral. Mediación Comunitaria”, en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Ob. cit., p.338.

¹⁰⁷⁶ Vid. SOLETO, H., “Mediación Laboral. Mediación Comunitaria”, Ob. cit., p.338.

¹⁰⁷⁷Vid. ALMIRÓN, D., “Mediación en ámbito vecinales y comunitarios”, Ob. cit., pp.338. Los valores en los que se basa estas organizaciones son: la aceptación del lado positivo del conflicto, la expresión pacífica del conflicto, la toma de responsabilidad individual y comunitaria del conflicto, la resolución voluntaria del conflicto y la asunción de la diversidad comunitaria y el respeto a sus diferencias, todo ello en el marco de un proceso inspirado por los principios de voluntariedad, consentimiento informado, autodeterminación, imparcialidad y confidencialidad.

¹⁰⁷⁸Constituye un servicio de acceso público y gratuito, que se realiza normalmente con mediadores en panel y de extracción sociocultural o racional análoga a las de las personas en conflictos. El equipo de mediadores está integrado por profesionales de diferentes disciplinas que han realizado la formación en mediación y se pueden llevar a este ámbito, todas aquellas cuestiones disponibles para las partes.

adecuado sobre todo para las desavenencias vecinales, que de no solucionarse suelen escalar en violencia.

Analizando el problema cultural, DIAZ LOPEZ, ha señalado que la interculturalidad ha emergido en este contexto como un recurso dialéctico y funcional para construir espacios intermedios de comunicación entre sujetos, grupos e instituciones culturales, separadas entre sí por valores y comportamientos étnicos característicos, que, con frecuencia distingue pautas socioculturales que enfrentan a mayorías y minorías en sociedades pluriculturales¹⁰⁷⁹. Sin embargo, la interculturalidad se ha convertido en un dispositivo operativo de carácter institucional, que ya forma parte de sociedades oficiales que intervienen en la realidad social, modificándola de ese modo. De este modo de entre las iniciativas ligadas a la interculturalidad, la mediación se ha convertido en parte de programas sociales oficiales que intervienen en la realidad social modificándola de este modo.

3.2.2.1. Concepto de mediación intercultural.

Entendemos por interculturalidad, el modelo de sociedad que promueve y defiende tres principios: a) La igualdad de oportunidades de todas las personas a la hora de compartir un mismo espacio y tiempo y convivir con él. b) El respeto a la diversidad y c) La creación de entornos sociales que posibiliten el intercambio y el enriquecimiento mutuo entre sujetos de orígenes étnicos o culturales distintos. La interculturalidad parte de la necesidad de interdependencia entre los sujetos de una misma sociedad, por lo que, autores como ESOMBA, consideran que:

-La interculturalidad no es sólo un discurso, sino también una práctica que se realiza en el día a día, con proyectos de futuro, que recogen lo bueno y lo mejor del pasado.

-La interculturalidad no se construye en abstracto, sino que la practican personas concretas, con nombre y apellidos concretos, en barrios

¹⁰⁷⁹DIAZ LOPEZ, J., “Identidades en conflicto: la mediación intercultural y la cultura dialógica en las sociedades multiculturales avanzadas”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J, y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dirs.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Ob. cit., p.385.

concretos, con la voluntad de no conformarse con lo dado e ir más allá en la búsqueda de mayores cuotas de igualdad y justicia social.

-La interculturalidad no se encierra bajo las siglas o los muros de ninguna institución concreta, sino que irrumpe en todos los espacios y todos los tiempos.

-La interculturalidad fundamenta su acción en el reconocimiento de un axioma básico, que se basa en que todos los seres humanos somos iguales en esencia y diferentes en existencia. Por eso las prácticas interculturales no tienen por ser un muro, sino un puente¹⁰⁸⁰.

En España, el modelo de mediación intercultural se realiza principalmente en el ámbito vecinal y el modelo imperante, es el institucional, en el que la cuestión de la inmigración ha tomado protagonismo, pues es un elemento conflictual de primer orden, lo que lleva a la confusión en los servicios de intermediación social y de mediación propiamente. En la mayoría de los casos se tratan de mediadores institucionales, a diferencia de los modelos anglosajones, en los que los mediadores son vecinos del municipio¹⁰⁸¹.

En la evolución de la mediación intercultural, está muy relacionada con la comunitaria y respecto a ella, se conocen unos modelos teóricos diferenciados: El *modelo institucional*, que surge a partir de la demanda establecida desde las instituciones públicas, prestadoras de servicios sociales, sanitarios y educativos; el *modelo asociativo*, que se desarrolla desde asociaciones y ONG's; el *modelo cooperativo*, generado desde formulas alternativas como son las cooperativas y; el *modelo asociativo*, que suele estar externalizado y sujeto a régimen de subvenciones¹⁰⁸².

Bajo todas estas modalidades, la mediación intercultural se perfila como un fuente que pretende favorecer el paso de una realidad multicultural a otra

¹⁰⁸⁰Vid. ESSOMBA, M.A., *Liderar escuelas interculturales e inclusivas. Equipos directivos y profesorado ante la diversidad cultural y la inmigración*, Graó, Barceloan, 2006, pp.44-45.

¹⁰⁸¹En el Ayuntamiento de Madrid existen en algunos barrios, mediadores para realizar labores de mediación vecinal intercultural, con la misión de prevenir y gestionar los conflictos entre los ciudadanos autóctonos y emigrantes, y en Getafe se está desarrollando un sistema de mediación vecinal general. En Cataluña, en diversos municipios se están estableciendo programas de integración intercultural que inciden en la mediación para suavizar los focos de conflictividad, que trabajan, en las comunidades de vecinos, el espacio público y la escuela.

¹⁰⁸²Vid. ORTIZ COBO, M., "Escuela e Interculturalidad: construcción de la mediación intercultural escolar", en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Dirs..) *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.356.

intercultural¹⁰⁸³. Sin embargo la interculturalidad va más allá, alude a una situación en la que las personas y grupos con prácticas culturalmente distintas, conviven y dialogan, se relacionan en igualdad de condiciones, colaboran se mezclan y se respetan en un mismo entorno físico la interculturalidad no solo supone el derecho a la diferencia, su reconocimiento y respeto, sino la igualdad de derechos para todos¹⁰⁸⁴.

Se puede definir la mediación intercultural como: “*Un recurso profesionalizado que pretende contribuir a una mejor comunicación, relación e integración entre personas o grupos presentes en un territorio perteneciente a una o varias culturas*”¹⁰⁸⁵. Sin embargo, GIMENEZ ROMERO la define como: “*Una modalidad de intervención de terceras partes, en y sobre situaciones de multiculturalidad significativa, orientada hacia la consecución del reconocimiento del otro y el acercamiento de las partes, la comunicación y comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la regulación de los conflictos y la adecuación institucional, entre actores sociales o institucionales, etnoculturalmente diferenciados*”¹⁰⁸⁶.

La mediación intercultural, por tanto, no se centra tanto en la resolución de conflictos como en la mejora de la comunicación, así como en la adecuación de las instituciones a los cambios que se producen tras la llegada de la población inmigrante a los municipios donde trabajan, siendo igualmente importante, la prevención de los mismos¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸³Vid. ANDALUCÍA ACOGE, *El acercamiento al otro. Formación de Mediadores interculturales*, Consejería de Asuntos Sociales-Junta de Andalucía, Sevilla, 1996. Entendiendo por multiculturalidad, una situación de hecho, la presencia en un mismo espacio, de personas y grupos con prácticas distintas desde el prisma cultural, y desde la que se pretende defender el derecho a la diferencia, siendo ésta reconocida y respetada.

¹⁰⁸⁴LABRADOR FERNÁNDEZ, J., “Diversidad. El reto de nuestra convivencia”, en ADROHER BIOSCA, S. y VIDAL FERNÁNDEZ, F. (Dirs.), *Infancia en España, Nuevos desafíos sociales, nuevas respuestas jurídicas*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009, p.463: “Las vicisitudes y dificultades de los procesos migratorios modernos hacen que en muchas ocasiones se llegue en las familias a situaciones paradójicas que ha habido autores que han descrito con la afortunada metáfora del pacto fáustico: venden su alma para mejorar su estatuto y el de sus hijos y lo que venden es a sus hijos a una cultura que en muchos casos no entienden, no les satisface o temen”.

¹⁰⁸⁵AEP DESENVOLUPAMENT COMUNITARI y ANDALUCÍA ACOGE, *Mediación Intercultural. Una propuesta para la formación*, Popular, Madrid, 2002, p.101.

¹⁰⁸⁶GIMENEZ ROMERO, C., “La naturaleza de la mediación intercultural”, *Revista Migraciones*, Nº 2, 1997, p.142.

¹⁰⁸⁷ORTIZ COBO, M., “Escuela e Interculturalidad: construcción de la mediación intercultural escolar”, Ob. Cit. p.359. Así, se puede hablar de tres tipos de mediación intercultural: a) Mediación preventiva, en la que se pretende facilitar la comunicación y la comprensión entre

3.2.2.2. Modelos Teóricos aplicados a la mediación intercultural.

En el ámbito de la mediación intercultural, GIMENEZ ROMERO ha analizado desde un punto de vista crítico, los distintos “modelos teóricos de mediación”, aplicados a los contextos multiculturales, de relaciones étnicas y de mediación intercultural; escuela de Harvard, la metodología transformativa y el modelo circular narrativo de Sara Coob. Señala este autor, que la variedad de experiencias que deben interesar a un mediador intercultural, van más allá de los conceptos y de los procedimientos que ofrecen los modelos teóricos de mediación, debido a la gran cantidad de pautas de resolución de conflictos que pueden existir en cada cultura; cree que todos los modelos aportan elementos valiosos y que es conveniente incorporar a cada perspectiva y práctica, los aspectos que pueden servir de cada uno de ellos¹⁰⁸⁸. Podemos analizar cada uno de ellos¹⁰⁸⁹.

a.- Modelo de Harvard en la mediación intercultural.

La mediación intercultural, tiene unas características específicas, que hacen que las estrategias que plantea este método sean sumamente eficaces en su ámbito, y ello porque¹⁰⁹⁰:

1.-Ofrece y encuentra soluciones directas y más o menos rápidas o al menos trata de hacerlo pero muchas situaciones o casos de mediación en contextos multiculturales requieren por su complejidad todo un proceso, con varias sesiones, seguimiento, reuniones conjuntas...que en ocasiones pueden resultar frustradas.

2.- Es una metodología, que si bien no pone el énfasis en la dimensión relacional, tiene una potencialidad terapéutica, pues cuando se llega a un acuerdo, se da pié a una ciertas mejora de la relación o al menos a establecer un contacto.

personas con códigos culturales diferentes. b) Mediación rehabilitadora, la que interviene en la resolución de conflictos de valores, entre minorías culturales y la sociedad mayoritaria, o en el seno de las propias minorías, y c) Mediación transformadora, que es aquella que procura un proceso de transformación de las normas o más bien de creación de unas nuevas; nuevas ocasiones basadas en unas nuevas relaciones entre las partes.

¹⁰⁸⁸Vid. RONDÓN GARCÍA, L., “Modelos de mediación en el medio multiétnico”, *Trabajo Social*, N.º 13, enero-diciembre 2011, Bogotá, pp. 153-169.

¹⁰⁸⁹GIMENEZ ROMERO, C., “Los modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural”, *Revista Migraciones*, 2001, N.º 1, pp.112-132.

¹⁰⁹⁰GIMENEZ ROMERO, C., “Los modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural”, Ob. cit., p.119. En la fase inicial de separación del problema de las personas, es capaz de evitar la culpabilización y estigmatización étnica o cultural pues las pares y el mediador, centran el problema y tiene la enorme ventaja de trabajar focalizadamente sobre los intereses, porque es fundamental saber que no se está ante una incompatibilidad de valores o prácticas culturales, sino ante motivaciones, deseos y necesidades diferentes. Se investigan conjuntamente opciones beneficiosas para ambas partes, basándose en la capacidad de los interlocutores.

3.- La metodología que utilizan, está llena de aspectos muy interesantes que pueden ser aplicados en sí mismos o pueden servir como complemento de otras metodologías.

4.- El utilizar criterios objetivos, como hace este método, es fundamental para la construcción intercultural, pues hay que trabajar no sólo sobre el respeto a las diferencias, sino sobre los terrenos comunes¹⁰⁹¹.

b.-Modelo Transformativo en la mediación intercultural¹⁰⁹².

En este modelo, resaltan la importancia de la relación y la transformación de la realidad conflictual en el ámbito intercultural. Lo étnico es relacional, las identidades étnicas y culturales, se configuran dinámicamente en los procesos históricos de relaciones económicas, sociales y políticas. Y en este sentido puede relacionarse, el núcleo de la metodología transformativa y los paradigmas contemporáneos sobre etnicidad y cultura en la antropología social.

Hay que destacar de este modelo es muy acertado y necesario de tratar de transformar la relación existente, tanto si se trata de relaciones entre inmigrantes y administraciones de las sociedades receptoras, entre inmigrantes y autóctonos, entre las instituciones y sus usuarios, entre grupos o comunidades de inmigrantes...etc. Todas ellas son relaciones mejorables, necesitadas de transformación.

Es muy importante centrar la metodología mediadora intercultural, como hace este modelo, en las dos categorías complementarias de revalorización y de reconocimiento, pues en los contextos multiculturales, siempre están presentes de una u otra forma, con una intensidad u otra, procesos de estereotipación, inferiorización, culpabilización, racialización, guetización, etc. Por eso, hay que poner el acento en la valorización del “uno” y el reconocimiento del “otro”, algo que es, no sólo necesario y conveniente, sino posible y práctico.

c.- El Modelo circular-narrativo de Sara Coob en la mediación intercultural¹⁰⁹³.

¹⁰⁹¹Vid. TOURAINE, A., *¿Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*, Madrid, PPC Editorial, 1997.

¹⁰⁹²Vid. GIMENEZ ROMERO, C., “Los modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural”, Ob. cit., p.131.

Aunque en los diferentes modelos que pueden utilizarse, parten de que aquellos que están en conflicto, están relacionados entre sí y existe entre ellos una interdependencia, este punto está muy enfatizado en este modelo. Es muy importante para los que utilizan este modelo en la mediación intercultural, el tener en cuenta en el análisis y en la acción mediadora, tanto el contenido como las relaciones entre las partes.

En este modelo se nos sitúa en una multiplicidad de factores que inciden en la comunicación interétnica: desde actitudes y formas de ser de cada persona, hasta en los componentes socio-políticos (estatuto jurídico, la ocupación...etc.), hasta claves más específicamente culturales como los valores, las costumbres, las concepciones y creencias, las prácticas rituales, los modos de identidad y pertenencia étnica o nacional, etc.¹⁰⁹⁴.

Tras el análisis realizado de estos modelos, GIMENEZ ROMERO extrae las siguientes conclusiones, respecto a la aplicación de los diferentes modelos teóricos de mediación en el ámbito intercultural¹⁰⁹⁵:

a) Es preciso avanzar hacia una fundamentación teórica y metodológica de la mediación intercultural, aplicando creativamente los modelos a los contextos multiculturales y a la especificidad de las relaciones interétnicas.

b) Todos los modelos presentan aspectos positivos respecto a la mediación intercultural y se debería ir hacia una metodología integradora o unificadora en la mediación intercultural.

c) Existen algunas categorías que deberían ser centrales en la mediación intercultural como: el diálogo intercultural, las opciones de beneficio mutuo, la revalorización, el reconocimiento, la legitimación y la historia alternativa.

¹⁰⁹³Vid. AGUILAR IDAÑEZ, M^a. J., “Trabajo Social Intercultural. Una aproximación al perfil del trabajador social como educador y mediador en contextos multiculturales y multiétnicos”, *Revista Portularia*, N°4, 2004, 2004, pp.155-157. En contextos multiculturales, la no relación o el distanciamiento, entre segmentos etno-culturales ya está significando de un tipo de comunicación interétnica, la mala comunicación o la comunicación deficiente entre segmentos socioculturales (inmigrantes/autóctonos, payos/gitanos, indígenas/no indígenas, entre comunidades étnicas dominantes/ dominadas.).

¹⁰⁹⁴Vid. SUARES, M., *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 105. La metodología circular-narrativa está generando y está apoyada en muchas técnicas (microtécnicas, minitécnicas, técnicas y macro técnicas) que se han generado específicamente para este ámbito.

¹⁰⁹⁵Vid. GIMENEZ ROMERO, C., “Los modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural”, Ob. cit., p.132.

d) Debe prestarse atención no sólo a los contenidos de las relaciones sociales multiculturales, sino también a las relaciones en sí mismas, ubicando tanto los contenidos como las relaciones en el contexto o contextos.

e) Es más positivo, poner énfasis en la mejora de la relación y la comunicación, más que obsesionarse en buscar y logra un acuerdo, pues el establecimiento de una comunicación adecuada, redundará en acuerdos más sólidos y duraderos.

f) Algunas de las finalidades de la mediación intercultural deben ser la mejora de las relaciones interétnicas, el logro de una comunicación intercultural y la adopción de acuerdos entre las partes involucradas.

g) Hay que partir de la conflictividad interétnica¹⁰⁹⁶: conflictos manifiestos, desajustes y malas adaptaciones, con diversas causas que se retroalimentan entre sí (causalidad circular).

h) Y situarnos en la mediación intercultural, ante la multiplicidad de factores que existen, nos conduce a la necesidad de tener en cuenta la retroalimentación de los factores relevantes en la relaciones interétnicas.

Respecto a la genealogía de los conflictos en mediación intercultural, JIMENEZ BAUTISTA considera que el origen de los conflictos culturales necesitan ser abordado desde una adecuada comprensión de la conducta humana, pues existe una amplia variedad de conflictos que se producen en muy diversas situaciones¹⁰⁹⁷. El elemento básico asociado a los conflictos es el poder de que dispone cada parte y que es utilizado como estrategia para conseguir los objetivos que dicha parte considera legítimos¹⁰⁹⁸. La utilización del poder y los recursos de las partes determina la evolución del conflicto mediante acciones de escalada y desescalada que se llevan a cabo para conseguir objetivos concretos y/o mejores posiciones en el momento de alcanzar un proceso de mediación del conflicto¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁶RONDÓN GARCÍA, L., "El Trabajo Social en el Medio Multiétnico", *Revista Área Social*, N° 8, 2007, pp.115-124.

¹⁰⁹⁷Vid. JIMENEZ BAUTISTA, F., "La Mediación Intercultural", en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J.L.(Dir.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Ob. cit., pp.365 y ss.

¹⁰⁹⁸En esta situación es necesario evaluar el poder y los recursos disponibles por cada parte en el conflicto, aunque este conflicto sea el proceso en el que las acciones que lleva a cabo una de las partes estén determinadas por la percepción que posee la otra parte y estén condicionadas por las acciones y la potencialidad de la otra parte.

¹⁰⁹⁹Vid. JIMENEZ BAUTISTA, F., "La Mediación Intercultural", Ob. cit., p.377.

Este mismo autor, ha visto cómo en la mediación intercultural, por la cantidad de factores y variables que intervienen en estos procesos, es más factible desarrollar modelos teóricos a menor escala que estén diseñados para dar un modelo, cada uno de ellos, un tipo específico de conflicto al que se ajuste lo mejor posible, lo que quizá permita posteriormente unificar algunos modelos simples en otros más sofisticados, pues el intento de homogeneizar culturas, en la época de la globalización y de la supremacía de los intereses particulares, produce en todos los países ciertas reticencias a la desintegración cultural o a la pérdida de tradiciones y costumbres, lo que se traduce en conflictos interculturales, racismo, xenofobia, violencia, marginación, y exclusión social de difícil solución.

Por tanto, como ya vimos al principio de este apartado, es muy importante la participación ciudadana en el sistema democrático, en una sociedad globalizada y diferenciada tanto por su origen cultural como por su acceso a la información, se presenta como conveniente la transformación de la Administración local, la más cercana en este ámbito, en una institución más relacional, en la que la participación ciudadana en la gestión del sistema democrático ofrezca la cohesión social que podemos ver debilitada.

3.2.3. MEDIACIÓN INTERNACIONAL.

Se puede partir de la idea de que, a lo largo de la historia, las sociedades han tratado de alcanzar la paz, en una de las dos formas siguientes; principalmente mediante la pura fuerza militar y la represión, o; a través del proceso de mediación y negociación, dirigida por grupos pacifistas no gubernamentales o instituciones legítimas internacionales¹¹⁰⁰.

De forma creciente, el foco se ha centrado en la mediación y en la negociación, y como resultado, también en el proceso de transición fuera del conflicto. Este proceso, conlleva el reconocimiento de los abusos y los traumas del pasado mediante el uso de mecanismos que buscan crear la clausura y

¹¹⁰⁰Vid. BOER CUEVA, A., “En busca de la justicia transicional mediante el mantenimiento de paz. A gendered analysis”, *Relaciones Internacionales*, N° 28, Febrero-Mayo 2015, Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales (GERI) – UAM, pp.105-128.

reconciliación en la comunidad afectada sin reprimir simultáneamente el pasado hasta el extremo de que se convierta en fuente de otro conflicto¹¹⁰¹.

En palabras de KRITZ: “Decidir qué enfoque o mecanismo será más útil para el proceso de reconciliación variará...y será determinado en parte por los antecedentes y la configuración del individuo particular además de por la naturaleza del trauma soportado...pero tanto para víctimas como perpetradores del abuso pasado, afrontar el hecho y las consecuencias del caso es esencial”¹¹⁰².

Tales mecanismos incluyen el establecimiento de un acuerdo de paz — marcando el primer paso oficial de salida del conflicto— a menudo seguido del establecimiento de una democracia y la economía de mercado, ayudado por la acusación penal, comisiones de la verdad, programas de reparación, reformas de los sistemas de seguridad y esfuerzos de recuperación de la memoria¹¹⁰³.

La Investigación para la paz, nació tras el final de la Segunda Guerra Mundial en los Estados Unidos. Su objetivo fundacional fue configurarse como una disciplina científica unificada por una teoría general del conflicto, de carácter universal, integrada e interdisciplinar¹¹⁰⁴.

¹¹⁰¹BOER CUEVA, A., “En busca de la justicia transicional mediante el mantenimiento de paz. A gendered analysis”, Ob. cit., 106: “Este proceso se denomina justicia transicional y es definido de forma general como los “procesos y mecanismos a corto plazo y a menudo temporales, judiciales y no judiciales, que afrontan el legado de abusos a los derechos humanos y de violencia durante la transición de una sociedad que sale de un conflicto”.

¹¹⁰²KRITZ, N., *War Crimes Tribunals and truth Commissions: Some Thoughts on Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights*, Agencia para el Desarrollo Internacional de Estados Unidos, Conferencia para la Promoción de la Democracia, los Derechos Humanos, y la Reintegración en Sociedades Posconflicto, Washington D.C. 30-31 Octubre, 1997. Disponible en: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACD090.pdf.

¹¹⁰³DE HOYO ALONSO-MARTINEZ, P., “Notas sobre la mediación en conflictos políticos”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J, y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dirs.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Ob. cit., p.370: “Los conflictos entre estados pueden ser de distintos tipos, dependiendo de su naturaleza: - Conflictos entre sistemas, entre dictaduras y democracia, entre regímenes capitalistas y socialistas, etc. - Conflictos de hegemonía, históricamente constantes, en los cuales unos estados se oponen a otros en la pugna por la misma. - Conflictos territoriales, cuando la disputa se centra en límites geográficos. - Conflictos causados por el control de recursos naturales, como el agua, petrolero, diamantes, drogas, etc, que han aumentado en ls últimos decenios” - Conflictos migratorios, que comprenden tanto los ocasionados por la emigración laboral, como por la emigración política. Lo más frecuente es que los conflictos contengan varios factores entrelazados entre sí, ya que las vinculaciones entre unos y otros son evidentes, siendo clara la transversalidad de los mismos. Con todo, cada conflicto cuenta con su clave interpretativa porque tienen personalidad propia.”

¹¹⁰⁴Vid. HARTO DE VERA, F., “La mediación y la investigación para la paz: la búsqueda de alternativas pacíficas a los conflictos en la arena internacional”, *Política y sociedad*, Vol.50, Nº1, 2013, pp. 53-70. Dentro de las Naciones Unidas, el foco se había puesto casi exclusivamente en el ámbito jurisdiccional, siguiendo así una línea fuertemente legalista en su trabajo para traer justicia a los escenarios posconflicto. Sin embargo, la justicia transicional, como un enfoque holístico hacia la paz y la reconstrucción posconflicto, es un término que surgió en el final de los años 80 como parte de la agenda de “seguridad humana” que se había desarrollado desde el final de la

Durante los años 90, la noción de *construcción de la paz*, se expandió hacia una combinación de prevención de conflictos, gestión de conflictos y reconstrucción posconflicto¹¹⁰⁵, reflejando el momento en el que las Naciones Unidas y sus distintas agencias, se involucraron activamente en guerras civiles y misiones multidimensionales. Lo que era especialmente nuevo en esta definición y duración expandidos, era el potencial de la construcción de la paz para convertirse en un proyecto internacional que ya no era parte oficialmente de narrativas coloniales o imperialistas o polarizadas de acuerdo con los intereses de las dos antiguas superpotencias de la Guerra Fría, EEUU y la URSS. A lo largo de este periodo los tres conceptos llegaron a interconectarse, con la construcción de la paz vista de forma creciente como una extensión de las operaciones de paz de Naciones Unidas¹¹⁰⁶

En torno al año 2000, la construcción de la paz se había expandido como un concepto que cruzaba cuatro áreas principales de atención, especialmente: “*seguridad; justicia y reconciliación; bienestar económico y social; y gobernanza y participación*”¹¹⁰⁷.

En los años siguientes, especialmente desde los ataques terroristas del 11 de septiembre, en Estados Unidos y la guerra subsiguiente en Irak, la construcción de la paz ha sido progresivamente superada por un nuevo discurso; “La construcción de la nación cambio de régimen y estabilización y reconstrucción”. Son argumentos basados en la necesidad forzosa de procurar la estabilidad de Estados, aparentemente frágiles o fallidos, para prevenir las consecuencias externas indeseables del fracaso del Estado, no un proyecto de futuro para los derechos humanos y la paz, tal y como ha señalado RODRÍGUEZ PALOP¹¹⁰⁸.

Segunda Guerra Mundial, pero que no se había solidificado en la política de las ONU hasta el final de la Guerra Fría y la aparición simultánea de la construcción de paz, las misiones de pacificación y el mantenimiento de la paz como proyectos internacionales

¹¹⁰⁵Vid. TSCHIRGI, N., “Post-Conflict Peacebuilding Revisited: Achievements, Limitations, Challenges”. *WSP International/IPA Peacebuilding Forum Conference*, Nueva York, 7 de Octubre de 2004.

Disponible en https://www.un.org/esa/peacebuildingbrary/Post_Conflict_Peacebuilding_IPA.pdf.

¹¹⁰⁶Vid. BOER CUEVA, A., “En busca de la justicia transicional mediante el mantenimiento de paz. A gendered analysis”, Ob. cit., 109.

¹¹⁰⁷Vid. HUSSEIN, K. GNISCI, D. y WANJIRU, J. “Security and Human Security: An Overview of Concepts and Initiatives – What are the Implications for West Africa?”, *Organisation for Economic Co-operation and Development*, Paris, December, 2004, Doc. SAH/D(2004)547. <http://www.oecd.org/swac/publications/38826090.pdf>.

¹¹⁰⁸RODRIGUEZ PALOP, M^a E., *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y Justificación*, Dykinson. Madrid, 2010, p.295: “La aportación del pacifismo a los derechos de cuarta generación se orienta sobre todo a la reivindicación de derecho a la paz, aunque como ya

En este marco, uno de los principios clave para la construcción de la paz y la reconstrucción posconflicto es la justicia transicional, que surgió como concepto al final de los años 80 Y principios de los 90, como respuesta a las transiciones políticas que estaban teniendo lugar en el Este de Europa y en América Latina¹¹⁰⁹. Se refieren a los mecanismos y procesos legales primarios, utilizados para afrontar las violaciones de derechos humanos y abordar la violencia masiva, durante el proceso de transición saliendo del conflicto de una nación o comunidad¹¹¹⁰ y se basa generalmente en: “*Principios universales de ciudadanía, igualdad ante la ley y protección de los derechos humanos*”¹¹¹¹.

De forma similar a los íntimos nexos entre mantenimiento de la paz, pacificación y construcción de la paz, la justicia transicional es en sí misma un producto de la construcción de la paz liberal y su asunción de que la democracia occidental y la economía de mercado son en sí mismos fuentes de paz. La construcción de la paz liberal asume que la democracia y las economías de mercado son fácilmente alcanzables, apropiadas y sobre todo fortalecedoras para los estados que salen de un conflicto¹¹¹².

En la esfera internacional, la mediación se erigió en un medio diplomático de arreglo de controversias¹¹¹³. A diferencia de los medios jurisdiccionales, los actores que recurren a ella, conservan su libertad de acción y de decisión en cuanto a la solución final del conflicto. Además, la solución al mismo se plasma en un acuerdo internacional obligatorio y ésta no tiene que basarse necesariamente en el Derecho Internacional, sino que puede tener en cuenta total o parcialmente elementos de oportunidad política¹¹¹⁴. Se trata de un instrumento activo: el

ocurriera con el resto de los nuevos movimientos sociales, no se trata sólo de una demanda concreta, sino que construye como un principio de Derecho nacional e internacional e incluye un proyecto social de gran fuerza emancipadora; un proyecto que pasa por la reconsideración integral de otros valores.”

¹¹⁰⁹Vid. SRIRAM, Ch., “Justice as Peace? Liberal Peace building and Strategies of Transitional Justice”, *Global Society*, Vol. 21, N° 4, 2007, p. 579.

¹¹¹⁰ANDERLINI, S., CONAWAY, C. and KAYS, L., “Justice, Governance and Civil Society: Transitional Justice and Reconciliation”, en SMITH, D. y HUNT, S. (Eds), *Inclusive Security, Sustainable Peace: A Toolkit for Advocacy and Action*, International Alert and Women Waging Peace, Londres y Washington DC, 2004, p.2.

¹¹¹¹ROONEY, E., “Engendering transitional justice: questions of absence and silence”, *International Journal of Law in Context*, Vol. 3, N° 2, 2007, p.173.

¹¹¹²BOER CUEVA, A., “En busca de la justicia transicional mediante el mantenimiento de paz. A gendered analysis”, Ob. cit., p. 111.

¹¹¹³Vid. SLIM, H., *Una guía hacia la mediación. Haciendo posible la paz en los conflictos violentos*, Escola Cultura de Pau, Centro para el Diálogo Humanitario, Ginebra, 2007, pp.11 y ss.

¹¹¹⁴CARRASCAL GUTIÉRREZ, A., “La mediación internacional en el sistema de Naciones Unidas y en la Unión Europea: Evolución y retos de futuro”, Ob. cit., p.29. Este autor considera

mediador internacional no se limita a poner en contacto a las partes sino que también participa, realiza propuestas y negocia.

En cualquier caso, si algo caracteriza a la mediación internacional es su carácter multidisciplinar. Es una actividad en la que participa una gran diversidad de actores (Estados, Organizaciones Internacionales, expertos, sociedad civil), cuya forma óptima es la realizada en varios niveles y que cataliza varios prismas y enfoques. No en vano, se encuentra relacionada con el poder, con la seguridad y con el conflicto. De ahí la necesidad de pensamiento estratégico de todo mediador en este campo.¹¹¹⁵

La mediación se erige en el instrumento idóneo para prevenirla guerra, objetivo que se establece como tal por las Naciones Unidas en el Preámbulo de su Carta constitutiva¹¹¹⁶.

3.2.1.1. Iniciativas recientes en el ámbito de la Mediación en el Sistema de Naciones Unidas.

Las Naciones Unidas han desarrollado en los últimos años mejores instrumentos, en materia de diplomacia preventiva y, especialmente, de mediación¹¹¹⁷. Según el Secretario General de Naciones Unidas, la mediación es, sin duda, una de las inversiones más inteligentes y rentables que Naciones Unidas puede realizar¹¹¹⁸. Se pueden mencionar las Resoluciones Asamblea General

que es preciso diferenciarla de los llamados buenos oficios –en los que un tercero pone en contacto a los dos actores internacionales a fin de que entablen negociaciones diplomáticas o suministra una ocasión adecuada para las negociaciones–, si bien ambas actividades se codificaron originariamente en los mismos instrumentos jurídicos, las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907.

¹¹¹⁵Vid. FONT I MAS, M., “La ley de mediación aplicable en supuestos interterritoriales e internacionales”, en GRASA HERNÁNDEZ, R., ABLANC ALTEMIR, A. y DIAGO DIAGO, P. (Dirs.), *La aplicación de la mediación en la resolución de conflictos en el mediterráneo. (Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo)*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Vicesecretaría General Técnica Área de Documentación y Publicaciones Imprenta de la Oficina de Información Diplomática, Valencia, 1995, pp.85 y ss.

¹¹¹⁶CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS de 26 de junio 1945. La misma Carta la identifica como medio para el arreglo pacífico de las controversias en sus artículos 2.32 y 33.13 (Capítulo VI: “Arreglo pacífico de controversias”).

¹¹¹⁷“Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz”, UNAD-ONU, Nueva York. Septiembre de 2012.

¹¹¹⁸En 2006 se creó la Unidad de Apoyo a la Mediación (“Mediation Support Unit”, “MSU”), encuadrada en el Departamento de Asuntos Políticos (“DPA”, creado en 1992). Su Equipo de Reserva de Expertos en Mediación estará integrado a finales de 2011 por siete expertos que cubrirán seis esferas temáticas: redacción de constituciones, distribución de recursos naturales y de

60/284, de 7 de septiembre de 2006, sobre “*Prevención de conflictos armados*”, y 65/283, de 22 de junio de 2011, sobre “*Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de conflictos y su solución*”, que han contribuido a anclar la mediación en el sistema de Naciones Unidas y a situarla en lo alto de su agenda¹¹¹⁹.

3.2.3.2. El grupo de Amigos de la Mediación.

Uno de los elementos más claro, que muestra el impulso de la mediación en el sistema de Naciones Unidas, según CARRASCAL GUTIÉRREZ, es la constitución del “Grupo de Amigos de la Mediación”¹¹²⁰. Dicho grupo se creó el 24 de septiembre de 2010, durante la Semana Ministerial de la Asamblea General de Naciones Unidas, a iniciativa de Alexander Stubb, Ministro de Asuntos Exteriores finlandés, y de Ahmet Davutoglu, su homólogo turco. La propuesta cristalizó en la celebración de una Reunión Ministerial bajo el lema; “*Aumentar la Paz a través de la Mediación*”¹¹²¹.

El propósito del Grupo de Amigos de la Mediación, según los términos de su presentación del 2 de noviembre de 2010, era subrayar la importancia de la mediación en el sistema de Naciones Unidas y, lo que parece más prometedor e importante, formar una red de mediadores y desarrollar centros regionales de alerta temprana¹¹²².

los recursos hídricos, distribución de recursos naturales/ tierras, vivienda y propiedad, mecanismos de reparto de poder, cuestiones relacionadas con el género y acuerdos de seguridad (dos puestos).

¹¹¹⁹En este punto, hay que señalar las Reuniones de Alto Nivel celebradas en el Consejo de Seguridad, donde se analizan, entre otros, el Informe del Secretario General sobre “Diplomacia preventiva: obtención de resultados” (S/2011/552). Fruto de estas iniciativas se han obtenido resultados relativamente positivos, como tras la crisis electoral en Kenia (2007), la transición en Guinea Conakry, las crisis en Kirguistán (2010, con el papel clave del Centro de Naciones Unidas para la Diplomacia Preventiva, en Asia Central), Níger y Malawi y el referéndum de autodeterminación en Sudán del Sur.

¹¹²⁰CARRASCAL GUTIÉRREZ, A., “La mediación internacional en el sistema de Naciones Unidas y en la Unión Europea: evolución y retos de futuro”, Ob. cit., p.30

¹¹²¹Vid. Informe del Secretario General de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 25 de junio de 2012: “Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución Informe del Secretario General” (Sexagésimo sexto período de sesiones. Naciones Unidas. A/66/811)

¹¹²²El Grupo está compuesto actualmente por una veintena de Estados y por siete Organizaciones internacionales (entre ellas, la Unión Europea). España apoyó esta iniciativa desde sus inicios, convirtiéndose desde un principio en miembro del Grupo.

3.2.3.3. La mediación internacional en la Unión Europea

La Unión Europea muestra una amplia capacidad en el ámbito de la prevención de conflictos. Sus organismos y proyectos de análisis y prevención de conflictos, le otorgan un valor añadido en este ámbito, como muestran los múltiples avances realizados en los últimos años del siglo XXI¹¹²³.

a) El «Programa de Gotemburgo sobre Prevención de Conflictos Violentos» de 2001.

El «Programa de Gotemburgo sobre prevención de conflictos violentos», se adoptó por el Consejo Europeo el 16 de junio de 2001 y constituye el principal fundamento de la Unión Europea en la materia¹¹²⁴. Mediante este programa, se dio un impulso político para convertir la prevención de conflictos en un objetivo esencial de sus relaciones exteriores, estableciéndose una serie de prioridades en materia de prevención de conflictos y se determinaron las acciones que podrían tomarse orientadas a la alerta temprana de los conflictos. Este programa extendió el ámbito de aplicación de la prevención de conflictos a todos los sectores de la acción exterior de la Unión Europea transversalizando dicha política¹¹²⁵.

¹¹²³Entre estos organismos y proyectos, podemos señalar los siguientes:

-La «Single Intelligence Analysis Capacity» («SIAC») y del Centro Conjunto de Situaciones para el Análisis de Inteligencia («SITCEN»). El Centro de Satélites de la Unión Europea («SATCEN»), con sede en Torrejón de Ardoz (Madrid).

-La red de Representantes Especiales de la Unión Europea («REUEs»), nombrados para liderar la acción de la Unión en diversos ámbitos geográficos y políticos.

-El diálogo político en diferentes niveles.

-Las líneas directrices en numerosos ámbitos, como las medidas restrictivas o sanciones, los Derechos Humanos, la Protección de Civiles en Conflictos Armados o el Derecho Internacional Humanitario.

-Las Misiones de Política Común de Seguridad y Defensa («PCSD»).

-Los instrumentos financieros razonablemente dotados (Instrumento de Estabilidad, instrumento de Pre- Adhesión, Instrumento para la promoción de la Democracia y de los Derechos Humanos, etc.).

-Las políticas consolidadas en los ámbitos de la cooperación internacional para el desarrollo y de los Derechos Humanos.

-Las Misiones de Observación Electoral.

¹¹²⁴Programa de Gotemburgo sobre prevención de conflictos violentos», de 16 de junio de 2001. (Unión Europea. Consejo Europeo, 2001).

¹¹²⁵El programa establece que la prevención de conflictos no sólo debe integrarse en el plano de la Política Exterior y de Seguridad Común («PESC»), sino que, ha de incluirse en toda la acción exterior, incluyendo la cooperación al desarrollo y la política comercial y utilizando todos los instrumentos a disposición de la Unión. Destacando la necesidad de hacer un uso más sistémico, coordinado y coherente, de los instrumentos disponibles por la Unión en la materia.

b) Iniciativas recientes en el ámbito de la mediación en la Unión Europea.

En el año 2011, con el décimo aniversario del establecimiento del Programa se realizó un balance de los avances de la Unión, para revitalizar el compromiso adquirido en 2001. Con las Conclusiones del Consejo de Asuntos Exteriores («CAE») de 20 de junio de 2011¹¹²⁶, el Consejo invita a la Alta Representante y a otros órganos relevantes de la Unión a aplicar una serie de medidas prácticas en los ámbitos analizados en esta Nota y decide volver a analizar la materia antes de final de año, por lo que, previsiblemente, la misma será incluida como punto del orden del día en ulteriores Reuniones del CAE.

En la Reunión del Grupo de Trabajo del Consejo de la Unión Europea sobre Naciones Unidas (“CONUN”) celebrada el 15 de julio de 2009 bajo Presidencia sueca y en presencia de Christopher Coleman (*Head of the Policy Planning and Mediation Support*, Departamento de Asuntos Políticos de la Secretaría de Naciones Unidas), quien realizó una presentación sobre “*Lessons learned from establishing UN mediation support*”, se acordó que la Unión Europea¹¹²⁷ tendría en cuenta consideraciones presupuestarias de cara a aumentar su contribución financiera a la Unidad de Apoyo a la Mediación de Naciones Unidas, de manera que se avanzara hacia un equilibrio entre la financiación dirigida a las Operaciones de Mantenimiento de la Paz y a las iniciativas de mediación; y además, intensificaría su cooperación con Naciones Unidas en la materia, creando sinergias y evitando duplicidades¹¹²⁸.

c) El Tratado de Lisboa y la Mediación.

El Tratado de Lisboa supone un importante avance institucional, en términos de coherencia y de herramientas disponibles en el ámbito de la prevención de conflictos. Se está viendo complementada por el progresivo establecimiento del “Servicio Europeo de Acción Exterior” (artículo 27.3 del

¹¹²⁶Conclusiones del Consejo de Asuntos Exteriores («CAE»), de 20 de junio de 2011. UNIÓN EUROPEA, CONSEJO EUROPEO (2011).

¹¹²⁷Herman Van Rompuy, Presidente del Consejo Europeo, en el Debate General de la 66ª Asamblea General de Naciones Unidas (Nueva York, 22 de septiembre de 2011), en el que señalaba que uno de los medios más eficaces de la Unión para contribuir a la paz y a la seguridad en el mundo es la mediación: “Con conocimientos de la mediación. Mediamos en conflictos en nuestro barrio y fuera de él, basándonos en nuestra experiencia y superando rivalidades de larga data. En los Balcanes reunimos a las partes. Y como miembros del Cuarteto, estamos completamente implicados en encontrar una solución al Proceso de Paz de Oriente Medio”.

¹¹²⁸CARRASCAL GUTIÉRREZ, A., “La mediación internacional en el sistema de Naciones Unidas y en la Unión Europea: evolución y retos de futuro”, Ob. cit., p.31.

Tratado), que cuenta con un Departamento enteramente dedicado a la prevención de conflictos y a la política de seguridad, dentro de la Dirección de Asuntos Globales y Multilaterales, y por las Delegaciones de la Unión (artículo 221, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

3.2.3.4. España y la mediación internacional.

España siempre ha considerado la mediación internacional como un instrumento indispensable para la gestión de conflictos, en la que es indispensable el papel de las Naciones Unidas. Para ello, contribuyó, con la Unidad de Apoyo a la Mediación en 2006, a través de su apoyo político-diplomático y financiero¹¹²⁹. España está otorgando una creciente importancia al concepto de *seguridad humana* definida como, “*seguridad centrada en las personas, como seguridad con rostro humano*” y presenta a España como Estado firmemente comprometido con los Derechos Humanos, la lucha contra el cambio climático, las políticas de género, la seguridad alimentaria y la diplomacia preventiva (Alianza de Civilizaciones).

Se está contribuyendo de forma activa a los progresos de la Protección de Civiles en Conflictos Armados realizados en el marco de Naciones Unidas. La contribución de España a la mediación se realiza de manera directa, a través del apoyo a iniciativas y ámbitos conexos, creando sinergias positivas con otras esferas y con otros actores internacionales, y, especialmente, con su actividad en el marco de Naciones Unidas y de la Unión Europea.

Este planteamiento se ha visto plasmado recientemente en el Documento “*Estrategia Española de Seguridad: una Responsabilidad de Todos*”¹¹³⁰. Esta Estrategia omnicomprendiva cristaliza un enfoque preventivo en la política

¹¹²⁹Complementariamente, cabe destacar que España apoya firmemente los nuevos pilares de la seguridad en el marco de Naciones Unidas. Así, en el ámbito de la norma de la “Responsabilidad de Proteger” (“R2P”), España está siendo un Estado particularmente activo en su dimensión preventiva (primera “sub-responsabilidad” o “Responsabilidad de Prevenir”).

¹¹³⁰“Estrategia Española de Seguridad: una responsabilidad de todos” <http://www.lamoncloa.gob.es/>

española de seguridad en el que la mediación se inserta de manera evidente e identifica las principales amenazas para España para la próxima década¹¹³¹.

3.2.3.5. Principales retos de futuro de la mediación internacional.

Como ha analizado CARRASCAL GUTIÉRREZ, a pesar de los avances en materia de paz internacional, a la mediación internacional le resta un largo camino por recorrer para alcanzar los objetivos fijados por Naciones Unidas y por la Unión Europea¹¹³². Pueden identificarse tres retos principales, según este autor, para los próximos años¹¹³³:

1º Debería alcanzarse un equilibrio entre la financiación dirigida a las Operaciones de Mantenimiento de la Paz y a las iniciativas de mediación.

2º En cuanto a los recursos humanos, en cuatro aspectos: debería desarrollarse un cuerpo de mediadores de nivel medio, que realicen una labor menos mediática pero igualmente eficaz y necesaria. También sería necesario desarrollar, una capacidad para el despliegue rápido de equipos de profesionales experimentados, con adecuado equilibrio de género, en fases de conflicto incipiente o latente. Desarrollar una base de datos de mediadores para poder seleccionar adecuadamente a los profesionales de acuerdo con cada circunstancia. Y, desarrollar programas de formación de mediadores e iniciativas de preparación sistemáticas encaminadas a la especialización de los profesionales y a crear una, “*nueva generación de mediadores*”.

¹¹³¹Vid. RUIZ GONZÁLEZ F., “Estrategia Española de Seguridad”, *Documentos FUNCIVA*, Fundación ciudadanía y Valores, Junio de 2011, www.funciba.org. El autor da como ejemplo, el terrorismo (seguridad física), el crimen organizado (seguridad política), la inseguridad económica y financiera (seguridad económica y financiera), la vulnerabilidad energética (seguridad energética), la proliferación de armas de destrucción masiva (seguridad física), los ciberataques (seguridad política), los flujos migratorios no controlados seguridad política), los conflictos armados (seguridad física), las catástrofes naturales y el cambio climático (seguridad medioambiental).

¹¹³²Vid. CARRASCAL GUTIÉRREZ, A., “La mediación internacional en el sistema de Naciones Unidas y en la Unión Europea: evolución y retos de futuro”, *Ob. cit.*, p.33.

¹¹³³RODRIGUEZ PALOP, M^a E., *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y Justificación*, *Ob. cit.*, p.297: “Ciertamente, mantener un concepto positivo de paz en el que se introduzcan valores últimos que se estimen deseables, no soluciona los problemas de fondo que derivan, por un lado de los conflictos prácticos que suelen surgir entre los mismos, y por otro, de la confusión que puede darse ente el significado de la paz (perpetua y perfecta) y el de la justicia, que una condición necesaria para su realización.”

3° A nivel político, debería intensificarse la cooperación de las Organizaciones Regionales y Sub-Regionales con Naciones Unidas en la materia, creando sinergias y evitando duplicidades a través de Acuerdos de Colaboración, así como, promocionarse el desarrollo de Líneas Directrices y Códigos de Conducta sobre mediación internacional y lograrse el compromiso de las Organizaciones No Gubernamentales y de la sociedad civil con los medios y objetivos de la mediación. De esta forma, entiende este autor, podría seguirse el avance en la prevención, gestión y resolución de conflictos con la discreción y eficacia que garantiza la mediación internacional.

3.3. AMBITOS JURÍDICOS DE LA MEDIACIÓN: CIVIL Y MERCANTIL, LABORAL, PENAL Y CONCILIACIÓN Y REPARACIÓN EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL.

Para el ámbito jurídico, la elección de cualquiera de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, incluida la mediación, sólo es posible, salvo autorización legal expresa, cuando los litigios tienen carácter disponible, ya que sólo cuando se trata de derechos disponibles, es cuando podemos decir que las partes son dueñas de su propia controversia, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Solo en este caso y por este motivo, son las propias partes, quienes deben decidir, la forma en que quieren resolverlo, pudiendo optar por una pluralidad de posibilidades. Si la materia en la que se genera el litigio es indisponible, como ocurre con el derecho penal, solo se puede acudir a la jurisdicción.

Optar por la vía jurisdiccional también es un modo de disponer del derecho privado¹¹³⁴. La disponibilidad del asunto se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo, en la titularidad particular del mismo, en la autonomía de la

¹¹³⁴Vid. CALAMANDREI P., *Instituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Cedam, Padova, 1943, pp. 209-214. Como consecuencia del respeto a la autonomía de la voluntad en el ámbito de los derechos disponibles

voluntad de los ciudadanos y, en definitiva, de la expresión jurídica de la libertad¹¹³⁵.

Nuestra, Ley de Enjuiciamiento Civil, reconoce expresamente el poder de disposición de las partes sobre el proceso, al establecer en su artículo 19.1 que: “*los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje, y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero*”¹¹³⁶.

Si tenemos en cuenta que disponibilidad¹¹³⁷, coincide en general, con los derechos y facultades sobre los cuales es posible transigir¹¹³⁸ y que al margen de estas materias (estado civil de las personas, matrimoniales y alimentos futuro), existen otras, que no pueden ser transigibles por aplicación del art. 6.2 CC, cuando sean contrarias al interés o el orden público o perjudique a terceros; podemos concluir que conforme a derecho, no son de libre disposición¹¹³⁹:

1. Las relativas al estado civil de las personas, como la nacionalidad, la capacidad, prodigalidad, filiación, paternidad y maternidad, matrimonio, menores, las que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; y las que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción¹¹⁴⁰.
2. Todas aquellas en las que por razón de la materia o en representación y defensa de menores, incapacitados, o ausentes, intervenga el Ministerio Fiscal.
3. Las relativas a alimentos futuros al no ser posible transigir sobre los mismos (artículos 1814 del Código Civil y 748, y 551.1 LEC). Respecto a los alimentos futuros, La jurisprudencia viene admitiendo la

¹¹³⁵Vid. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p.346.

¹¹³⁶Art. 19.1 LEC, modificado por la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE N° 162 de 7 de julio de 2012).

¹¹³⁷Vid. SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013, pp.39-62.

¹¹³⁸Art.1814 CC.

¹¹³⁹En este sentido, AP de Madrid, Sección 10ª, Auto de 16 de octubre de 2007, que cita a su vez la Sentencia de la AP de Vizcaya de 17 de mayo de 2005.

¹¹⁴⁰Sin embargo, se puede transigir respecto a las pretensiones de naturaleza patrimonial. En este sentido, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia de 9 de febrero /Ref. 50894 (2010).

posibilidad de transigir los alimentos que tengan un origen distinto de la ley¹¹⁴¹.

4. Las que no puedan ser objeto de contrato conforme al artículo 1271 CC.
5. Cuando el laudo arbitral, o el acuerdo al que lleguen las partes a través de una negociación, mediación o conciliación no afecte exclusivamente a las partes del convenio arbitral, o del proceso de mediación, negociación o conciliación, celebrado en el ámbito de la autonomía de la voluntad negociada (artículo 1255 CC), sino a terceros, o al interés o al orden público (art. 6.2 CC)”.

Por tanto, las partes pueden disponer de todo aquello que tenga que ver con su exclusivo interés y pueden renunciar, transigir o desistir, salvo en las materias a las que se refiere el artículo 1814 CC, o que afecten al interés público, o al interés de tercero (art. 6.2 CC); por tanto, las cuestiones que trasciendan el interés particular, por afectar a terceros o al interés público serán indisponibles¹¹⁴².

El “orden público”, o “interés público”, como concepto delimitador de la disponibilidad, se ha ido fijando por la doctrina y jurisprudencia a lo largo del tiempo y el mismo existen tres posibles interpretaciones¹¹⁴³:

a) Una primera interpretación estricta o restringida de orden público, que considera que con arreglo a la nueva orientación contenida en la Sentencia del TC de 15 de abril de 1986, el orden público se vería vulnerado si se infringen los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles a través, fundamentalmente, del artículo 24 de la CE. Siguiendo este primer criterio interpretativo se podría indicar que la vulneración del orden

¹¹⁴¹No cabe renunciar a reclamarlos en caso de necesidad (art.151 CC.). En todo caso, la prohibición se refiere únicamente a los alimentos futuros. Los devengados desde el momento del vencimiento, han entrado en el patrimonio del alimentista y por ello, puede transigir sobre ellos.

¹¹⁴²MONTES PENADÉS, V., “Composición y Jurisdicción en el Convenio arbitral”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. Y MENDEZ GONZÁLEZ, FF. (Coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, Ob. cit., pp.3363-3364: “De modo que los operadores jurídicos tenemos que decidir, caso por caso, utilizando los criterios de la doctrina usual y el efecto indudablemente didáctico de las decisiones jurisprudenciales a partir de preceptos como el 1814 del CC. Señalaríamos así, materia claramente no susceptibles de decisión arbitral, como los temas de estado civil, la herencia futura, las cuestiones hereditarias entre herederos forzosos, el tema de las legítimas o las materias que afecten al orden público. Para ordenar la materia, podríamos apuntar que no son materias de libre disposición, aquéllas que están reguladas por normas imperativas en la que la autonomía privada no tiene juego para componer libremente los intereses. Aunque es cierto que va extendiéndose el ámbito de la autocomposición, que comprende ahora de modo indudable, aspectos de la vida social, que antes entendíamos sustraídos al pacto”.

¹¹⁴³Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, pp.27 y ss.

público se produciría bien¹¹⁴⁴, por; 1) vulneración de un tribunal o árbitro ordinario (entendido como el designado competente por las partes), o; 2) cuando se haya vulnerado el derecho de acceso a la jurisdicción, y en el convenio se contenga algún tipo de cláusula que impida a las partes acceder a la vía de la anulación de la resolución.

b) Una segunda interpretación, minoritaria en la actualidad, por ser excesivamente amplia e indeterminada, y que comprende la totalidad del ordenamiento jurídico constitucional, legal, e incluso principios morales o económicos¹¹⁴⁵.

c) Y por último, una tercera interpretación, más amplia que la anterior pero intermedia, que es la mayoritaria y que distingue entre orden público material y el orden público procesal¹¹⁴⁶. El orden público material, incluiría, “*los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada*”¹¹⁴⁷, principios que “*son informadores de las instituciones jurídicas y esencialmente coincidentes con los principios generales del derecho, y por extensión, de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I CE*”¹¹⁴⁸. Por tanto, la infracción del orden público material incluye la vulneración de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 11 a 38 de la CE, que tienen aplicación directa, en virtud del artículo 53 de la CE.

En el ámbito del Derecho civil, los principios que integran el orden público material, como indica O’CALLAGHAN son los siguientes: “*El principio de igualdad (art. 14CE); la protección del derecho a la vida e integridad física (art. 15CE); libertad (Arts. 16 y 17 CE); honor, intimidad e imagen (art. 18CE); los derechos de reunión (art. 21CE); asociación (art. 22CE) y fundación de interés público (art. 34CE); el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24CE). Además,*

¹¹⁴⁴Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ A., “La revisión de la aplicación de las normas en el arbitraje de derecho o del pronunciamiento de los árbitros en el arbitraje de equidad”, en BERCOVITZ-CANO R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Tecnos, 1991, p.728.

¹¹⁴⁵Vid. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 32, 2009, p.76.

¹¹⁴⁶Esta interpretación es seguida entre otras, por la AP de Madrid, sección 11ª, en su sentencia de 22 de junio de 2009, que sigue a su vez la doctrina sentada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 12ª, de 17 de junio de 2008.

¹¹⁴⁷Siguiendo las Sentencias del TS de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979

¹¹⁴⁸AP de Madrid, Sección 14ª, ST de 3 de febrero de 2009, en su F. J. Octavo, que recoge la doctrina sentada por la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª, de 5 de junio de 2007, haciéndose eco de las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1995, 26 de septiembre de 2006 y 7 de julio de 2006

son de aplicación directa las normas de la CE sobre mayoría de edad (Art. 12CE)¹¹⁴⁹. Por tanto, a través de la infracción del ordenamiento jurídico material no se puede alegar cualquier infracción del ordenamiento jurídico material, sino únicamente las anteriormente expuestas.

El orden público procesal, sin embargo, estaría integrado por todos aquellos principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal y que se recogen en el artículo 24 CE¹¹⁵⁰.

En resumen, el orden público lo constituiría, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico tanto en su aspecto material como procesal, los cuales, a su vez, son consecuencia y, manifestación de los principios que constituyen la esencia de la sociedad y que se contienen en la Constitución de 1978, en el Capítulo II, Título I, relativos a los Derechos y Libertades Fundamentales.

Los conceptos de orden público y norma imperativa no son equivalentes. Este criterio es el que ha quedado establecido en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo¹¹⁵¹.

El concepto de orden público, en el ordenamiento jurídico español, no coincide con el que impera en Derecho Comparado, cuando se sitúa en la infracción de las normas imperativas. En el sistema normativo español, la vulneración de la infracción del orden público, consiste en la transgresión de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en la Constitución¹¹⁵². Por tanto, el carácter imperativo de la norma no la hace indisponible, para la elección del sistema de resolución de conflictos que quieran utilizar las partes

¹¹⁴⁹O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1997, p.101

¹¹⁵⁰No obstante, como indica la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 5ª, en su sentencia de 28 de enero de 2008, F.J.4º: “Tras analizar la aplicabilidad del artículo 24 CE al arbitraje, resulta que la mayor parte de los derechos reconocidos en este precepto son de muy difícil aplicación arbitral, y, además, aquellos que mejor se adecuan al arbitraje pueden ser denunciados al amparo del art. 41.1 b). Por tanto, son constitutivas del orden público procesal las violaciones del derecho de defensa constitucionalmente relevante y del derecho a un proceso con todas las garantías en cuanto recoge el derecho a la imparcialidad del árbitro”.

¹¹⁵¹Vid. STS, de 26 de abril de 1995, 26 de septiembre de 2006 y 7 de julio de 2006. En estas sentencias, el TS, ha establecido que: “El concepto de orden público no es exactamente coincidente con el de norma imperativa, especialmente por cuanto muchas normas imperativas no se refieren ni a la organización de la comunidad ni a sus principios fundamentales y rectores, y porque en determinadas materias comprendidas dentro del ámbito señalado no se requiere un carácter imperativo expreso para que queden sustraídas a la disponibilidad de los particulares”

¹¹⁵²Vid. SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVI, 2013, pp.39-40.

(autocompositivo o heterocompositivo), salvo que afecte a terceros que no hayan intervenido en el convenio arbitral, en la conciliación, en la negociación, en la mediación, o afecte al orden público¹¹⁵³.

En la mediación, conciliación y negociación, en cuanto métodos autocompositivos, regidos por la autonomía de la voluntad, y por el carácter disponible del derecho, las partes también pueden tener en cuenta sus intereses particulares con preferencia a la ley siempre que la regulación de la materia objeto de conflicto sea disponible, no contravenga el orden público, ni perjudique a terceros. Ahora bien, han de observar las normas imperativas que regulen la materia objeto de conflicto, porque el acuerdo, no tendrá en ningún caso efecto de cosa juzgada, aunque pueda ser título ejecutivo, y el contrato de transacción podrá ser impugnado ejercitando la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23.4 LM)¹¹⁵⁴.

Vamos a diferenciar en función del anterior criterio, por ámbitos materiales, analizando cómo y con qué cautelas podría incluirse la mediación, como método alternativo de resolución de conflicto, tanto en materias de carácter disponible: los asuntos civiles y mercantiles, otros de naturaleza mixta como familia y derecho laboral, la justicia penal de menores y la materia penal, donde la inclusión de la mediación no está siendo pacífica a nivel doctrinal.

3.3.1 MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.

En el ámbito de la legislación estatal, hemos de señalar que mediante el Real Decreto Ley 5/2012, se efectuó la transposición a nuestro Derecho interno de

¹¹⁵³En este sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de STS de 21 marzo 1985 (en relación con el arbitraje), ha considerado que, el carácter imperativo de las normas no impide el arbitraje (o los restantes sistemas no jurisdiccionales de resolución de controversias) siempre que la materia sea de libre disposición, y no contravenga el orden público, ni perjudique a terceros, porque lo contrario sería “confundir el carácter de las normas jurídicas con el ejercicio de los derechos privados -no públicos- de los que puede disponerse, incluso en el grado máximo de disposición que implica la renuncia”. También, en Auto 22 de enero 2008AP de Madrid, Sección 21.

¹¹⁵⁴Vid. LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., FERNÁNDEZ DE LA MELA, J.M., “El acuerdo de Mediación”, *Diario La Ley*, Nº 8477, 2015, pp.1-30. En la ley de mediación 5/2012, de 6 de julio, el legislador ha querido asimilar la mediación, si se eleva a escritura pública, a la conciliación, y no al arbitraje. Por tanto, lo convenido en mediación, o conciliación, es una transacción, aunque constituya un título ejecutivo (en la conciliación) o pueda constituirlo (en la mediación si se eleva a escritura pública). Por tanto, no tiene efecto de cosa juzgada, aunque puede documentar todo tipo de obligaciones.

la Directiva 2008/52/CE, de 21 mayo de 2008, antes citada, ello a pesar de que conforme a lo establecido en el artículo 12.1 de la misma, debía haberse verificado con anterioridad al 21 de mayo de 2011. Con ocasión de la convalidación parlamentaria del Decreto Ley se acuerda su trámite como Proyecto de Ley, resultando finalmente aprobada la, Ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹¹⁵⁵.

El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, desarrolla determinados aspectos de la Ley 5/2012, en relación con la formación de los mediadores y el alcance de la obligación de aseguramiento de su responsabilidad civil, así como la publicidad de los mediadores y de las instituciones de mediación, y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos¹¹⁵⁶.

Este Real Decreto parte de una concepción abierta de la formación, acorde a los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen la actuación de los mediadores. Por ello, no se establecen requisitos estrictos o cerrados respecto a la configuración de esa formación, se limita a regular unos requisitos mínimos pero sin establecer de manera cerrada la que haya de realizar cada mediador.

La publicidad de los mediadores se articula a través de la creación del. “Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación,” dependiente del Ministerio de Justicia. La finalidad de este registro es facilitar la publicidad y la transparencia de la mediación, dando a conocer a los ciudadanos los datos relevantes que se refieren a la actividad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación. Para conseguir este propósito, el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, se conforma como una base de datos informatizada a la que se accede gratuitamente a través del sitio web del Ministerio de Justicia.

¹¹⁵⁵Una norma que se erige como la primera reguladora de la mediación civil y mercantil a nivel estatal y se enmarca en las competencias que le incumben al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, conforme al artículo 149.1.6 y 8 de la Constitución Española, respetando las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

¹¹⁵⁶Dos preceptos del Real Decreto fueron desarrollados posteriormente por la Orden Ministerial 746/2014, de 7 de mayo, en la que se desarrollaban los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013 de 13 de diciembre, y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación. La Disposición Final Segunda del Real Decreto 980/2013, habilitó al Ministerio de Justicia para dictar las disposiciones necesarias para la puesta en funcionamiento del Registro de mediadores e Instituciones de Mediación.

La Ley 5/2012 de 6 de julio, ha representado un hito importante en la legislación española. Por una parte, porque se regula por primera vez, en el ámbito estatal, algunos aspectos generales de este medio autocompositivo y desde el punto de vista procesal, porque conectó la mediación con la jurisdicción civil ordinaria al modificar cerca de 20 disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ampliando así las, hasta el momento, dos referencias que se hacían en los artículos 770 y 777, en los procesos matrimoniales¹¹⁵⁷. También contempla la suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad de acciones con la presentación de la solicitud de mediación¹¹⁵⁸.

Aunque la finalidad inmediata de esta ley es la transposición de la Directiva 2008/52/CE, su texto legal tiene la intención de formular un régimen general aplicable a toda la mediación que tenga lugar en España pretendiendo conseguir un efecto vinculante para las partes. No obstante, lo hace sin perjuicio de las disposiciones ya existentes de las Comunidades Autónomas dictadas en el ejercicio de sus respectivas competencias, reconociendo expresamente el impulso que en estas ha experimentado la mediación en los últimos años.

La mediación se define en el artículo 1 LMACM como: *“aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediado”*. A diferencia de la Directiva y de otras leyes autonómicas, que la definen, de inicio, como un procedimiento, la LMACM se refiere a ella así, en múltiples preceptos (art. 6, 7, 9, 13, el título IV *“procedimiento de mediación”*, artículos 16, 17, 18, 19, 20, 22, 25, 26). Otras expresiones legales aluden a la misma como *“fórmula de autocomposición”* o *“instrumento eficaz para la resolución de controversias» y también «como institución ordenada a la paz jurídica”*¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁷BOE N° 56, de 6 de marzo de 2012; corrección de errores, BOE N° 65, de 16 de marzo de 2012.

¹¹⁵⁸Art. 4, Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹¹⁵⁹La mediación queda establecido como un medio autocompositivo de gestión y resolución de conflictos pues, como se explicita abiertamente en el texto de la norma, son las propias partes las que alcanzan los acuerdos de solución. La intervención del tercero se limita a crear el espacio de confianza necesario para que las partes se comuniquen, dialoguen y con su trabajo y responsabilidad puedan generar las opciones de solución que sean estables, duraderas de acuerdo con los respectivos intereses. A diferencia de los medios heterocompositivos en los que el tercero, juez o árbitro, decide el resultado de la controversia, en función de las pruebas aportadas por las partes, imponiendo su decisión que las partes deben cumplir.

La finalidad de esta ley es la de garantizar un mejor acceso a la justicia, principio fundamental de la Unión Europea, como así puede desprenderse de la propia Directiva 2008/52/CE19, que el Real Decreto Ley 5/2012 incorporó al ordenamiento jurídico español y que se concreta, en la ley vigente (LMACM), al permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, como la mediación, en asuntos civiles y mercantiles, simplificando y mejorando el acceso a la justicia.

El modelo de mediación¹¹⁶⁰ que contempla la norma española, se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes¹¹⁶¹.

La mediación, según la define la Ley, tiene tres objetivos fundamentales:

- a) En primer lugar, pretende desjudicializar determinados conflictos, promoviendo la solución de aquellos que así lo permitan al margen de Juzgados y Tribunales, considerando que a través de este medio, se puede encontrar una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes y que puede servir para reducir la carga de trabajo de los tribunales¹¹⁶², quedando la solución judicial para aquellos supuestos en que las partes enfrentadas no hubieran podido llegar a un acuerdo.
- b) Su segundo objetivo es servir de guía a la libre negociación de las partes siendo flexible en sus facultades de disposición. Es decir, se da una pérdida de protagonismo de la ley, a favor del principio dispositivo y de la autonomía de la voluntad de las partes¹¹⁶³. En esta flexibilidad es

¹¹⁶⁰VIOLA DE MESTRE, I., “La Mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la ley 5/2012 de 6 de julio)”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Agosto-Septiembre 2012, Vol.3, N°2, pp.159-160

¹¹⁶¹Este mediador es la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. La persona mediadora ha de reunir los requisitos de formación que le permitan desempeñar esa tarea y también ha de ofrecer garantía suficiente a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir.

¹¹⁶²Se destaca como ventaja de la mediación “su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad”; y contribuye a concebir a los tribunales de justicia “como último remedio”, reduciendo su actuación a aquellos casos en que las partes no han sabido poner fin a la situación de controversia desde el acuerdo

¹¹⁶³Señala la Exposición de Motivos de la Ley: “El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública”.

fundamental la figura del mediador que deberá contar con una formación específica que le permita desempeñar su tarea.

- c) El tercer objetivo de esta regulación es la llamada *desjuridificación*, consistente en la flexibilidad del contenido del acuerdo alcanzado en el procedimiento, lo que permite llegar a soluciones menos traumáticas que las del proceso, en las que opera la dinámica ganador-perdedor¹¹⁶⁴. Lo que pretende la Ley es facilitar el recurso a la mediación, articulando lo que define como “*un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo*”¹¹⁶⁵.

3.3.1.1. Concepto de mediación en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Ya hemos señalado antes que, la mediación se define en la Ley 5/2012, como, “*aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*”¹¹⁶⁶.

De esta definición se desprende que el legislador español la considera como una forma de solucionar conflictos y también como un procedimiento de gestión e incluso de prevención de los mismos, como sucede cuando la persona mediadora interviene en una situación para tratar de evitar que el conflicto aflore en el

¹¹⁶⁴La Exposición de Motivos de la Ley señala: “En ningún caso pretende esta norma encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan sólo sentar sus bases y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto. Es aquí donde se encuentra, precisamente, el segundo eje de la mediación, que es la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto”.

¹¹⁶⁵ Como medidas para favorecer su uso se procura que no tenga repercusión en costas procesales posteriores, que no se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes y que no interrumpa la prescripción, optándose por la suspensión de la misma al iniciarse el procedimiento, con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados

¹¹⁶⁶Art. 1 de la LMACM. A diferencia de la Directiva Europea y de otras leyes autonómicas, que la definen, como un procedimiento, la LMACM se refiere a ella en múltiples preceptos (art. 6, 7, 9, 13, el título IV «procedimiento de mediación», artículos 16, 17, 18, 19, 20, 22, 25, 26). En la Exposición de Motivos de la LMACM, se hace mención a que con la mediación en este ámbito: “Se contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico (asuntos civiles y mercantiles) como último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes”.

futuro¹¹⁶⁷. En los ámbitos, civil y mercantil, en particular, cuando las partes tienen una controversia en el marco de una relación jurídica que se prolongará en el tiempo, sea del tipo que sea, familiar, contractual o empresarial, incluso de vecinos, la mediación se va a erigir como el instrumento idóneo para gestionarla y resolver sus posibles, pues favorece el diálogo entre ellas y que alcancen por ellas mismas opciones de solución, preservando dicha relación¹¹⁶⁸.

La finalidad última y principal de la norma es la de garantizar un mejor acceso a la justicia, como principio fundamental de la Unión Europea, como así puede desprenderse de la propia Directiva 2008/52/CE¹⁹ que el Real Decreto Ley 5/2012 incorporó al ordenamiento jurídico español¹¹⁶⁹. Esta idea se concreta, en la vigente ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LMACM), al permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, como la mediación, en asuntos civiles y mercantiles, de tal manera que se simplifique y mejore el acceso a la justicia¹¹⁷⁰.

3.3.1.2. Principios informadores.

Sobre los principios informadores de la mediación, FERNANDEZ BALLESTEROS ha señalado que los principios de la mediación podemos entenderlos como aquellos presupuestos sobre los que ésta se basa. Estos presupuestos son compartidos por los mediadores y las personas que se someten al

¹¹⁶⁷Por ejemplo, cuando el mediador de la empresa familiar participa en la elaboración del protocolo familiar, mediante el cual se planifica la sucesión del fundador, con la finalidad de gestionar y prevenir una de las mayores fuentes de conflictos en estas organizaciones empresariales con miembros de la familia en la propiedad o la gestión, como es el relevo generacional.

¹¹⁶⁸Vid. MUÑOZ, C., “La nueva ley para la resolución voluntaria de conflictos”, *Diario La Ley*, Nº 7840, 18 de abril de 2012, pp. 4-7.

¹¹⁶⁹En el año 1981, el Consejo de Europa emitió una recomendación por la que se indicaba a los Estados miembros del Consejo de Europa que se tomaran medidas para facilitar o alentar, allí donde sea apropiado, la conciliación de las partes y los acuerdos amistosos de las disputas antes del inicio de los procedimientos judiciales o durante los mismos (Punto 3, del apartado B Recomendación Nº R (81) 7, del Comité de ministros del Consejo de Europa, a los Estados miembros sobre medidas para facilitar el acceso a la justicia, adoptada el 14 de mayo de 1981).

¹¹⁷⁰Vid. TRIGO SIERRA, E. y MOYA FERNÁNDEZ, A.J., “La mediación civil y mercantil en España y en el derecho comparado: A propósito del Real Decreto Ley 5/2012”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Nº 32, 2012, pp.102-112.

proceso de la mediación y, en ocasiones, están contemplados por las propias leyes¹¹⁷¹.

La mediación en la Ley 5/2012 se identifica, desde sus inicios, con unos principios, como ideas, bases o razones fundamentales sobre las cuales discurre esta figura¹¹⁷². La LMACM instituye algunos de ellos, en concreto¹¹⁷³:

1.- Voluntariedad y libre disposición de las partes.

La voluntariedad es el fundamento de la mediación. La voluntariedad, han señalado GINEBRA y TARABAL, constituye la esencia de la mediación y es un principio inderogable, tanto en relación con la posibilidad de desistir durante el proceso mediador y, asimismo, en cuanto a la no necesidad de alcanzar un acuerdo¹¹⁷⁴.

La voluntariedad constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la mediación en la LMACM, tanto para las partes como para el mediador. Cada una de las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad y libre disposición, tiene libertad para decidir el inicio de la mediación, del mismo modo que, una vez comenzado, si así lo desea también, tiene la misma libertad para desistir del mismo, sin que exista obligación alguna de concluir un acuerdo¹¹⁷⁵.

También es voluntaria para el mediador, en el sentido de que éste puede renunciar a desarrollar la mediación, en cuyo caso estará obligado a entregar un

¹¹⁷¹Vid. FERNANDEZ BALLESTEROS GONZÁLEZ, E.C., “Principios de la mediación: Rol y técnicas de la mediación”, en GORJÓN GOMEZ, F. y LOPEZ PELÁEZ, A. (Coords.), *Estado del Arte de la Mediación*, Ob. cit., p.193.

¹¹⁷²Vid. ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estudio doctrinal. Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Nº 2135, Madrid, Octubre de 2011, p.7. Indica este autor que los principios rectores de una determinada figura jurídica constituyen las notas características que lo diferencian del resto de figuras e instituciones de nuestro ordenamiento jurídico. Representan el armazón sobre el cual se irán asentando las distintas disposiciones jurídicas definitivas de esa figura, y de las cuales se derivarán, en su caso, trascendentales garantías, derechos y obligaciones para quienes se valgan de ella. También sobre la idea, puede verse; VIOLA DE MESTRE, I., “La Mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la ley 5/2012 de 6 de julio)”, Ob. cit., p.159.

¹¹⁷³CUCARELLA GALIANA, L. A., “Principios relativos a las partes en la mediación”, *Práctica de Tribunales*, Vol. II. año 9, Nº 98-99, 2012, pp. 6-19.

¹¹⁷⁴Vid. GINEBRA MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J., “Mediación obligatoria e inducción a la mediación”, en LAUROBA LA CASA, Mª E. y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación es Justicia. El impacto de la ley 5/2012 de Mediación civil y mercantil*, Huygens, Barcelona, 2014, pp. 307 y ss.

¹¹⁷⁵Art. 6, LMACM. Cada una de las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad y libre disposición, tiene libertad para decidir el inicio de este procedimiento de mediación, del mismo modo que, una vez comenzado, y si así lo desea también, tiene la misma libertad para desistir del mismo, sin que exista obligación alguna de concluir un acuerdo.

acta a las partes en la que conste su renuncia¹¹⁷⁶, y en este caso, sin ser necesario que indique causa alguna¹¹⁷⁷.

Este principio puede, hasta cierto punto, entrar en contradicción con la cláusula de sumisión a mediación que en un momento dado, en previsión de futuras controversias, las partes en una determinada relación hubieren podido acordar, puesto que, llegada la controversia, deberían iniciar un procedimiento de mediación. Sin embargo, si pensamos que las partes no están obligadas a permanecer en el procedimiento de mediación, este debate no tendría mucho sentido, ya que, pese a dicha cláusula de sumisión, una vez iniciado el proceso de mediación cada una de ellas y en cualquier momento, tiene la libertad de desistir del mismo.

Para propiciar que las partes tengan que someterse a mediación, cuando éstas han suscrito una cláusula de sumisión a dicho procedimiento, la propia LMACM instituye un régimen particular de la declinatoria mediante el cual el demandado podrá denunciar la falta de jurisdicción por no haberse sometido a mediación la controversia en virtud de la nueva redacción de los artículos 39, 63.1, 65.2, 66 y 206 último párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la Disposición Final Tercera, puntos 2 a 6, LMACM ha introducido en la Ley procesal.

No obstante, en la LMACM (art. 6) se prevé que si las partes en su momento hubieren pactado el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que pudiesen surgir entre ellas, con base en la buena fe, éstas deberán intentar dicho procedimiento antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial¹¹⁷⁸. Esta disposición, quizás podría dar a entender que el incumplimiento de la cláusula de sumisión, esto es, el hecho de negarse a someterse a mediación pudiera ser considerado como una vulneración del

¹¹⁷⁶Art. 13.3, LMACM.

¹¹⁷⁷ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estudio Doctrinal. Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, Ob. cit., p.8: “La clave del éxito de la mediación reside, entre otras cuestiones, en que son las partes las que deciden libremente acudir a este sistema de solución de conflictos con la finalidad de acercar posturas y lograr un acuerdo satisfactorio para ambas. Por ello, de esta nota distintiva se deriva que las partes en conflicto son libres de acudir a la mediación, de mantenerse en la misma o de retirarse de dicho sistema en cualquier momento”.

¹¹⁷⁸NADAL SANCHEZ, H., *Mediación: De la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2016, p.79: “La voluntariedad asegura la autodeterminación de los participantes o la potestad para tomar sus decisiones en cada momento del proceso: en el acudir, permanecer, o retirarse, en la forma como afrontará su caso, decidiendo libremente sobre la información que revelan y finalmente en si llegan o no, y en qué modo a un acuerdo”.

principio de buena fe y podría tenerse en cuenta desestimar una demanda posterior por parte del sujeto que ha incumplido en relación con la ejecución de otras disposiciones contractuales¹¹⁷⁹. Sin embargo, si pensamos que las partes no están obligadas a permanecer en el procedimiento de mediación, este debate es estéril ya que, pese a dicha cláusula de sumisión, una vez iniciado el proceso de mediación cada una de ellas en cualquier momento tiene la libertad de desistir del mismo¹¹⁸⁰.

Autores como GARCÍA GARCÍA, han señalado que es posible superar la disyuntiva sobre la conveniencia o no de imponer la mediación de manera forzosa como paso previa al juicio, pues es posible establecer la mediación como una fase previa al inicio del juicio y al mismo tiempo, salvar la voluntariedad, admitiendo que se sometan a este procedimiento, únicamente quienes no hiciesen constar de forma explícita y tajante su negativa¹¹⁸¹.

2.- Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores.

Este principio, hace referencia a que: *“Las partes se encuentren en posiciones de equilibrio para poder negociar y llegar a acuerdos sobre los temas disponibles que sean de su interés”*¹¹⁸². La mediación no tiene lugar si existe un desequilibrio que lleve a la parte más fuerte a dirigir la toma de decisiones unilateralmente. En este sentido, cuando el mediador detecta que una de las partes ejerce presión sobre la otra, sobre todo en los casos de violencia de género, alcoholismo, drogas, etc., debe abstenerse de continuar con la mediación y derivar

¹¹⁷⁹ VIOLA DE MESTRE, I., “La Mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la ley 5/2012 de 6 de julio), Ob. cit., p. 160: “De todos modos, y para propiciar que las partes tengan que someterse a mediación, cuando éstas han suscrito una cláusula de sumisión a dicho procedimiento, la propia LMACM instituye un régimen particular de la declinatoria mediante el cual el demandado podrá denunciar la falta de jurisdicción por no haberse sometido a mediación la controversia, en virtud de la nueva redacción de los artículos 39, 63. 1, 65.2, 66 y 206 último párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la Disposición Final Tercera, puntos 2 a 6, LMACM ha introducido en la Ley rituaría”

¹¹⁸⁰ CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^a C., *La mediación familiar como solución en los conflictos de crisis de pareja*, Aranzadi-Cizur Menor, Pamplona, 2016, p. 89: “La voluntariedad es la nota que ha de estar presente desde el momento inicial y mantenerse a lo largo de su desarrollo y finalización. La autonomía de la voluntad de las partes hace avanzar el proceso en cualquier momento, por cualquier razón, o incluso, sin alegar razón alguna”. Sin embargo, para esta autora hubiera sido conveniente que, para facilitar la difusión de la mediación, hubiese sido conveniente imponer la asistencia a una sesión informativa, ya que eso, no vulneraría la voluntariedad.

¹¹⁸¹ GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación Familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Ob. cit., p.136.

¹¹⁸² GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: Una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p.122.

el conflicto a instituciones públicas que garanticen, en primera instancia, la integridad física y emocional de la pareja¹¹⁸³.

El fundamento de este principio radica en garantizar que las partes en conflicto tengan las mismas oportunidades para intervenir en el procedimiento, que se mantenga el equilibrio entre sus respectivas posiciones, así como que se respeten los puntos de vista que cada una de ellas pudiera expresar¹¹⁸⁴. Para ello, el mediador deberá actuar con imparcialidad; en decir, no podrá hacerlo “*en perjuicio o interés de cualquiera de ellas*”¹¹⁸⁵. El mediador deberá revelar en todo momento (antes, esto es, en la sesión informativa y durante la mediación) cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o que pueda generar un conflicto de intereses¹¹⁸⁶.

Sin embargo, si se pone de manifiesto esta circunstancia, el mediador asegura que puede mediar con la imparcialidad que se requiere en el desempeño de sus funciones y las partes consienten de manera expresa, podrá iniciarse o continuar en su caso la mediación. En caso contrario, el procedimiento no debería iniciarse o, en su caso, no continuar por circunstancia sobrevenida pues ello incidiría de forma esencial en la imparcialidad.

La ley no prevé nada sobre la recusación del mediador, es decir, qué sucede cuando una de las partes descubre alguna circunstancia que puede poner en entredicho este principio esencial, se lo revela al mediador y éste lo niega o considera que la imparcialidad no queda alterada. Posiblemente, esta ausencia de regulación venga justificada porque, en este caso particular, si una de las partes, o las dos, desconfía del mediador, podrá poner fin al procedimiento en cualquier instante en virtud de esa libertad de desistir de la mediación a la que anteriormente

¹¹⁸³Cuando no se dan casos extremos como los referidos anteriormente, el mediador debe ayudar a las partes para que interactúen en igualdad de condiciones, con los mismos derechos y las mismas obligaciones. Y la igualdad se refiere, no solo al proceso en sí, al derecho de ser oído, a expresar las opiniones y decidir libremente; también incluye el equilibrio de los acuerdos al que lleguen las partes. En las decisiones tomadas conjuntamente deben estar contemplados esos derechos y deberes que garantizan la inexistencia de vencedores y vencidos.

¹¹⁸⁴Vid. MARTÍ, C., “Entorno a los principios de la mediación”, *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011, p. 47.

¹¹⁸⁵ art. 7, LMACM.

¹¹⁸⁶A título de ejemplo, son consideradas por la norma como tales circunstancias y en cualquier caso; todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; que el mediador o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, a excepción de la mediación. Cualquier otra circunstancia que los sujetos de la mediación puedan considerar que incide en la imparcialidad del mediador, deberá ser así manifestada.

hemos hecho referencia, otorgando, así, al principio de voluntariedad un papel predominante frente al de imparcialidad en este procedimiento de mediación¹¹⁸⁷.

3.- *Neutralidad.*

La neutralidad es el principio de la mediación que se predica sobre el resultado del procedimiento: el mediador debe actuar de tal manera que propicie que las partes en conflicto alcancen por sí mismas un acuerdo de mediación (art. 8 LMACM)¹¹⁸⁸. Por tanto, el mediador ni puede decidir, ni puede imponer una solución a la controversia de las partes, a diferencia de lo que hacen otros terceros que intervienen en los medios heterocompositivos de resolución de conflictos, como el juez y el árbitro, y lo hacen utilizando las pruebas admitidas en derecho y aportadas por las partes¹¹⁸⁹.

La actividad del mediador se va a concretar en facilitar la comunicación de las partes, en velar porque dispongan de información suficiente, desarrollando una conducta activa que logre el acercamiento entre las partes, y ello, según lo dispuesto en el art. 13 de la referida ley¹¹⁹⁰.

En resumen, como apunta VIOLA DE MESTRE, el fundamento de este principio radica en garantizar que las partes tengan las mismas oportunidades para intervenir, que se mantenga el equilibrio entre sus respectivas posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresadas¹¹⁹¹. El mediador tiene la responsabilidad de asistir a cada mediado y no puede anteponer los intereses de uno frente a los del otro, ni puede favorecer un resultado específico de la

¹¹⁸⁷ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estudio Doctrinal. Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, Ob. cit., p.15. Considera Ortiz Pradillo que sería conveniente articular un régimen de renuncia o abstención del mediador, y de recusación del mismo a instancia de las partes, para el caso de que no quiera apartarse del procedimiento una vez éste ya se ha iniciado y concurriendo causas que inciden en su imparcialidad.

¹¹⁸⁸Vid. ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estudio Doctrinal. Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, Ob. cit., p.16.

¹¹⁸⁹Vid. BUTT GRIGGS, T., CAMPOS VIDAL, F. y VELASCO RAMÍREZ, C., “Grupo PNPM sobre localidad y código de las buenas prácticas en la mediación”, ob. cit. pp.263 y ss.

¹¹⁹⁰De todos modos, y como sucede en la designación de terceros que intervienen en un procedimiento (juez y árbitro), sería conveniente articular un régimen de renuncia o abstención del mediador y de recusación del mismo a instancia de las partes para el caso de que no quiera apartarse del procedimiento una vez éste ya se ha iniciado y concurriendo causas que inciden en su imparcialidad

¹¹⁹¹VIOLA DE MESTRE, I., “La Mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la ley 5/2012 de 6 de julio), Ob. cit., p. 160: “La neutralidad es el principio de la mediación que se predica del resultado del procedimiento: el mediador debe actuar de manera tal que se propicie que las partes en conflicto alcancen por sí mismas un acuerdo de mediación.”

mediación¹¹⁹². Para ello, el mediador deberá actuar con imparcialidad; no podrá hacerlo “en perjuicio o interés de cualquiera de ellas” (art. 7 LMACM). El mediador deberá revelar en todo momento (antes, esto es, en la sesión informativa y durante la mediación) cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o que pueda generar un conflicto de intereses¹¹⁹³.

Aunque, como ya hemos tenido ocasión de analizar, algunos autores identifican ambos conceptos o distinguen entre imparcialidad y neutralidad¹¹⁹⁴, creemos que cada una de estas características, puede diferenciarse de forma clara y sencilla¹¹⁹⁵ dependiendo del distinto enfoque¹¹⁹⁶ que utilicemos a la hora de enjuiciar la labor del mediador. La imparcialidad atiende o toma como punto de referencia a las partes, mientras que la neutralidad se refiere al resultado de la mediación¹¹⁹⁷. De este modo, podemos concluir que la imparcialidad se refiere a una “*cualidad*” del mediador como agente no decisor; también hacer referencias a la ausencia de interés con respecto al objeto de la mediación o con respecto a las partes. Mientras que, la neutralidad, se centra en la “*actitud*” del mediador y se exige respecto a su comportamiento de influir en las partes, durante el desarrollo de la mediación¹¹⁹⁸.

¹¹⁹²CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^a C., *La mediación familiar como solución en los conflictos de crisis de pareja*, Ob. cit., p.92.

¹¹⁹³ A título de ejemplo, son consideradas por la norma como tales circunstancias y en cualquier caso: todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; que el mediador o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, a excepción de la mediación. Cualquier otra circunstancia que los sujetos de la mediación puedan considerar que incide en la imparcialidad del mediador, deberá ser así manifestada.

¹¹⁹⁴Vid. GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación Familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Ob. cit., p. 140.

¹¹⁹⁵Vid. ORTIZ PRADILLO, J.C. “Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, Ob. cit., pp.16-17.

¹¹⁹⁶NADAL SANCHEZ, H., *Mediación: De la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*. Ob. cit., p.79: “La imparcialidad, asegura la absoluta igualdad de los participantes dentro del proceso de mediación. Garantiza que el mediador o podrá demostrar inclinación alguna por ninguno de los participantes, tratándolos de forma que perciban el que mediador ha asumido el compromiso de apoyarlos por igual. Esto no quiere decir que la imparcialidad consista en dispensar exactamente el mismo tipo de tratamiento a los participantes, ya que el mediador, debe adaptarse a la singularidad de cada persona, sino aquel que revele que, como conductor del proceso, está libre de favoritismos”.

¹¹⁹⁷ Así se expresa de un modo simple y escueto en la Recomendación n^o R (98) 1, del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar, de 21 de enero de 1998, que requiere imparcialidad del mediador respecto a sus relaciones con las partes, y neutralidad respecto al resultado del proceso de mediación.

¹¹⁹⁸NADAL SANCHEZ, H., *Mediación: De la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, Ob. cit., p.80: “La neutralidad permite que los participantes puedan llegar a sus propios acuerdos sin verse influenciados por el bagaje vital o profesional del mediador. Consiste en que este se abstenga de emitir o proyectar sus propios puntos de vista en forma de

4.- Confidencialidad¹¹⁹⁹.

Este principio es uno de los más importantes del procedimiento de mediación ya que asegura la necesaria confianza mutua de las partes y contribuye a garantizar la sinceridad en las comunicaciones, hasta el punto de impedir que la información, verbal o escrita, obtenida en dicho procedimiento pueda ser utilizada en un procedimiento judicial o arbitral posterior¹²⁰⁰. Es más, incluso el propio procedimiento de mediación es en sí mismo confidencial (art. 9 LMACM) por lo que ni tan siquiera su propia existencia puede revelarse¹²⁰¹.

Una de las consecuencias esenciales de este principio, es que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento no están obligados a declarar o aportar la documentación obtenida en la mediación en un juicio o arbitraje posterior¹²⁰². Pero este principio no es absoluto y existen excepciones, como por ejemplo: el consentimiento expreso de las partes en el sentido de dispensar de esta obligación, pero que siempre deberá constar por escrito, o la solicitud de un juez del orden penal mediante resolución judicial motivada¹²⁰³. Una interpretación

soluciones, opiniones o juicios –los cuales pudieran incluir la asistencia técnica y/o terapéutica-.” Y en el mismo sentido, vid. BUTT GRIGGS, T., CAMPOS VIDAL, F. y VELASCO RAMÍREZ, C., “Grupo PNPM sobre localidad y código de las buenas prácticas en la mediación”, Ob. cit., p.258.

¹¹⁹⁹CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^a C., *La mediación familiar como solución en los conflictos de crisis de pareja*, Ob. cit., p.92.

¹²⁰⁰ Es más, incluso el propio procedimiento de mediación es en sí mismo confidencial (art. 9 LMACM) por lo que ni tan siquiera su propia existencia puede revelarse.

¹²⁰¹VIOLA DE MESTRE, I., “La Mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la ley 5/2012 de 6 de julio), Ob. cit., p.161. Viola de Mestre considera que el legislador no ha tenido presente otros supuestos en los que el principio de confidencialidad también puede dispensarse, sin necesidad de que las partes así lo manifiesten de modo expreso y por escrito: nos referimos, por ejemplo, entre otros, a efectos meramente estadísticos, de formación o investigación (preservando, eso sí, siempre, la intimidad de las personas implicadas en los casos, al no revelar los nombres de las mismas) o el caso más paradigmático, en el orden jurídico, como es el de la homologación judicial. Una interpretación literal del texto de la norma nos conduce a tener que obtener un documento escrito en el que las partes renuncian a este principio en todos los casos, cuando, a efectos estadísticos o de formación, los datos no se revelan en un juicio o arbitraje posterior y, por consiguiente, no pueden perjudicar en modo alguno a las partes, que es lo que se pretende evitar, a fin de cuentas; y en el caso de la homologación judicial, está claro que si lo que se pretende es que la autoridad judicial valide los acuerdos, dejan de ser privados, por el consentimiento tácito de las partes, que ya han resuelto la controversia y persiguen que sean título ejecutivo de manera que, ante un eventual incumplimiento por parte de una de ellas, la otra pueda iniciar el procedimiento ejecutivo sin necesidad de recurrir al declarativo ordinario.

¹²⁰²Vid. SOLETO, H., “La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil”, *Diario La Ley*, N° 7834, 2012, p.10-12.

¹²⁰³Art. 9.2. a y b) LMACM. Aunque, también se contemplan como excepción al principio de confidencialidad otros supuestos más contemplados en ulteriores artículos, como por ejemplo, la información de qué parte o partes no asistieron a la sesión informativa de forma injustificada, según dispone el artículo 17.1 LMACM; o también, cuando una de las partes que ha mantenido una reunión por separado con el mediador autoriza expresamente a éste a revelar a la otra parte, la

literal del texto de la norma nos conduce a tener que obtener un documento escrito en el que las partes renuncian a este principio en todos los casos, cuando, a efectos estadísticos o de formación, los datos no se revelan en un juicio o arbitraje posterior y, por consiguiente, no pueden perjudicar en modo alguno a las partes, que es lo que se pretende evitar¹²⁰⁴.

En el caso de la homologación judicial, si lo que se pretende es que la autoridad judicial valide los acuerdos, éstos dejarían de ser privados, por el consentimiento tácito de las partes, que ya han resuelto la controversia y ahora persiguen que el acuerdo sea título ejecutivo, de manera que ante un eventual incumplimiento por parte de una de ellas, la otra pueda iniciar el procedimiento ejecutivo sin necesidad de recurrir al declarativo ordinario¹²⁰⁵.

Si nos referimos al punto de vista subjetivo, la confidencialidad alcanza al mediador y las partes intervinientes (art. 9 LMACM). La conculcación del principio de confidencialidad por parte del mediador se sanciona, en la LMACM, con una remisión genérica a la responsabilidad que ello pueda generar en los términos previstos en el ordenamiento jurídico, pero no como una infracción deontológica específicamente contemplada.¹²⁰⁶

Sin embargo, si hacemos referencia al punto de vista objetivo, según la LMACM, la confidencialidad alcanza el procedimiento de mediación y la

información o documentación que la primera le haya aportado en dicha reunión separada (art. 21.3 LMACM).

¹²⁰⁴No obstante, hay que recalcar que este principio no es absoluto y son, por tanto, excepciones del mismo, de un lado, el consentimiento expreso de las partes en el sentido de dispensar de esta obligación, que debe constar por escrito y, de otro lado, la solicitud de un juez del orden penal mediante resolución judicial motivada (art. 9.2.a) y b) LMACM). También se contemplan como excepción al principio de confidencialidad otros supuestos más contemplados en ulteriores artículos: la información de qué parte o partes no asistieron a la sesión informativa, de forma injustificada, según dispone el artículo 17.1 LMACM; y también, cuando una de las partes que ha mantenido una reunión por separado con el mediador autoriza expresamente a éste a revelar a la otra parte la información o documentación que la primera le haya aportado en dicha reunión separada (art. 21.3 LMACM)

¹²⁰⁵Vid. ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estudio Doctrinal. Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, Ob. cit., p.16. La distinción entre confidencialidad y secreto profesional radica en que mientras que el primero se configura como un deber del mediador y no como un derecho, por contra, el secreto profesional, tiene titularidad dual, en cuanto que además de deber es un derecho, cuanto menos, del abogado art. 5.8 del Código Deontológico del Consejo General de la Abogacía Española.

¹²⁰⁶VIOLA DE MESTRE. I., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la Ley 5/2012, de 6 de julio)”, Ob. cit., pp.165 y ss. Tampoco se prevé una sanción expresa para el caso de que una o ambas partes vulneren este principio esencial, que también podría quedar encuadrado en incumplimiento contractual, al obligarse a ello al firmar el acta de la sesión constitutiva o por la vía de la responsabilidad extracontractual, por los daños y perjuicios causados.

documentación empleada en el mismo¹²⁰⁷. Utilizando una expresión más genérica, las partes no podrán revelar la información que hubieran podido obtener del procedimiento (art. 9.1 LMACM). Tampoco se podrá revelar el contenido de las reuniones que el mediador tenga por separado con alguna de ellas. No podrá comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiere aportado (art. 21. 3 LMACM), salvo su consentimiento expreso¹²⁰⁸.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011 (RJ.2011,109) consideró que el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes y también al resultado del proceso; se refiere a informaciones confidenciales, pero dice que no puede extenderse a un caso en el que se pretende traer a un proceso lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado, referido a las consecuencias de una ruptura matrimonial.¹²⁰⁹

Por su parte, GARCÍA GARCÍA, entiende que la confidencialidad no es absoluta, por el consenso generalizado de los códigos deontológicos o la legislación que establecen la obligatoriedad para la persona mediadora de revelar algún aspecto de la información obtenida cuando esté en juego un interés superior como el del menor, o cuando exista peligro para la integridad física o psíquica de alguna de las partes o de un tercero en el caso de que existan indicios de criminalidad¹²¹⁰.

¹²⁰⁷ La revelación de secretos es también sancionable según lo dispuesto en el Título X del Código Penal español, relativo a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio; en particular, el artículo 199 del citado cuerpo legal contiene dos apartados diferenciados en función de si el sujeto que revela secretos ajenos los conoce por razón de su oficio o sus relaciones laborales o bien es un profesional que incumple con su obligación de sigilo o reserva, con las consiguientes penas diferenciadas como consecuencia de dicha revelación

¹²⁰⁸Vid. CONFORTI, F., “Análisis jurisprudencial de Sentencia sobre confidencialidad en mediación”, *Revista de mediación*, N° 175, Vol. 8, 2013. Según Conforti, la vulneración del principio de confidencialidad por parte del mediador se sanciona, en la LMACM, con una remisión genérica a la responsabilidad que ello pueda generar en los términos previstos en el ordenamiento jurídico, pero no como una infracción deontológica específicamente contemplada

¹²⁰⁹Vid. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^a C., *La mediación familiar como solución en los conflictos de crisis de pareja*, Ob. cit., p. 91. La autora discrepa del razonamiento expuesto en la Sentencia, pues considera que la sesión de mediación debería ser confidencial desde que se inicia hasta que se acaba, de tal forma que no se puede considerar que sólo los aspectos que se tienen que calificar como confidenciales son los protegidos y no otros, pues ello no beneficia la confianza de los ciudadanos en este método.

¹²¹⁰Vid. GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación Familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Ob. cit., p.145.

5.- Buena fe y respeto mutuo de las partes.

Consideramos pertinente incluir también estos dos principios como informadores de la mediación que regula la LMACM; principios que se exigen a las partes del conflicto participantes de la mediación¹²¹¹. Los dos se encuentran dentro del título relativo a los principios informadores, aunque, a diferencia de los anteriormente citados, no aparecen en el artículo 10 que los recoge como tales, pero sí citados en su apartado segundo y, por tanto también, creo deben considerarse como principios. La mediación un procedimiento que persigue que las partes gestionen por sí mismas su controversia, mediante un espacio de confianza, en el que puedan revelar aquella información que les pueda ser útil y para ello, el principio de buena fe es fundamental¹²¹². En primer lugar, porque con él se acentúa el necesario elemento cooperativo que se requiere para la interpretación de las percepciones de cada una de las partes, para superar la desconfianza que pudiera existir entre ellas, para la interpretación del conflicto y, en su caso, el alcanzar acuerdos de solución¹²¹³.

El mediador debe partir del presupuesto de que las partes en conflicto actúan con sinceridad, honradez y rectitud¹²¹⁴. Se les presume buena fe y es el mismo mediador quien debe poner mucha atención para observar los comportamientos y la existencia de intereses ocultos.

La mediación no debe ser utilizada, por tanto, como instrumento dilatorio¹²¹⁵. Para evitarlo, se prevé, la suspensión de la prescripción o la caducidad de acciones cuando tenga lugar el inicio del procedimiento frente a la regla general de su interrupción (art. 4 LMACM). Además, mientras la mediación esté abierta, las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial sobre el mismo objeto del conflicto; pues en caso contrario, tanto la

¹²¹¹En caso contrario, tanto la iniciación como el mero hecho de haberse comprometido a someterse a mediación conlleva el impedimento de que los tribunales puedan conocer de las controversias de que se trate, mientras la mediación se desarrolla y cuando la parte interesada lo invoque mediante la declinatoria antes aludida.

¹²¹²ORTIZ PRADILLO, J.C. “Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”. Ob. cit., p.90: “Ningún participante puede imponer nada a nadie, todos están motivados para resolver los problemas y alcanzar los acuerdos más satisfactorios para ambas partes”.

¹²¹³Vid. GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación Familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Ob. cit., p. 150.

¹²¹⁴Vid. FERNANDEZ BALLESTEROS GONZÁLEZ, E.C., “Principios de la mediación: Rol y técnicas de la mediación”, Ob. cit., p.193.

¹²¹⁵Vid. LAUROBA, M. Elena, et al., “La construcción institucional y jurídica de la mediación”, en CASANOVAS, P., MAGRE, J. y LAUROBA, M. E..(Dir.), *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Ob. cit., p.845.

iniciación como el mero hecho de haberse comprometido a someterse a mediación, conllevaría a la consecuencia del impedimento de que los tribunales puedan conocer de las controversias de que se trate, mientras la mediación se desarrolla y cuando la parte interesada, lo invoque mediante la declinatoria antes aludida¹²¹⁶.

En su estudio de la LMACM, VIOLA DE MESTRE¹²¹⁷, ha destacado que en esta ley, hay una ausencia de otros principios contemplados en otras legislaciones, tanto nacionales como internacionales. Por ejemplo, el principio de transparencia¹²¹⁸ o de flexibilidad, tal vez, por considerarlos más como características de este procedimiento que como pilares de la misma¹²¹⁹. Esta autora evidencia la falta de referencia al denominado *carácter personalísimo* en la mediación, es decir, a que las partes deban estar presentes en el procedimiento de mediación y, por consiguiente, puedan recurrir a un representante que actúe en nombre y por cuenta suya.

La LMACM no obliga a que las partes estén presentes, permitiendo, con ello, que sean sus representantes legales los que tomen las decisiones en nombre e interés de sus clientes. En algunos ámbitos el procedimiento podría llevarse a cabo y hasta alcanzarse acuerdos sin que las partes coincidan en el mismo espacio físico. Sin embargo, en el ámbito civil, particularmente, el familiar, en el que la mediación favorece la adopción de los acuerdos que regulen los efectos derivados de la ruptura matrimonial, la ausencia del carácter personal en las sesiones del proceso podría desvirtuar la finalidad en este concreto ámbito, esto es, preservar la relación en beneficio de los hijos comunes. Posiblemente, esta circunstancia no sea tan necesaria en el ámbito mercantil, donde se trata de resolver cuestiones eminentemente económicas, sin el componente personal y relacional familiar (excepción hecha, claro está, de los conflictos en la empresa familiar). En estas

¹²¹⁶Vid. MARTÍ, C., “Entorno a los principios de la mediación”, *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011, pp.128 y ss.

¹²¹⁷VIOLA DEMESTRE. I., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la Ley 5/2012, de 6 de julio)”, Ob. cit., p.174.

¹²¹⁸La LMACM se refiere a la transparencia en el proceso de designación de los mediadores en la sede de las instituciones de mediación (art. 5 LMACM), pero no lo define como un principio general.

¹²¹⁹Vid. MUNNÉ, M. Y MAC-CRAGH, P., *Los 10 principios de la cultura de la mediación*, Graó, Barcelona, 2006, pp. 56 y ss.

controversias comerciales o empresariales, el deber de la asistencia personal a las distintas sesiones de mediación parece no ser tan esencial.

La nueva regulación del artículo 395 LEC, relativo a las costas, incluye como otro supuesto de mala fe el haberse iniciado el procedimiento de mediación por la otra parte. En otras palabras, la parte que vence en el procedimiento judicial puede tener que hacer frente al pago de las costas del mismo si pudo evitar dicho procedimiento recurriendo a la mediación y no lo hizo. Para terminar, decir que en la LMACM están ausentes otros principios contemplados en legislaciones, tanto nacionales como internacionales, por ejemplo, el principio de transparencia o de flexibilidad, tal vez, por considerarlos más como características de este procedimiento que como pilares de la misma.

3.3.1.3. Ámbito objetivo de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

El ámbito objetivo de la Ley 15/2012, se encuentra recogido en su artículo 2, conforme al cual la Ley es de aplicación en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable; además en defecto de sometimiento expreso o tácito a la ley, ésta será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español¹²²⁰.

Los asuntos mercantiles, al ser competencia exclusiva del Estado, tienen distinto tratamiento y, la regulación de la mediación en este ámbito queda en manos de la Administración. En todo caso, se excluye del ámbito de aplicación de la norma la mediación penal, laboral, en materia de consumo y con las

¹²²⁰MUÑOZ DE BENAVIDES, C., “La nueva ley para la resolución voluntaria de conflictos”, *Diario La Ley*, N° 7840, 2012, p. 4: “El procedimiento de mediación producirá efectos jurídicos cuando el objeto del conflicto, la materia de la controversia, afecte a derechos subjetivos de carácter disponible o, según dispone la norma, sobre derechos y obligaciones que estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable (art. 2.1, in fine, a sensu contrario LMACM). Pero no todos los derechos y obligaciones respecto de los cuales las partes tengan la libre disposición dentro del ordenamiento jurídico son objeto de la mediación de la LMACM sino solamente los de los asuntos civiles y mercantiles según su artículo 2.”

Administraciones públicas, en consonancia con lo establecido por la Directiva 2008/52/CE¹²²¹.

El procedimiento de mediación producirá efectos jurídicos cuando el objeto del conflicto, la materia de la controversia, afecte a derechos subjetivos de carácter disponible o, según dispone la norma, sobre derechos y obligaciones que sean de disposición por las partes, en virtud de la legislación aplicable (art. 2.1, in fine, a sensu contrario LMACM)¹²²². Pero no todos los derechos y obligaciones respecto de los cuales las partes tengan la libre disposición dentro del ordenamiento jurídico son objeto de la mediación de la LMACM sino solamente los de los asuntos civiles y mercantiles según establece su art. 2¹²²³.

El art. 2 de LMACM, debe interpretarse sin perjuicio de lo dispuesto por la legislación autonómica en materia civil, que como hemos comentado antes, es extensa en el ámbito familiar, y en dos comunidades autónomas, en general o en derecho privado (Cantabria y Cataluña, respectivamente). De ahí que, en materia civil, habrá que estar a lo dispuesto por la Constitución Española y, por tanto, respecto del procedimiento de mediación en asuntos civiles, son de aplicación directa y preferente las normas de derecho civil promulgadas por la comunidades autónomas de que se trate¹²²⁴.

Poniendo en relación esta disposición con otras como los artículos 6.2 del Código Civil y 19.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá considerarse incluido en el ámbito objetivo de la Ley todo aquello que concierna al exclusivo interés de las partes; aquellas cuestiones que trasciendan la órbita de sus intereses particulares, al afectar al interés público o a terceros ajenos al litigio, resultan

¹²²¹Art.2.2.” Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) La mediación penal. b) La mediación con las Administraciones públicas. c) La mediación laboral. d) La mediación en materia de consumo”. Dichas exclusiones se prevén para preservar su regulación en las normas sectoriales correspondientes: Real Decreto 281/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo⁵⁵. En el caso de conflictos transfronterizos, la LMACM será aplicable cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español (art. 2.1, párrafo segundo LMACM).

¹²²²“Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable”.

¹²²³Vid. SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013, pp. 39-62.

¹²²⁴La Exposición de Motivos del RDLMACM señalaba: “El presente real decreto-ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias”.

indisponibles: así, el estado civil, cuestiones matrimoniales o alimentos futuros (artículo 1.814 del Código Civil), o los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (artículo 751 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el listado de mediaciones excluidas de esta ley no aparece la mediación familiar; lo que plantea la duda de si queda o no plenamente incluida en la misma¹²²⁵. Esta duda se ve acrecentada porque en muchas materias sujetas a mediación familiar no concurre el principio de disponibilidad, así, en todo lo relacionado con los menores; en estas materias, la mediación familiar no puede traducirse en acuerdos directamente eficaces, sino en propuestas sometidas a la consideración del juez. De esta manera, el régimen de la LMACM sólo podría aplicarse, en su caso, en temas de familia cuando no estén en juego estas materias indisponibles, puesto que no cabe que sobre temas como la guardia y custodia de menores, régimen de visitas o alimentos se dotase de ejecutividad al acuerdo adoptado sin intervención del Ministerio Fiscal y sin aprobación judicial.

3.3.1.4. Ámbito subjetivo de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En cuanto al ámbito subjetivo, hay que decir, que en la mediación pueden intervenir una pluralidad de personas físicas y, según el caso, incluso jurídicas, empezando por las partes, siguiendo por el mediador y las instituciones de mediación y también por sus abogados¹²²⁶. Veamos estos casos:

a. Respecto de las *partes*, el art. 10 de la LMACM, destaca el papel preponderante de su autonomía de la voluntad en organizar la mediación del modo en que tengan por conveniente, respetando, los principios informadores del mismo, como son la buena fe y respeto mutuo¹²²⁷. Se destaca el papel

¹²²⁵ La Ley no hace la más mínima referencia a esta clase de mediación, lo que resulta extraño si se tiene en cuenta que la mediación familiar es la que ha alcanzado mayor desarrollo en España a través de la regulación autonómica antes mencionada.

¹²²⁶ Vid. GARCÍA ALVAREZ, R., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles: guía para abogados”, *Diario La Ley*, Nº 7828, 29 de marzo de 2012, pp.2-12; BOLAÑOS CARTUJO, I., “Cuando el divorcio conyugal supone un divorcio paterno-filial: Del juzgado a la mediación”, *Trabajo Social hoy, Revista del Colegio de Trabajadores Sociales de Madrid*, Monográfico sobre Mediación, 2005, pp.105-123. Para este autor, es sobre todo en temas de familia en donde deben participar todas aquéllas personas que puedan verse implicadas por el conflicto.

¹²²⁷ Mientras el procedimiento de mediación se desarrolle las partes no podrán interponer entre sí acción judicial o extrajudicial alguna, en relación con el mismo objeto de controversia

preponderante de la autonomía de la voluntad para organizar la mediación del modo en que tengan por conveniente, respetando, claro está, los principios informadores del mismo¹²²⁸. Dos de estos principios, buena fe y respeto mutuo, les son particularmente exigidos a ellas, de tal modo que, como señalábamos anteriormente, mientras el procedimiento de mediación se desarrolle las partes no podrán interponer entre sí acción judicial o extrajudicial alguna, en relación con el mismo objeto de controversia¹²²⁹. Además están obligadas a prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador¹²³⁰.

b. En cuanto al *mediador*, el Título III LMACM, que tiene vocación de ser el estatuto “mínimo” del mediador¹²³¹ y según establece la Exposición de Motivos¹²³², tiene un papel esencial en el procedimiento, pues “*es el tercero cuya participación activa está orientada a ayudar a las partes para que, mediante el diálogo, encuentren, por sí mismas, un solución, voluntariamente querida por ellas*”¹²³³. El encargo aceptado debe cumplirlo fielmente¹²³⁴ puesto que, en caso de no hacerlo así, incurriría en responsabilidad por los daños y perjuicios que causare por mala fe, temeridad o dolo¹²³⁵, ello sin perjuicio del régimen administrativo sancionador, que establecen las distintas normativas autonómicas, y que más adelante veremos para el caso de Andalucía.

El mediador como profesional, tiene un papel esencial en el procedimiento, pues es el tercero cuya participación activa, está orientada a ayudar a las partes para que, mediante el diálogo, encuentren, por sí mismas, una solución, voluntariamente querida por ellas¹²³⁶.

c.- Las *instituciones de mediación*, según el art. 5 de la LMACM, considera que son las entidades públicas o privadas y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y

¹²²⁸Art. 10.1, LMACM.

¹²²⁹ Además, están obligadas a prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador (art. 10.3 LMACM)

¹²³⁰ Art. 10.3, LMACM.

¹²³¹Vid. VIDAL, A. “Los códigos de buenas prácticas”, en *Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Ob. cit., p.143.

¹²³²Exposición de motivos LMACM. Exponente IV, párrafo 4.

¹²³³Art. 13, LMACM.

¹²³⁴Art. 14, LMACM.

¹²³⁵VID. CARRETERO MORALES, E., “El estatuto del mediador civil y mercantil”, *Revista de Mediación*, Vol. 7, Nº 1, 2014, pp. 10-23.

¹²³⁶Vid. GARCÍA ALVAREZ, R., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles: guía para abogados”, Ob. cit., pp.2 y ss; CAMPO IZQUIERDO, A. L., “Ley nacional de Mediación: Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo”, *Proceso civil. Cuaderno jurídico*, Nº 108, 2012, pp.16-22.

administración de la misma, incluida la designación de mediadores y que, reconocidas por las Administraciones Públicas, puedan asumir funciones de mediación¹²³⁷. Estas instituciones se encargarán de dar publicidad de los mediadores, podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, así como de servicios de mediación por medios electrónicos en reclamaciones dinerarias de cuantía inferior a los 600 euros¹²³⁸.

3.3.1.5. El procedimiento de mediación.

Su regulación se encuentra en el Título IV LMACM y concordantes¹²³⁹. El procedimiento se inicia, tras el acuerdo de las partes y puede llegar tras una sesión informativa a la que las partes han acudido a raíz de la invitación del tribunal que conoce la demanda¹²⁴⁰. Se precisa la declaración de voluntad de las partes expresando su deseo de desarrollar la mediación, dejando constancia escrita de la misma en el acta de la sesión constitutiva, firmada por las partes y el mediador, como señala el art. 19 LMACM, precepto éste que, además, entre otros aspectos, también exige que se indique el programa de actuaciones y la duración máxima prevista del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.

El procedimiento de mediación puede concluir con acuerdo o sin acuerdo por distintas causas (art. 22 LMACM)¹²⁴¹. El acta final, que determina la conclusión del procedimiento, reflejará los acuerdos de forma clara y comprensible o, en su caso, la finalización por cualquier otra causa¹²⁴².

¹²³⁷ Disposición Adicional Primera, LMACM.

¹²³⁸ Art. 24 y 17.2, LMACM.

¹²³⁹ Art. 17, LMACM. Se regula de manera detallada el contenido de esta sesión informativa puesto que su principal cometido es el de informar a las partes sobre todas las cuestiones esenciales del proceso y aquellas circunstancias del mediador que pudieran afectar a su imparcialidad.

¹²⁴⁰ Vid. LORCA NAVARRETE, A.. *La mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012, p.125. Como consecuencia de la modificación que la LMACM (Disposición Final Tercera, N° diez) introdujo en la legislación procesal civil, en concreto, el art. 414.1., último párrafo de la LEC, se regula de manera detallada el contenido de esta sesión informativa puesto que su principal cometido es el de informar a las partes sobre todas las cuestiones esenciales del proceso (art. 17 LMACM) y aquellas circunstancias del mediador que pudieran afectar a su imparcialidad

¹²⁴¹ Vid. PÉREZ DAUDÍ, V., “La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil”, *Revista de Derecho Mercantil*, N° 283, Madrid, 2012, p. 231-270.

¹²⁴² El artículo 23 LMACM, referido al acuerdo de mediación, parece regular el negocio jurídico que solo atañe a las partes o a sus representantes, pues son los únicos obligados a firmar dicho

De la redacción conjunta de los artículos 22 y 23 LMACM, se puede plantear el interrogante de si los acuerdos de mediación deben ser firmados siempre aparte del acta de mediación que pone fin al acuerdo, si el acuerdo es único, claramente redactado y plasmado en el acta de mediación o si debe firmarse nuevamente en un documento independiente del acta. La interpretación de los dos preceptos es algo imprecisa e, incluso, confusa, dice que en todo caso, el acuerdo resultante de la mediación es vinculante, como así se informa a las partes (art. 23, 3, párrafo segundo LMACM), además de que pueden, en virtud del artículo 25 LMACM, elevarlo a escritura pública, acompañando las actas de la sesión constitutiva y final, obteniendo con ello la consideración de título ejecutivo, según la nueva redacción que la Ley 5/2012 ha dado al artículo 517.2. 2. ° LEC¹²⁴³.

3.3.1.6. Régimen jurídico de la figura del mediador.

En cuanto a la figura del mediador y su estatuto, la LMACM, establece cinco preceptos¹²⁴⁴ en los que trata de las condiciones para ser mediador, sobre su actuación y responsabilidad y sobre cuestiones referentes a tener un marco completo de estas figuras¹²⁴⁵.

En casi todas las definiciones que las teorías sobre la mediación ofrecen sobre la mediación, la extensión que ocupa la figura del mediador es escasa, limitándose a indicar y especificar de distintas formas, que debe reunir tres características fundamentales: La imparcialidad y la neutralidad, debido a la falta de poder de decisión. Pero lo que sí hacen las distintas regulaciones jurídicas es resaltar cómo debe proceder el mediador para llevar a cabo el proceso de mediación, pues todas hacen referencia a las habilidades que en el proceso de

acuerdo de mediación, al margen de la presencia del mediador, a diferencia de lo que establecía la redacción de este artículo en el RDLMACM.

¹²⁴³Vid. VIOLA DE MESTRE, I., “La Mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la ley 5/2012 de 6 de julio)”, Ob. cit., p.182.

¹²⁴⁴Arts. 11 a 15, LMACM.

¹²⁴⁵Vid. PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., *El Estatuto del mediador. Tratado de Mediación en la Resolución de Conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015, p.137. Esta ley regula el Estatuto del mediador en su Título III, determinando cuáles han de ser los requisitos que ha de cumplir para poder desempeñar profesionalmente su labor, así como los principios que han de regir su actuación y su posible responsabilidad civil.

mediación, el mediador necesita para hacer su trabajo¹²⁴⁶. Cuando La Ley utiliza el término “mediador”, sin prejuzgar que sea uno o varios, destaca el relevante papel que van a desempeñar las instituciones de mediación a la hora de reglamentar e impulsar los procedimientos de mediación, así como la formación y requisitos de los mediadores que vayan a formar parte de las mismas. Por su parte el R.D 980/ 2013 de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, incide en la figura del mediador como pieza esencial del modelo e intenta apostar por la calidad de la mediación, imponiendo una serie de requisitos a éste.

A) El Estatuto del Mediador.

La figura del mediador es la pieza esencial del sistema y su actuación durante el procedimiento de mediación va a resultar clave para el buen fin de la misma¹²⁴⁷. Partiendo del carácter autocompositivo de la mediación, el papel del mediador va a consistir fundamentalmente en ayudar a las partes implicadas en un conflicto a que intenten gestionar de forma adecuada el mismo a fin de que puedan ir eliminando o superando sus diferencias para llegar a una solución mutuamente aceptable y satisfactoria para ambas.

La Ley y el Real Decreto regulan el “*estatuto mínimo*” del mediador, por lo que las instituciones de mediación podrán exigir, en su caso, mayores requisitos que los que se establecen en las citadas normas para seleccionar a “sus” mediadores. Aplicado a la teoría de la mediación y la mediación familiar, GARCÍA-VILLALUENGA, ha escrito que: “*La calidad del proceso de mediación y de la propia institución mediadora pasa porque los mediadores que la lleven a cabo estén cualificados para ello, reconociéndose la profesionalidad como principio fundamental en todos los instrumentos internacionales relativos a esta materia. Las autoridades públicas han de promover y fomentar la formación*”

¹²⁴⁶Vid. EXPOSITO JIMÉNEZ, F., “Técnicas de mediación y habilidades sociales comunicativas”, Ob. cit., p.54.

¹²⁴⁷GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación Familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Ob. cit., cit. p. 154: “El mediador sólo controla el proceso pero no los contenidos...el problema consiste en hallar el modo de evitar que el mediador no oculte de forma solapada, inconsciente, tras la mejor intención, una indicación no evidente sobre los contenidos; que no utilice elementos manipuladores sutiles o no tanto, para persuadir a las partes, a fin de que consigan llegar a un acuerdo.

del mediador, cerciorándose de que existen garantías mínimas de competencia”¹²⁴⁸.

El mediador habrá de comprobar que efectivamente las partes han comparecido voluntariamente al procedimiento de mediación y velar porque dicha voluntariedad se mantenga a lo largo del mismo. Una vez iniciado el procedimiento de mediación, el mediador ha de intentar conducir a las partes en su proceso de negociación a superar sus diferencias y llevarlas a la solución que ponga fin a las mismas. En consecuencia, el mediador ha de conocer y manejar convenientemente las herramientas de la negociación, así como su procedimiento, a fin de guiar a las partes en ese intento de acercamiento, aportándoles nuevas variables y dinámicas en su proceso de interacción que les permitan modificar sus posiciones iniciales y sus formas de comportamiento.

Con este objetivo, el mediador habrá de facilitar la mejora de la comunicación entre las partes, aportarles conocimiento e información y habilitar que las mismas sean capaces de hacerlo entre ellas para que puedan gestionar de forma adecuada sus intereses en orden a la consecución de un acuerdo que satisfaga en la medida de lo posible las pretensiones de todas las partes. Como señala GARCÍANDÍA: *“Puesto que la comunicación es la vía para la gestión y resolución de conflictos, cuando los canales de comunicación se han deteriorado, el mediador ayuda a las partes a restablecerlos para que lleguen a regular sus conflictos por sí mismos. El mediador guía, favorece la comunicación con la creación de lo que algunos autores denominan el tercer espacio, con el objetivo de crear modos de comunicación respetuosos y constructivos. Es por ello que sus técnicas y estrategias van orientadas a identificar los intereses y necesidades de las partes y a generar un diálogo que facilite el camino hacia soluciones integradoras*”¹²⁴⁹.

El asesoramiento y la información a los que se refiere la Ley, implican que el mediador debe cerciorarse de que las partes saben perfectamente a qué se comprometen y que saben cómo funciona el procedimiento de mediación¹²⁵⁰. El

¹²⁴⁸GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p.48.

¹²⁴⁹GARCÍANDÍA, P., *Materiales para la práctica de la mediación. Esquemas, cuestiones y formularios para el ejercicio de una profesión en alza*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p.167.

¹²⁵⁰Respecto de la obligación del mediador de velar porque “las partes dispongan de la información y asesoramiento suficientes”, recogida en el art. 13 de la Ley 5/2012, entendemos que no implica

mediador debe velar porque las partes a lo largo del mismo no tengan ni la más mínima duda de lo que está sucediendo en cada momento. En este sentido, tal y como pone de manifiesto OTERO PARGA: *“La información que deben recibir las partes sobre el proceso es muy amplia. Abarca plazos, costes materiales y psicológicos, explicación de sus derechos y deberes, obligatoriedad de cumplir el acuerdo al que se llegue, posibilidad de abandono en cualquier momento del proceso, etc. Es importante no sólo que el mediador proporcione esta información a las partes, sino que se asegure de que las partes la comprenden y la aceptan”*¹²⁵¹.

El mediador tiene como función principal conseguir generar, a lo largo del procedimiento de mediación, las condiciones adecuadas que faciliten la comunicación entre las partes, a fin de que sean capaces de ir transformando su visión inicial y subjetiva del conflicto para, precisamente a través de un proceso de comunicación distinto, ir avanzando en la búsqueda de una solución consensuada, y a tal fin habrá de dirigir sus esfuerzos y estrategias.

Es fundamental que el mediador con su conducta durante el procedimiento se gane la confianza y aceptación de las partes. La aceptabilidad implica que las partes han de aprobar su presencia y que están dispuestas a escucharle y a colaborar con él, permitiéndole que se incorpore a su disputa y que les ayude a gestionar la misma a fin de intentar buscar una solución. Por tanto, habrá de ser el mediador quien con su correcto desempeño profesional se gane dicha aceptación de las partes.

Es importante, igualmente, que el mediador prepare adecuadamente las sesiones y que lo haga, si es posible, con la debida antelación pues ello le va garantizar en gran medida el correcto desarrollo de las mismas y, en definitiva, del procedimiento de mediación. En este sentido, señala VIDAL que: *“Una vez iniciada la mediación, para las sesiones siguientes el mediador deberá preparar el terreno para conducir el proceso y deberá analizar las preguntas abiertas y cerradas que podrá utilizar, así como las herramientas y estrategias que faciliten*

que el mediador haya de prestar asesoramiento jurídico “experto” a las partes. Esa labor ha de corresponder en todo caso a los abogados de las mismas y, si no los tuvieran y el mediador entiende que es necesario cualquier tipo de asesoramiento legal, habrá de recomendarles que los busquen, pero no debe dar por sí mismo dicho asesoramiento si no es jurista, ya que puede favorecer o perjudicar a alguna de las partes y con ello al propio procedimiento de mediación al quebrar su deber de imparcialidad.

¹²⁵¹OTERO PARGA, M., “La ética del mediador”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Ob. cit., p.96.

*la comunicación entre las partes. La preparación de una sesión también requiere prestar atención a la sesión anterior y a las anotaciones, advertencias y sugerencias que se hayan producido. En efecto, es conveniente que al acabar cada sesión el mediador ponga en orden las notas que ha ido tomando, como también que reseñe las impresiones, emociones y comunicaciones verbales y no verbales que haya observado de cada parte. Este ordenamiento es básico para la continuación de las sesiones, y es fundamental que antes de cada sesión el mediador haga un repaso de la anterior, recuerde el resultado y determine los objetivos de la nueva sesión. Las partes agradecerán esta dedicación del mediador a su caso*¹²⁵².

El mediador ha de ayudar a las partes a reorientar pragmáticamente la enunciación de su problema, cambiando la visión del conflicto que traen las partes para llevarlas a una reconceptualización de éste que les permita avanzar en la búsqueda de una solución negociada que ponga fin al mismo¹²⁵³. Ahora bien, el papel del mediador no se ha de reducir única y exclusivamente a actuar como facilitador del proceso de comunicación e interacción entre las partes¹²⁵⁴, sino que

¹²⁵²VIDAL TEIXIDÓ, A., "Los códigos de buenas prácticas", en E. LAUROBA, I. BARRAL E I. VIOLA, *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Vol. 1, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009, p.149. El mediador va a funcionar, en consecuencia, como un gestor o facilitador del procedimiento, cuya misión es conseguir que cada parte pueda dar a sí misma y a la otra lo que cada una de ellas necesita, situándose en el procedimiento de tal forma que pueda generar las condiciones apropiadas para que las partes sean capaces de generar propuestas y alternativas propias que les lleven a la solución de su conflicto.

¹²⁵³En cuanto a su forma de actuación, existen dos perfiles de mediadores, el mediador facilitativo o facilitador y el mediador evaluativo o directivo: a) El mediador facilitador adopta una postura poco intervencionista durante el proceso, su labor se limita, como su nombre indica, a facilitar el proceso de comunicación entre las partes protagonistas del conflicto para que las mismas consigan avanzar en la búsqueda de una solución consensuada, pero en ningún caso se involucra en el fondo del asunto, el cual entiende corresponde en todo caso a las propias partes. Cuando hablamos de mediación propiamente civil y mercantil, de asuntos en los que, normalmente, no hay implicaciones de carácter familiar, donde las emociones y sentimientos de las partes se gestionan de forma diferente al tratarse de cuestiones de carácter económico, mercantil o empresarial, y donde las partes quizás acuden al mediador precisamente por los conocimientos técnicos que el mismo pueda tener sobre el fondo de la cuestión litigiosa, en estos casos, el papel del mediador puede ser más activo. b) El mediador evaluativo o directivo, se involucra más en el procedimiento, orientando su labor profesional, en todo caso, hacia la búsqueda del acuerdo. En estos casos, donde las partes no son capaces de vislumbrar ningún tipo de salida a su conflicto, el mediador podría ofrecer varias posibilidades de acuerdo para que, en todo caso, sean las propias partes las que decidan sobre cuál de ellas trabajar en orden a la búsqueda de su acuerdo. Si el mediador sólo ofrece una solución a las partes –que posiblemente será la que él mismo considera más adecuada–, puede suceder que dicha solución no resulte satisfactoria o adecuada para una de las partes, por lo que ésta quizás pueda entender que el mediador pretende perjudicarla o favorecer a la otra, con lo que la imparcialidad de éste podría quedar seriamente comprometida.

¹²⁵⁴ Es el modelo de mediador acogido en la mayoría de legislaciones autonómicas sobre mediación familiar, lo cual, por otra parte, es perfectamente lógico, dado el ámbito de actuación.

ha de adoptar un papel más activo, velando porque las partes dispongan en todo momento de la información y asesoramiento que sea necesario y orientando en todo momento su labor; lograr el acercamiento entre las partes con el fin de que las mismas puedan lograr una solución a la disputa que les ocupa. Según ha escrito GARCÍANDÍA: “*Se trata de una especie de liderazgo positivo que implica promover la participación de las partes en cuanto a la reflexión, la identificación de intereses y necesidades, así como favorecer la toma de decisiones y alcanzar acuerdos*”¹²⁵⁵. De hecho, éste es el perfil de mediador que se ha recogido en la LMACM 5/2012¹²⁵⁶.

B) El acceso a la profesión de mediador y requisitos de formación.

La mayoría de normas internacionales que hacen referencia a la mediación inciden en la necesidad de cualificación de los mediadores y en la calidad de la mediación, como uno de los puntos esenciales. En la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, se señala en su Considerando (16) que: “*los Estados miembros deben promover, por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación*”. También, en el art. 4 se establece, al referirse a la calidad de la mediación, que: “*1. Los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de*

En mediación familiar, normalmente, el mediador adopta este perfil facilitador, limitando su actuación a acercar las posturas encontradas de las partes, pero dejando que las mismas gestionen efectivamente sus diferencias, porque nadie mejor que las propias partes conocen cuáles son las circunstancias y el contexto de su conflicto en particular, por lo que el mediador no ha de involucrarse activamente en el fondo del mismo y no ha de ofrecer soluciones, dejando que sean éstas las que lleguen, en su caso, a los acuerdos que tengan por conveniente.

¹²⁵⁵GARCÍANDÍA, P., *Materiales para la práctica de la mediación. Esquemas, cuestiones y formularios para el ejercicio de una profesión en alza*, Ob. cit., p.161.

¹²⁵⁶Vid. CARRETERO MORALES, E., “El estatuto del mediador Civil y Mercantil”, Ob. cit., p.18. En cualquier caso, expresa el autor, es preferible siempre que el mediador intente llevar el procedimiento de mediación haciendo que sean las partes las que, en todo momento, gestionen su conflicto y, en consecuencia, sean capaces de conseguir generar opciones sobre las que trabajar una solución, pero entiendo que no pasa nada porque en un momento determinado, y con el fin de avanzar en el procedimiento de mediación y en la búsqueda del acuerdo, el mediador, basándose en sus conocimientos y experiencia previa, pueda ayudar a las partes ofreciéndoles una serie de posibilidades para que las mismas puedan evaluarlas, teniendo en cuenta que la solución, en todo caso, va a depender de las mismas y no del propio mediador.

calidad referentes a la prestación de servicios de mediación. 2. Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes”. Por tanto, según se establece en la citada Directiva, las autoridades públicas habrán de promover y fomentar tanto la formación inicial, como la formación continua de los mediadores, cerciorándose de que los mismos reúnen suficientes garantías de calidad y competencia¹²⁵⁷.

En España, la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, establece en el art. 11 que, “*pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión*”¹²⁵⁸. Además, el mismo artículo establece que, “*el mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional*” y “*suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga*”.

El primer requisito al que se hace alusión hace referencia este artículo, es a la necesidad de que los mediadores, “*sean personas naturales*”, es decir, se niega expresamente la posibilidad de que sean personas jurídicas las que puedan llevar a cabo directamente la mediación. Las personas jurídicas que pretendan dedicarse a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural

¹²⁵⁷ Muchos de los Estados miembros de la Unión Europea se han ocupado de regular la formación inicial y continua de los mediadores y los criterios de cualificación del profesional de la mediación varían mucho de unos países a otros. Hay algunos países, como Reino Unido, que no han entrado a regular requisito alguno para ejercer como mediador, habiendo de obtener los mismos su instrucción en el sector privado, cuya prestación no se encuentra regulada. También hay otros países en los que sólo se establecen condiciones para ejercer la mediación en servicios públicos pero no regulan el ejercicio privado o libre de la mediación (Finlandia, Luxemburgo, Malta, Holanda, Polonia, Eslovenia y Suiza).

¹²⁵⁸ Vid. LORCA NAVARRETE, A.M., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo*, Ob. cit., p.58.

que reúna los requisitos previstos en la Ley, pero no podrán prestar directamente el servicio¹²⁵⁹.

El segundo de los requisitos que ha de cumplir el mediador es encontrarse en “*pleno ejercicio de sus derechos civiles*”, por lo que hay que remitirse a las normas específicas referidas al respecto en el Código Civil, quedando en consecuencia excluidos tanto los menores de edad, aunque estén emancipados, como los incapacitados por resolución judicial, con independencia del grado de incapacidad declarado.

La tercera de las condiciones hace alusión a la no existencia o concurrencia de impedimento por razón de la “*legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión*”. En este sentido, los únicos profesionales que legalmente estarían impedidos de poder ejercer profesionalmente como mediadores serían los jueces y los fiscales¹²⁶⁰. Por su parte, en el art. 17 de la Ley de Arbitraje se recoge una imposibilidad de carácter relativo al establecerse que “*el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas*”, salvo que existiera acuerdo en contrario de las propias partes, en cuyo caso podrá salvarse tal impedimento.

Como ha señalado CARRETERO¹²⁶¹, el *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, establece una serie de requisitos mínimos de formación para ejercer de mediador que son inferiores a los exigidos en la mayoría de normas autonómicas, sin que se señale nada al respecto de cómo se van a casar los requisitos exigidos en la normativa estatal y en la autonómica, pues el proceso formativo para la especialización se regula legal o reglamentariamente y varía de una Comunidad Autónoma a otra, aunque ronda en torno a las 200 y 300 horas (la más extensa es la prevista en el Decreto 66/2008,

¹²⁵⁹Las instituciones de mediación habrán de impulsar la mediación, facilitar el acceso a la misma y administrar el procedimiento, designando al mediador o mediadores –personas físicas, en todo caso– que habrán de hacerse cargo de la mediación, pero la propia institución no podrá prestar directamente el servicio y habrá de comprobar que las personas físicas por ella designadas cumplen con los requisitos que la propia Ley establece para poder ejercer como mediador.

¹²⁶⁰El estricto régimen de incompatibilidades, que recoge el art. 389 LOPJ, para los jueces y magistrados, y el art. 57 EOMF, para los fiscales, hace que sea práctica y materialmente imposible encajar la posibilidad de que dichos profesionales jurídicos puedan llevar a cabo funciones de mediación. De hecho, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, derivadas de aquella, no pueden realizar actividad alguna, retribuida o no, que no sea la propia del ejercicio de sus respectivas profesiones.

¹²⁶¹CARRETERO MORALES, E., “El estatuto del mediador Civil y Mercantil”, Ob. cit., p.20.

de 30 de mayo, de Valencia valenciano que prevé un mínimo de 300 horas teóricas y 60 prácticas)¹²⁶². La principal novedad introducida por el Real Decreto, hace referencia a la formación mínima exigible al mediador, que viene a duplicar el número de horas exigido en proyectos anteriores¹²⁶³.

La legislación autonómica en España¹²⁶⁴, ha sido más estricta que la general, tanto en los requisitos formativos como en los administrativos del mediador familiar, pues mientras se podrá ser mediador sin titulación universitaria, para ser mediador familiar, es necesario estar en posesión de titulación universitaria o título de grado en las disciplinas de Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo social o Educación Social o cualquier otra homóloga de carácter educativo, social, psicológico o jurídico. Por lo que, en general, la legislación autonómica y sectorial de familia, es más concreta y acertada que la general, desde nuestro punto de vista, compartido por otros¹²⁶⁵.

En el art. 11.2 de la LMACM, simplemente, se establece que para poder ejercer de mediador se habrá de estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y además acreditar formación específica en mediación. A diferencia de algunos países y de la mayoría de leyes autonómicas sobre mediación familiar, no se limita el ejercicio de la mediación a determinados profesionales, sino que simplemente se exige estar en posesión de una titulación oficial universitaria o de formación profesional superior, y ello a pesar de las presiones recibidas desde diversos colectivos profesionales que pretendían atribuirse en exclusiva dicho ejercicio.

Además de esta formación de origen, se exige igualmente en el art. 11 de la Ley, que el mediador cuente con “formación específica para ejercer la

¹²⁶²Vid. ETXEBARRIA GURIDI, J.F., “Análisis de la normativa autonómica sobre mediación en asuntos de derecho privado y la incidencia en ella de la normativa estatal”, en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una respuesta Innovadora en los diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Aranzadi, Universidad País Vasco, 2012, pp.236-237.

¹²⁶³Se establece en el art. 5 que “la duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva”. Sin duda, resulta adecuado el incremento del número de horas de formación mínima exigible, es más acorde con la predicada calidad a la que se hace mención tanto en la Ley como en el propio Real Decreto, aunque la calidad no ha de medirse única y exclusivamente en el número de horas, sino básicamente en los contenidos y exigencia de los programas formativos.

¹²⁶⁴Vid. PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., *El Estatuto del mediador. Tratado de Mediación en la Resolución de Conflictos*, Ob. cit., p.150.

¹²⁶⁵BARONA, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Ob. cit., p.84.

mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional”.

El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, viene a regular estas cuestiones, si bien establece una serie de mínimos, no entrando a detallar con exhaustividad ninguno de los temas controvertidos. En el texto se sigue manteniendo la idea de una concepción abierta de la formación, de conformidad con, “los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen la actuación de los mediadores”. No se establecen requisitos estrictos o cerrados respecto a la configuración de la formación por lo que simplemente se señalan una serie de requisitos mínimos, y se insiste en que dicha formación habrá de estar relacionada “*con la titulación del mediador, su experiencia profesional y el ámbito en que preste sus servicios*”, si bien no se establece posteriormente cómo se articula tal relación¹²⁶⁶.

En cuanto al contenido de la formación del mediador, se señala en el art. 4 de LMACM que, “*la formación específica de la mediación deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de la mediación, comprendiendo como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos*”. En este punto, entendemos que el enunciado es demasiado genérico o abierto, no se especifica el peso o la importancia que han de tener cada una de las materias relacionadas, además de no hacerse referencia, por ejemplo, a los distintos ámbitos en los que ha de desarrollarse la mediación en virtud de lo dispuesto en la propia Ley. Habría sido conveniente desarrollar más específicamente el contenido programático de dichos ámbitos formativos, a fin de, en la medida de lo posible, dotar de un mínimo de exigencia o uniformidad a los distintos programas de formación.

¹²⁶⁶SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles: La Ley 5/2012,” en SOLETO MUÑOZ, H (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Ob. cit., p.112.

Respecto de la formación práctica, se incrementa también el porcentaje mínimo exigido en anteriores proyectos que pasa de un 30% a un 35% ¹²⁶⁷. Como novedad, asimismo, se establece en el art 4.2 que “*las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales*”. Obviamente, esta formación práctica es la ideal, entiendo que la práctica es esencial en la formación del mediador y la misma ha de incluir necesariamente ejercicios, dinámicas y simulación de casos, pero no sé si el legislador es consciente de la inviabilidad de exigir hoy por hoy, como parte de la formación práctica, y además con carácter preferente, la participación asistida en mediaciones reales, dado que el número de mediaciones en la actualidad es manifiestamente insuficiente para cubrir la demanda de formación que se está llevando a cabo y sólo algunas instituciones de formación cumplen con dicho requisito.

Otra importante novedad es que desaparece cualquier referencia a la formación realizada a distancia, es decir de carácter no presencial o semipresencial, contemplada expresamente en anteriores proyectos. Se señala en el art. 5 que, “*la duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva*”. Y, en el art. 3, simplemente se estipula que, “*el mediador deberá contar con formación específica para ejercer la actividad de mediación*”¹²⁶⁸. Éstas son sólo algunas de las cuestiones que pueden plantearse y que entendemos van a suscitar y de hecho, están suscitando, bastantes problemas en la práctica, ya que son muchos hasta la fecha los cursos realizados que introducen una parte semipresencial en la formación y, otros que, simplemente, se han realizado íntegramente “online”.

En cuanto a la formación continua que se va a exigir a los mediadores, finalmente el legislador se ha limitado a exigir 20 horas cada cinco años, en una o varias actividades, pero sin especificar los contenidos de la misma, aunque se señala que habrán de ser de carácter eminentemente práctico. Se establece también que los cursos de especialización en algún ámbito de la mediación serán computables a efectos de formación continua.

¹²⁶⁷Vid. CARRETERO MORALES, E., “El estatuto del mediador Civil y Mercantil”, Ob. cit., p.23.

¹²⁶⁸ Sin embargo, no se especifica en el Real Decreto qué ha de entenderse por docencia efectiva, o cuál es el valor de los cursos online o semipresenciales, así como si van a tener validez los ya realizados y cómo se computa o valida la formación práctica ofrecida por dichos cursos.

Por lo que respecta a los Centros de Formación que podrán llevar a cabo la formación específica en mediación, se establece en el art. 7 de la Ley, que habrán de contar, “*con la debida autorización por la Administración pública con competencia en la materia*”¹²⁶⁹. La norma no especifica qué Administración será la designada al efecto. Como novedad, y con el fin de velar por la calidad de la formación ofrecida desde dichos centros, señala el art. 7.2 que, “*los centros que impartan formación específica para el ejercicio de la mediación habrán de contar con un profesorado que tenga la necesaria especialización en esta materia*”. Añadiendo a continuación, que, “*reúna, al menos, los requisitos de titulación oficial universitaria o de formación profesional de grado superior. Asimismo, quienes impartan la formación de carácter práctico habrán de reunir las condiciones previstas en este Real Decreto para la inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación*”¹²⁷⁰ Así, parece lógico exigir a los profesionales que vayan a instruir a los mediadores, como mínimo, los mismos requisitos que a las personas a las que van a formar.

Se establece la obligación de los centros de remitir al Ministerio de Justicia, a través de su sede electrónica, “*sus programas de formación en mediación, indicando sus contenidos, metodología y evaluación de la formación que vayan a realizar, así como el perfil de los profesionales a los que vaya dirigida, acompañando el modelo de certificado de la formación que entreguen a sus alumnos*”, de lo que cabe deducir, pese a que no se señale expresamente, que la Administración pública con competencia en la materia para autorizar los centros de formación será el Ministerio de Justicia.

¹²⁶⁹BARONA, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Ob. cit., p. 239: “Se trata de obtener títulos que profesionalicen en mediación, lo que obliga a que se trate de centros con prestigio, que hayan demostrado a lo largo de su trayectoria que son perfectamente permeables a la formación de mediadores. Obviamente tanto las Universidades como los Colegios profesionales entrarían dentro de esta categoría, y mucho más aún si existiera una simbiosis entre los colectivos y las Universidades, para obtener un reconocimiento que se hallare avalado por quien o quienes ejercen con continuidad la función de formación y de capacitación profesional. Ello no es óbice a la posible existencia de centros privados de prestigio que puedan igualmente ofrecer estas posibilidades formativas y que su título pueda ser reconocido como tal por quienes deberán avalar en el futuro éstos, ora de forma directa ora indirecta a través en este último caso de la inclusión en los Registros de Mediadores”.

¹²⁷⁰BARONA, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Ob. cit., p.242.

C) Las instituciones en la mediación civil y mercantil.

Las instituciones de mediación van a desempeñar un papel fundamental en la implementación y desarrollo de la mediación civil y mercantil¹²⁷¹. Tal y como se establece en el art. 5 de la Ley 5/2012, “...*tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación*”.

Por tanto, la Ley les atribuye la trascendental labor y la responsabilidad de impulsar la mediación, habiendo para ello de facilitar el acceso a la misma, dotándose en consecuencia de las infraestructuras necesarias a fin de proporcionar los medios materiales y humanos que sean necesarios a tal fin.

Otra de las importantes tareas que atribuye el legislador a las instituciones de mediación es la de llevar a cabo, cuando sean requeridas para ello, la designación de los mediadores que habrán de llevar a cabo el procedimiento de mediación. A tal efecto, habrán de disponer de un listado o de un registro de mediadores y seleccionar para cada asunto al que consideren más capacitado y adecuado para llevar a cabo la mediación solicitada, tanto en función de la formación de origen del mediador, como de su especialidad en un ámbito determinado de la mediación, experiencia o cualquier otro criterio que consideren indicado para proceder a tal designación¹²⁷². Tal y como señala QUINTANA: “*Para las instituciones es de capital importancia fomentar aquellas notas que las puedan diferenciar y consecuentemente hacer competitivas. Por ello, deben garantizar que sus mediadores están de verdad capacitados para mediar en las áreas o campos que publiciten, lo que no solo se circunscribe a tener conocimientos de mediación civil o mercantil, por ejemplo, sino que acrediten haber sido instruidos en técnicas, herramientas, modelos y normas deontológicas,*

¹²⁷¹Vid. CARRETERO MORALES, E., “El estatuto del mediador Civil y Mercantil”, Ob. cit., p.15.

¹²⁷² Hay que tener en cuenta los criterios de selección, toda vez que la propia institución va a responder también de la actuación profesional de los mediadores designados. Estos criterios los habrá de establecer la propia institución, lógicamente nunca estarán por debajo de los que la Ley exige, pero nada les impide ser más exigentes a la hora de requerir una determinada formación o experiencia profesional y esto, en definitiva, es lo que va a diferenciar la calidad de las instituciones de mediación.

*así como haber realizado un porcentaje mínimo de prácticas o entrenamientos*¹²⁷³.

Se hace alusión en la Ley igualmente a que la institución de mediación habrá de garantizar la transparencia en la designación de los mediadores. Para ello, la institución de mediación habrá de tener a disposición de los usuarios y del público en general su propio listado de mediadores, en el que habrá de constar la formación de origen de los mismos, su formación específica en mediación, especialidad, experiencia, así como cualquier otro dato relevante.

Las instituciones de mediación han de velar por la buena actuación de sus mediadores y, en este sentido, habrán de disponer de sus propias normas de funcionamiento y de un reglamento que vele por el establecimiento y observancia de los valores de la mediación en su organización interna y establezca un régimen sancionador en caso de incumplimiento de los mismos.

En la Disposición final octava de la Ley 5/2012, se señala que, *“el Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al cumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley se podrá dar de baja a un mediador”*.

La inscripción en el Registro sólo será obligatoria para los mediadores concursales, pero tendrá carácter voluntario, tanto para los mediadores, como para las instituciones de mediación y permitirá acreditar la condición de mediador a los efectos previstos en la Ley de Mediación, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la misma por parte de los responsables de la gestión de dicho Registro¹²⁷⁴.

¹²⁷³Vid. QUINTANA, A., “El papel de las instituciones de mediación”, Lawyer Press emprende. http://www.lawyerpress.com/news/2013_04/2704_13008.htm. (abril de 2013)

¹²⁷⁴Vid. CARRETERO MORALES, E., “El estatuto del mediador Civil y Mercantil”, Ob. cit., p.16. En cumplimiento de dicha previsión, se aprobó el comentado Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que con la finalidad de facilitar la publicidad y transparencia, prevé la creación de un Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación que

D) El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación.

Real Decreto 980/2013 por el que se regulan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantil, desarrolla cuatro cuestiones esenciales de la Ley 5/2012, como son la formación de los mediadores, la creación de un registro de mediadores, la obligación de aseguramiento de los mediadores y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos¹²⁷⁵.

Así, el Real Decreto 980/2013 creó un Registro de Mediadores conforme a la previsión contenida en la Disposición Final Octava de la Ley 5/2012, con el objetivo de controlar el cumplimiento de los requisitos de mediación incluidos en la ley¹²⁷⁶. Según indica el Real Decreto 680/2013 en su artículo 8, la finalidad del registro es facilitar el acceso de los ciudadanos a la mediación a través de la publicidad de los mediadores profesionales e instituciones de mediación¹²⁷⁷.

El Registro de Mediadores se estructura en tres secciones: una primera para los mediadores, una segunda para los mediadores concursales y una tercera para las instituciones de mediación. La creación de una sección especial para mediadores concursales se debe a que éstos deben reunir también los requisitos para su actuación como administradores concursal conforme a la normativa específica.

El Registro de Mediadores se configura como un registro público e informativo¹²⁷⁸. La información que se podrá obtener del Registro de Mediadores

tendrá carácter público e informativo y se constituirá como una base de datos informatizada accesible a través de la página web del Ministerio de Justicia.

¹²⁷⁵Fundamentalmente, los aspectos desarrollados por el Real Decreto 980/2013 pretendían dotar a la mediación de mayor transparencia y publicidad, así como asegurar la prestación de una mediación de calidad. Su pretensión era la de proporcionar seguridad jurídica a las partes que someten la resolución de sus conflictos a mediación. El desarrollo de estos aspectos responde igualmente a las exigencias incluidas en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, pues proponía a los estados el establecimiento de mecanismos que facilitaran el conocimiento de la mediación por los ciudadanos así como el acceso de éstos a los mediadores o instituciones de mediación.

¹²⁷⁶La norma delegó en el Ministerio de Justicia la posibilidad de establecer dos mecanismos para garantizar la calidad de la mediación, como son la regulación de la formación de los mediadores y la creación de un registro público en el que tanto éstos como las instituciones de mediación pudieran inscribirse.

¹²⁷⁷Vid. ESTANCONA PÉREZ, A., “Análisis del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Anuario de Mediación y Resolución de Conflictos*, N°2, 2014, pp.125-131.

¹²⁷⁸Tiene carácter público en tanto que cualquier ciudadano puede tener acceso a éste incluso a través de la propia página web del Ministerio de Justicia; e informativo en tanto que en él su

son tanto los datos identificativos y de contacto como su especialidad profesional, titulación y formación específica en materia de mediación, área geográfica de actuación, integración en alguna institución de mediación, etc. Se prevé expresamente que los mediadores inscritos actualicen sus datos así como la información relativa a la formación continua y experiencia, mediante la sede electrónica del Ministerio de Justicia, de forma que la información publicada se encuentre permanentemente actualizada¹²⁷⁹.

El Real Decreto 980/2013, también regula las causas por las que se causará baja en el Registro de Mediadores que deberá producirse por motivos de inhabilitación o suspensión del mediador para el ejercicio de su profesión, de extinción del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional o de falta de acreditación de la formación continua (mínimo de 20 horas de carácter práctico, por lo menos, cada cinco años)¹²⁸⁰.

En cuanto a las instituciones de mediación, podrán inscribirse en el Registro con independencia de su carácter público o privado o incluso de su nacionalidad, siempre y cuando se trate de instituciones que tengan entre sus fines el impulso de la mediación en los términos establecidos en la Ley 5/2012.

Por último, se establece un principio de coordinación entre el Registro de Mediadores y los registros de la misma índole que pudieran existir en las distintas Comunidades Autónomas, así como la posibilidad de suscribir con estos convenios de colaboración para la mejor publicidad de los mediadores e instituciones de mediación.

La inscripción en el Registro de Mediadores tiene carácter voluntario, de modo que la falta de inscripción no inhabilita al mediador para el ejercicio de la mediación. En este sentido, la inscripción en el Registro no tiene carácter constitutivo, sino meramente informativo¹²⁸¹. A pesar de que la inscripción en el

publicarán datos esenciales de los mediadores e instituciones de mediación a modo de base de datos

¹²⁷⁹Se faculta al encargado del Registro para verificar los datos suministrados por quienes soliciten la inscripción, así como para solicitar información o documentación adicional acreditativa de la concurrencia de los requisitos necesarios para el ejercicio de la mediación incluso al centro que certificó la formación o a la institución de mediación a la que pueda pertenecer quien solicite la inscripción.

¹²⁸⁰A tal efecto, se establece un sistema de comunicación entre el Registro y las compañías aseguradoras para la verificación de la vigencia del contrato de seguro de responsabilidad civil.

¹²⁸¹Tan solo será obligatoria la inscripción de los mediadores concursales puesto que, de otro modo, no podrían ser designados por parte de notarios o registradores tal y como establece el artículo 233 de la Ley Concursal.

Registro será voluntaria para mediadores e instituciones de mediación, es la propia norma en su Exposición de Motivos la que recomienda la inscripción de quienes actúen como mediadores, pues permite la acreditación de la condición de mediador, que resultará trascendente para la elevación a público u homologación judicial del acuerdo de mediación. En ningún caso la inscripción en el registro excluirá la responsabilidad ni del mediador ni de la institución arbitral en el hipotético supuesto que en ejercicio del a mediación se hubiera causado algún perjuicio a las partes.

E) Responsabilidad de los mediadores.

En cuanto a la responsabilidad profesional, el mediador habrá de cumplir fielmente con todos los deberes que la Ley establece respecto de su ejercicio profesional. Así, el mediador habrá de tener formación específica en mediación, conocer todas las técnicas y herramientas y ponerlas en práctica el el momento oportuno del procedimiento, habrá de respetar escrupulosamente los deberes de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, debe informar con claridad a las partes de las características y principios de la mediación, así como de cuanto acontezca en su desarrollo y de la posible necesidad de asesoramiento jurídico, ha de velar por la igualdad y equilibrio de las partes, etc. Igualmente habrá de observar todas aquellas normas de conducta a las que pueda estar sujeto por prestar sus servicios para una institución de mediación determinada, la cual obviamente podrá disponer de su propios Códigos de conducta, de buenas prácticas o deontológicos.

La Ley regula en el art. 14 la responsabilidad de los mediadores y se establece que, *“la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren”*¹²⁸².

¹²⁸²A diferencia de lo establecido en el anterior art. 14 del Real Decreto Ley 5/2012, cuya redacción recogía la responsabilidad de los mediadores por los “daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad y dolo”, ahora desaparece cualquier causalidad específica, refiriendo sin más la posible responsabilidad por los “daños y perjuicios que causaren”, favoreciendo un modelo de responsabilidad culposa por parte del mediador que vendrá referido al régimen general de responsabilidad del art. 1902 del Código Civil.

El encargo de la mediación, una vez aceptado debe cumplirse fielmente¹²⁸³, ya que de lo contrario, podría incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios que causare por mala fe, temeridad o dolo¹²⁸⁴. No sólo tiene responsabilidad el mediador, sino que también responde la institución de mediación en la cual éste trabaje¹²⁸⁵. ESPLUGUES ha entendido que: “*Asumiendo que la relación entre las partes y el mediador es de carácter contractual, del artículo 14 se derivaría una referencia a una responsabilidad únicamente civil y de base exclusivamente contractual, por obligacional, que se circunscribiría temporalmente al tiempo en que el mediador esté ejerciendo sus funciones de mediación*”¹²⁸⁶.

Por su parte, ha señalado MARQUES que: “*El mediador, en la práctica de la mediación, podrá ser responsabilizado: 1) contractualmente, por violación del contrato de mediación; 2) civilmente, por malas prácticas, debiendo las partes ejercitar acciones directamente contra el profesional si sufrieran daños resultantes de la conducta del mediador; 3) disciplinariamente, en relación a violaciones de los Códigos Deontológicos aplicables, y 4) penalmente, siempre que cometa un delito o falta punible*”¹²⁸⁷.

Respecto a la responsabilidad contractual, la misma podría venir producida por el incumplimiento de alguna de las obligaciones a las que el mediador pudiere haberse comprometido con las partes en el contrato de mediación suscrito con las

¹²⁸³CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^a C., *La mediación familiar como solución en los conflictos de crisis de pareja*, Ob. cit., p.59. Esta autora, considera que se puede entender del Art. 14 LMACM, que la responsabilidad del mediador no nace sino hasta el momento de la aceptación de la mediación y se deriva básicamente del incumplimiento de lo acordado. Al tener la consideración de responsabilidad contractual, se exige la concurrencia del dolo, negligencia o morosidad; sin embargo, en el supuesto de que los incumplimientos afectasen a terceros, que no forman parte del contrato, se trataría de responsabilidad civil extracontractual y exigiría culpa o negligencia. El contrato o acuerdo de mediación también puede modular y determinar el nivel o grado de cumplimiento exigible al mediador, pues la ley pretende asegurar esta responsabilidad mediante la obligatoria suscripción de un seguro civil o para el mediador, además de eliminando la concurrencia de dolo o mala fe como requisito para responder.

¹²⁸⁴En la Ley, no se prevé un régimen de infracciones o sanciones para el caso de que, con la actuación inapropiada del mediador, se vulneren principios fundamentales, pero los presupuestos generales de la responsabilidad civil que se derivan del tenor literal del artículo 1902 del Código Civil, también son aplicables a la responsabilidad civil del mediador. El artículo 1.104, 1º y 2º del Código Civil, en cuanto al incumplimiento total o al incumplimiento tardío o defectuoso por culpa o dolo.

¹²⁸⁵Esta responsabilidad de las instituciones se matiza, pues aunque respondan ante el perjudicado, luego pueden repetir contra los mediadores.

¹²⁸⁶ESPLUGUES, C., “Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de mediación de 2012”, en ETXEBARRÍA, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, p.97.

¹²⁸⁷MARQUES, C., *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p.251.

mismas, por lo que éste habrá de observar una serie de precauciones a fin de no comprometerse en el cumplimiento de determinados resultados o plazos por ejemplo, porque si es así y posteriormente incumple sus compromisos podría quedar sujeto a responsabilidad. Según señala BARONA: *“Sólo desde que se acepta por el mediador el encargo, nace su obligación de cumplir el mismo, realizar su actividad mediadora, y solo desde este momento es posible no cumplir con la obligación o hacerlo no adecuadamente, generando una posible producción de daños y perjuicios derivados por su actuación o su no actuación (dado que el encargo puede incumplirse desde una posición activa o una de omisión). Y esa relación es claramente contractual”*¹²⁸⁸.

Hay que tener en cuenta, tal y como ponen de manifiesto VALERO Y COBAS, que la relación entre el mediador y las partes es: *“Una obligación de medios y no de resultados, porque el mediador precisamente conduce a las partes a que encuentren su propio camino, en lo que respecta al conflicto, su misión es precisamente guiar a los destinatarios de la mediación en relación a esto, por tanto los resultados que se obtengan dependen de muchas cuestiones, no concernientes al mediador, ni tampoco es responsable de la no consecución del acuerdo. El mediador cumple su función con independencia de que se consiga o no el acuerdo, si actúa con la diligencia debida en correspondencia con el cargo”*¹²⁸⁹.

Por tanto, de acuerdo con estos autores, creemos que la actuación del mediador no es, pues, de resultado, pero sí debe ser activamente responsable, por el papel que le ha atribuido el legislador, en cuanto ha de ser quien dirija el procedimiento de mediación, con todos los deberes y obligaciones que le son inherentes. El mediador habrá de responder, en consecuencia, de todas las actuaciones por él realizadas que puedan ocasionar algún perjuicio a las partes.

Sin embargo, el tema de su diligencia profesional va a ser una cuestión francamente complicada de verificar en caso de una posible reclamación por alguna de las partes que pueda sentirse perjudicada, habiendo ésta de demostrar que la conducta del mediador incurrió en el incumplimiento de alguna obligación legal o en una acreditada mala praxis profesional y que, además, dicha infracción

¹²⁸⁸BARONA, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Ob. cit., p. 306.

¹²⁸⁹VALERO, J. Y COBAS, M.E., “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión”, *Diario La Ley*, N° 7987, 2012. p.5.

o conducta provocó daños y perjuicios que, en todo caso, habrán de ser debidamente probados. En el mismo sentido, ha escrito MARQUES que: *“Elementos esenciales de la responsabilidad profesional de los mediadores son la existencia de daños y la prueba del nexo de causalidad entre el daño y la violación cometida por el mediador”*¹²⁹⁰.

Como garantía de la comentada responsabilidad de los mediadores, la Ley en el art. 11.3 dispone que, *“el mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga”*, constituyéndose como una obligación ineludible y requisito condicional para poder ejercer profesionalmente¹²⁹¹.

El seguro podrá ser contratado a título individual por el mediador o dentro de una póliza colectiva que incluya la cobertura correspondiente a la actividad de mediación, como viene sucediendo ya en la práctica. El art. 28 dispone que, *“la suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga”*¹²⁹².

La responsabilidad disciplinaria derivará del incumplimiento de los deberes y obligaciones del mediador, independientemente de la existencia de un posible daño derivado de dicho incumplimiento. Nada se establece al respecto ni en la Ley 5/2012, ni en el Real Decreto 980/2013, no existe un régimen disciplinario general aplicable a posibles infracciones de los mediadores, por lo que se supone que habrán de ser las propias instituciones de mediación las que creen sus propias normas al respecto¹²⁹³.

En cuanto la posible responsabilidad penal en que pueda incurrir el mediador, la misma, evidentemente, sólo podrá venir derivada de la comisión de algún ilícito penal por parte del mismo. Por ejemplo. posibles amenazas o

¹²⁹⁰MARQUES, C., *La mediación*, Ob. cit., p.248.

¹²⁹¹El Real Decreto 980/2013 establece en el art. 26 que *“todo mediador deberá contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función”*.

¹²⁹²También, se introduce la obligación del mediador de informar a las partes, con carácter previo al inicio del procedimiento, de la cobertura de su responsabilidad civil, habiendo de dejar constancia de la misma en el acta inicial, aspecto que resulta ciertamente excesivo ya que tal previsión no se contempla para otras actividades profesionales.

¹²⁹³Vid. CARRETERO MORALES, E., “El estatuto del mediador Civil y Mercantil”, Ob. cit., p. 19.

agresiones a las partes, si bien se hace complicado plantear siquiera tales supuestos.

El art. 14 de la Ley, señala que cabe exigir responsabilidad a la institución de mediación a la que, en su caso, pertenezca el mediador, con independencia de las posibles acciones de reembolso que ésta pueda ejercitar contra el mismo. Así, el perjudicado podrá bien dirigirse directamente contra el mediador o contra la institución para la que preste sus servicios.

La Ley también delimita una responsabilidad exclusiva de las instituciones de mediación por el posible incumplimiento de sus propias obligaciones. Al examinar esta responsabilidad, BARONA ha señalado que: *“En este caso la responsabilidad exigida a la institución podría producirse por la falta de publicidad en la designación del mediador, por la designación de un mediador que no cumple las condiciones establecidas, por la falta de regulación de unas reglas de actuación y un procedimiento transparente de pago de provisión de fondos, por exigir más provisión de fondos a una parte que a otra, por no devolución de parte de la provisión de fondos tras la determinación de los gastos que se hubieren podido ocasionar, etc.”*¹²⁹⁴.

El art. 29 del Real Decreto concreta que *“con independencia de la posibilidad de asumir la contratación de la cobertura de la eventual responsabilidad civil de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, las instituciones de mediación deberán contar con un seguro o una garantía equivalente que cubra la responsabilidad que les corresponde, de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en especial, la que pudiera derivarse de la designación del mediador”*¹²⁹⁵.

Dada la labor a desarrollar por el mediador, cuya misión básicamente es la de ayudar a las partes a buscar un solución por sí mismas, y teniendo en cuenta la voluntariedad del procedimiento –por lo que las partes pueden abandonar libremente el mismo en el momento que consideren que la labor del mediador no

¹²⁹⁴BARONA, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Ob. cit., p. 307.

¹²⁹⁵Según se establece en el Real Decreto 980/2013, la obligación de aseguramiento de la responsabilidad de las instituciones de mediación podrá venir producida por la designación del mediador o por el incumplimiento de alguna de las obligaciones que les incumben. La institución de mediación también habrá de asumir, solidariamente con el mediador, la responsabilidad derivada de la actuación de éste, garantizándose de esta forma la previsión establecida en la Ley que faculta al posible perjudicado para poder entablar acciones tanto contra el mediador como contra la institución a la que pertenezca, sin perjuicio del derecho de ésta a repetir contra el mediador por dichas acciones.

es la adecuada o no les está ayudando—; dice CARRETERO que se hace difícil pensar en supuestos en los que éste pueda tener algún tipo de responsabilidad, salvo que incumpla los deberes y obligaciones que, como se ha comentado, le atribuye la Ley¹²⁹⁶.

F) El carácter retribuido de la mediación.

La mediación es un procedimiento voluntario que depende de la voluntad de las partes y aunque es un sistema simple de fácil tramitación, duración breve y económico, no es gratuito, sino retribuido, debiéndose abonar al mediador el precio pactado, que suele establecerse por sesiones¹²⁹⁷.

Debe abonarse el coste del procedimiento (independientemente del resultado del proceso), normalmente por mitad entre las partes en conflicto (Art. 15 LM), aunque cabe que se haga cargo sólo una de ellas, si así se estableció por contrato.

Es frecuente, como en otras profesiones, que se solicite una provisión de fondos al inicio de la relación, pero la obligación de las partes es la del abono en el momento en el que se solicita. En caso de incumplimiento, puede darse por concluida la mediación, aunque debe comunicarse el mismo a todas las partes por si éstas quieren suplirla y entregar lo que correspondería a la parte incumplidora, en el plazo que se haya fijado, a los efectos de que no se paralice el procedimiento, ni se extinga o se dé por concluido.

3.3.1.7. La mediación electrónica.

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación, las denominadas TIC's, han influido también en los sistemas de resolución alternativa de conflictos, como es el caso de la mediación.

La utilización de herramientas informáticas que pueden agilizar, facilitar y solucionar problemas que se tienen con la presencia de las partes son muy apreciadas en la actualidad para evitar la lentitud de los procedimientos. Sin

¹²⁹⁶CARRETERO MORALES, E., "El estatuto del mediador Civil y Mercantil", Ob. cit., p 20.

¹²⁹⁷Vid. PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., *El Estatuto del mediador. Tratado de Mediación en la Resolución de Conflictos*, Ob. cit., p.143.

embargo, estas mismas herramientas que tienen como finalidad mejorar las comunicaciones, también nos plantean diversos problemas derivados precisamente de la intervención de un “*elemento electrónico*”.

En los últimos tiempos la creciente utilización de internet, las redes sociales y la contratación electrónica¹²⁹⁸ potencian el uso de las tecnologías y son cada vez más conocidas por los ciudadanos. Junto a ello, la utilización de la mediación para resolver controversias aparece como un sistema más “*amable*” que el procedimiento judicial, en el que las partes acuden con otro talante, ya que suele ser un sinónimo de un enfrentamiento, siendo la mediación un sistema más “*suave*” de solucionar un conflicto. A las ventajas que tiene la mediación por medios tradicionales presenciales (rapidez, efectividad y economía) hay que unir las ventajas que tiene la que se realice mediante medios electrónicos (inmediatez y facilidad)¹²⁹⁹.

La mediación electrónica¹³⁰⁰ es uno de los métodos de ODR, es decir, *Online Dispute Resolution (methods)*, métodos de solución de disputas en línea a través de Internet. El acrónimo ODR es muy parecido a ADR, si bien no significan lo mismo ya que ADR alude a las modalidades alternativas de solución extrajudicial de conflictos (negociación, mediación, arbitraje y conciliación) y viene a ser un género dentro del cual el ODR es una especie que se caracteriza por la utilización de una herramienta muy concreta, Internet. El ODR, por su parte, comprende diversas modalidades: mediación electrónica, arbitraje electrónico, negociación electrónica asistida y negociación electrónica automatizada. Todos los ODR necesitan una plataforma de gestión de expedientes de solución de conflictos a través de web y entre todas las modalidades de ODR, la mediación electrónica es la que requiere mayor complejidad técnica¹³⁰¹.

¹²⁹⁸Vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Las nuevas previsiones de mediación electrónica”, en BLASCO GASCÓ, F. (Dir.), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T. II, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. pp.2737-2762

¹²⁹⁹Vid. SUQUET CAPDEVILA, J., “La mediación electrónica como método de resolución de controversias ente empresarios y consumidores”, en LAUROBA LA CASA, M^a E. y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación es Justicia. El impacto de la ley 5/2012 de Mediación civil y mercantil*, Ob. cit., pp.307 y ss.

¹³⁰⁰La podemos definir como un procedimiento de mediación que se desarrolla en una plataforma de gestión de expedientes de solución de conflictos, a través de web. Por lo demás, la mediación electrónica tiene el mismo concepto, principios y características esenciales de la mediación, sólo introduce una especialidad en cuanto al medio del que se sirven mediador y partes para desarrollar el procedimiento de mediación.

¹³⁰¹Sobre los requisitos que debe cumplir la plataforma de gestión de expedientes en el caso de la mediación electrónica, vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E. Y FERNÁNDEZ CANALES, C., “La

La tecnología se convierte así en un elemento clave para incrementar las ventajas propias de la mediación, ya que incide en la rapidez, la efectividad y la disminución de los costes. Por todo ello, se hace necesario lograr sistemas electrónicos fiables, compatibles con la cultura tecnológica de los ciudadanos y que generen confianza, promoviendo su utilización¹³⁰².

Los mediadores e instituciones de mediación serán responsables de asegurar el correcto funcionamiento del procedimiento de mediación por medios electrónicos, así como el respeto a los principios recogidos en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, especialmente en lo relativo a la seguridad y confidencialidad de todo el proceso¹³⁰³.

La utilización de las TIC's en la mediación se contemplan en la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008¹³⁰⁴, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles, en su considerando noveno al establecer que, “*la presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación*”. Esta Directiva, ya se ha señalado, ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹³⁰⁵.

En coherencia con ello, el artículo 24 de la Ley 5/2012, contempla la posibilidad de que todas o alguna de las actuaciones de mediación incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por video-conferencia u otro medio análogo de transmisión

mediación familiar desarrollada por medios electrónicos”, en VVAA., *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, Granada, pp.171 y ss.

¹³⁰² Vid. PEREZ-SERRABOLA GONZÁLEZ, J.L., “Notas sobre el Estatuto Jurídico del mediador en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, en PETIT LAVALL, M^aV., CUÑAT EVO, V. (Coors.), *Estudios de Derecho mercantil, Liber Amicorum, Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p.126. Será necesario un periodo de aceptación del mismo y de su conveniencia. A este respecto se han puesto de relieve cuestiones de importancia como la información verbal o el contacto visual de las partes con el mediador que no se dan con este modelo, si bien es un procedimiento que ahorra tiempo y es atractivo, pues no hay que comparecer en el mismo lugar y de forma simultánea.

¹³⁰³ GONZÁLEZ MARTÍN, L. A., “Espacio abierto La mediación civil y mercantil: una necesidad y una obligación legal en el espacio de la unión europea. La importancia de la figura del profesional de la mediación”, *Revista de Mediación*, Nº 9, 2012, pp.6-9.

¹³⁰⁴ Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles. DOL 136 de 24 de mayo de 2008.

¹³⁰⁵ CARRETERO MORALES, E., “Comentarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Riedpa, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, Nº1, 2011, pp.1-62.

de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en este RDL¹³⁰⁶.

La denominada mediación electrónica o mediación mediante medios electrónicos, no se define expresamente en la LMACM, en la que sí encontramos una definición de lo que se considera como mediación¹³⁰⁷. La ley indica, en su art. 5.2, que las instituciones de mediación podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial en las controversias que versen sobre reclamaciones monetarias, la promoción de un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad, en la Disposición final séptima, y a los medios al referirse, en su art. 24, a las actuaciones desarrolladas por medios electrónicos: *“1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley. 2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes”*.

El RDLMACM dedica el último capítulo a la determinación de las denominadas líneas básicas del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos, que ya había recogido el mencionado art. 24 LMACM. Se centra, como indica el Preámbulo, en la concreción mínima de los aspectos que aseguren que ese procedimiento simplificado de mediación por medios

¹³⁰⁶El Proyecto de Real Decreto de 13 de noviembre de 2012 regula el desarrollo de la mediación por medios electrónicos, la unión de estos dos elementos, mediación y nuevas tecnologías, da lugar a mecanismos de resolución electrónica de disputas a los que se ha de dotar de la necesaria seguridad jurídica y técnica que contribuya a la extensión de su utilización. Los procedimientos de mediación electrónica se sirven de tecnologías que ya existían con anterioridad, es decir, que no han sido creados específicamente para la mediación, así como de otras propias que permiten la estructuración misma del sistema. En este sentido, son varios los canales y sistemas de los que la mediación electrónica puede hacer uso, como los medios de comunicación simultánea (síncrona) o sucesiva (asíncrona).

¹³⁰⁷Tiene sus orígenes en Estados Unidos a partir del año 1995 y, a pesar del poco tiempo transcurrido desde su aparición se ha podido observar un enorme desarrollo de los sistemas de mediación electrónica en ese país, en el que la mediación ha sido permeable a la influencia de las nuevas tecnologías. Estas han facilitado la gestión de los profesionales de la mediación y han permitido ampliar las posibilidades de comunicación, al superar las barreras de presencialidad, condicionada por los factores del tiempo y de lugar.

electrónicos se realice con las garantías necesarias. Como sigue precisando la norma, “no se efectúa una regulación detallada o cerrada del procedimiento simplificado de mediación, considerando más adecuado, por un lado, estar a lo dispuesto en el régimen general de la Ley 5/2012, de 6 de julio y, por otro, establecer unas normas básicas relativas a sus particularidades propias”, determinadas por la especificidad de su objeto, de su duración y por la utilización de medios electrónicos, como han señalado VAZQUEZ y FERNÁNDEZ¹³⁰⁸.

La transparencia juega, asimismo, un papel fundamental en el desarrollo del procedimiento. Las partes deberán poder acceder a la información facilitada por el mediador o la institución de mediación en su página web, a fin de conocer aspectos tales como la normativa aplicable, la identidad del mediador o institución de mediación, en qué consiste y qué coste supone el procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo de mediación, entre otros. Asimismo, toda la información disponible deberá ser accesible a personas con discapacidad¹³⁰⁹.

El Reglamento, en su capítulo V, se refiere al procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos en desarrollo de lo previsto en la Disposición Final 7ª de la Ley. Se regula la posibilidad de que se lleve a cabo un procedimiento a través de medios electrónicos, que aumentará la agilidad del procedimiento y que añadirá a sus caracteres el de la brevedad, pues su duración no excederá de un mes desde que se presente la solicitud, iniciándose el trámite en el plazo máximo de dos días desde la recepción de ésta¹³¹⁰. Este nuevo procedimiento queda limitado a la aplicación de asuntos cuya cantidad no exceda de 600 euros, considerándose como preferente a cualquier otro en estos casos.

El procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos es coherente con la flexibilidad y autonomía de la institución y permite pasar de una tramitación presencial a otra electrónica y al contrato, en atención a las

¹³⁰⁸Vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E. y FERNÁNDEZ CANALES, C., “El actual marco normativo de la mediación electrónica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°731, 2012, pp.1451-1480.

¹³⁰⁹La seguridad del procedimiento se ve reforzada, además, por la utilización de los sistemas acreditativos de la identidad que regula la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, y por la exigencia de que todas las comunicaciones generen un justificante que permita su archivo o impresión. Dicho justificante reflejará la fecha y hora que servirán de base para la contabilización de los plazos. Se establece, por otro lado, que las comunicaciones se entenderán rechazadas en casos de que transcurran diez días naturales sin que se produzca el acceso a los mismos, salvo que haya sido imposible tal acceso por problemas técnicos

¹³¹⁰Artículo 24 de la LMACM.

necesidades de las partes¹³¹¹. Al igual que existe la posibilidad de realizar procesos mixtos, en los cuales parte de las actuaciones se realizan de forma presencial y parte se realizan de forma electrónica. Este procedimiento es consecuente, también, con una de las características claves de la mediación, la agilidad. Así, su duración no excederá de un mes y se iniciará a la mayor brevedad posible -en el plazo máximo de dos días desde la recepción de la solicitud. El procedimiento simplificado va a depender en gran medida de la actividad y diligencia del mediador, que es quien se hace responsable, debiendo habilitar los mecanismos necesarios para garantizar a las partes, la seguridad, el buen funcionamiento de la plataforma y los sistemas electrónicos que se utilicen, la privacidad de los documentos, su integridad y secreto y la confidencialidad en todas las fases¹³¹².

De la lectura de los preceptos de la LMACM que regulan la mediación electrónica, se pueden extraer las siguientes observaciones¹³¹³:

a) La intervención en la mediación, en todas o algunas de las actuaciones que se lleven en ella, deben ser acordadas por ambas partes, ya que uno de los principios inspiradores es la autonomía de la voluntad y la libre disposición, siendo un procedimiento no vinculante¹³¹⁴. El art. 30 RDLMACM precisa que, *“salvo que el empleo de éstos -se refiere a los procedimientos electrónicos- no sea posible para alguna de las partes o cuando éstas acuerden un procedimiento distinto y siempre que las pretensiones de las partes no se refieran a argumentos de confrontación de derecho”*

¹³¹¹Vid. VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A., “Aspectos sobre la seguridad en la contratación electrónica”, en CUENA CASAS M, ANGUITA VILLANUEVA, L. y ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp.761-770.

¹³¹²El artículo 24 regula el supuesto de contratación por parte del mediador o de la institución mediadora, con un proveedor que se considerará el encargado del tratamiento de los datos y que habrá de dar cumplimiento a las previsiones legales en materia de protección de datos personales, al que se considera por ello responsable, sin perjuicio de que tal responsabilidad, en caso de incumplimiento, en esta cuestión, se exija igualmente al mediador o a la institución, siendo posible la posible violación de la intimidad, uno de los peligros que hay que atajar en este nuevo sistema

¹³¹³Vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Nº3, 2014. WWW.INDRET.COM

¹³¹⁴Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A., “La autonomía de la voluntad y la eficacia de los acuerdos mediados en el Anteproyecto y en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en LÓPEZ SAN LUIS, R. (Coord.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, Granada, 2011, p.217.

b) Se hace referencia a medios electrónicos, videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen, con lo que se podría entender incluidos los sistemas de mensajería instantánea que suelen ser utilizados con distintos fines (Chat, WhatsApp, Skype, Line, Viber...) ¹³¹⁵. Esta referencia a medios electrónicos, tal y como indica la Disposición adicional cuarta LMACM, deberán ajustarse a las condiciones de accesibilidad que contempla la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, teniendo en cuenta que el principio de igualdad que tiene que respetarse en la mediación, debe ser tenido en cuenta en el caso de las personas con discapacidad para garantizar la accesibilidad a los entornos, utilización de lenguaje de signos y medios de apoyo a la comunicación oral, braille, comunicación por medio de tacto o cualquier otro medio que les permita una participación completa en el proceso de mediación ¹³¹⁶. Además, conforme indica el art. 7 LMACM, la mediación (sea electrónica o no) se tiene que realizar de forma que se garanticen la plena igualdad de oportunidades de las partes.

El art. 31 RDLLMACM establece que la institución de mediación que haya contratado con un proveedor de servicios electrónicos deberá habilitar los mecanismos precisos para garantizar la seguridad a las partes, el buen funcionamiento de la plataforma y de los sistemas electrónicos que se hayan utilizado, así como la privacidad, la integridad y el secreto de los documentos y las comunicaciones ¹³¹⁷. El art. 31, apartado 2 del RDLMACM señala que: *“Cuando la institución de mediación o, en su caso, el mediador contraten los servicios electrónicos de mediación con un proveedor, éste tendrá la condición de encargado del tratamiento de aquellos datos y dará cumplimiento a las previsiones exigidas en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad directa del mediador o de la institución de mediación frente a las partes por los daños que se les pudieran causar por el incumplimiento de las obligaciones que*

¹³¹⁵Vid. FRANCO CONFORTI, O., “Mediación electrónica”, *Mediatio. Revista de Mediación*, N° 2, 2012, pp. 4-7.

¹³¹⁶Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico BOE N° 166 de 12 de julio de 2002.

¹³¹⁷Vid. ÁLVAREZ HERNANDO, J. y PRIETO ESCUDERO, E., “Nueva regulación de la mediación por medios electrónicos”, *Iuris.Actualidad y práctica del derecho*, N° 212, 2014, pp.24-29.

*les incumban, en particular en aplicación de las normas sobre protección de datos de carácter personal*¹³¹⁸.

Dentro de los medios electrónicos deben ser diferenciados entre:

-Los que proporcionan una respuesta inmediata, es decir, donde hay una coincidencia temporal en tiempo, como por ejemplo un chat o la mencionada videoconferencia. En estos casos también habría que diferenciar los medios electrónicos en los que es posible ver la imagen del interlocutor (videoconferencia) y los que se obtiene una respuesta inmediata pero no hay imagen (sería el caso de la telefonía), con lo cual la diferenciación entre voz o imagen, que señala el precepto sería importante para poder delimitar los sistemas de garantía para la identidad de los intervinientes¹³¹⁹.

-Y los medios que no son sincrónicos, sino asincrónicos, es decir, no hay una coincidencia temporal, y en los que no se obtiene una imagen de las partes, como podría ser el correo electrónico o los mensajes de móviles, se tendrá en cuenta lo indicado respecto a terceros de confianza, que establecen los arts. 25 y ss. de la LSSICE con las modificaciones operadas

¹³¹⁸ En materia de accesibilidad, por tanto, se aplicará la siguiente legislación:

a) la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 289, 3.12.2003).

b) Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 300, 16.12.2006).

c) Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado (BOE núm. 72, 24.3.2007) y Orden PRE/446/2008, de 20 de febrero, por la que se determinan las especificaciones y características técnicas de las condiciones y criterios de accesibilidad y no discriminación establecidos en el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo (BOE núm. 48, 25.2.2008);

d) Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo-ciegas (BOE núm. 255, 24.10.2007);

e) Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 310, 27.12.2007). (BOE núm. 255, 24.10.2007);

f) Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 310, 27.12.2007).

¹³¹⁹ Vid. GARCÍA DEL POYO, R., “La mediación electrónica”, *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 29, 2013, p.7.

por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información¹³²⁰.

c) También, se debe de garantizar la identidad de los intervinientes, pero no se especifica qué garantías son las precisas. Es difícil definir qué se entiende por medios electrónicos, ya que el precepto hace referencia expresa a la “*videoconferencia*” y a “*otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen*”. Las dudas surgen con las nuevas tecnologías en las que es muy difícil la garantía de la identidad. La doctrina¹³²¹ hace referencia a la firma electrónica y su regulación para poder solucionar los problemas de identidad de las partes¹³²². Esta ley, en su art. 18, referente a los sistemas de firma electrónica para la actuación administrativa automatizada, indica que un certificado electrónico constituye un documento firmado electrónicamente y que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante confirmando su identidad¹³²³. Se admite que, en su defecto, las partes puedan acreditar ante el mediador o las instituciones de mediación su identidad mediante la forma presencial, acordando un sistema de acceso seguro acordado mutuamente¹³²⁴.

d) La protección de la imagen es otro de los aspectos que debe tenerse en cuenta, ya que la grabación de la voz o de la imagen por los medios electrónicos que se utilicen deberá respetar lo indicado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen¹³²⁵.

e) Dichos medios deben respetar los principios de la mediación que contempla el Título II: voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad y confidencialidad (arts. 6 a 9). En este sentido, también se plantean dudas de cómo respetar dichos principios, por

¹³²⁰Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información. BOE N°. 312, 29.12.2007

¹³²¹GONZÁLEZ GRANDA, P., “Protección judicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico”, *Indret*, N° 4/2007. www.indret.com

¹³²²Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, BOE núm. 304, 20.12.2003

¹³²³Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (BOE núm. 150, 23.6.2007)

¹³²⁴Se establece que la identidad de las partes deberá acreditarse en el momento de la presentación de la solicitud de inicio y en la contestación, así como en el momento de la aportación de documentación, establecimiento de las comunicaciones, en la forma de las actas y del acuerdo de mediación. Si se realiza una actuación por medio de representante, se requerirá la acreditación de la representación ante el mediador o la institución de mediación

¹³²⁵Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. BOE N° 115 de 14 de mayo de 1982.

ejemplo, que no se esté forzando a una persona a la mediación contra su voluntad, que no haya una situación de superioridad, que el mediador sea neutral, la inclusión de cláusulas de sometimiento, y que los datos facilitados no sean revelados, ni los documentos que se utilicen en el proceso de mediación.

f) Por último, los arts. 33 y 35 RDLMACM regulan con detalle los formularios, la documentación y expediente y el compromiso de acceso. En cuanto a los formularios, se establece que el mediador o la institución de mediación proporcionarán a través de la web los formularios o impresos electrónicos normalizados de solicitud de inicio y contestación del procedimiento. En dichos documentos se indicará de forma expresa que las pretensiones de las partes no se referirán a argumentos de confrontación de derecho¹³²⁶.

La utilización de los medios electrónicos permitirá una adecuada comunicación entre las partes y el mediador, ya sea separada o conjuntamente, posibilitando el diálogo y el acercamiento de las posturas¹³²⁷. Existe la opción de que las partes puedan transformar el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos en cualquier otro procedimiento de mediación, siempre que haya mutuo acuerdo de las mismas. Esa misma autonomía de la voluntad se plasma en la decisión de realizar presencialmente las actuaciones que las partes acuerden¹³²⁸.

A. Protección de datos y derecho a la intimidad.

El Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de

¹³²⁶ También se facilitarán formularios normalizados para la subsanación de errores u omisiones, así como la retirada de la solicitud de inicio de la mediación, y en los casos en los que se haya iniciado el procedimiento, el ejercicio de las partes para dar por terminadas las actuaciones. En lo referente al compromiso de acceso, se establece que el sistema electrónico empleado permitirá acreditar la puesta a disposición de las comunicaciones relacionadas con la mediación, asumiendo las partes el compromiso de acceder a las mismas en la dirección electrónica que indiquen.

¹³²⁷Vid. GARCÍA DEL POYO, R., “La mediación electrónica”, Ob. cit., p.8. El inicio de la mediación, se produce con la presentación del formulario de solicitud de la mediación por parte del solicitante, y la puesta en contacto por parte del mediador. No se indica un plazo específico, tan sólo se indica a la mayor brevedad, lo cual deja sin precisar ese requisito. Igual imprecisión se observa al indicar que el mediador concederá al solicitante un plazo razonable para contestar a la solicitud, más aún cuando a continuación se indica que si la parte solicitada no contestara dentro del plazo. Recibida la contestación se remitirá a las partes un certificado que tendrá la consideración de acta de la sesión constitutiva a efectos de generar la numeración del expediente

¹³²⁸Vid. DE ASIS GONZÁLEZ CAMPO, F., “Mediación electrónica y proceso: Régimen jurídico y oportunidades a la vista de la Ley 18/2011 y la ley 5/2012, en LAUROBA LA CASA, M^a E. Y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Ob. cit., pp.315 y ss.

carácter personal, considera como dato “*cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable*”¹³²⁹.,

Según la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 8: “*Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernen. El tratamiento de dichos datos se realizará de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada*”¹³³⁰. Se conceden los derechos de acceso a los datos y a su rectificación”¹³³¹.

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 18.4 CE preceptúa que: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

La STC, Pleno, 292/2000¹³³², se ha pronunciado sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal considerándolo como un verdadero derecho fundamental, entendido como autónomo e independiente del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 de la Constitución Española.

B. La protección de datos de carácter personal en el ámbito de la mediación electrónica.

a. La confidencialidad y la identidad en la protección de los datos.

Si en una mediación presencial la confidencialidad es uno de los requisitos que plantea algunas cuestiones (su propia definición, la relación con el secreto profesional, y a qué tipo de documentación se extiende la confidencialidad, entre otras); en el caso de la mediación virtual el indicado requisito nos plantea más que cuestiones algunos problemas.

Dicha confidencialidad se contempla en el art. 9 LMACM de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter

¹³²⁹Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 28 de enero de 1981. BOE núm. 274, 15 de noviembre de 1985.

¹³³⁰Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)

¹³³¹La Recomendación de la Comisión 81/679/CEE, de 29 de julio de 1981, relativa al Convenio del Consejo de Europa sobre protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (DO L 246, 29.8.1981), indicaba que la protección de datos es un elemento necesario de la protección del individuo y constituye uno de sus derechos fundamentales.

¹³³²Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 del Tribunal Constitucional que resuelve el Recurso de inconstitucionalidad respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE N° 4 de 4 de enero de 2001.

Personal¹³³³, y es aplicable en el caso de la utilización de medios electrónicos en la mediación, lo que supone la obligación de proteger la identidad de las personas que intervienen en la misma, y también los datos de carácter personal que se viertan en ella, debiendo éstos ser tratados de conformidad con esta ley y con el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo¹³³⁴.

La Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, en su artículo 41, identifica mejor los derechos de los usuarios de telecomunicaciones relacionados con la protección de datos de carácter personal y la privacidad de las personas, e indica que: *“Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, incluidas las redes públicas de comunicaciones que den soporte a dispositivos de identificación y recopilación de datos, deberán adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad en la explotación de su red o en la prestación de sus servicios, con el fin de garantizar la protección de los datos de carácter personal. Dichas medidas incluirán, como mínimo: a) La garantía de que sólo el personal autorizado tenga acceso a los datos personales para fines autorizados por la Ley. b) La protección de los datos personales almacenados o transmitidos de la destrucción accidental o ilícita, la pérdida o alteración accidentales o el almacenamiento, tratamiento, acceso o relevación no autorizados o ilícitos. c) La garantía de la aplicación efectiva de una política de seguridad con respecto al tratamiento de datos personales”*. La confidencialidad en el ámbito de la mediación electrónica puede ser enfocado de dos formas: bien considerar que el mediador garantiza la protección de la información y los datos recogidos durante el proceso, o bien entender que la confidencialidad, se enmarca en el cifrado de las comunicaciones, para evitar el filtrado de la información, con lo que se plantearía la seguridad de los servidores y los protocolos https¹³³⁵.

¹³³³Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, BOE N° 298 de 14 de diciembre de 1999.

¹³³⁴Reglamento de desarrollo de la Ley de Protección de Datos de Carácter personal. BOE N° 17 de 19 de enero de 2008.

¹³³⁵VIOLA DEMESTRE, I., “La confidencialidad en el procedimiento de mediación”, *Revista de internet, Derecho y Política*, N°11, 2010, p.4. Entiende la autora que la confidencialidad se aplica también a los documentos que se utilizan en el procedimiento de mediación, ya que las partes no

b. La prestación del consentimiento: en la mediación, en el acuerdo de mediación y en el tratamiento de datos.

En este punto, podemos diferenciar, entre el consentimiento en la mediación, en el acuerdo de mediación y en el tratamiento de datos. En este último caso, debemos tener en cuenta que el consentimiento para el tratamiento de los datos está implícito en el consentimiento que se presta para someterse a la mediación¹³³⁶.

En su análisis, VIOLA DEMESTRE señalad que, habrá que atender a lo indicado en el art. 1262 CC, en el último inciso, al indicar que: “*En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación*”¹³³⁷. En el caso de la mediación electrónica, este consentimiento debe ser expreso, y la manifestación de la aceptación puede realizarse en los casos de la mediación asincrónica, siguiendo lo indicado en el art. 28 de la LSSICE, mediante el envío de un acuse de recibo por correo electrónico o por otro medio de comunicación, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o bien a la confirmación por algún medio equivalente.

El art. 13 RLOPD que hace expresamente referencia a la prestación del consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad que establece que se podrá proceder al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, excepto en los casos en los que la norma exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela¹³³⁸.

pueden utilizarlos para un proceso judicial posterior que se inicie, en el caso de que no prospere la resolución alternativa de conflictos

¹³³⁶El art. 31 RDLMACM indica que se deberán habilitar los mecanismos necesarios para asegurar la confidencialidad en todas las fases del procedimiento y asegurará el cumplimiento de las previsiones exigidas en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal.

¹³³⁷Vid. VIOLA DEMESTRE, I., “La confidencialidad en el procedimiento de mediación”, Ob. cit., p.4. La manifestación del consentimiento, se puede realizar en el documento previo o al inicio de la utilización de los medios electrónicos para el proceso de mediación. Este consentimiento deberá ser expreso y no tácito. Además deberá ser informado el interesado de la existencia del fichero, del carácter voluntario u obligatorio del suministro de los datos, y los derechos de los que dispone (los llamados derechos ARCO: acceso, rectificación, cancelación y oposición).

¹³³⁸Vid. PÉREZ LUÑO, A.E., “El consentimiento de los menores: Título II. Principios de la Protección de Datos. artículo 6”, en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 473-494. Si se trata de menores de dicha edad se requerirá el consentimiento de los padres o tutores. Se restringe los datos que se puede recabar del menor, ya que necesitarán el consentimiento de los titulares de esos datos (se refiere a información sobre el grupo familiar, actividad profesional, económicos, etc.). En el caso de que el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información que se dirija a ellos deberá ser entendida, utilizándose un lenguaje comprensible por los mismos.

El responsable del fichero o tratamiento deberá articular los procedimientos para garantizar que se ha comprobado efectivamente la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado, en los casos que se precisa, por los padres, tutores o representantes legales.

En conclusión, en la mediación por medios electrónicos, podemos destacar que el principio de autonomía de la voluntad impera en el procedimiento de mediación, más aún cuando permite pasar de una tramitación presencial a una electrónica y al revés, teniendo en cuenta las necesidades de las partes, al igual que se posibilidad la realización de procedimientos mixtos, parte del mismo de forma presencial, y parte de mediante medios electrónicos, así como la falta de pautas en la regulación legal que hace la LMACM, y la somera referencia a las actuaciones que se desarrollan a través de los mismos, pues no llega a ser plenamente contemplada en todas las cuestiones que se suscitan en este tipo de mediación. La regulación legal, si bien se centra en las líneas básicas del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos, no perfila, cuestiones como la falta de precisión de los plazos a los que se refiere el art. 37 RDLMACM en cuanto a “razonable” y “mayor brevedad” que hubiera sido deseable que se concretara numéricamente, con la finalidad de evitar la incertidumbre en las partes.

La mediación electrónica¹³³⁹ es un fenómeno reciente pero de expansiva implementación que puede verse positivamente apoyado en el uso de las actuales tecnologías de la información y la comunicación, sin embargo el uso de los medios electrónicos en la mediación no se limita a una mera utilización de medios telemáticos o aplicaciones telemáticas, su uso constituye un reto que debe cumplir una serie de requisitos jurídicos, y respetar los principios propios de la Administración de justicia.

3.3.1.8. El acuerdo en Mediación.

La mediación, hemos dicho, que se sirve para resolver una disputa mediante un acuerdo que las partes –asistidas por un mediador– alcanzan libre y

¹³³⁹Vid. DE ASIS GONZÁLEZ CAMPO, F., “Mediación electrónica y proceso: Régimen jurídico y oportunidades a la vista de la Ley 18/2011 y la ley 5/2012, Ob. cit., p.315 y ss.

voluntariamente, pero para que el proceso tenga éxito, las partes deben entender que tienen ante ellas un problema –un conflicto– y que a ambas atañe solucionarlo¹³⁴⁰. El acuerdo de mediación se asocia por ello, en un sentido amplio, con el resultado deseable o exitoso de la mediación.

La Ley 5/2012, no proporciona una definición de acuerdo de mediación, aunque el artículo 23 de la LMACM, exige que el acuerdo de mediación verse “sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a mediación” y especifique “las obligaciones que cada parte asume”, impone al mediador el deber de “informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado” dispone que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”. En conexión con lo anterior, la exposición de motivos de la LM señala que su Título IV, dedicado al procedimiento de mediación (y en el cual se encuentra ubicado el artículo 23), “se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar”¹³⁴¹.

Estas normas no hacen referencia a la naturaleza contractual del acuerdo de mediación y creemos, no obstante, que nos permiten establecer su “naturaleza contractual”. Pues, jurídicamente, el acuerdo de mediación puede ser asimilado a un contrato¹³⁴²; un negocio jurídico de carácter bilateral generador de obligaciones¹³⁴³, cuya resolución se basa en la asunción de obligaciones recíprocas, con la finalidad de realizar una transacción¹³⁴⁴, todo ello, asistidas por un mediador y con exclusión, por tanto, de la decisión de un tercero que se imponga a aquéllas.

¹³⁴⁰Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Iurgium, Madrid, 2013, p.283.

¹³⁴¹TAMAYO HAYA, S., “Artículo 23”, en GARCÍA VILLALUENGA, L., ROGEL VIDE, C. (Dir.) *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Ob. cit., p. 290: “En todo caso, la mediación no supone sino una posible vía para llegar a la transacción, que es el fin. Se configura pues la mediación como el medio o vehículo para alcanzar un resultado, la transacción, como resulta el proceso o el arbitraje el medio para lograr una sentencia o laudo”.

¹³⁴²CARRASCO PERERA, A., “Artículo 1809”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2001, p.2041: “El segundo rasgo definitorio de la transacción es su carácter bilateral y oneroso. Cada una de las partes ha de dar, prometer o retener alguna cosa a cambio de la concesión que hace la otra. Tienen que existir recíprocas concesiones (STS 27 noviembre 1987 [RJ 1987, 8701]).”

¹³⁴³Vid. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Vol. I, Introducción. Teoría del Contrato*, Civitas-Cizur Menor, Pamplona, 2007, p.133.

¹³⁴⁴ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.p.21 “la mediación es un método de solución de controversias jurídicas basado en la autocomposición, de tal forma que son las propias partes las que ponen fin al conflicto por vía del acuerdo”.

El acuerdo de mediación es el contrato por el que las partes solucionan, de manera total o parcial, la controversia sometida a mediación y que, en consecuencia, les permite evitar un pleito (o arbitraje) o poner fin al ya iniciado. No habrá por tanto acuerdo de mediación mientras las partes no hayan manifestado su voluntad común de quedar vinculadas contractualmente. Tampoco habrá acuerdo de mediación si la relación jurídica que nace de aquél no tiene como finalidad resolver las cuestiones sometidas a mediación, en el sentido de evitar el inicio de un procedimiento judicial o arbitral –o poner fin al ya iniciado– respecto de aquellas cuestiones.

En su condición de contrato de transacción, el acuerdo de mediación está llamado a desplegar efectos en dos planos: obligacional y procesal¹³⁴⁵. En el plano obligacional, el acuerdo de mediación es, al igual que la transacción, un contrato y, como tal, es fuente de obligaciones que tienen fuerza de Ley entre las partes¹³⁴⁶. Por lo que respecta al plano procesal, el acuerdo de mediación, al igual que la transacción, podrá hacerse valer en un eventual proceso judicial o arbitral que tuviera por objeto alguna de las cuestiones resueltas en el acuerdo de mediación.

El acuerdo de mediación es susceptible de ser configurado como un título ejecutivo (art.25 LMACM), con el rango propio de los títulos ejecutivos judiciales y arbitrales (al ubicarse en los números 2º y 3º del artículo 517.2 de la LEC, según sea elevado a escritura pública ante notario u homologado por un tribunal, respectivamente). Así, sus efectos sustantivos, estarán determinados por el régimen general de los contratos y sus efectos procesales, incluida su posible fuerza ejecutiva se regularán tanto por la LMACM como por la LEC¹³⁴⁷, en cuanto contiene preceptos relativos al régimen de ejecutividad del acuerdo de mediación.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el acuerdo de mediación debe ser considerado, como un contrato formal, pues el acuerdo de mediación debe constar por escrito. El valor constitutivo de la documentación supone que sólo habrá acuerdo de mediación cuando las partes hayan manifestado su consentimiento mediante la firma de un documento que refleje lo acordado. En otras palabras, no existirá acuerdo de mediación hasta que ese consentimiento haya quedado

¹³⁴⁵Art.1089 CC.

¹³⁴⁶Art.1091 CC.

¹³⁴⁷Art. 1816 CC, en la medida en que incluye previsiones sobre la eficacia procesal y ejecutiva de la transacción que resulta aplicable al acuerdo de mediación.

exteriorizado precisamente de esa manera, por tanto, no cabe admitir la validez de un acuerdo verbal de mediación y ello se desprende de la LMACM, en lo siguiente:

- La consignación del acuerdo de mediación en el acta final, que ha de ser firmada por las partes (art. 22.3 de la LMACM).
- La firma del acuerdo de mediación por las partes o sus representantes (art. 23.2 de la LMACM)
- La entrega del acuerdo de mediación a las partes y al mediador, junto con el deber de éste de informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo de mediación y de la facultad que les asiste de conferirle fuerza ejecutiva mediante su elevación a escritura pública (art. 23.3 de la LMACM).

La Exposición de Motivos¹³⁴⁸ de la Ley, consideró necesarios estos requisitos y se impuso la forma escrita como presupuesto de validez del acuerdo de mediación parece que de forma imperativa¹³⁴⁹. El acuerdo de mediación debe quedar documentado en el acta final (art. 22.3 de la LMACM) y en el “*acuerdo de mediación-documento*” (art. 23.2 de la LMACM). De uno y otro documento se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación¹³⁵⁰.

Las exigencias legales de documentación del acuerdo de mediación no constituyen un presupuesto de validez, ya que únicamente condicionan la posibilidad de configurar el acuerdo de mediación como título ejecutivo mediante su elevación a público. Así se desprende del artículo 25.1.II de la LMACM, según el cual el acuerdo de mediación ha de presentarse al notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final.

¹³⁴⁸ La Exposición de motivos de la LMACM “establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar”.

¹³⁴⁹ Vid. LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. FERNÁNDEZ DE LA MELA, J., “El acuerdo de Mediación”. *Diario La Ley*, Nº 8477, Sección Doctrina, 10 de Febrero de 2015, pp.1-22. En este sentido, el autor considera que la derogación del régimen legal de la forma del acuerdo de mediación parece insuficiente para contravenir los límites a la exclusión voluntaria de la Ley aplicable prescritos en el artículo 6.2 CC (interés y orden público y perjuicio a terceros), máxime cuando uno de los principios informadores de la LM es, precisamente, el de “voluntariedad y libre disposición” (artículo 6 de la LMACM).

¹³⁵⁰ El artículo 23 de la LM no exige la intervención del mediador en la redacción del acuerdo de mediación (aunque nada impide que esa intervención tenga lugar) ni que éste sea firmado por aquél. Tampoco se impone a las partes que documenten el acuerdo alcanzado de manera simultánea con la firma del acta final, por lo que ese acto de documentación podrá diferirse para un momento posterior (lo que no parece a priori aconsejable, según explicaremos a continuación).

Los requisitos del acuerdo de mediación no se agotan con la forma escrita ni con el régimen de documentación, pues la LMACM impone un contenido legal mínimo que debe constar en el acuerdo:

- a) Identidad y domicilio de las partes
- b) Lugar y fecha de suscripción;
- c) Obligaciones que cada parte asume;
- d) Indicación de que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las disposiciones de la LMACM
- e) Identificación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación.

Las menciones anteriores integran, por tanto, el contenido preceptivo del acuerdo de mediación.

El contenido del acuerdo de mediación puede versar sobre todas o parte de las cuestiones sometidas a mediación, con lo que la Ley reconoce expresamente la validez de los posibles acuerdos parciales. Pero el artículo 23.1 LMACM establece dos límites uno material y otro temporal: a) Se excluye la posibilidad de que cuestiones no sometidas al procedimiento de mediación puedan recogerse en el acuerdo de mediación y b) impide que los pactos alcanzados entre las partes con posterioridad a la terminación del proceso de mediación puedan ser calificados como acuerdos de mediación.

3.3.1.9. La ejecución de los acuerdos de mediación.

La fuerza ejecutiva no es un efecto automático del acuerdo de mediación, pues la LMACM, exige, para la configuración de aquél como título ejecutivo, bien su elevación a escritura pública, bien el sometimiento del acuerdo de mediación al Juez para su homologación¹³⁵¹.

Para que la mediación llegue a ser un verdadero método alternativo de resolución de conflictos, es necesario reforzar su eficacia atribuyendo carácter ejecutivo a los acuerdos a lo que se llegue. Esta es la idea que ha seguido la

¹³⁵¹CAZORLA GONZÁLEZ SERRANO, M^a C., *La mediación familiar como solución en los conflictos de crisis de pareja*, Ob. cit., p.101: “Lo esencial es que, tratándose de una vía de solución de conflictos autocompositiva, es decir, querida y aceptada, sea cumplida en todos sus términos por las partes de forma voluntaria”.

normativa comunitaria a través de su Directiva 2008/52/CE la cual señala en su artículo 6 que los Estados miembros deben garantizar que las partes o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de la mediación. De esta manera se conseguirá garantizar la verdadera eficacia de la mediación como método alternativo al proceso judicial para la solución de las controversias evitando que se convierta en un simple proceso previo al proceso judicial.

La formalización del acuerdo de mediación como título ejecutivo¹³⁵², puede realizarse de dos formas: a) Por su homologación judicial y b) Mediante la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación.

Mediante la vía de homologación judicial del acuerdo de mediación para otorgarle eficacia ejecutiva, el art. 25.4 LMACM, se limita a reconocerla en el supuesto de que la mediación haya sido promovida tras el inicio de un proceso judicial, sin establecer más requisitos.

Por lo que se refiere a la segunda vía, el art. 25LMACM, exige que el acuerdo de mediación se presente al Notario, acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento y que supere el control de legalidad que el notario debe efectuar para verificar que el acuerdo de mediación cumple los requisitos exigidos legalmente, y para comprobar que su contenido no es contrario a Derecho¹³⁵³.

Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los Convenios Internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. Se contempla también la posibilidad de que las partes soliciten del tribunal la homologación judicial si la mediación se hubiera iniciado con posterioridad al inicio de un procedimiento judicial. Siguiendo esta línea, es importante destacar la modificación que hace el RDL del artículo 517 de la LEC que otorga el carácter de título que lleva

¹³⁵²En segundo lugar, el art. 25 LM (LA LEY 12142/2012), que establece el régimen de ejecutividad de los acuerdos.

¹³⁵³FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Ob. cit., p. 296. El acuerdo de mediación para que tenga validez ejecutiva, debe presentarse en por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. Para que tenga lugar la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.

aparejada ejecución a “*los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*”. A diferencia de la actual redacción, el Proyecto otorgaba al acuerdo de mediación, documentado en forma no fehaciente, “*eficacia ejecutiva*” y establecía que, “*será título suficiente para instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la LEC, siempre que a la demanda ejecutiva se acompañe copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento*”, lo que había sido muy criticado por parte de la doctrina¹³⁵⁴.

El acuerdo, señalan MUNNÉ y VIDAL, en la medida que contiene obligaciones entre las partes, tendrá para las mismas fuerza de ley, debiéndose cumplir al tenor de las obligaciones contraídas (art. 1091 CC). Si este acuerdo no se cumple de forma voluntaria por las partes obligadas, la forma para exigir su cumplimiento forzoso va a depender de la forma jurídica en que se haya documentado el mismo¹³⁵⁵. Si se ha suscrito el acuerdo de mediación dentro del acta final o como anexo a la misma, será un documento privado y como tal tendrá fuera de ley para las partes a nivel declarativo, pero carecerá de fuerza ejecutiva y tan sólo podrá obligarse a la parte incumplidora, mediante la interposición de un procedimiento declarativo posterior a la mediación, es decir lo acordado por las partes al final de la mediación, en este sentido, les obliga a su cumplimiento en los mismos términos que cualquier otro contrato¹³⁵⁶. La única excepción sería que las propias partes en el mismo acuerdo de mediación se hubieran obligado *ad futurum* en el acuerdo de mediación alcanzado a elevarlo a escritura pública, puesto que en

¹³⁵⁴GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “*La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema*”, *Revista del Notario del siglo XXI*, Nº 38, julio-agosto 2011, p.8: “Carece de sentido atribuir carácter ejecutorio a documentos firmados por personas que no ejercen función pública alguna y cuya garantía de autenticidad es inexistente o muy débil, y que no tienen por qué tener preparación jurídica y de hecho no es usual que la tenga. Al hacerlo, además, se produce el efecto de la desnaturalización de la ejecución forzosa, por la necesidad de realización de un control de legalidad en algún momento, con el resultado previsible de conversión de la ejecución en proceso de cognición. Pero lo más asombroso es que se equipare el acuerdo de mediación con la sentencia o el laudo arbitral y no se haga con la escritura pública, cuya posibilidad de ejecución -como sabemos- se encuentra severamente cercenada”.

¹³⁵⁵La LMACM, en su art. 23.3 encomienda al mediador el deber de informar a las partes, una vez alcanzado el acuerdo de mediación, “que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo”. Esto tienen especial interés para aquellos supuestos en que lo acordado conlleva obligaciones y conductas futuras, o cuando el acuerdo tan sólo se diseña en líneas esenciales, dejando para un momento posterior el darle al mismo forma jurídica, mientras que carece de sentido cuando se pacten obligaciones o prestaciones inmediatas, que puedan ser objeto de cumplimiento en el mismo momento en que se suscriba el acuerdo de mediación, puesto que ya no habrá nada de ejecutar de modo forzoso.

¹³⁵⁶Vid. MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEXEIDO, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, La Ley, Madrid, 2013, p.152.

tal caso, cualquiera de las partes podría obligar a la otra a llenar aquella forma, según establece el artículo 1279 del CC, de modo que no sería preciso iniciar un declarativo sobre el fondo de la controversia, exigiendo el cumplimiento de los extremos pactados en el acuerdo de mediación, sino tan sólo un declarativo a los únicos efectos de una obligación de hacer, como es la elevación a público de acuerdo alcanzado para poder interponer acto seguido la demanda ejecutiva con base a ese acuerdo elevado a público por la pares o por el juez en sustitución de ellas.

Al igual que con cualquier transacción, tras el procedimiento de mediación, la configuración de acuerdo en el que la misma puede concluir como título ejecutivo, puede hacerse de dos modos distintos: Mediante homologación judicial o mediante elevación a escritura pública notarial. Los efectos derivados de ambas formas de documentar el acuerdo para dotarlo de fuerza ejecutiva, también son muy similares. Nuestro ordenamiento se ha decantado por un sistema monista y uniforme que equipara la ejecución del acuerdo de una mediación con efectos internos en el Estado español y la ejecución forzosa del acuerdo con efectos internacionales o transfronterizos¹³⁵⁷.

El acuerdo de mediación pone fin al conflicto pero en la mediación no hay una verdadera *iuris dictio* porque a pesar de haber conflicto no hay una verdadera contradicción ni heterocomposición y por ello no puede hablarse de una verdadera cosa juzgada, aunque sí puede hablarse en referencia a ella en los mismos términos en los que el legislador se refiere a la cosa juzgada de la transacción, pues el artículo 1816 CC atribuye al acuerdo transaccional¹³⁵⁸.

¹³⁵⁷La propia Exposición de motivos de la LMACM (IV in fine) pone de manifiesto que en el Título V de la ley de medición se “establece un procedimiento de ejecución de acuerdos, ajustándose a las previsiones que ya existen en el Derecho español y sin establecer diferencas con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento haya de producirse en otro Estado, para ello requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo, y a tal efecto, las disposiciones adicionales incorporan las precisa modificaciones.

¹³⁵⁸STS de 10 de abril de 1985 (FJ.2º): “Aún cuando la autoridad de cosa juzgada que el artículo 1816 CC atribuya a la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencia firmes, dado que a la posibilidad legal de impugnar la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos con riesgo de nulidad, se contraponen la irrevocabilidad de tales sentencias, tienen sin embargo en común, a los fines que aquí interesan que los mismos elementos subjetivos y objetivos que delimitan la cosa juzgada material delimiten también la exceptio pacti o excepción de transacción, con idéntica consecuencia de vincular al órgano jurisdiccional del posterior proceso, bien en su aspecto negativo de impedir una nueva decisión sobre el fondo, bien en su aspecto positivo de condicionarla”

La materia relativa a la ejecución de los acuerdos, se encuentra a caballo entre el proceso de mediación y un eventual proceso civil para asegurar su eficacia¹³⁵⁹, por ello es interesante señalar la SAP de Málaga de 27 de septiembre de 2012 que expone: *“A este respecto, ha de señalarse que los acuerdos alcanzados en mediación y documentados en los que la Ley 5/2012 llama Acta final (Art. 22-3) o Acuerdo de Mediación (Art. 23) deben ser equiparados en el ámbito de los procesos de familia, a los convenios reguladores no ratificados o no aprobados judicialmente, siéndoles de aplicación la abundante jurisprudencia sobre la materia...No obstante ha de tenerse presente que los acuerdos alcanzados en un proceso de mediación como el que no s ocupa tienen un plus de obligatoriedad. En efecto, aunque no sea de aplicación a este proceso, ha de recordarse que el art. 23.3 de la precitada Ley 502012 en su último párrafo habla del carácter vinculante del acuerdo alcanzado en mediación. Pero sobre todo esa obligatoriedad reforzada vendría dada porque estamos ante negocios jurídicos de familiar cuya elaboración se desarrolla en un entorno especialmente apto para que la expresión de la voluntad allí recogida lo haya sido sin vicio alguno, pues se desarrolla, por la intervención técnica del mediador, la voluntariedad de la participación, la igualdad en el desarrollo de los debates que llevan al consenso e incluso la posibilidad de contar con información y asesoramiento suficiente. Esa pureza negocial, puesta en relación con las numerosas referencias del Código Civil al “acuerdo de las partes”, a la hora de fijar las medidas del artículo 91 y siguientes en los procesos de familia (art. 91, 92.5, 96 y 97.1ª), supone que los pactos alcanzados en un proceso de mediación técnicamente correcto por no trasladados a un convenio regulador ratificado judicialmente, deben tener un alto peso en la adopción por el juez de las medidas a que se refieren. O dicho de otra forma, que tenga que ser quien se aparta de lo convenido en mediación quien acredite, de forma rotunda, aquellas circunstancias coetáneas o posteriores al proceso mediacional que justifiquen, el que lo pactado por las partes, entonces no debe ser ahora ratificado judicialmente”.*

La elevación a escritura pública se prevé como una posibilidad, siempre que las partes quieran, es decir, que éstas tienen la facultad de dotar de ejecutividad al acuerdo resultante de una mediación, como un título ejecutivo y ello se deriva del

¹³⁵⁹El carácter ejecutivo del convenio conlleva el que no sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud.

art. 517.2.2.º LEC¹³⁶⁰. Este artículo incluye como título ejecutivo, junto a los laudos o resoluciones arbitrales, los acuerdos de mediación que hayan sido elevados a escritura pública conforme a la LMACM, sin embargo, los acuerdos de mediación homologados judicialmente llevan aparejada ejecución por el 517.2.3.º LEC¹³⁶¹.

En lo referente a la forma para su ejecución, se añade un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 539: *“Para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2000 euros”*.

En cuanto a la competencia, la ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso corresponderá al Tribunal que homologó el acuerdo. En los demás casos, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya firmado el acuerdo de mediación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 545.2 de la LEC.

En materia de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos, distinguimos dos supuestos de acuerdo, en base a lo establecido en el artículo 27 de la Ley 5/2012¹³⁶²:

a) Acuerdo de mediación con fuerza ejecutiva en otro Estado: Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente

¹³⁶⁰Vid. CAZORLA GONZÁLEZ SERRANO, Mª C., *La mediación familiar como solución en los conflictos de crisis de pareja*, Ob. cit., p.101 y ss.

¹³⁶¹LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. FERNÁNDEZ DE LA MELA, J., “El acuerdo de Mediación”. Ob. cit., p.14: “La equiparación de los acuerdos de mediación a las resoluciones arbitrales no es baladí, pues la distinción que la LEC traza entre títulos judiciales y no judiciales, de un lado, y extrajudiciales, de otro, tiene consecuencias relevantes en sede de ejecución. Así, entre otras diferencias, hemos de señalar que los títulos ejecutivos extrajudiciales sólo sirven de fundamento a una ejecución dineraria y, en concreto, por cantidad determinada o líquida que exceda de 300 euros, de acuerdo con lo previsto en el art. 520 LEC. Por otra parte, las posibilidades de oposición a la ejecución son más limitadas cuando su fundamento es un título judicial (art. 556 LEC) que cuando aquélla se ha despachado con base en un título extrajudicial (art. 557 LEC) y, además, el previo requerimiento de pago será o no necesario en función del carácter judicial o extrajudicial del título cuya ejecución se insta (art. 580 LEC)”.

¹³⁶²DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., “Mediación civil y mercantil: La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año Nº 88, Nº 733, 2012, pp. 2972-2999.

que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.

b) Acuerdo de mediación sin declaración de fuerza ejecutiva en otro Estado: Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ella con el consentimiento expreso de las demás. Como excepciones a la ejecución podemos señalar, los documentos extranjeros, que no podrán ser ejecutados cuando resulten manifiestamente contrarios al orden público español; así, desaparece el artículo 28 del Real Decreto-Ley donde se aludía a que no podrán ejecutarse los acuerdos de mediación cuyo contenido sea contrario a Derecho.

En cuanto a la posibilidad de oposición a la ejecución¹³⁶³, decir que el ejecutado puede oponerse a la ejecución del acuerdo de mediación, en este caso la nueva redacción del artículo 556 de la LEC señala que: *“Si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despacha ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo que habrá de justificar documentalmente”*. También cabe la oposición por defectos procesales ex artículo 559.1.3 LEC cuando el acuerdo de mediación no cumpla los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520¹³⁶⁴.

La oposición no suspenderá el curso de la oposición (556.2 LEC) y una vez despachada ejecución, ésta proseguirá por los mismos cauces que para las sentencias judiciales (557y ss. LEC), cuyo trámite en vía de apremio variará, según se trate de una ejecución dineraria o no dineraria.

¹³⁶³Vid. LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. FERNÁNDEZ DE LA MELA, J.. “El acuerdo de Mediación”, Ob. cit., p.16.

¹³⁶⁴Vid. MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEXEIDO, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*. Ob. cit., pp.182 y ss., en cuanto al procedimiento de ejecución y oposición a la misma.

3.3.2. MEDIACIÓN EN MATERIA LABORAL.

En el ámbito del derecho laboral, MONEREO PEREZ, al igual que el resto de autores que se refieren al conflicto como objeto de la mediación, entiende que en la sociedad compleja en la que vivimos, la mediación es algo inherente e inevitable. Nos encontramos ante una sociedad fragmentada, con una estructura social, no homogénea, presidida por permanente situaciones de oposición, lucha, conflictos (latentes o declarados), que forman parte del normal desenvolvimiento de la sociedad, constituyendo un elemento dinamizador de la misma¹³⁶⁵.

En el ámbito laboral, el conflicto se sitúa entre el capital y el trabajo como fuerzas productivas, y está caracterizado por existir en su núcleo, una tensión entre la lucha (conflicto) y el consenso o la cooperación (el pacto) como elemento inmanente a las formaciones sociales del capitalismo. El trabajo constituye una relación social, producción primordial en nuestras sociedades; es un elemento de integración y cohesión social que estructura las sociedades del capitalismo y ha ido transformando al hombre como individuo y como ser social. Por ello, las relaciones laborales expresan un tipo de relación social de producción (cuyo objeto es el trabajo entendido como actividad o hacer conforme a un plan racional), reproducción y distribución surgida en el siglo XIX¹³⁶⁶.

Las relaciones laborales, se articulan estructural y funcionalmente, en torno a tres dimensiones básicas estrechamente interconectadas:

¹³⁶⁵MONEREO PÉREZ, J.L., “Teoría General del Conflicto Laboral”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Coords.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.496: “Desde el punto de vista de de la política del Derecho, se ha pretendido la institucionalización de la procedimentalización de los conflictos de trabajo, exteriorizados a través de distintos cauces jurídicos e institucionales, todos ellos encaminados, de algún modo a resolver o prevenir la conflictividad vinculada al mundo del trabajo. Esta institucionalización y procedimentalización comporta su reconducción a un orden preconstituido o por constituir ex novo dentro de las vías ya previstas por el mismo ordenamiento jurídico” y sobre el Derecho, señala que” es una gran maquinaria jurídico-institucional predispuesta para resolver conflictos social y políticamente relevantes para un determinado orden social. De ahí que donde no hay conflicto, no hay derecho porque, sencillamente se hace innecesario”.

¹³⁶⁶Vid. CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales en el derecho español”, en AA.VV., *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, SIMA, Madrid, 1999. Desde el punto de vista institucional o jurídico, cree que podemos entender por relaciones laborales, básicamente una forma concreta de regulación y ordenación de la forma mercantil de actividad propia del trabajo asalariado y que comprende el conjunto de instituciones, normas y prácticas que estructuran las interacciones entre las personas asalariadas y los empresarios/empleadores y de estos con el Estado, en una amplia gama de ámbitos sociopolíticos y económicos.

-Como interacciones de intercambio económico que presupone una *dimensión formal contractual*, la constitución de una relación formalizada a través de un contrato. La aceptación del contractualismo supone el salto del *estatus* al *contrato*, lo que significa que la relación de trabajo no deriva de la pertenencia a un elemento social determinado, sino que es un intercambio canalizado libremente a través de un contrato.

-Las relaciones laborales también tiene una *dimensión sociopolítica*, en la medida que constituyen relaciones de poder entre personas y colectivos con intereses contrapuestos y con desigual poder socioeconómico. De acuerdo con esta dimensión, se establecen derecho de organización y autonomía colectiva, así como de representación y participación en la empresa, conformando un sistema de contrapoderes colectivos a los de la empresa.

-Y también presentan una *dimensión normativo institucional*, pues constituyen una relación de ordenación social de una esfera de la vida social, a través de un sistema plural regulador (integrado por normas estatales y colectivas) y una institucionalización de los sectores del sistema y sus modos de actuación.

En este marco, se destaca el carácter estructural del conflicto laboral vinculado a las relaciones sociales de producción¹³⁶⁷. El conflicto es connatural e inherente al modo de producción del capitalismo, en sus diversas mutaciones históricas. Las peculiaridades que hasta ahora han distinguido la dinámica de los conflictos laborales, ha sido y es, que en los diversos ordenamientos jurídicos de las sociedades industriales y democráticas basadas en un sistema complejo de libertades y de garantías sociales de igualdad (Estados sociales de Derecho), se hayan instaurado sistemas peculiares para la ordenación de los conflictos laborales.

En el ámbito de los conflictos colectivos, el ordenamiento jurídico, reconoce el principio de autogobierno (autonomía/autotutela) como expresión del principio

¹³⁶⁷Vid. IGLESIAS CABERO, M., “Solución extrajudicial de los conflictos colectivos de intereses”, *Documentación Laboral*, Nº36,1992, pp. 65-91. Considera el autor, que la raíz de todo este fenómeno se encuentra en el reconocimiento de la autonomía colectiva y como consecuencia del reconocimiento de fórmulas de auto tutela colectiva, que se entrecruzan y conviven con soluciones de autonomía individual y soluciones de heteronomía estatal.

democrático en el campo de las relaciones labores)¹³⁶⁸. Dentro del sistema normativo constitucional, aparece como una pieza esencial el reconocimiento a los sujetos colectivos que representan y defienden los intereses de los trabajadores y de los empresarios de un poder autónomo para la autorregulación de sus intereses contrapuestos y para la auto composición de los mismos. Junto a este poder autónomo, se garantiza también un principio de auto tutela colectiva, mediante la huelga de los trabajadores como un derecho social fundamenta, que al mismo tiempo, forma parte esencial de la libertad sindical¹³⁶⁹.

El conflicto laboral es objeto de institucionalización a través del Derecho del trabajo, atendiendo a una doble racionalidad en permanente tensión: social (distributiva y de protección de la persona del trabajador) y económica (defensora de la producción). Pero, como ha señalado MONEREO PEREZ, el Derecho laboral, no sólo es un Derecho de intervención pública, sino también un derecho de autonomía colectiva/sindical sometida a la lógica de la acción colectiva, en la que intervienen las instituciones colectivas y las organizaciones sindicales a través de sus medios o instrumentos de poder colectivo, esto es de autorregulación (negociación colectiva) de autodefensa/autotutela colectiva (huelga y otros procedimientos de presión colectiva, procedimientos de solución autónomos de conflictos colectivos) y de intervención colectiva en la dirección de la empresa¹³⁷⁰.

3.3.2.1. Clasificaciones funcionales de los conflictos laborales.

Las distintas categorías que funcionalmente se pueden encontrar dentro de la fenomenología de conflictos, determinan normalmente el modo y el procedimiento impuesto por el Derecho para su ordenación¹³⁷¹. Toda la tipología

¹³⁶⁸Vid. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “La caracterización del conflicto colectivo de trabajo y los instrumentos para su solución”, en GONZÁLEZPOSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2001, p.26.

¹³⁶⁹Con este derecho de autotutela, el ordenamiento constitucional, trata de restablecer el equilibrio entre parte de fuerza económica desigual y de esta forma, la huelga se configura como un derecho de auto tutela colectiva que sirve de contrapeso y tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia o subordinación jurídica, establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido favorable para ellas.

¹³⁷⁰MONEREO PEREZ, J.L., “Teoría General del Conflicto Laboral”, Ob. cit., 507.

¹³⁷¹Vid. RÍOS SALMERÓN, B., “Soluciones pactadas de conflictos de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 3, 1997, pp.52

jurídica de los conflictos es instrumental y por ello, está al servicio del encauzamiento y los procedimientos de solución que articula el ordenamiento jurídico. Existen varios criterios de clasificación que recoge MONEREO PEREZ:

- a) En función de la naturaleza de los sujetos implicados, los conflictos pueden ser *individuales, plurales y colectivos*. Son *individuales*, cuando se opone la pretensión de un sujeto, (persona física o jurídica) respecto a un interés de otro. En el ámbito laboral, el conflicto individual es el que pone a cada trabajador individual con su empresario. Si existe una yuxtaposición de intereses individuales iguales, se está en presencia de un conflicto *plural*, donde habrá una pluralidad de trabajadores afectados singularmente y de manera simultánea por la controversia con uno o varios empresarios en razón de intereses individuales yuxtapuestos. Los conflictos *colectivos* son aquéllos en los que el objeto controvertido es un interés colectivo¹³⁷².
- b) En función de la índole de la pretensión sobre la que versan *conflictos sobre derechos y conflictos sobre intereses*¹³⁷³. Los conflictos sobre intereses (llamados de modo impropio económicos) son aquéllos en los que el conflicto se plantea en unos términos no contemplados en ninguna regla de Derecho establecida. Sin embargo en los conflictos sobre derechos existe una norma de Derecho que previamente contempla la regulación del conflicto de interés en cuestión, pero de lo que se trata en ellos, es de establecer su recta interpretación y aplicación.
- c) Atendiendo a su objeto, pueden ser: *conflictos laborales y no laborales o político extra-laborales*. Los conflictos laborales versan sobre cuestiones relativas a las relaciones de trabajo, mientras que los conflictos no

¹³⁷² La diferencia con los individuales o plurales no es cuantitativa, por el número de afectados, sino cualitativa, pues trasciende el interés estrictamente individual para afectar al interés de un grupo, una clase o una categoría. Se suele hacer visible a través de la contraposición de intereses entre trabajadores y empresarios y sus respectivas organizaciones de defensa colectiva

¹³⁷³ Vid. IGLESIAS CABERO, M., "Solución extrajudicial de los conflictos colectivos de intereses", *Documentación Laboral*, N°36, 1992, pp. 65-91. En cuanto a la dinámica de los conflictos, los conflictos sobre intereses (tanto individuales o colectivos), en función de su relevancia o impacto sobre el orden social, dan lugar a su composición a través de la heteronomía por medio de la emanación de una norma jurídica, cuando el poder político aprecia que ese conflicto se repite y da lugar a fenómenos de desorden social (intervencionismo del estado) o bien son dejados a la autonomía privada (contrato, acuerdo). Los conflictos sobre derechos pueden ser conflictos desde el punto de vista técnico/jurídico, individuales o plurales, y están sometidos en su decisión al poder jurisdiccional del estado, aunque aparezcan también procedimientos de solución extrajudiciales como la conciliación, la mediación, o el arbitraje (procedimientos típicos para la resolución de los conflictos de intereses), la solución judicial, siempre aparece como mecanismo final del conflicto, al menos en los ordenamientos democráticos modernos.

laborales o políticos puros se plantean con una finalidad ajena al interés profesional directo de los trabajadores afectados. Sin embargo y aunque esta distinción es operativa, la frontera entre unos y otros es muy difícil de establecer en la dinámica de las relaciones de conflicto¹³⁷⁴.

Los conflictos laborales (derivados de la fijación de las condiciones de trabajo asalariado), no deberían suponer ninguna singularidad respecto a la dinámica general de los conflictos, pero en la práctica se puede comprobar que los conflictos laborales tienen singularidad relevante en su propia dinámica, que de hecho lo ha singularizado a efectos de su ordenación jurídica. Estas singularidades son las siguientes¹³⁷⁵:

-La indeterminación en el calificativo de los conflictos como colectivos o individuales, pues el hecho de que un conflicto aparezcan una pluralidad de trabajadores no es condición suficiente para la aparición de un verdadero conflicto colectivo, sino que este exige en todo caso, que concurra un interés colectivo o de grupo.

-La movilidad de los conflictos jurídicos hacia los intereses, conflictos que en un principio se presentan como individuales, son plurales y en última instancia, abrigan dentro de sí, conflictos colectivos de intereses. Este fenómeno ocurre por la regulación en masa de las condiciones de trabajo en un contexto de producción industrial (trabajadores clásicos de una fábrica o de un sector de actividad productiva, por ejemplo). De modo que la ordenación jurídica de un conflicto laboral, al final, siempre, o casi siempre va a desembocar manifiestamente en la necesidad de ordenar un conflicto colectivo de intereses

-La dificultad en la delimitación entre conflictos laborales y conflictos políticos, pues la implicación de lo laboral con lo político es cada vez mayor, la presencia de los poderes públicos en el ámbito de las relaciones de trabajo, la centralidad de las relaciones de producción y del mercado de trabajo en el ámbito económico-político, la amplitud con que constitucionalmente se han reconocido los intereses de los trabajadores (art.7CE en relación con el art.

¹³⁷⁴ MONEREO PEREZ, J.L., "Teoría general del conflicto laboral", Ob. cit., p.511.

¹³⁷⁵ MONEREO PEREZ, J.L., "Teoría general del conflicto laboral", Ob. cit., p.512.

131CE), todo ello determina sea cada vez más débil, la línea divisoria entre lo laboral y lo extra laboral o político.

En opinión de SALA FRANCO, estas peculiaridades han favorecido el que en los diversos ordenamientos de las sociedades industriales y democráticas, basadas en un complejo de libertad y garantías sociales de igualdad (Estados sociales de Derecho) se hayan instaurado sistemas peculiares para la ordenación de los conflictos laborales¹³⁷⁶. La raíz de esto, está en el reconocimiento de la autonomía colectiva y como consecuencia, el reconocimiento de fórmulas de autotutela colectiva, que se entrecruzan y conviven con soluciones de autonomía individual y soluciones de heteronomía individual y de heteronomía estatal

En los conflictos individuales, el ordenamiento jurídico garantiza el principio de autogobierno (autonomía individual) como presión del principio de libertad de contratación en el campo de las relaciones individuales de trabajo, pero con el sometimiento al imperativo *ex lege* a las normas de orden público laboral y las emanadas de la autonomía colectiva negocial.

En el ámbito de los conflictos colectivos¹³⁷⁷, el ordenamiento jurídico reconoce el principio de autogobierno (autonomía/autotutela), como expresión del principio democrático en el campo de las relaciones laborales. La evolución en las relaciones de trabajo, influirá sin duda en la transformación de los esquemas institucionales actuales.

Respecto a los conflictos laborales sobre intereses, la heteronomía del Estado interviene y respeta sectores de autonomía individual, garantizando, la autonomía y autotutela colectivas, el derecho a huelga de los trabajadores como media de acción directa de presión para defender los intereses colectivos propios y el derecho a la solución autónoma de los conflictos colectivos. Por su parte, los conflictos laborales sobre derechos se resuelven por la vía judicial, que instaura un orden jurisdiccional especializado, a cuyo servicio se pone un procedimiento determinado (procedimiento laboral regulado por la Ley de Jurisdicción social correspondiente) que registra la existencia de un proceso especial y muy singular para conflictos colectivos. Progresivamente se han abierto camino, procedimientos autónomos de solución extrajudicial, que de prosperar relegan,

¹³⁷⁶Vid. SALA FRANCO, T. “La solución extrajudicial de los conflictos colectivos en la reforma laboral de 2012”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, Nº215, 2014, pp.463-475.

¹³⁷⁷Vid. LUJÁN ALCARAZ, J., “Los medios de solución extrajudicial de conflictos y negociación colectiva”, *Actualidad Laboral*, Nº 5, 2006, pp.12 y ss.

aunque nunca suprimen, ni pueden sustituir, según MONEREO PEREZ la vía pública de la función judicial¹³⁷⁸.

Por tanto la composición o solución del conflicto laboral, sobre intereses se puede conseguir por dos vías:

- 1) La heteronomía (los poderes públicos en el uso legítimo de su poder) que impone un criterio de composición, que es, ni más ni menos que una norma jurídica o un acto normativo restringido por parte de esos mismos poderes.
- 2) La autonomía, o la composición del conflicto mediante el acuerdo de las partes implicadas.

La elección de una u otra vía es opción del sistema jurídico en que el conflicto se produzca, a favor de un mayor o menor grado de intervencionismo público, pero también los procedimientos autónomos de solución extrajudicial¹³⁷⁹. En los sistemas democráticos el procedimiento típico por antonomasia es el acuerdo colectivo, como consecuencia de una negociación colectiva previa, en la línea garantizada en el artículo 37.1CE¹³⁸⁰.

El artículo 37.2 CE garantiza el derecho de los representantes de los trabajadores y empresarios para resolver los conflictos colectivos que les afecten. Se reconoce así un derecho de autocomposición de los conflictos colectivos de intereses¹³⁸¹. Al amparo de este precepto constitucional, pueden tener, por tanto, cabida el procedimiento de conflicto colectivo y los procedimientos autónomos de solución extrajudicial regulados en los acuerdos interprofesionales estatales y de comunidad autónoma y los convenios colectivos tanto marco como de carácter ordinario.

El principio de autocomposición de los conflictos colectivos de intereses está íntimamente vinculado al principio de autonomía colectiva reconocido en el art. 37.1 CE. Con este derecho de auto tutela, el ordenamiento constitucional,

¹³⁷⁸MONEREO PEREZ, J.L., “Teoría general del conflicto laboral”, Ob.cit., p.519.

¹³⁷⁹Vid. LANTARÓN MARTIN, D., “Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales”, *Lex Nova*, Valladolid, 2003, pp. 23-24.

¹³⁸⁰El recurso, como regla generalizada y salvo excepciones, al arbitraje obligatorio está prohibido por los textos internacionales, la OIT, la Carta Social Europea, la Carta Comunitaria, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, salvo casos excepcionales en donde esté potencialmente implicado el interés general

¹³⁸¹El TC, en su Sentencia 74/1982 manifiesta que: “el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, entre las que se encuentra, sin duda, el propio planteamiento formal del conflicto, que aparece reconocido en el artículo 37.2.”

“trata de restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual” y de esta forma la huelga se configura como un “contrapeso, que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia salarial, establezca una nueva forma de relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas”¹³⁸².

El artículo 37.2 de la CE, garantiza el derecho de los representantes de los trabajadores y empresarios que pueden adoptar medidas de conflicto colectivo. Ello permite amparar los procedimientos de solución extrajudicial autónoma de conflictos colectivos laborales¹³⁸³:

- a) *La conciliación*, como procedimiento de solución extrajudicial autónomo de conflictos laborales, se utiliza con la finalidad de reducir el número de procesos, en un intento de conciliación entre las partes antes de que una de ellas proceda a interponer su demanda. El conciliador, previa la obtención de la información pertinente, se limitará a buscar la avenencia y la aproximación de posturas entre las partes en situación¹³⁸⁴.
- b) *La mediación* es un procedimiento, como hemos visto es un procedimiento de solución extrajudicial autónoma de conflictos labores. El mediador, previa obtención de la información necesaria, intentará el acuerdo de las partes, moderando del desgaste y concediendo a las partes cuantas intervenciones considere oportuna. Es un tercero independiente que ayuda a las partes. Su objetivo es ayudar a las partes a crear soluciones adaptadas a sus necesidades, siendo mutuamente aceptables. En este procedimiento las partes ostentan la soberanía de la decisión sobre el conflicto y son las responsables del acuerdo. La mediación implicaría lo que llamaría Habermas una “acción comunicativa” que no impone la decisión a la controversia. Este método presenta la ventaja de facilitar la búsqueda de soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configurarían como una alternativa al proceso judicial o a la vía laboral.

¹³⁸²STC11/1981 de 8 de abril.

¹³⁸³Vid. ALEMÁN PAEZ, F., “Configuración de los medios extrajudiciales de composición de conflictos colectivos en la negociación colectiva más reciente”, *Relaciones laborales*, Vol. II, 1993, pp.1237-1248.

¹³⁸⁴La conciliación obligatoria previa se regula actualmente por los arts. 63 a 68 de la LPL y por los arts. 4 a 11 del RD 1979 por el que el CMAC (Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación) asumió parte de las funciones que tiene encomendadas. Se trata de ayudar a las partes a comunicarse u clarificar sus respectivos puntos de vista pero son las partes las que asumen el poder para decidir y resolver el conflicto. El tercero interviene con facultades no dirimentes, actúa como intermediario que reúne a las partes e intenta conseguir el acuerdo

c) *El arbitraje* es un procedimiento de solución extrajudicial autónoma de conflictos laborales. Es de sometimiento, normalmente voluntaria y excepcionalmente obligatorio. En este procedimiento sí aparece un tercero independiente que mediante un procedimiento más formalizado que los dos anteriores, adopta una decisión jurídicamente vinculante para la pares en el litigio, es decir, ostenta poderes de decisión jurídica de la controversia planteada, poniendo fin al conflicto¹³⁸⁵. Los conflictos laborales suelen excluirse de la regulación de los medios de solución voluntaria de carácter civil o común, como se refleja en España en la normativa vigente¹³⁸⁶.

Estas formas de solución extrajudicial autónoma de conflictos colectivos de trabajo tienen su apoyo en la Constitución y corresponde a los poderes públicos el fomento de su regulación a través del poder de autodeterminación de los grupos organizados en el mundo del trabajo. La Constitución pretende garantizar un espacio autónomo para la composición de controversias colectivas de trabajo¹³⁸⁷.

Por razones diversas, en los sistemas evolucionados de relaciones laborales, existe una creciente tendencia a favor de profundizar en los procedimientos autónomos para la solución tanto de los conflictos individuales, como colectivos. Se han potenciado los cauces de solución extrajudicial de conflictos laborales, tratando de proveer a la necesario desjudicialización de la solución de los conflictos jurídicos, a la desadministrativización de los conflictos de intereses y la sustitución en ambos casos por medios de composición autónomos, tratándose de evitar en lo posible el recurso inmediato a las medidas de acción directa como la huelga. El legislador ha estimulado los cauces procedimentales encaminados a evitar el acceso a la jurisdicción, pero dejando siempre a salvo la eventual intervención de jueces y tribunales, como garantía del derecho a la tutela judicial

¹³⁸⁵El arbitraje puede ser: a) Forzoso, cuando el orden normativo exige la solución de los litigios por un tercero; b) Obligatorio, cuando resulta de un acuerdo voluntario de las partes en un convenio o pacto colectivo para someter a la decisión de un tercero los litigios posteriores relacionados con el convenio; c) Facultativo, cuando se produce a petición mutua de los trabajadores y la dirección de la empresa, o de sus respectivas organizaciones profesionales, para que se someta a arbitraje un asunto en el que no están de acuerdo, esto es un conflicto o controversia. Las partes por tanto, manifiestan expresamente su voluntad de someterse a la decisión imparcial de un árbitro o árbitros, y esta decisión tendrá carácter de obligatorio cumplimiento.

¹³⁸⁶Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje, que declara su no aplicación a arbitrajes laborales y el Real Decreto Ley 5/2012 de 5 de marzo sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹³⁸⁷Vid. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., “Mediación, Conciliación y Arbitraje en el Ordenamiento Laboral Español. La solución extrajudicial de conflictos laborales en Castilla y León. El acuerdo interprofesional sobre procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales (ASACL)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 35, Enero 2015, pp.1-48.

efectiva¹³⁸⁸. En este sentido podemos situar las referencias situadas en los art. 85¹³⁸⁹ y 91¹³⁹⁰ del Estatuto de los Trabajadores, que permiten que los convenios

¹³⁸⁸STC 217/1991 de 14 de noviembre de 1991.

¹³⁸⁹Artículo 85. 1. *Dentro* del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 de esta Ley; los laudos arbitrales que a estos efectos puedan dictarse tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el período de consultas, siendo susceptibles de impugnación en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios. Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 2. A través de la negociación colectiva se podrán articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos, en el ámbito correspondiente. Asimismo, sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma:

a) En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios. b) En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad.

3. Sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refiere el párrafo anterior, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente: a) Determinación de las partes que los conciertan. b) Ámbito personal, funcional, territorial y temporal. c) Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo. d) Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia. e) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.

¹³⁹⁰ Artículo 91: Aplicación e interpretación del convenio colectivo. 1. Sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a la jurisdicción competente, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos. 2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3 de esta Ley, se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos. El acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrán la eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos regulados en la presente Ley, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89 de esta Ley. Estos acuerdos y laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos. Específicamente cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión. 3. En los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio deberá

marco o acuerdos interprofesionales obre materias concretas instauren procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos colectivos jurídicos. De ahí que, considera MONEREO PEREZ, a diferencia de lo que ocurren en la mediación de asuntos civiles y mercantiles, no se disponga, ni sea estrictamente necesaria, una ley reguladora específica de los procedimientos de solución extrajudicial autónoma en controversias laborales¹³⁹¹.

El fortalecimiento de los sistemas de solución autónoma de conflictos, en el contexto reformista de la legislación laboral¹³⁹², comienza con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 10/2010 de 16 de junio¹³⁹³ y de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral¹³⁹⁴.

Continúa con el Real Decreto Ley 7/2011 de 10 de junio de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva¹³⁹⁵, y vuelve a incidir en que en el contenido mínimo del convenio colectivo, debían figurar “*medidas para contribuir a la flexibilidad interna de la empresa*”, así como exigió que dentro del contenido mínimo de convenio colectivo, constase “*la adhesión y el sometimiento a los procedimientos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales del ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo, siempre que esto no fueran de aplicación directa.*”¹³⁹⁶.

intervenir la comisión paritaria del mismo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales a que se refiere el apartado anterior o ante el órgano judicial competente.

4. Las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en la presente Ley.

5. Los procedimientos de solución de conflictos a que se refiere este artículo serán, asimismo, de aplicación en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos.

¹³⁹¹MONEREO PEREZ, J.L., “Teoría general del conflicto laboral”, Ob. cit., p.525. Considera este autor que, por ello, conciliadores, mediadores y árbitros deben conocer las técnicas (jurídicas e institucionales) relacionadas con la gestión del conflicto, la negociación y la dinámica de los grupos.

¹³⁹²Vid. DIAZ AZNARATE, M^a T., “Flexibilidad interna y externa en el modelo de relaciones laborales español. ¿Un espacio para la mediación?” en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Coords.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Ob. cit., pp.561-581.

¹³⁹³Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE núm. 147 de 17 de Junio de 2010.

¹³⁹⁴Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE núm. 227 de 18 de Septiembre de 2010.

¹³⁹⁵Real Decreto Ley 7/2011 de 10 de junio de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. BOE N^o 139, de 11 de junio de 2011.

¹³⁹⁶DIAZ AZNARATE, M^aT. “Flexibilidad interna y externa en el modelo de relaciones laborales español. ¿Un espacio para la mediación?”, Ob. cit.,p.567. Estas referencias expresas a la

El legislador reparó en los distintos mecanismos para propiciar la flexibilidad interna, ofreciendo por primera vez una definición de la misma como “*Conjunto de medidas que permitan la adaptabilidad e las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción*” que persigue “*el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contrato y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de la empresas*”¹³⁹⁷. En aras a la consecución de una mayor flexibilidad laboral, el legislador, acometió medidas en la Ley 35/2013 y en el RD7/2011 que avanzaban en materia de flexibilidad, si bien la ubicaban en el marco de actuación de la autonomía colectiva¹³⁹⁸.

Las medidas flexibilizadoras eran posibles, siempre y cuando fuesen negociadas. Por el contrario, la Ley 3/2012 de medidas urgentes de reforma del mercado laboral¹³⁹⁹, ha supuesto un notable fortalecimiento del poder de dirección empresarial, ya que desde su entrada en vigor, para la organización productiva, resulta mucho más fácil implementar estas medidas sin que la decisión esté supeditada a la consecución de un acuerdo¹⁴⁰⁰. Como dice DIAZ AZNARATE tras la reforma de 2012, “*se ha dado un paso adelante en la desposesión de los agentes sociales de su papel en este campo*”¹⁴⁰¹.

flexibilidad interna negociada han desaparecido de la regulación del artículo 85 del ET, regulador del contenido mínimo del Convenio Colectivo, porque la orientación político jurídica de la reforma de 2012, ha revertido el proceso inicial en el periodo 2010/2011 mediante el cual se incentivaba el recurso a los medios de solución extrajudicial de conflictos como manifestación de la autonomía colectiva

¹³⁹⁷Exposición de motivos de la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su artículo 2.2 c) excluye expresamente de su ámbito “la mediación laboral”.

¹³⁹⁷Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE núm. 147 de 17 de Junio de 2010.

¹³⁹⁷Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE núm. 227 de 18 de Septiembre de 2010.

¹³⁹⁸Vid. IGARTÚA MIRÓ, M^aT., “Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras las Ley 3/2012 de 6 de julio”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 6, 2012, p.6.

¹³⁹⁹Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE N° 162 de 07 de Julio de 2012.

¹⁴⁰⁰MORENO VIDA, M^a N., “La negociación directa para la solución de conflictos colectivos. La negociación colectiva y la mediación”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Coord.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Ob. cit., pp.582-609.

¹⁴⁰¹DIAZ AZNARATE, M^aT., “Flexibilidad interna y externa en el modelo de relaciones laborales español. ¿Un espacio para la mediación?”, Ob. cit., p.568. En referencia a que la legislación laboral aludía a la flexibilidad interna como una flexibilidad negociada.

3.3.2.2. Los medios autónomos de solución de conflictos en los convenios colectivos.

Hemos visto que el convenio colectivo es una norma pactada que ha de ser objeto de ampliación e interpretación dinámica durante su tiempo de vigencia, pues en numerosas ocasiones se plantean dudas en la aplicación del mismo y se requiere una cierta adaptación a las circunstancias sobrevenidas.

El artículo 91 ET, hace referencia a los medios autónomos de solución de conflictos, indicando que una vía para la solución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, es la atribución de su conocimiento y resolución a las Comisiones Paritarias de dichos convenios, sin perjuicio de la competencia de la jurisdicción laboral competente que ha de resolverlos en cuanto conflictos jurídicos o sobre derechos¹⁴⁰².

A parte de ello, los acuerdos marco o los convenios colectivos marco, previsto en el artículo 83.2 y 82.3 del ET, podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, según el art. 91.2, párrafo 2º ET¹⁴⁰³.

Los acuerdos de solución de los conflictos colectivos puede ser objeto de impugnación judicial a través de los procedimientos previstos para la impugnación de los convenios colectivos¹⁴⁰⁴.

En los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio, deberá intervenir la Comisión Paritaria del mismo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales establecidos o ante el órgano judicial competente. Las resoluciones de la Comisión Paritaria en estos supuestos, tendrán la misma

¹⁴⁰²MORENO VIDA, Mª N., “La negociación directa para la solución de conflictos colectivos. La negociación colectiva y la mediación”, Ob. cit., p.608.

¹⁴⁰³Los acuerdos alcanzados a través de la mediación (solución autónoma) y los laudos resultantes del arbitraje tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos, siempre que las partes en conflicto ostenten los requisitos de legitimación para negociar de los artículos 87 y 88 ET.

¹⁴⁰⁴MORENO VIDA, Mª N., “La negociación directa para la solución de conflictos colectivos. La negociación colectiva y la mediación”, Ob. cit., p.609.

eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en el Estatuto de los Trabajadores¹⁴⁰⁵.

3.3.2.3. La flexibilidad interna y externa en el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos.

El V Acuerdo sobre solución Autónoma de Conflictos Laborales¹⁴⁰⁶ incorpora en relación a la materia laboral, algunas novedades importantes respecto a su antecesor¹⁴⁰⁷. El texto vigente actualmente, alude de manera expresa a la ampliación de los convenios colectivos en los que la solución extrajudicial está llamada a desempeñar sus funciones. Su artículo 4.1.e) incluye entre los conflictos afectados, los derivados de discrepancias surgidas en el periodo de consultas exigidos por algunos preceptos así como el artículo 4.1. j) alude a los conflictos en caso de desacuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa, en os supuesto de flexibilidad extraordinaria temporal prevista en los convenios colectivos.

La implementación de medidas de flexibilidad –interna y externa- ha estado muy presente tanto en las modificaciones operadas en la normativa reguladora de las instituciones afectadas como en la redacción del Acuerdo sobre Solución autónoma de Conflictos labores de 2012, y ello a pesar de que en el Estatuto de los trabajadores, no exista ninguna referencia explícita a este acuerdo, pero de una interpretación integradora de ambas normas, podemos sacar las siguientes consideraciones¹⁴⁰⁸:

- a) En el contexto de las medias de flexibilidad interna, nos encontramos una serie de instituciones que si bien la mediación no está excluida, difícilmente encontrará un espacio de actuación en algunas materias. Ni el

¹⁴⁰⁵El art.91 ET, prevé que estos procedimientos de solución de conflictos, así mismo, pueden ser de aplicación en las controversias de carácter individual, cuando las partes se sometan expresamente a ellas.

¹⁴⁰⁶Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (sistema extrajudicial). BOE. Nº 46, de 23 de febrero de 2012.

¹⁴⁰⁷Resolución de 24 de febrero de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 2009.

¹⁴⁰⁸DIAZ AZNARATE, Mª T., “Flexibilidad interna y externa en el modelo de relaciones laborales español. ¿Un espacio para la mediación?”, Ob. cit., p.581.

Estatuto de los Trabajadores, ni el Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos laborales, prevén que se recurra a la mediación en casos como la clasificación profesional, la movilidad funcional ordinaria o la distribución irregular de la jornada, pero ello no significa en absoluto que el recurso a la mediación tenga que encontrarse de manera expresa en los preceptos reguladores de las instituciones jurídico laborales, pues podrían incardinarse perfectamente en el contexto de la negociación colectiva y las discrepancias que surjan durante la misma vinculadas a esta materia. Aunque, algunos autores, consideran que la mediación en estas materias no va a desplegar una actividad significativa porque son materias que no requieren de la empresa justificación alguna, por lo que si la mediación encuentra un espacio de actuación en esto caso, se ha dejado a voluntad de los empresarios¹⁴⁰⁹.

- b) En cuanto a temas como la movilidad funcional, el art. 39.2ET no hace un llamamiento a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos para resolver las discrepancias que puedan surgir cuando la empresa encomienda al trabajador la realización de funciones de un grupo superior o inferior a aquel en el que estaba originariamente encuadrado, sin embargo el art.4.1.j) ASAC, sí alude a ellos.
- c) Respecto a instituciones como la movilidad geográfica del art. 40 ET, modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41ET, suspensión del contrato de trabajo o reducción de la jornada laboral por causas económicas, técnicas, organizativas, o de producción del art. 47, existe un llamamiento expreso a la mediación, reiterado en el artículo 4.1 e) del Acuerdo para Solución Autónoma de Conflictos, ya que en cualquier momento del periodo de consultas, las partes pueden acordar su sustitución por un procedimiento de mediación o arbitraje¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁹DIAZ AZNARATE, M^a T., “Flexibilidad interna y externa en el modelo de relaciones laborales español. ¿Un espacio para la mediación?”, Ob. cit., p.582.

¹⁴¹⁰Vid. MORENO VIDA, M^a N., “La negociación directa para la solución de conflictos colectivos. La negociación colectiva y la mediación”, Ob. cit., p.610.

3.3.2.4. La mediación como vía para solventar el conflicto laboral.

Considera GARCÍA VALVERDE que, la mediación laboral, se presenta como una alternativa posible y absolutamente recomendable para abordar y solucionar los conflictos que se puedan producir en el ámbito laboral. Sobre la mediación ha escrito que: “*Es un medio de solución extrajudicial donde el tercero que interviene, no decide la solución de conflicto, sino las partes que le propusieron*”¹⁴¹¹. Su objetivo es hacer posible que dos sujetos que mantienen posiciones encontradas sobre una cuestión que les atañe, alcancen un acuerdo que dé solución a sus diferencias, recurriendo a dos instrumentos: la convocatoria de una o más reuniones dirigidas a favorecer el diálogo entre ellas y la formulación de propuestas de solución para que las mismas decidan aceptarlas o no¹⁴¹².

El papel del mediador en los conflictos laborales es doble. De un lado, trata de convencer a las partes de la conveniencia de una solución negociada frente a la adopción de medidas de conflicto (por parte de los trabajadores) o el mantenimiento de la situación inicial de tensión no resuelta (en el caso de los empresarios) y de otro, el favorecer que las partes varíen sus posiciones iniciales hasta alcanzar un área de posible consenso entre ellas (una zona en la que sus pretensiones puedan encontrarse, por ofrecer a cada parte ventajas mayores que las que les supondrían no alcanzar el acuerdo).

En ocasiones, la mediación laboral, puede provocar, crispaciones en las partes, sin embargo se trata de un mecanismo de solución de conflictos, puesto al servicio de empleadores y trabajadores con ayuda de un tercero imparcial especializado en técnicas de mediación¹⁴¹³.

El *procedimiento*, estará presidido por un mediador o mediadores, necesariamente imparciales o neutros que pueden tener carácter público o privado.

¹⁴¹¹GARCÍA VALVERDE, M^a D., “La mediación en los mecanismos de solución autónoma de conflictos de origen estatal”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Coords.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Ob. cit., p.611.

¹⁴¹²Dentro de la mediación, esta autora distingue, entre una modalidad más informal y otra más formalizada, siendo característico de la segunda la conclusión del procedimiento con la emisión de una propuesta final, sobre la que las partes deben necesariamente pronunciarse. La apertura de un procedimiento de mediación presupone que el diálogo directo entre las partes, ha entrado en una vía muerta al no haber alcanzado un acuerdo por sí solas.

¹⁴¹³Vid. GRANADOS ROMERA, M^aL., “Configuración jurídica de la mediación en los procedimientos de solución extrajudicial de origen convencional”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Coords.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Ob. cit., pp.630-662

En la mediación pública, el mediador tiene atribuida por normativa estatal la facultada para intervenir en la solución de los conflictos de trabajo y posee estatus de funcionario público¹⁴¹⁴. En general cuando se habla de procedimiento de conflicto colectivo es para referirse a un procedimiento de resolución de conflictos que tiene una fase administrativa. Y además en los conflictos interpretativos, también tienen una fase judicial dirimente¹⁴¹⁵.

Su *objeto* es la solución de situaciones conflictivas que afecten a intereses generales de los trabajadores. Ha de entenderse que se puede utilizar para resolver cualquier modalidad de conflictos (jurídico o de intereses). Es de uso facultativo y pueden tener carácter subsidiario respecto de los medios extrajudiciales de solución de conflictos creados por la negociación colectiva, si así se establece en el correspondiente acuerdo o convenio colectivo¹⁴¹⁶.

Está prohibido recurrir a este procedimiento con unos fines concretos: para modificar lo pactado en convenio colectivo, o lo establecido por laudo, es decir se prohíben los conflictos colectivos novatorios.

Están *legitimados para incoar el procedimiento*, por parte de los trabajadores, a los representantes en el ámbito correspondiente al conflicto, por iniciativa propia o a instancia de sus representados. En cuanto a los sindicatos, corresponderá al sindicato o sección sindical, dependiendo del ámbito del conflicto¹⁴¹⁷. También estará legitimado el comité de huelga¹⁴¹⁸. Por parte de la empresa, según se deduce del artículo 18.1b) del Real Decreto ley, la legitimación

¹⁴¹⁴Vid. CASAS BAAMONDE, M.E., “Los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales en el Derecho Español”, en SIMA, *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Madrid, 1999, pp.14-15.

¹⁴¹⁵ La regulación de este procedimiento se encuentra en el Título II de Real decreto ley 17/1977 de 4 de marzo sobre relaciones de trabajo. BOE N° 58, de 09/03/1977, en los artículos 17 a 25.

¹⁴¹⁶ Es importante puntualizar que el artículo 17.2 del Real Decreto ley 17/1977 señala que una vez iniciado el procedimiento, es incompatible con el recurso a la huelga. Por lo que se configura como un procedimiento alternativo a la huelga como medida de presión y de persuasión ejercido sobre la otra parte. En caso de que el procedimiento sea instado por los empresarios y los trabajadores ejerzan su derecho a la huelga, se suspenderá el procedimiento y se archivarán las actuaciones.

¹⁴¹⁷Vid. TASCÓN LOPEZ, R., “La solución extrajudicial de conflictos laborales en el modelo español: a medio camino entre el *desideratum* legal y el ostracismo social”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, Universidad de Valladolid, N°10, 2009, p.7.

¹⁴¹⁸Sin embargo no estará legitimadas las coaliciones constituidas del momento y *ad hoc* para representar a los trabajadores y tampoco las Comisiones Paritarias de los convenios colectivos ni la comisión negociadora de un convenio colectivo

corresponde a los empresarios o sus representantes legales, según el ámbito del conflicto¹⁴¹⁹.

La *competencia para conocer de este procedimiento*, según el ámbito del conflicto, corresponderá a los órganos públicos competentes del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, o con los trasposos de competencias a los órganos pertinentes de las Comunidades Autónomas¹⁴²⁰.

GARCÍA VALVERDE reconoce que, en la práctica administrativa, es muy difícil separar las figuras de mediación y conciliación¹⁴²¹. Se puede intentar alternativamente, bien la avenencia de las partes (si deciden alcanzar un acuerdo colectivo que requiere la mayoría simple de cada una de las representaciones. Este acuerdo tendrá la misma eficacia *ex lege* que lo pactado en el Convenio colectivo), o el sometimiento de las partes a un procedimiento arbitral voluntario (el árbitro dictará su laudo arbitral en el plazo de 20 días y pondrán fin al procedimiento. Este laudo, tendrá la misma eficacia que si se tratase del acuerdo). Si no se adoptase ninguna de estas soluciones, hay que distinguir:

- a) Si es un conflicto jurídico¹⁴²², se remitirán las actuaciones acompañadas de un informe de la autoridad laboral sobre el conflicto, al órgano judicial competente para que previa instancia de las representaciones profesionales legitimadas se ponga en marcha el proceso de conflictos colectivos, regulado por la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social¹⁴²³.

¹⁴¹⁹Para los conflictos de ámbito superior a la empresa, la legitimación puede atribuirse a las organizaciones empresariales que deberán tener una implantación adecuada al ámbito del conflicto y siempre se exigirá un principio de correspondencia entre el ámbito del conflicto y el ámbito de la representación empresarial. No estarán legitimados, los colegios profesionales.

¹⁴²⁰Vid. SANTOR SALCEDO, H., *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*, La Ley, Madrid, 2006. Señala el autor, que el procedimiento se inicia mediante demanda escrita, con fecha y firma en la que consten la identificación de las personas que lo plantean, la determinación de los trabajadores y empresario afectados por el conflicto, los hechos sobre los que versa el conflicto y las peticiones concretas que se pidan. El escrito se presentará ante la autoridad laboral competente, que en el plazo de 24 horas remitirá copia de aquél a la otra parte en conflicto, convocando a ambas partes para que comparezcan ante la propia Administración en el plazo de tres días. Citadas las partes ante la autoridad laboral, si no hay comparecencia de la parte, se tienen por intentada la conciliación sin avenencia. Si comparecen, se intentará la avenencia entre las partes.

¹⁴²¹GARCÍA VALVERDE, M^a D., “La mediación en los mecanismos de solución autónoma de conflictos de origen estatal”, Ob. cit., p. 625.

¹⁴²²Conflicto sobre derechos, que derivan de discrepancias relativas a la interpretación de una norma preexistente, estatal o convenida colectivamente.

¹⁴²³Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social BOE N^o 245, de 11 de octubre de 2011. Así mediante el procedimiento judicial de conflicto colectivo, se tramitarán las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que traten

- b) Si es un conflicto de intereses¹⁴²⁴, la Administración ya no puede imponer a la partes en conflicto, el denominado “*laudo de obligado cumplimiento*”¹⁴²⁵. En consecuencia, al no ser posible una solución jurisdiccional a estos conflictos, solamente podrá solucionarse mediante negociación, mediación o el arbitraje voluntario, quedando la búsqueda de soluciones en manos de las partes en conflicto.

3.3.3. MEDIACIÓN PENAL.

Como hemos visto a lo largo de este capítulo, durante los últimos años estamos asistiendo a la progresiva aparición de prácticas enfocadas a la introducción de técnicas alternativas de regulación de conflictos en todo tipo de procesos y materias, y ello también es aplicable al marco del proceso penal¹⁴²⁶.

La inclusión de tales herramientas viene impulsada, principalmente, desde el denominado movimiento de Justicia Restaurativa¹⁴²⁷. En este sentido, la mediación entre víctima e imputado se presenta como la principal herramienta de este nuevo modelo. Como correlato de estas prácticas, son diversos los países que han introducido en el marco legislativo su aplicación.

La justicia restaurativa¹⁴²⁸ es una vía de intervención en conflictos penales, que promueve la participación de las partes afectadas y centra su atención en la

sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia o de una decisión o práctica de empresa

¹⁴²⁴ Conflicto de reglamentación o de regulación.

¹⁴²⁵ Declarado inconstitucional por vulnerar los principios constitucionales de autonomía y autotutela colectiva, lo que afectó a los artículos 25 b) y 26 del Real Decreto ley 17/1977, que fueron declarados inconstitucionales por la STC 11/1981 de 8 de abril.

¹⁴²⁶ La Decisión Marco del Consejo de Europa relativa al Estatuto Europeo de la Víctima en el proceso penal, de 15 de marzo de 2001, establece en su artículo 10., la Mediación penal en el marco del proceso penal– y dice: “1.Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas. 2.–Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”. Aunque no se refleja una obligación taxativa sino una recomendación en la actuación de los diferentes Estados en esta materia, se abre una nueva vía, que precisamente ha derivado en que los Estados miembros integren una comisión para el estudio de la aplicación de la Decisión en el marco del análisis de las prácticas europeas e internacionales, abriendo la ventana del Derecho penal a la mediación.

¹⁴²⁷ LARRAURI, E., “Tendencias actuales de la Justicia Restauradora”, en *In Memoriam Alexandro Baratta*, PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.), Ed. Universidad de Salamanca, 2004, p. 443.

¹⁴²⁸ Vid. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., “Justicia restaurativa y fines del Derecho Penal”, en MARTINEZ ESCAMILLA, M, y SÁNCHEZ ALVAREZ, M^aP (Coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011, pp.47 y ss. El autor

reparación del daño producido a la víctima más que en el castigo al autor; consiste en un proceso por el cual todas las partes que tienen interés en un determinado conflicto se juntan para resolverlo colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro¹⁴²⁹.

La justicia restaurativa nace en la década de los setenta del siglo pasado porque desde ciertos sectores se considera que en muchos casos la justicia penal no da una resolución satisfactoria a los problemas surgidos. Uno de sus principales promotores fue ZEHR, que elaboró un trabajo sobre la justicia restaurativa, lo que constituyó un camino de apertura de la Justicia donde se ponía el énfasis en la reparación de las consecuencias del conflicto¹⁴³⁰. De este modo, la justicia restaurativa se asienta en la rama de las ciencias criminológicas, que se conoce bajo el nombre de Victimología, pues centra su atención principalmente en la víctima. Se caracteriza por ser integradora e inclusiva, genera y supone la participación de la víctima, del victimario y de la comunidad afectada por el hecho, buscando una solución que se encamine a la reparación del daño y de la armonía rota¹⁴³¹.

REVILLA GONZÁLEZ, dice que la duración de los procesos judiciales, que supone que los tribunales resuelvan muchos de los asuntos pendientes de manera tardía, implica que la reacción social contra el delincuente, imponiendo la pena, tenga más un puro sentido retributivo que una orientación favorable a la resocialización¹⁴³². La eficacia de las penas, o de las medidas, para estos menores

ve la justicia restaurativa (más allá de los mecanismos que la integran: como un nuevo paradigma multidimensional que implica no solo introducir la mediación y otros mecanismos (conciliación, conferencias grupales y círculos sentenciadores), sino que implica repensar los fines del sistema penal y repensar sobre todo, los roles y las prácticas de los operadores jurídicos que actualmente están inmersos en una cultura puramente punitiva.

¹⁴²⁹ Es aquel acuerdo que repara simbólicamente o materialmente a la víctima, permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunidad afectada. Vid., LARRAURI, E., “Tendencias actuales de la Justicia restauradora”, Ob. cit., p.447.

¹⁴³⁰ ZEHR, *Retributive Justice, Restorative Justice, alternative justice paradigm*, New Perspectives on Crime and Justice, Akron, PA: Mennonite Central Committee Office of Criminal Justice, September, 1985, p.43.

¹⁴³¹ Vid. GORDILLO SANTANA, L., “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de la mediación penal.”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, REDUR, N° 4, 2006, pp.87-124.

¹⁴³² REVILLA GONZÁLEZ, J., “La mediación Penal”, en SOLETO MUÑOZ, H y OTERO PARGA, M. (Coors.) *Mediación y Resolución de Conflictos*, Ob. cit., p.301: “Aún cuando la respuesta social fuera rápida, el sistema de justicia penal tradicional de mayores tampoco proporciona, en ocasiones una respuesta satisfactoria. Los mandatos jurídicos a los que se ve sometido el juez penal no permiten distanciarse demasiado de la pura determinación del hecho enjuiciado y de las circunstancias que fijan el *quantum* de la pena, sin más consideraciones de interés social”.

infractores, hay que encontrarla más en la prontitud con la que son aplicadas que en su severidad o dureza. En ocasiones es difícil que una persona entienda la razón de la pena impuesta por unos hechos lejanos, cuando la realidad de su vida actual se contrapone a la desarrollada en el pasado. Esta falta de proximidad temporal entre la actuación delictiva de un individuo y la respuesta que la sociedad da a su conducta, ha llevado a discusiones que imaginan nuevos instrumentos que corrijan esa anomalía.¹⁴³³

Las dudas sobre la eficacia rehabilitadora de la reclusión el efecto criminógeno del ambiente carcelario y la falta de incidencia sobre la misma etiología de la criminalidad, hacen que no parezca racional que la única respuesta social sea la modalidad del procedimiento judicial clásico. Se ha hablado desde hace tiempo de la crisis del derecho represivo, haciendo que se tome en cuenta una visión del proceso desde otros principios distintos a los que clásicamente han inspirado nuestro ordenamiento procesal penal¹⁴³⁴.

En el proceso penal las víctimas ocupan papel secundario, son las grandes olvidadas¹⁴³⁵. La protección de sus intereses a través de la acción civil en el proceso penal, permitiéndoles participar como parte civil, no cubre las expectativas de protección que éstas tienen. Si la victimización primaria, es aquella que se sitúa en el momento en que la víctima sufre las consecuencias perjudiciales producidas por la acción delictiva, es el momento de más dolor o impresión afectiva que la padece; la victimización secundaria, que procede de las relaciones que establece esa víctima con el sistema jurídico-penal, contribuye en muchos casos a incrementar ese dolor o a agravar las consecuencias emocionales y patrimoniales. La reiteración de interrogatorios, el contacto obligado con el delincuente y sus familiares en las oficinas judiciales, determinadas actitudes de profesionales implicados, que tratan a las víctimas con falta de tacto, sin

¹⁴³³La labor del Juez penal queda limitada a establecer si el imputado ha participado en el hecho de que se trata, si éste es encuadrable en un tipo penal y si de ello resulta la imposición de una pena. La mirada al pasado del delincuente, a su desenvolvimiento futuro, a las posibilidades de que la pena cumpla su objetivo de corrección, la disposición al resarcimiento de los daños causados... ceden ante la obligación más rigurosa de seguir el proceso penal para llegar a determinar la pena que corresponda en función de lo que señala la ley penal; aún cuando se reserven en esos sistemas de justicia penal, un lugar a determinadas posibilidades de negociación. Puede decirse que en muchos casos se imponen unas penas que producen un mal privado, sin reportar ningún beneficio público.

¹⁴³⁴Vid. ALCACER GUIRAO, R., "La mediación penal y la atenuante de reparación", en MARTINEZ ESAMILLA, y M, SANCHEZ ALVAREZ, MP. (Coords), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria : un renovado impulso*, Ob. cit., pp.109-126

¹⁴³⁵Vid. REVILLA GONZÁLEZ, J. "La mediación Penal", Ob. cit., p. 302.

comprender que son quienes han sufrido el daño o las consecuencias de la conducta delictiva, hacen que la víctima, lo sea aún más¹⁴³⁶.

El principal propósito de la intervención restaurativa es restaurar la paz social, remediar el daño causado, arreglar la puesta en peligro de los bienes jurídicos, evitar la re-victimización, bajo un paradigma de Justicia construido bajo los elementos de la mediación, reconciliación, restitución y compensación. Pero al hablar de la justicia restaurativa y de mediación en el ámbito penal, por tanto, es necesario hacer referencia a las garantías constitucionales y de Derecho penal en relación a los procesos de mediación víctima–victimario.

España se articula como un, *Estado social y democrático del Derecho*, conforme preceptúa el art. 1.1 de la C. E.¹⁴³⁷. Nos encontramos ante una fórmula que pretende aunar, los modelos del Estado liberal y Estado social bajo una vertiente democrática. Del Estado liberal adopta la idea de Estado de Derecho, de Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el que radica la soberanía nacional (art. 1.2 C. E). Además, el Estado social, supone el esfuerzo por derrumbar las barreras que en el Estado liberal separan a Estado y sociedad. Si el Estado liberal pretende asegurar las garantías jurídicas, meramente formales, el Estado social se considera llamado a modificar las efectivas relaciones sociales.

Se persigue una orientación material hacia la democracia real, preservada por el control del ciudadano de las condiciones sociales que favorecen la vida del individuo, mediante un Estado democrático del Derecho. Esto nos lleva a desarrollar la idea de que el Estado social bien puede aunar y recoger las demandas propias de una sociedad civil que se decanta por la recuperación de cierto protagonismo y de madurez en la resolución de sus propios conflictos. Y esto va a generar el hecho de que tarde o temprano, el Estado social intervendrá en la modificación de aspectos del entramado social y de las relaciones jurídicas que

¹⁴³⁶Además el proceso penal, parece atender en algunos casos, más a intereses privados que a públicos, buscando quienes acuden a él como denunciante o querellantes el resarcimiento económico por encima de la actuación del Derecho Penal. Esa inversión práctica de la tradicional relación entre pretensión penal y pretensión civil, está pasando a tener un lugar preeminente, en un proceso en el que debería ser secundario y constituye un buen argumento para trasladar la actuación penal hacia otros métodos alternativos, pues la justicia penal, debería ser el último recurso de la intervención estatal en la conflictividad social y no el primero al que se acuda por el efecto intimidatorio que tiene para el acusado

¹⁴³⁷Vid. MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 19.

favorezcan la mejora y adecuación de las respuestas a las demandas del ciudadano. Esto es, como hemos visto, aplicable a las materias de carácter disponible, pero puede surgir la duda, respecto al derecho penal¹⁴³⁸.

Como ha estudiado SOLETO MUÑOZ, existen varios modelos de Justicia Restaurativa en función de cómo interaccione el sistema penal de cada Estado con los instrumentos propios de ésta, de este modo diferencia tres clases de sistemas¹⁴³⁹:

a) Sistemas complementarios a los Tribunales, a través de programas conectados con estos, y que suelen corresponder con sistemas penales más tradicionales. El acuerdo de reparación lo que puede provocar son ventajas procesales para el acusado (reducción de la calificación o de la pena, suspensión, sustitución o beneficios penitenciarios).

b) Sistemas alternativos al enjuiciamiento, que van a ser considerados como la verdadera forma de resolución de conflictos debido a que los casos son derivados antes de iniciarse o tramitarse el proceso. Ello es visto con cautela por los países con un sistema penal tradicional y fuertemente instaurado, es el caso de España y otros Estados continentales.

c) Iniciativas ajenas al proceso y la ejecución que buscan más el tratamiento y restablecimiento de las emociones que otro tipo de resarcimiento, como pueda ser el caso de conflictos entre padres e hijos (agresores).

Este proceso de redescubrimiento de la víctima implicó el advenimiento de la Victimología, la cual se dirigía a estudiar su posición en el conflicto y en su solución¹⁴⁴⁰. También estudiaría los factores que determinan la victimización, así como los marcadores de peligro o los efectos perniciosos que, más allá del propio

¹⁴³⁸ FLETCHER, G. P., *Las víctimas ante el Jurado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp.208. En esta línea se definen los elementos de garantía, dentro del modelo de justicia anglosajón¹⁷, en la palabra “fair play” (juego limpio) que refiere la exigencia de un juicio justo y público tanto en los procesos penales y civiles.

¹⁴³⁹Vid. SOLETO MUÑOZ, H., “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España” en ECHANO BASALDUA Y OTROS: “Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos”, *Cuadernos penales José María Lidón*, Nº 9, Deusto Digital, Bilbao, 2013, pp. 83 y ss.

¹⁴⁴⁰Vid. TAMARIT SUMALLA, J.Mª Y OTROS, “La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.61.

conflicto, le depara el propio sistema policial y judicial (victimización secundaria), entre otros muchos aspectos¹⁴⁴¹. Una corriente doctrinal importante respecto a la evolución del Derecho Penal, ha sido la representada por la *teoría de la resocialización*, la cual buscaba como último fin de la pena, la resocialización del delincuente, para que modificara su conducta adaptándose a los parámetros legales y no reincidiese en un futuro. La propia Constitución Española de 1978 reivindica dicha idea resocializadora y la proclama abiertamente en su artículo 25.2: “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social*”¹⁴⁴².

3.3.3.1. Normativa en materia de Mediación Penal.

El interés por la mediación penal, se ha reflejado tanto en la legislación interna de los Estados como en el ámbito internacional. Este enunciado de objetivos y métodos que promueven un cambio en la estructura clásica del sistema penal, ha sido impulsado desde la unificación jurídica europea y ha constituido una materia a la que han prestado su atención tanto las instituciones internacionales, con aprobación de diversos textos en el ámbito de sus competencias.

En el marco internacional, encontramos iniciativas, tanto desde el Consejo de Europa como desde la Organización de Naciones Unidas¹⁴⁴³.

En el Consejo de Europa, encontramos las Recomendaciones emanadas del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que aunque carecen de fuerza vinculante, sí poseen una autoridad política importante. Su finalidad es hacer llegar a los Estados miembros su opinión sobre determinados asuntos y sugerir una línea de actuación normativa, lo que las ha convertido en un importante medio de armonización.

¹⁴⁴¹GARCÍA FERNÁNDEZ, M^a.A., “La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, N^o7, Septiembre 2014. <http://hdl.handle.net/10835/3286>.

¹⁴⁴²Vid. MARTINEZ ESCAMILLA, M., “La mediación penal en España: Estado de la Cuestión” en MARTINEZ ESCAMILLA, M, y SÁNCHEZ ALVAREZ, M^aP. (Coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Ob. cit., pp15 y ss.

¹⁴⁴³REVILLA GONZÁLEZ, J.A., “La mediación penal”, Ob. cit., p307.

En junio de 1985, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, aprobaba la Recomendación R(85) 11, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del procedimiento penal, considerando que la función básica de la justicia penal, debería de responder a las necesidades de la víctima y salvaguardar sus intereses¹⁴⁴⁴.

En septiembre de 1987, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, aprobaba la Recomendación R(87)21, sobre la asistencia a las víctimas y prevención de la victimización, poniendo de manifiesto que la intervención del sistema de justicia penal, no basa por sí sola para reparar el perjuicio y el trastorno ocasionado por la infracción, por ello, entre otras recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros, estaba la de fomentar las experiencias de mediación entre delincuente y su víctima¹⁴⁴⁵.

Posteriormente, encontramos la Recomendación R (94) 8 de 8 de septiembre de 1994 sobre la independencia, la eficacia y la función de los Jueces, que consagra como una verdadera obligación judicial, el estimular a las partes para obtener un arreglo amistoso de la controversia¹⁴⁴⁶. También, la Recomendación R (95) 5 de 7 de febrero de 1995 sobre la mejora del funcionamiento de los sistemas judiciales que indica a los Jueces que traten de estimular los arreglos amistosos¹⁴⁴⁷. Ambas siguieron propiciando la cultura de la mediación y la resolución alternativa de conflictos.

Ya en materia de mediación penal, la Recomendación R (99) 19 sobre la mediación penal y su desarrollo, en la que se insta a los estados a orientar su política legislativa hacia procedimientos tradicionales de la justicia penal,

¹⁴⁴⁴RECOMENDACIÓN (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 DE JUNIO DE 1985, sobre la posición de la Víctima en el marco del Derecho penal y el proceso penal.

¹⁴⁴⁵RECOMENDACIÓN (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de SEPTIEMBRE DE 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización.

¹⁴⁴⁶RECOMENDACIÓN R (94) 8 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 8 de septiembre de 1994 sobre la independencia, la eficacia y la función de los Jueces que consagra como una verdadera obligación judicial, el estimular a las partes para obtener un arreglo amistoso de la controversia

¹⁴⁴⁷RECOMENDACIÓN R (95) 5 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de febrero de 1995 sobre la mejora del funcionamiento de los sistemas judiciales que indica a los Jueces que traten de estimular los arreglos amistosos.

estableciendo una serie de principios generales que debían tenerse en cuenta al desarrollar los modelos de mediación existentes o introducir nuevos modelos¹⁴⁴⁸.

Por último, la Recomendación R (2006) 8 sobre la asistencia a víctimas de delitos, que insisten en la consideración de lo apropiado de ofrecer a las víctimas, la posibilidad de mediación con su ofensor, teniendo en cuenta los beneficios de la mediación y atendiendo al interés de la víctima¹⁴⁴⁹.

Es importante mencionar, la Decisión Marco 2001/220 JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la Víctima en el marco del proceso penal, pues es un instrumento normativo obligatorio para los estados miembros, que reconoce a las víctimas, ciertos derechos con relación al proceso penal y contiene diversas disposiciones relativas a la mediación víctima/autor.

En el marco de la Organización de Naciones Unidas, mencionamos la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985¹⁴⁵⁰, en la que se insta a los Estados miembros a la utilización cuando proceda de mecanismos de solución de controversias, incluida la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctona, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas.

Las Reglas mínimas de la Organización de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad de 1990, en la que se destaca la importancia de fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal y la necesidad de fomentar entre los delincuentes, el sentido de su responsabilidad hacia las víctimas y el conjunto de la sociedad¹⁴⁵¹.

La Resolución 1999/26 de 27 de julio de 1999 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre desarrollo y aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho penal, instando a los Estados, las

¹⁴⁴⁸RECOMENDACIÓN R (99) 19 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 15 de septiembre de 1999 sobre la mediación penal y su desarrollo.

¹⁴⁴⁹ RECOMENDACIÓN R (2006)8 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 14 de junio de 2006 sobre la asistencia a víctimas de delitos.

¹⁴⁵⁰RESOLUCIÓN de la Asamblea General de la ONU 40/34 de 29 de noviembre de 1985 (A/RES40/34). Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder

¹⁴⁵¹RESOLUCIÓN de la Asamblea General de la ONU 45/110 de 14 de diciembre de 1990 sobre Reglas mínimas de la Organización de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad.

organizaciones internacionales y demás entidades a intercambiar información y experiencias sobre mediación y justicia reparadora¹⁴⁵².

Y por último, y en ese mismo sentido, la Resolución 2000/14 de 7 de julio de 2000 del Consejo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, sobre principios básicos sobre la utilización de programas de justicia reparativa¹⁴⁵³, lo que es un reflejo de la preocupación a escala internacional por llevar a cabo una transformación en el proceso penal y trazar nuevos caminos donde se de especial importancia a la protección de la víctima y en los que se insista en la implicación del infractor en su responsabilidad.

En el ámbito estatal español, a pesar de no existir una regulación expresa de la mediación en el ámbito penal, es posible su inclusión si atendemos a algunos preceptos como: a) 21.5 CP, regula como atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado o disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral, b) el art. 91.2 CP, contempla la participación en programas de reparación del daño, para el adelantamiento de los cómputos de libertad condicional de 90 días por año efectivamente cumplido, o c) el art. 88 CP, donde el “*esfuerzo por reparar el daño causado*” se establece como requisito para la sustitución de la pena de prisión, por multa o trabajos en beneficio de la comunidad¹⁴⁵⁴.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en su artículo 15 se ocupa de la mediación penal. Esta ley adapta al Derecho español la Directiva europea de 25 de octubre de 2012 sobre normas mínimas de los derechos de las víctimas y desarrolla aspectos novedosos relativos a los derechos de información de las víctimas, los derechos de participación en el proceso penal, tanto si son parte o no en el mismo o la protección de las mismas

¹⁴⁵²RESOLUCIÓN 1999/26 de 27 de julio de 1999 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre desarrollo y aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho penal.

¹⁴⁵³RESOLUCIÓN 2000/14 de 7 de julio de 2000 del Consejo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre principios básicos sobre la utilización de programas de justicia reparativa.

¹⁴⁵⁴Vid. ALCACER GUIRAO, R., “La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación”, en MARTINEZ ESCAMILLA, M, y SÁNCHEZ ALVAREZ, M^oP. (Coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Ob. cit., pp.109-126.

en el referido proceso¹⁴⁵⁵. También incluye previsiones legales relativas al sistema de apoyo a las víctimas o a los servicios de justicia restaurativa.

Aunque por mi especial vinculación profesional e investigadora con esta materia, muchas veces relacionada con la familia, dedicaré un apartado específico a este tema al final de este apartado, mencionamos dentro de la mediación penal, la justicia penal juvenil de la Ley de Responsabilidad penal del Menor 5/2000 de 12 de enero, sobre justicia penal de menores, que introdujo la conciliación y la reparación del daño como formas de solución del conflicto ocasionado por el acto delictivo. En su propia Exposición de Motivos, se aparta de los fines clásicos del Derecho penal y aunque su naturaleza es foralmente penal, materialmente es educativa. Este aspecto educativo es el que marca a la diferencia con las normas estrictamente penales de carácter retributivo. El principio que rige la aplicación de la Ley del menor es el prioritario interés del menor, no sólo en el desarrollo procedimental, sino en la imposición y ejecución de las medidas. Interés del menor que aparece como un concepto jurídico indeterminado y que deberá ser valorado en cada caso por las partes implicadas en el proceso de menores, como son el juez, el fiscal y el equipo técnico.

3.3.3.2. Principios penales y mediación.

Dado el carácter indisponible del Derecho penal, parece interesante analizar la incidencia de los principios constitucionales en el marco de la mediación¹⁴⁵⁶:

a) En relación al *principio de última ratio* de Derecho penal subjetivo como derecho del Estado a establecer normas penales y a aplicarlas cuando se cumplan los requisitos en ellas prevenidos, se basa en la legitimidad del poder punitivo que deriva del modelo fijado en la Constitución y en los Pactos y Tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocidos por la propia Constitución (art.10.2), respetándolos y garantizándolos

¹⁴⁵⁵LEY 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE. Nº 101 de 28 de Abril de 2015).

¹⁴⁵⁶VID. PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, p.406.

en su ejercicio¹⁴⁵⁷. Es decir, el Derecho penal sólo debe y puede intervenir en aquellos casos en los que se produzcan ataques a los bienes jurídicos más importantes¹⁴⁵⁸.

b) El *principio de subsidiariedad* es una manifestación del principio de intervención mínima del Derecho penal y como tal presenta dos manifestaciones, una externa y otra interna¹⁴⁵⁹. La primera, relaciona al Derecho penal con las restantes instancias de control social, tanto jurídicas como no jurídicas y dispone que el Derecho penal sólo intervenga, cuando las demás instancias no consigan los deseados efectos preventivos. La segunda establece un orden de prelación, entre las diferentes sanciones penales, es decir, no se aplicará una sanción grave si resulta suficiente una leve.

c) Del *principio de respeto a la autonomía del sujeto*, derivado del reconocimiento de la dignidad personal y del *principio de protección de bienes jurídicos tras la comisión del hecho delictivo*, podríamos deducir la exclusión del ámbito penal de las meras discrepancias ideológicas, políticas o religiosas y las meras inmoralidades sin trascendencia en los Derechos de terceros, porque no es misión del Derecho Penal, cuestión que nos llevaría a una justificación de la mediación penal bajo la fundamentación de la despenalización para ciertos tipos penales y la privatización de conductas que hoy por hoy forman parte del Derecho penal¹⁴⁶⁰. Sin embargo, en aquellos supuestos donde la falta de trascendencia de la

¹⁴⁵⁷QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal, Parte general*, Aranzadi, Madrid, 2002, pp.97-98 y 106-111.

¹⁴⁵⁸Vid. PORTILLA CONTRERAS, G., “La influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho penal: La defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de intereses penales”, en _____, J.A., DEL REAL _____, J.A., RUIZ RUIZ, R. (Eds.), *La democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002, pp.118–120; FERRAJOLI, L., “El Derecho penal mínimo”, *Poder y Control*, N° 0, 1986, p. 38: “En el Estado democrático de Derecho, si las normas formales sobre la vigencia se identifican con las reglas de la democracia formal o política, en cuanto disciplinan las formas de las decisiones que aseguran la expresión de la voluntad de la mayoría, las normas sustanciales sobre la validez, al vincular al respeto de los Derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos en ellas, bajo pena de invalidez, la sustancia (o el significado) de las decisiones mismas, corresponden a las reglas con las que bien se pueden caracterizar la democracia sustancial”.

¹⁴⁵⁹Vid. GORDILLO SANTANA, L., “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de la mediación penal”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, REDUR, N° 4, Año 2006, p.94.

¹⁴⁶⁰Vid. QUERALT, J.J., “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos”, en AA.VV., *Política criminal y un nuevo Derecho penal, libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, p.148. Objetivamente, este enfoque corresponde a aquellas visiones de la mediación que abogan por su aplicación fuera del ámbito del Derecho penal como procedimiento alternativo al mismo.

conducta, a nivel social o su irrelevancia así lo aconseje, permite que se puedan introducir nuevos métodos de regulación de conflictos sin derivar las conductas a otras áreas del Derecho, ya que preservaríamos por un lado, el efecto preventivo del Derecho penal y, por otro, nos acogeríamos a los beneficios resocializadores que genera la mediación penal.

d) En cuanto al *principio de legalidad*, constituye un principio esencial del Derecho penal en cuanto garantía máxima de los ciudadanos, siendo el límite principal del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva; lo que incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que la ley permite¹⁴⁶¹.

El Tribunal Constitucional, ha señalado que: *“El principio de legalidad contiene en primer lugar una garantía material que se corresponde con la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes, es decir, proporciona la necesaria seguridad jurídica sobre cuáles son las conductas incriminadas y las penas que se les asignan. Pero además el principio de legalidad conlleva una garantía formal que hace exigible que las leyes penales sean promulgadas con determinado rango”*¹⁴⁶². Sin embargo durante los últimos tiempos estamos asistiendo a un proceso de cuestionamiento del llamado *“dogma de la verdad”*, que perseguía la búsqueda de la verdad en el proceso penal como creencia dogmática irrefutable¹⁴⁶³. En términos generales podemos decir que se habla del principio de legalidad por contraposición al principio de oportunidad. Y, paralelamente, el principio de legalidad que ha venido siendo considerado intocable por la visión retributiva que se tiene de la

¹⁴⁶¹En la Constitución española se consagra el principio de legalidad en su art. 25.1 al declarar que nadie puede ser condenado ni sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracciones administrativas según la legislación vigente. El art. 9.3º, que habla de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas. El art. 81 que asegura el rango de ley orgánica para el establecimiento de ciertas penas. Igualmente, el contenido dogmático del principio de legalidad lo encontramos en el art.24 de la C. E que refiere a la garantía jurisdiccional, donde se recoge en su punto 2: “...el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para asegurar su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables...” y el art. 1 de la LECr. que dice “...no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya reparación incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente código o de las Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por el Juez competente”. También se concreta este principio, en los artículos 10 105 y 271 de la LECr.

¹⁴⁶² SSTC 21 de enero de 1988.

¹⁴⁶³CUGAT MAURI, M., “Nuevas huidas al Derecho penal y quiebra de los principios garantistas”, en *In Memoriam Alexandro Baratta*, PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.), Ob. cit., p.193.

pena, ha empezado a ser cuestionado en ciertos aspectos, especialmente, en relación a derechos individuales anteriores al Estado, entre ellos, el derecho a un proceso debido¹⁴⁶⁴.

Es indudable que la incorporación de la figura de la mediación penal dentro del marco jurídico penal, supone apelar al principio de oportunidad y a su vigencia. El principio de legalidad que cumple función de garantía, no favorece la mediación, lo sí hace, sin embargo el principio de oportunidad¹⁴⁶⁵.

Como ha señalado GORDILLO SANTANA, esta consecuencia se debe a que en el proceso penal, actúan de manera diversa una gran variedad de procesos de selección que operan de distintas formas y en diferentes momentos, presentándose antes del procedimiento, durante el mismo y no siendo siempre controlables, un ejemplo son las leyes sobre los denominados “juicios rápidos”¹⁴⁶⁶, que facultan a la policía amplias competencias de instrucción, determinado una previa calificación jurídica de los hechos¹⁴⁶⁷. En este sentido, GIMENO SENDRA, opina que sería aconsejable la aplicación del *principio de oportunidad* siempre que:

- a. Los hechos punibles no lleven aparejadas penas graves de privación de libertad (habla de hasta tres años).
- b. Se sometiese el sobreseimiento por razones de oportunidad a criterios preestablecidos, que impidan la infracción del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.
- c. Se excluyan del sobreseimiento, los reincidentes, ocasionando la transacción antecedentes penales.
- d. Se reparase previamente a la víctima, renunciando ésta al ejercicio de las acciones civiles.

¹⁴⁶⁴Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El principio de oportunidad”, *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y Tribunales, Consejo General del Poder Judicial*, 2002, www.poderjudicial.es.

¹⁴⁶⁵Vid. JORGE MESAS, L.F. y GONZÁLEZ VIDASOA, F., “La mediación. 1ª experiencia de adultos en España”, *Revista del Poder Judicial*, Nº 39–40, 2ª época, 1995, p.3. Es preciso partir de la imposibilidad de perseguir todas las infracciones de las normas penales por ello se realiza un indiscutible proceso de selección, siendo en este marco en el que surge la corriente que considera idóneo instaurar el principio de oportunidad bien de forma reglada o con carácter discrecional, aceptando con ello la aparición de figuras tales como la conformidad y/o los procesos de mediación en el ámbito penal, admitiendo la entrada de los acuerdos reparadores.

¹⁴⁶⁶LEY 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE Nº 258, de 28 de octubre de 2002).

¹⁴⁶⁷GORDILLO SANTANA, L., “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de la mediación penal”, *Ob. cit.* p.105.

- e. Se prohibiese expresamente cualquier negociación, entre las partes, en la individualización o quantum de la pena a imponer.
- f. Y se garantizase la espontaneidad o libertad de la declaración de voluntad del inculpado y la libertad en la expresión de su consentimiento¹⁴⁶⁸.

Otros autores, como SANCHO GARGALLO, consideran que es difícil incorporar el principio de oportunidad en nuestro ordenamiento¹⁴⁶⁹. Por una parte, por el derecho del acusado a no declararse culpable y por la negación de acceso a la justicia que ello supondría. Estos no son argumentos absolutos, pues al acusado no se le obliga a declararse culpable, siendo éste quien voluntariamente lo hace, asistido de letrado, como hace el planteamiento de la mediación penal, que no obliga al acusado a declararse culpable o a confesar su culpabilidad¹⁴⁷⁰. Y por otra parte, nos encontramos con el art. 124 CE que dice que el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. En este caso, el uso de la discrecionalidad no tiene porque vulnerar el principio de legalidad¹⁴⁷¹ cuando es la propia ley quien la autoriza y más aún, si al autorizarla se fijan límites.

e) En cuanto al *principio de seguridad jurídica* se presenta como una decantación del concepto vulgar de seguridad y se basa en la predictibilidad de la conducta de los poderes, entes públicos, los ciudadanos y los entes sociales.

La discusión sobre las alternativas a la pena privativa de libertad o, posteriormente, sobre las alternativas a la pena y al propio procedimiento penal,

¹⁴⁶⁸Vid. GIMENO SENDRA, V., "Los procedimientos penales simplificados. Principios de oportunidad y proceso penal monitorio", *Justicia*, Nº2, 1987, p. 350.

¹⁴⁶⁹Vid. SANCHO GARGALLO, I., "Legalidad, oportunidad y transacción penal en el procedimiento Abreviado", *Los principios del proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, 2002, www.poderjudicial.es.

¹⁴⁷⁰En esta línea, la Recomendación Nº (99)19 sobre Mediación penal dentro del proceso penal del Consejo de Ministros de la Unión europea de 15 de septiembre de 1999, en el punto IV.10 y 11, que dicen "antes de aceptar el proceso de mediación, las partes deben ser informadas de sus Derechos, de la naturaleza del proceso de mediación y de las consecuencias de su decisión". El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha manifestado que no se produce violación del convenio porque existan transacciones siempre que se cumplan una serie de requisitos, entre ellos figura en todo caso, la ausencia de amenaza.

¹⁴⁷¹GORDILLO SANTANA, L., "Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de la mediación penal.", Ob. cit., p.107. En este tema, Gordillo Santana, ha señalado que el principio de oportunidad es una realidad plena en la legislación penal de menores que permite, conforme al art. 19 de la Ley 5/2000 de Responsabilidad Penal de los menores, la posibilidad de aplicar la conciliación y reparación entre víctima y victimario en cualquier fase del proceso, permitiendo el archivo de la causa a criterio del MF. ¿Por qué no habría de ser posible en adultos si es posible en menores?, ¿no será más una cuestión de Política criminal que de permisibilidad de la Norma suprema?.

pone de relieve la problemática acerca del riesgo de inseguridad o falta de certeza sobre las consecuencias efectivas que va a tener la infracción de una norma penal, puesto que el juez dispone de un elenco de disposiciones decisorias que conducen a diversas formas de respuesta respecto al hecho delictivo.

Los debates doctrinales y reformas operadas en Derecho comparado que sustentan la inclusión de la mediación en el ámbito penal como método de Política criminal para obtener la reparación y conciliación autor- víctima, se fundamentan en la limitación de la actividad punitiva del Estado, presentando alternativas o sustitutivos a la pena de prisión y para ello es necesario, el reconocimiento de ciertos márgenes para el arbitrio judicial que permitan adecuar la respuesta a las circunstancias del caso concreto¹⁴⁷². PÉREZ SANZBERRO, señala que de esta forma, la garantía de seguridad jurídica se vería satisfecha en la medida en que el sujeto sabría cual es el límite máximo de sanción que, en función de la gravedad del hecho cometido puede aplicarse en su caso.

f) El *principio de igualdad*, está protegido constitucionalmente (arts. 1, 9.2 y 14, entre otros) y garantiza, no sólo la igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino la igualdad en la aplicación de la ley, al caso concreto. La Constitución prohíbe tanto la desigualdad del contenido de la ley, obligando al legislador a fundamentar el diferente trato normativo, como la desigualdad en su aplicación por el Juez, quién está obligado a motivar las diferencias, cuando aplica la norma¹⁴⁷³.

La dificultad de este principio radica en determinar cuáles son los criterios para decidir si las diferencias tomadas en cuenta por el legislador al crear la norma o por el juez al aplicarla, preservan aquel principio por estar justificadas¹⁴⁷⁴. La conjugación de este principio con el de seguridad jurídica (proclamado también en el art. 9.3 CE) exige una interpretación uniforme de la ley, que exige igualdad de trato a los ciudadanos ante casos iguales, así como que la determinación legal de

¹⁴⁷²Vid. MUÑOZ CUESTA, F. J., "La Mediación Penal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº.829, 1-2, 2011, pp.23-29. Esto no significa, señala el autor, que las instancias judiciales no estén vinculadas a ciertos criterios que orienten y justifiquen sus decisiones y, además, las hagan susceptibles de control. El legislador, debería determinar con el máximo de claridad y coherencia estos criterios, para así limitar la arbitrariedad, la inseguridad y falta de certeza derivadas de ella

¹⁴⁷³PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Ob. cit., p.395.

¹⁴⁷⁴Vid. ARMENTA DEU, T., "El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas", *Poder Judicial*, Nº 41-42. 1996, pp. 53-86.

quienes serán los órganos competentes se aplique a una misma situación jurídica idénticas soluciones¹⁴⁷⁵.

La doctrina favorable a la Justicia Restaurativa no ve este principio, como un valor rígido al cual deban de subordinarse otros fines, como puede ser la reinserción del infractor o la reparación a la víctima. La mediación sería una técnica, cuya utilización se basaría en el precepto de igualdad de las partes ante la ley. Ello no significa que las personas sean iguales, sino que los son sus derechos y obligaciones fijados por un marco normativo al que se adhieren en virtud de sujetos de Derecho¹⁴⁷⁶.

En conclusión, si bien el proceso de mediación como tal no sería viable en cierto tipo de delitos, las características de la reparación penal permiten, desde una acepción amplia, extender la instrumentalización de técnicas de mediación a favor de la obtención de una reparación penal, que no tienen porqué referirse exclusivamente a una reparación de carácter civil.

g) El *principio de proporcionalidad*, al igual que el principio de igualdad, está vinculado al valor de justicia y es expresión de los valores del Estado de Derecho. Formulado negativamente, este principio implicaría la prohibición de exceso, de la intervención del Estado en el ámbito de los derechos individuales¹⁴⁷⁷.

El concepto de proporcionalidad en sentido amplio, en cuanto prohibición de exceso, contiene dos principios materiales, el de necesidad o mínima lesividad y el de proporcionalidad en sentido estricto. El primero, de naturaleza empírica, implicaría la exigencia de seleccionar entre varios medios idóneos, aquél menos lesivo para la consecución del objetivo pretendido; el segundo, de carácter normativo/valorativo, impone una ponderación acerca de si el fin perseguido justifica como adecuado y necesario el medio utilizado, lo que implicaría la exigencia de seleccionar entre varios medios idóneos, aquél menos lesivo para la

¹⁴⁷⁵Vid. CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del Proceso penal*, Aranzadi, Madrid, 1999, p.88.

¹⁴⁷⁶Vid. BAZÁN, L y Otros, *Mediación: una transformación en la cultura*, Paidós, Madrid, 1996, p. 238.

¹⁴⁷⁷El principio de proporcionalidad exige una correlación entre la gravedad de la infracción penal y la consecuencia jurídica prevista para la misma, tanto en la calidad como en la cantidad de tal consecuencia. El criterio de oportunidad se fija en un marco de referencia, en el que se impide que el ataque a un determinado bien se sancione con una pena mayor que la prevista para la protección de un bien jurídico de superior jerarquía.

consecución del objetivo pretendido; el segundo, de carácter normativo/valorativo, impondría una ponderación acerca de si el fin perseguido justifica, como adecuado y necesario el medio utilizado¹⁴⁷⁸.

Por su parte, la mediación víctima/victimario, en relación a este principio, parte de la invocación del principio de subsidiaridad de la intervención penal, de ultima ratio, que demanda la opción de la respuesta menos lesiva para satisfacer la finalidad de prevención de delitos, constituyendo una manifestación del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso en el ámbito de la selección de la respuesta penal al caso concreto. Esto exigiría que la mediación, como asunción voluntaria de la responsabilidad a partir de la conciliación con la víctima, tuviese lugar en unas condiciones que no resultaran excesivas, en relación a la protección preventiva de bienes jurídicos y pacificación social.

h) Sobre el *principio de presunción de inocencia*¹⁴⁷⁹, una de las cuestiones más debatidas por la doctrina contraria a la inclusión de la figura de la mediación en el ámbito penal, es la posibilidad de que, con la aceptación del proceso de mediación por parte del infractor, se produjera un reconocimiento prematuro de su responsabilidad, infringiendo así los derechos propios del acusado, reflejados en el art. 24 de la CE, principalmente el de presunción de inocencia. Se produciría, según JOHNSTONE, una coerción indirecta¹⁴⁸⁰. No obstante, GORDILLO SANTANA no comparte esta opinión, por el hecho de que el victimario esté dispuesto a participar voluntariamente en el proceso de mediación penal, sin presión ni coacción alguna, previa información de sus derechos y las consecuencias de la elección de una u otra vía¹⁴⁸¹.

En la mayor parte de las legislaciones donde se recoge la figura de la mediación penal y, en la práctica comparada, existe el requisito previo del

¹⁴⁷⁸Vid. ROXIN, K., *Política Criminal y estructura del delito. Elementos del Delito en base a la política criminal*, trad. de J. Bustos Ramírez y Hormazábal Malareé,, Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona, 1992, pp.184 y ss.

¹⁴⁷⁹Vid. RIOS, J., PASCUAL, E., SEGOVIA, J.L., ETXEBARRIA, X. y LOZANO, F., *Mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, pp. 103 y ss.

¹⁴⁸⁰Vid. JOHNSTONE, G., "Restorative Justice Ideas, Values, Debates". *Internet Journal of Criminology* © 2011, Routledge, London and New York, 2011, p.32.

¹⁴⁸¹ Como establece la Recomendación R (99)19 sobre mediación en el ámbito penal y otros documentos internacionales.

reconocimiento de los hechos por el autor o, por lo menos, una certeza probatoria manifiesta que indique su responsabilidad en los mismos¹⁴⁸².

Otro aspecto a tratar es el relativo al hecho de que la presunción de inocencia obliga al Juez a no condenar sin suficientes pruebas de cargo y obliga a la acusación a desarrollar una actividad probatoria suficiente para lograr la convicción racional de la responsabilidad del imputado. Por ello, la discusión en torno a la exigencia de confesión como requisito previo para realizar una reparación debe ser interpretada con cierta flexibilidad, entendiéndose como suficiente, un reconocimiento del hecho en lo esencial o la necesidad de que las pruebas así lo dispongan. Es decir, bastaría con la evidencia de una actitud que supone asumir una participación en el hecho delictivo o bien la existencia de unos hechos esclarecidos y la disposición del inculpado a intervenir en el proceso de mediación¹⁴⁸³.

El derecho a no confesarse culpable y la obligación de no exonerar al Juez de su deber de practicar todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos (art. 406 LECr.) constitucionalmente reconocido, es el correlato de esa obligación probatoria. Incluso la confesión no constituye en sí misma prueba

¹⁴⁸²GORDILLO SANTANA, L. “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de la mediación penal”, Ob. cit., p.116: “En la medida en que las cargas que soporta el sujeto respondan a su propia iniciativa, aunque sea estimulada por las instancias judiciales, no puede afirmarse que el sujeto esté siendo tratado como culpable, imponiéndosele una serie de exigencias debidas a su actuación, aún cuando no existen una declaración de culpabilidad, la persona viene a asumir su responsabilidad en las consecuencias lesivas del hecho, lo que no coincide con el reconocimiento de la responsabilidad jurídico-penal”. Otros autores fundamentan una crítica al modelo de Justicia Restaurativa basado en que este tipo de procesos están encaminados a imponer al causante reticente a pactar una sanción civil o penal y no a averiguar si el causante es responsable civil o penal de la producción del evento. Los promotores de la Justicia Restaurativa tienden a aceptar que la negación de la responsabilidad por parte del victimario genera la remisión del asunto al sistema de justicia tradicional, sin embargo, más allá de este planteamiento teórico, el examen por separado de cada uno de los derechos, específicamente, el de presunción de inocencia, hace inevitable el surgimiento de ciertos conflictos entre el victimario y las víctimas, pero no significa que se obvие el respeto absoluto de los derechos que como persona le corresponden al imputado, especialmente, es de presunción de inocencia. Vid., QUERALT, J.J., “La mediación en España y perspectivas internacionales”, Ob. cit., p. 350: “El proceso de reparación así entendido, excluye el proceso de investigación, cosa que, además puede ser contradictoria con intereses enfrentados de diferentes víctimas en un mismo hecho. Y, de esta manera, se genera una orientación sesgada pro víctima claramente distorsionada”.

¹⁴⁸³Vid. PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Ob. cit., p. 385. El derecho del acusado a no declararse culpable y la negación a un proceso penal que se da en un proceso de mediación no supone una obligación de declararse culpable, es el acusado quien voluntariamente accede a entrar en el proceso tras recibir una información detallada de las diferentes alternativas existentes para con su conflicto, lo que no excluye la posibilidad de confesión voluntaria sobre la participación en los hechos y a la vez alegar motivos que exculpen o atenúen a su favor, o discutir su el grado de responsabilidad en relación al hecho.

suficiente si no va acompañada de otras evidencias, esto, además del carácter confidencial del proceso de mediación reiterado por la práctica, por el Derecho comparado y por las diferentes recomendaciones, directivas, resoluciones emitidas sobre este aspecto, evitarían que, en caso de no realizarse una culminación del acuerdo reparador, puedan ser llevadas al proceso penal las pruebas y manifestaciones vertidas en el mismo, garantizando el equilibrio en la negociación.

Por lo tanto, existirían una serie de requisitos que deben conformar el proceso de mediación penal para evitar la infracción del derecho a la presunción de inocencia del inculpado, como; a) la necesidad de dejar claro a las partes que en todo momento es posible rechazar el proceso y retirarse de él sin que ello suponga consecuencias gravosas para ninguna de ellas; b) que la oferta debe ir acompañada de información sobre la respuesta jurídico penal para el hecho delictivo en cuestión, tanto en caso de aceptación como en caso de rechazo, de forma que se garantice una decisión informada sobre las consecuencias de su opción, en el contexto de las posibilidades que ofrezca la ley; c) que debe garantizarse el derecho de defensa, sin ambigüedades¹⁴⁸⁴. El autor, como señala PEREZ SANZBERRO, ha de ser informado de sus derechos, inclusive el de poder elegir abogado que le asesore de su decisión, incluyendo el nombramiento de oficio si es necesario y dentro de la mediación¹⁴⁸⁵.

Hay que destacar y analizar también, la cuestión de que la parte infractora puede someterse al procedimiento penal de una forma relativamente voluntaria, ya que lo hace bajo la amenaza de un procedimiento penal con las consecuencias que lleva aparejado¹⁴⁸⁶. En este sentido QUERALT, es uno de los autores que afirman

¹⁴⁸⁴Vid. PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Ob. cit., p. 393.

¹⁴⁸⁵Vid., PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Ob. cit., p.382. Considera que un proceso de mediación penal llevado adecuadamente por un mediador bien formado garantiza que las partes negocien equilibradamente sus peticiones pero desde el plano de la responsabilización real del autor de los hechos, ya que es perfectamente detectable, la posibilidad de que, quien presumiblemente es autor de los hechos no lo sea en realidad, cuestión que desde las premisas del enfoque de mediación supone la paralización del proceso y la remisión de informe al juzgado sobre este aspecto.

¹⁴⁸⁶SAN MARTIN LARRINOA, M. B., *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos (del presente francés al futuro español)*, Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Julio de 1997, p. 293:“La iniciativa para llevar a cabo una mediación penal entre víctima y victimario ha de realizarse con el mayor respeto al principio de presunción de inocencia, por lo que sólo debería ofrecerse la celebración de una mediación penal cuando

que se actúa voluntariamente cuando el sujeto no se siente sometido a una presión tal, que vea la reparación del daño como algo inevitable¹⁴⁸⁷. Otros, como ALASTUEY DOBLÓN, opinan que cuando la reparación se produce tras conocer el imputado la existencia del proceso penal contra él, la voluntariedad es relativa, porque se trata de elegir entre dos males: reparar el daño o decidir que el proceso continúe¹⁴⁸⁸. En consecuencia, según este punto de vista, el acto voluntario de reparación que es capaz de contribuir a la reafirmación del ordenamiento ha de ser, necesariamente voluntario, por tanto el límite debería ponerse en que la reparación se efectuara libremente y sin que el sujeto autor haya sido objeto de presiones externas, aunque quepa admitir consejos o indicaciones, sin que tenga relevancia la cualidad de los móviles del sujeto, como señala GORDILLO SANTANA¹⁴⁸⁹.

3.3.3.3. Principios Generales de la mediación penal.

La mediación penal, está presidida por una serie de principios, algunos de ellos formulados en la Recomendación nº R (99) del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 15 de septiembre de 1999 sobre la mediación en materia penal¹⁴⁹⁰. También encontramos otros autores, como REVILLA GONZÁLEZ, que relacionan como principios de la mediación penal los siguientes¹⁴⁹¹:

existiesen indicios inequívocos de culpabilidad del encausado y éste hubiese reconocido su participación en los hechos”.

¹⁴⁸⁷QUERALT, J.J., “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos” Ob. cit., p.162: “El sujeto activo se ve compelido a aceptar la reparación, lo que supone declarar, de hecho, obligatoriamente contra sí mismo”.

¹⁴⁸⁸Vid, ALASTUEY DOBLÓN, M. C., *La reparación de la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.92.

¹⁴⁸⁹Vid. GORDILLO SANTANA, L., “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de la mediación penal”, Ob. cit., p124.

¹⁴⁹⁰Vid. BARALLAT LÓPEZ, J., “La mediación en el ámbito penal”, *Revista Jurídica de Castilla-León*, Nº 29, Enero de 2013, pp1-17.

¹⁴⁹¹REVILLA GONZÁLEZ, J.A, “La mediación penal”, Ob. cit., p.305: “También es importante, resaltar en el ámbito penal, algunos de los principios generales de la mediación como son: a) la neutralidad de quien realice la mediación, ya sea un/una profesional individual o un equipo de profesionales pues no podrá tomar partido por una u otra parte. La neutralidad conducirá a las partes al acercamiento de posturas, al no observarse partidismo por la persona mediadora. b) la flexibilidad, sobre todo en los tiempos, para llevar a cabo un proceso de mediación. Si éste estuviese cerrado a un determinado número de sesiones o un plazo concreto, generaría efectos negativos sobre las partes implicadas y c) la bilateralidad, pues cada parte tiene derecho a ser escuchada, a tener posibilidad de explicarse, de defenderse. Y ello ha de ser equilibrado para las partes”

- a. *Voluntariedad*, pues sólo cuando las partes están dispuestas a someterse de forma voluntaria es posible la mediación, pues la mediación en materia penal, no puede realizarse si la partes no consienten libremente, pudiendo retractarse de ese consentimiento en cualquier momento de la mediación. El principio de participación voluntaria, exige que el consentimiento se haya emitido de forma libre y consciente, sin que la voluntad interna individual, pueda verse forzada por coacciones, órdenes o terceras personas¹⁴⁹².
- b. *Gratuidad*. Los costes económicos no repercuten en la víctima ni en el infractor, pues son asumidos por la Administración de Justicia.
- c. *Confidencialidad en las discusiones*. El éxito de la mediación va a depender, en muchos casos de la confianza que tengan las partes en la privacidad con la que se va a desarrollar. Las discusiones mantenidas durante la mediación para llegar a un acuerdo, son confidenciales y no pueden ser utilizadas posteriormente, salvo acuerdo de las partes. Esto garantiza una mayor libertad de las partes y posibilita un mejor logro de resultados¹⁴⁹³.
- d. *Disponibilidad en las causas penales*. El servicio de mediación, debe ser accesible en todas las fases del proceso de justicia penal.
- e. *Autonomía de los servicios de mediación en el marco del sistema judicial penal*, pues la mediación debe gozar un cierto grado de autonomía del sistema de justicia para poder actuar con mayor flexibilidad, gozando de un reconocimiento por parte de los poderes públicos.
- f. *Oficialidad*, esto es, le corresponde al Juez, con el acuerdo del Ministerio Fiscal la derivación de los casos al Servicio de Mediación. Esta derivación puede ser de oficio o a instancia de las partes implicadas en el proceso.

¹⁴⁹²La negativa a someterse a mediación o el fracaso de la misma, no puede implicar consecuencias negativas de carácter sancionador para el imputado, pues se quebrantaría este principio y ello requiere que se le informe, no sólo de la posibilidad de la mediación y sus efectos, sino del derecho de apartarse de ella en cualquier momento, sin efectos negativos para su situación procesal.

¹⁴⁹³Esta nota de confidencialidad, dice REVILLA GONZÁLEZ, J.A. “La mediación penal”, Ob. cit., p.305, que destaca el carácter privado de la mediación y marca una diferencia con el proceso penal clásico, en el que rige el principio de publicidad.

3.3.3.4. Ventajas y desventajas de la mediación penal.

Quienes propugnan la adopción de la mediación penal como sistema alternativo a la justicia penal tradicional, consideran que con ella se aportan soluciones al conflicto penal y se ofrecen ventajas tanto para la sociedad como para el infractor y la víctima. REVILLA GONZÁLEZ, entiende que estas ventajas no son sólo jurídicas, sino que también tienen un claro componente psicológico y sociológico¹⁴⁹⁴. Entre ellas podemos encontrar las siguientes¹⁴⁹⁵:

- a. Proporciona a las partes la posibilidad de diálogo sobre el hecho delictivo y sus consecuencias, ayudando a la víctima a expresar el dolor sufrido y a superar sus sentimientos de desconfianza, de miedo de rencor, o de venganza.
- b. Posibilita la supremacía de la víctima, a través de la restauración del daño, encontrando al reparación más adecuada para ella, que puede ser tanto económica, como psicológica o física.
- c. Desde el punto de vista del delincuente, estimula un desarrollo responsabilizador, pues enfrentado a su víctima y al problema causado, está en mejores condiciones de comprender el desvalor de su conducta, reconocer su responsabilidad y mostrar sus disposición a reparar el daño provocado a la víctima, contribuyendo a su reinserción social.
- d. Permite tener en cuenta no sólo el hecho delictivo cometido, sino una mirada al pasado del delincuente, a su desarrollo futuro y a su disposición al resarcimiento de los daños causados, evitando en determinados casos, la pena.

¹⁴⁹⁴REVILLA GONZÁLEZ, J.A., “La mediación penal”, Ob. cit., p.306: “Lo deseable sería que la mediación se desarrollase en un contexto público y gratuito, e incluso, que podría exigirse una independencia geográfica, de modo que el sitio dónde se realizase, tuviera una cierta atmósfera de neutralidad”.

¹⁴⁹⁵BELLOSO MARTÍN, N., “Mediación penal: ¿Beneficios reales o potenciales?”, *Revista Criminología y Justicia*, N °4, 2011, p.27: “La justicia penal actual se basa en que la forma de motivar a las personas para que se comporten bien con las demás es amenazarlas con consecuencias severas si no lo hacen. Pero en este argumento se pueden encontrar varias falacias. En primer lugar, lo que nos hace comportarnos de forma correcta no es el miedo sino principalmente la autoestima. No queremos menospreciarnos a nosotros mismos. La fuerza disuasoria no funciona a menos que le persona se pare a pensar acerca de las probabilidades de ser atrapado, calcule que el riesgo es alto y, sabiendo cuál puede ser el castigo, tenga miedo. ...El uso de la justicia reparadora no menoscaba el derecho de los Estados a perseguir a los delincuentes, es decir, el *ius puniendi* del Estado sigue vigente. Únicamente se pretende complementarlo con otras medidas.”

- e. Dota al sistema judicial de un instrumento flexible que permite agilizar la respuesta social al fenómeno delictivo y puede ahorrar en costes judiciales.
- f. Proporciona, en algunos casos, la posibilidad de detectar problemas familiares subyacentes a los delitos, con la posibilidad de que se aborden aspectos relacionados con el comportamiento antisocial.
- g. Fomenta la *cultura de diálogo*, para la resolución de conflictos.
- h. Excluye la penalización de conflictos de orden familiar o vecinal que las partes quieren solucionar, evitando su judicialización.
- i. Puede actuar preventivamente, reduciendo la posibilidad de repetición de conflictos similares en el futuro, disminuyendo así la reincidencia.

Frente a estas ventajas, otros autores, alegan una serie de objeciones, manifestando que con este procedimiento alternativo, se permite la negociación sobre derechos de carácter indisponible¹⁴⁹⁶. Ello supondría una *desjudicialización del derecho* y el mantenimiento de la saturación de la justicia penal, aún extrayendo de ella el conocimiento de los asuntos que tiene encomendados, como ha señalado ESQUINAS VALVERDE¹⁴⁹⁷. Que la aplicación del *ius puniendi* estatal no puede estar mediatizado por unos fines y que conviertan la naturaleza jurídico-pública de la justicia penal en un mecanismo al servicio de los intereses particulares de las partes en conflicto. Así, algunas de las desventajas del sistema serían:¹⁴⁹⁸

- a. Que no se tiene en cuenta la diferencia de poder que puede existir entre las partes, y que por tanto puede inducir a la firma de acuerdos injustos para las partes más débiles o desfavorecidas, algo que en principio no ocurriría en un tribunal de justicia.
- b. Existe desacuerdo sobre la conveniencia de que se imponga de manera obligatoria el recurso a la mediación como paso previo al procedimiento judicial, pues el carácter voluntario de este procedimiento es decisivo para el buen éxito de la mediación.

¹⁴⁹⁶Vid. MARTINEZ DE MURGÍA, B. *Mediación y Resolución de Conflictos*, Paidós Ibérica, Madrid. 1999, pp.154 y ss.

¹⁴⁹⁷Vid. ESQUINAS VALVERDE, P., “La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?”, *Revista Penal Doctrina*, Nº 275, 2006, pp. 55-101.

¹⁴⁹⁸Vid. MARTINEZ DE MURGÍA, B., *Mediación y Resolución de Conflictos*, Ob. cit., pp.154 y ss.

- c. Los infractores de la ley que se someten a la mediación pueden quedar impunes.

3.3.4. CONCILIACIÓN Y REPARACIÓN EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL.

Generalmente, la conducta violenta y/o antisocial del adolescente es el resultado del fracaso de las estructuras que intervienen en su proceso de socialización: el centro escolar, el contexto social, los medios de comunicación y la familia. Todos los estudios sobre la materia relacionan el desarrollo de conductas infractoras como el fracaso escolar, la marginación escolar, la baja autoestima, las actitudes negativas hacia la organización y la autoridad, procedan de donde procedan¹⁴⁹⁹.

Normalmente, los núcleos familiares de estos menores presentan algunas características que inciden en su comportamiento: deficiente comunicación, carencia de supervisión parental, mínimo apoyo entre sus miembros, bajo nivel cultural y socioeconómico, muchos hijos y frecuente abandono de los padres. BECEDONIZ, ha afirmado que atendiendo a los factores escolares, sociales y familiares, puede concluirse que la estructura familiar se ha reducido en tamaño y tiene menos presencia en la comunidad, que ha disminuido el interés por la formación (más horas diarias dedicadas a la TV que al estudio), el porcentaje de abandono y fracaso escolar se ha incrementado hasta el 30% en primaria y el 50% en secundaria¹⁵⁰⁰. Hay que resaltar la ausencia de políticas preventiva, las conductas contra los objetos y las personas son características de los sujetos con bajo nivel de estudios, así como que con la edad, tienden a disminuir las conductas infractoras, excepto las drogas¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁹DE LAS HERAS MONTOYA, C. “Mediación e intervención con menores infractores”, en LÓPEZ SAN LUIS (Ed.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, Granada, 2011, p. 125.

¹⁵⁰⁰BECEDONIZ, C. y otros, *La convivencia sin violencia. Recursos para educar*, Mad-Eduforma, Sevilla, 2005, p.74.

¹⁵⁰¹A pesar de las diferencias entre los menores ingresados en los centros de reforma, la disparidad de sus situaciones y circunstancias sociales, familiares, personales y culturales que le rodean, podemos trazar un perfil psicológico del menor infractor, en función de las particularidades de cada uno de ellos.

Los rasgos de personalidad más comunes en menores infractores son: la falta de autocontrol, la impulsividad, el locus de control externo, etc. Sin embargo, la responsabilidad de sus acciones suelen ser por factores externos al propio menor, justificando así su conducta; inestabilidad emocional, estilo de personalidad independiente; escasa tolerancia a la frustración; estilo cognitivo-conductual dirigido a la acción; agresividad; dificultades para planteamientos reflexivos, analíticos y abstractos; distorsión cognitiva sobre la comisión del delito; justificación y minimización; patrón comportamental antisocial; escala de valores personales donde priman el grupo de iguales, con los que se identifica, el ocio y la diversión y la tenencia de bienes materiales; baja autoestima, búsqueda de refuerzo continuo; escasa tolerancia a la demora de la recompensa; búsqueda de emociones intensas y ausencia de perspectivas de futuro¹⁵⁰².

También suelen darse características como el consumo abusivo de sustancias tóxicas con inicio temprano y en los últimos años se ha dado un aumento del consumo de cannabis, cocaína y drogas de diseño; aparición de trastornos mentales y rasgos patológicos como consecuencia de ese consumo abusivo: ideación paranoide, suspicacia, manías, ansiedad, depresión, conductas manipulativas¹⁵⁰³. Se da con frecuencia el abandono de la enseñanza reglada, permaneciendo ociosos y sin responsabilidades, tareas o funciones. Otra característica es la ausencia o escasez de normas en el sistema familiar. Falta de control parental, familias desestructuradas o multiproblemática. Es frecuente su pertenencia a grupos de iguales de riesgo, con consumo de sustancias tóxicas, ociosos y con alto número de miembros mayores de edad, influyendo mucho el ambiente social problemático. Como señala CANO PAÑOS, hay que tener en cuenta la influencia de la etapa evolutiva en la que se encuentra con las múltiples dificultades de la adolescencia¹⁵⁰⁴.

El concepto de mediación en este campo va estrechamente ligado al modelo responsabilizador de la justicia, pues el funcionamiento del actual sistema de justicia penal ha puesto de manifiesto determinados efectos negativos que afectan

¹⁵⁰²DE LAS HERAS MONTOYA, C., “Mediación e intervención con menores infractores”, Ob. cit., p. 125.

¹⁵⁰³BECEDONIZ, C. y otros. *La convivencia sin violencia. Recursos para educar*, Ob. cit., p.74.

¹⁵⁰⁴Vid. CANO PAÑOS, M. A., *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2006, p.92.

tanto al delincuente como a la víctima y a la sociedad en su conjunto¹⁵⁰⁵. La responsabilización objetiva, basada en el resultado del hecho delictivo o en la asunción de la responsabilidad en la comisión del hecho, veremos que en menores son condiciones básicas para acceder a los programas de mediación, pues se entiende como la capacidad que tiene el menor para responder ante sí mismo y ante los demás de sus propios actos y actitudes, pues una característica propia de los adolescentes, de los menores infractores es la falta de conciencia de las consecuencias de su conducta, de modo que tienen una visión parcial de su acción, por lo que tienden a minimizarla.

3.3.4.1. La justicia restauradora en la responsabilidad penal de los menores.

Los textos internacionales se encuentran en la línea de evitar el tratamiento de los menores con los instrumentos previstos para los delincuentes adultos.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, establece como criterios en su artículo 37.b) y c) la utilización de la privación de libertad de niños como último recurso y durante el periodo más breve que proceda. Además el artículo 40 prevé la diversificación de instrumentos de intervención sobre menores delincuentes con medios distintos al internamiento en instituciones para asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción¹⁵⁰⁶.

La Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por Resolución de 8 de julio de 1992, en relación con los menores infractores, también proclama que se evitará que sea privado de libertad, o recluso en una institución penitenciaria para adultos¹⁵⁰⁷. En el mismo sentido se orientan las indicaciones contenidas en el

¹⁵⁰⁵Vid. ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación de la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp.92 y ss.

¹⁵⁰⁶ ONVENCIÓN sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (BOE N° 313, de 31 de diciembre de 1990)

¹⁵⁰⁷CARTA Europea de los Derechos del Niño (DOCE n° C 241, de 21 de Septiembre de 1992). Las iniciativas de política criminal de los Estados para el tratamiento de la delincuencia juvenil no sólo se ha limitado a la revisión de los catálogos de sanciones previstas para los menores de edad, sino que se han buscado mecanismos de intervención al margen de la Administración de justicia que eviten la estigmatización del joven, derivada del proceso y de la consiguiente declaración de responsabilidad. Así la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, prevé la posibilidad de que siempre que sea apropiado, se adopten medidas para tratar a esos niños sin

principio número 17 de las Reglas de Beijing de limitar la privación de libertad solo para el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos siempre que no haya otra respuesta adecuada.

Los instrumentos de reacción, frente al delito, ajenos a la institucionalización y solemnidad del proceso penal en manos de la Administración de justicia, se han denominado de diversas formas: diversión, desjudicialización o non intervención, términos con los que se define a las estrategias de política criminal que han sido caracterizadas como instituciones que suponen una especie de anticipación procesal de los sustitutivos de responsabilidad penal del infractor, junto al ofrecimiento, fuera del proceso penal formal, de posibilidades de satisfacción a la víctima y de rehabilitación del delincuente, que se consideran menos gravosas¹⁵⁰⁸. Con ello no sólo se logra evitar al menor los efectos negativos de la celebración de un proceso judicial, sino también descongestionar la Administración de Justicia, derivando la criminalidad más leve hacia otras formas de control social. Entre las fórmulas propuestas se proponen entre otras la reparación y la conciliación entre la víctima y el ofensor, favorecida por una adecuada labor de mediación, como una vía especialmente idónea para poner fin satisfactoriamente al conflicto provocado por el delito.

La idoneidad de la mediación entre víctima y ofensor para la corrección de los menores infractores, es un aspecto destacado por las Reglas de Beijing¹⁵⁰⁹, como parte del contenido que debe estar presente cuando en su principio número 11 afirma que se procurará facilitar a la Comunidad programas de supervisión y orientación temporales restitución y compensación a las víctimas¹⁵¹⁰.

recurrir a procedimientos judiciales en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

¹⁵⁰⁸TORRES FERNÁNDEZ, E., "La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad", *Cuadernos de Política Criminal*, N° 79, Septiembre de 2002, p.5.

¹⁵⁰⁹RESOLUCIÓN de la Asamblea General de la ONU 40/33 de 29 de noviembre de 1985 (A/RES40/34) sobre Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores-

¹⁵¹⁰DE LA FUENTE ROBLES, Y. y VERA MARTÍNEZ, J.J. "Menores en conflicto social y la Ley Penal del Menor", en DE LA FUENTE ROBLES, Y. y MARTÍN CHAPARRO, Mª P. (Dirs.), *Menores en riesgo. Reflexiones teóricas y ámbitos de intervención desde la perspectiva de género*, Litteralia, Fundación Eurolingua, Jaén, 2005, p.78: "La idea básica de la orientación reparatoria es el intento de conjugar la resocialización de los jóvenes que han cometido acciones que la ley tipifica como delitos con la asistencia a la víctima de algún delito. La resocialización implica, asimismo, desarrollar formas alternativas a la intervención judicial...A lo largo de la década de los ochenta estas formas alternativas al proceso judicial ordinario, generalmente ligadas al as justicia juvenil se extendieron por toda Europa, siguiendo dos líneas ideológicas diferenciadas:

Esta tendencia ha tenido su reflejo en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad Penal de los menores¹⁵¹¹ que ha supuesto un importante paso en la justicia de menores, introduciendo la conciliación y la reparación del daño como formas de solución del conflicto ocasionado por el acto delictivo. Con anterioridad a la Ley del 2000, se desarrollaron varios proyectos en España (Madrid, Cataluña, País Vasco y Valencia) cuyas experiencias sirvieron para la redacción de la Ley. La ley 5/2000 regula de una manera íntegra y específica la responsabilidad penal del menor abarcando tanto aspectos de derecho material como procesal. Se encuadra esta ley en el objetivo de excluir a los menores del Derecho penal de adultos¹⁵¹².

El Código Penal vigente, ha señalado TORRES FERNÁNDEZ¹⁵¹³, aborda de manera novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, la regulación de la respuesta a la delincuencia protagonizada por menores de edad, que rompe con su precedente en el que se equiparaba al menor con el inimputable al declararlo exento de responsabilidad penal en el artículo 8.2 del Código Penal, texto refundido de 1973.

El artículo 19 del Código Penal, establece que los menores de dieciocho años no serán criminalmente responsables con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un acto delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor. Lo que supone, en primer lugar, la responsabilidad criminal de los menores de edad, pero también la previsión de un tratamiento jurídico diferenciado y de acuerdo con unas reglas específicas, distintas a las que rigen en el proceso penal de adultos. Así, a partir de esa base surge la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores de edad, que es la que define el régimen jurídico para exigir responsabilidad penal a los menores de edad.

1.- La primera consideraba estas prácticas como una sanción situado en el interior del procedimiento penal y que contribuía a diversificar la respuesta sancionadora. Nuestro Código Penal y la LORPM, facilitan a los jueces la utilización de tales recursos. 2.- La segunda orientación considera la conciliación/reparación como mecanismo de desjudicialización. Se basa en el principio de oportunidad con el objetivo de evitar el inicio de un proceso penal y estigmatizar al joven infractor”.

¹⁵¹¹LEY Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad Penal de los menores (BOE núm. 11 de 13 de Enero de 2000).

¹⁵¹²Vid. CRUZ MARQUEZ, B., “La mediación en la LO 5/2000, conciliación y reparación del daño”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N°7-14, 2005, pp.1-34.

¹⁵¹³TORRES FERNÁNDEZ, E., “La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad”, Ob. cit., p.2.

La Exposición de Motivos de la Ley 5/2000 se aparta de los fines clásicos del Derecho Penal, aunque su naturaleza es formalmente penal, es materialmente sancionadora y educativa¹⁵¹⁴. Ello marca la diferencia con las normas estrictamente penales de carácter retributivo. La educación como interiorización de normas de conducta se enmarca en un proceso de maduración orientado a la imposición de límites que favorezcan la socialización del menor y el discernimiento de las consecuencias de sus actos¹⁵¹⁵.

Pese a su naturaleza de ley sancionadora, la regulación contenida en la LORPM no pierde de vista la singularidad de sus destinatarios menores de edad y jóvenes infractores que están inmersos aún en un proceso de formación personal, por lo que la Ley dispone un sistema de consecuencias jurídicas definido por su contenido marcadamente educativo y diverso del Derecho Penal tradicional, por considerar que en la base de la delincuencia de menores, está entre otras causas un defecto de aprendizaje social. En tal sentido, ha diseñado la posibilidad de vías de acuerdo alternativas que permiten la resolución del conflicto jurídico originado por el menor, potenciando la aplicación de criterios educativos y resocializadores sobre los simples objetivos de defensa social, tan contrarios en muchas ocasiones al superior interés del menor: los mecanismos de reparación del daño causado y de conciliación con la víctima¹⁵¹⁶.

Reparación y conciliación, de contenido distinto, desarrollarán las mismas finalidades y producirán los mismos efectos puesto que el propio legislador así lo

¹⁵¹⁴MORENTE MEJÍAS, F. (Dir.), *El laberinto social de la delincuencia*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 76: “De la naturaleza materialmente sancionadora-educativa de la LORPM, se deriva que nos encontramos ante una justicia esencialmente individualizadora y flexible en la que por el contrario de lo que sucede en el Derecho penal de adultos, no se obliga a imponer una sanción concreta a cada infracción penal, sino que se establece “un amplio catálogo de medidas, desde la referida perspectiva sancionadora-educativa, debiendo primar nuevamente el interés del menor en la flexible adopción judicial de la medida más idónea, dadas las características del caso concreto y de la evolución personal del sancionado durante la ejecución de la medida, (apartado 11 de la Exposición de Motivos) correspondiendo la ejecución a las entidades públicas de protección y de reforma de menores a las Comunidades Autónomas, “bajo el inexcusable control de, Juez de Menores” (apartado 12 de la EM).”

¹⁵¹⁵Este desarrollo pedagógico sería difícil de encuadrar en el seno del Derecho Penal. Así el principio que rige la aplicación de esta Ley es el interés superior del menor, no sólo en el desarrollo procedimental, sino en la imposición y ejecución de las medidas. Interés que aparece como concepto jurídico indeterminado y que debe ser valorado por las personas implicadas en el proceso de menores en cada caso concreto

¹⁵¹⁶Vid. PERIS RIERA, J.M., “El modelo de Mediación y Reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto en la L.O. 5/2000”, *Diario La Ley*, 2001, Reg. D-46, Tomo 2, pp.1 y ss.

ha querido¹⁵¹⁷, buscando que el menor infractor y el perjudicado por el delito lleguen a un acuerdo mediante alguna de estas vías, consiguiendo así que el cumplimiento del acuerdo por parte del menor sea el mecanismo menos gravoso para éste a la hora de solucionar el conflicto jurídico por él generado.

3.3.4.2. La conciliación con la víctima y la reparación del daño.

La Exposición de Motivos de la LORPM pone de manifiesto, que los temas de reparación del daño causado y la conciliación del menor infractora con la víctima, en aras del principio de intervención mínima y con la intervención del mediador del Equipo Técnico, puede dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, hacen resaltar en la ley los criterios educativos o resocializadores sobre los de una defensa esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro. Se trata, no de buscar un efecto disuasorio sobre el conjunto de los ciudadanos, sino de evitar la repetición del delito por parte de quien ya lo cometió. Se busca la corrección por encima de la intimidación.

Tanto la institución de la conciliación como la de la reparación se han concebido legalmente dotándolas de un mecanismo distinto de cumplimiento, dando a la primera un perfil más “*espiritualizado*”¹⁵¹⁸, menos material, que el de la segunda, en la que las “*buenas intenciones*” tienen que ir indefectiblemente acompañadas de la realización efectiva de acciones por parte del menor.

Los requisitos necesarios para que se puede utilizar este mecanismo, se establecen en el artículo 19 de la LORPM, que prevé el desistimiento de la continuación del expediente por la conciliación o la reparación entre el menor y la víctima que da lugar la solicitud por parte del Ministerio Fiscal al Juez de menores

¹⁵¹⁷ DE LA FUENTE ROBLES, Y. y VERA MARTÍNEZ, J.J., “Menores en conflicto social y la Ley Penal del Menor”, Ob. cit., p. 76: “El mediador en este modelo intenta comprender el grado de responsabilidad que el menor infractor asume para ayudar a que el propio joven la reconozca y acepte. Con relación a la víctima, el mediador valora su actitud frente a los hechos, los daños sufridos, sus demandas y la voluntad de encontrarse con el infractor y ser reparado. En el encuentro infractor víctima, el mediador actúan como mantenedor del espacio, aportando elementos de reflexión y propiciando que las propias partes lleguen a acuerdos que solucionen el conflicto.”

¹⁵¹⁸ Vid. PERIS RIERA, J.M., “El modelo de Mediación y Reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto en la L.O. 5/2000”, Ob. cit., p. 2.

del sobreseimiento y archivo de las actuaciones¹⁵¹⁹. En todo caso sólo puede darse el desistimiento cuando el hecho imputado al menor sea constitutivo de un delito menos grave o de falta y exista falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos. Ambas condiciones traducen el límite de la operatividad de estos mecanismos, que queda reducida al marco de la *pequeña y mediana delincuencia*¹⁵²⁰ y permiten armonizar adecuadamente las necesidades de prevención especial, representada por una apuesta por fórmulas de mediación y compromiso del menor infractor en su inserción social, y las de prevención general, indeclinables ante delitos de mayor entidad, que aconsejan la exigencia de responsabilidad con todas las formalidades y garantías del proceso penal, como última fase para la eficacia de la previsión legal contenida en la norma. Veamos estos requisitos:

a) El requisito de que se trate de delitos menos graves ha de entenderse en referencia a la clasificación legal del artículo 13 del Código Penal, que considera tales, los castigados con pena menos grave, y que remite directamente a las penas del artículo 33.3 del Código Penal, siendo entre otras las privativas de libertad comprendidas entre los seis meses y tres años de prisión. El marco penal en el que entran en juego las posibilidades de renuncia a un proceso formalizado, deja dentro de su ámbito de aplicación a un grupo muy amplio de las infracciones cometidas con más frecuencia por los jóvenes y que representa el setenta por ciento de de la delincuencia juvenil¹⁵²¹, como son los delitos contra la propiedad: hurtos, robos con fuerza en las cosas y daños, resultados de actos de vandalismo¹⁵²².

b) En cuanto al requisito de que no haya mediado violencia ni intimidación graves en la comisión del hecho, responde a la misma exigencia de situar las posibilidades de desformalización de la intervención penal en la franja de delitos no muy graves, sienta la violencia o

¹⁵¹⁹Vid. GIMENO Y VIZCARRO, V., “La mediación en el ámbito penal-juvenil”, *Anuario de Justicia Alternativa*, N° 2, Febrero 2001, p.4

¹⁵²⁰TORRES FERNÁNDEZ, E., “La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad”, Ob. cit., p. 8.

¹⁵²¹Vid. TORRES FERNÁNDEZ, E., “La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad”, Ob. cit., p. 9.

¹⁵²²Algunos autores consideran algunos delitos como característicos de jóvenes por ser cometidos por esta clase de autores con más frecuencia que en otras franjas de edad, y, corresponder su realización y sus motivos a intereses típicamente juveniles, entre los que se sitúan el hurto de uso de vehículos, el abuso de aparatos automáticos, riñas, daños en pinturas de edificios y fachadas, todos ellos de poca o mediana entidad.

intimidación medios comisivos indicativos de la carencia de los valores más elementales en el menor y que por ello requieren una intervención educativa y sancionadora más intensa que la que podría resultar del recurso más informal de la mediación¹⁵²³.

Hay que señalar que la ausencia de violencia no es igual en los preceptos 18 y 19 de la LORPM. Mientras el artículo 18 se refiere a delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, el artículo 19 se refiere a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, lo que confiere un alcance diverso a ese requisito en cada supuesto, en consonancia con la distinta matización que el legislador propone para cada modalidad, dado que en un lugar se trata de un desistimiento a la continuación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar, en lo que supone una renuncia al proceso sobre la base de trasladar al menor a las instancias ordinarias de socialización y en otro, un sobreseimiento condicionado a la realización de una actividad de reparación o conciliación sustentada por el compromiso personal del menor en una actividad positiva para su formación¹⁵²⁴.

De este modo, cabe entender que en el primer caso, el desistimiento de la incoación del procedimiento cabe en los delitos con violencia en un sentido amplio, comprensiva de la fuerza en las cosas, mientras que en los supuestos del artículo 19, de sobreseimiento por conciliación, cabe interpretar que la falta de violencia grave, puede alcanzar a la fuerza en las cosas, reduciéndose así implícitamente su ámbito de aplicación y quedando fuera de él los casos de delitos con violencia en las cosas. Sin embargo la respuesta a esta cuestión vendrá dada por el sentido de los mecanismos jurídicos analizados, que es la desformalización de la respuesta ante la delincuencia no especialmente grave¹⁵²⁵.

¹⁵²³Además la violencia o la intimidación como medios comisivos más graves, suponen la mayor humillación posible a las víctimas, frente a los cuales no parece probable ni exigible una actitud conciliatoria hacia su ofensor, que les haga revivir la agresión sufrida como nueva afrenta, esta vez del sistema de control, situándolos en una difícil y comprometida posición de la que se hace depender un supuesto tratamiento favorable de su agresor.

¹⁵²⁴Vid. MOLINA LOPEZ, R., “El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español)”, *Nuevo Foro Penal*, N° 72, Enero-Junio 2009, pp.61-81.

¹⁵²⁵Lo que aconseja entender que la violencia grave del artículo 19, excluyente en todo caso del sobreseimiento, debe traducirse a la violencia sobre las personas, pues sólo esa modalidad comitiva evidencia una especial falta de respeto a los valores más esenciales, digna de limitar las posibilidades de la actividad mediadora.

La violencia en sentido amplio, señala BERZOSA FRANCOS, es comprensiva de la fuerza en las cosas, es reconducible a una modalidad de daños, evidenciando un perjuicio estrictamente patrimonial y susceptible de reparación en todo caso y cuya relevancia para excluir el sobreseimiento por conciliación no debe ser automático, sino que sólo se hará en los casos de una especial intensidad, después de una adecuada ponderación de todas las circunstancias concurrentes¹⁵²⁶. La redacción del precepto menciona la falta de violencia o intimidación grave, como criterio valorativo para el Ministerio Fiscal, pues dice que podrá desistir de la continuación del expediente, atendiendo de modo particular a la falta de violencia, configurándose como una pauta para orientar la decisión y no como un requisito legal imprescindible¹⁵²⁷.

La LORPM contempla varias manifestaciones novedosas del principio de oportunidad penal que aluden no sólo a la conciliación entre el infractor y la víctima o a la reparación, sino que se prevé incluso, la no incoación del expediente¹⁵²⁸.

a) El desistimiento de la incoación del Expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar del artículo 18 LORPM.

La ley permite el desistimiento en la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar. El Ministerio Fiscal¹⁵²⁹, a quién le corresponde la investigación de los hechos llevando a cabo la instrucción de los procedimientos, podrá desistir de la incoación del expediente en lo que se ha calificado como una muestra del principio de oportunidad, en relación con el principio de intervención mínima. En relación con sus efectos en el proceso penal, como es evitar su iniciación, supone conceder a la Fiscalía un amplio margen de discrecionalidad para disponer del ejercicio de la acción penal, dentro de una determinada franja de la mediana gravedad.

Requisito necesario, además de los descritos como comunes de delitos menos graves o faltas, sin violencia o intimidación en las personas, es el que no

¹⁵²⁶VID. BERZOSA FRANCOS, M^aV., “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, en PICÓ I JUNOY, J., *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, Barcelona, 2001, p.16.

¹⁵²⁷TORRES FERNÁNDEZ, E., “La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad.” Ob. cit., p.10.

¹⁵²⁸Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Política criminal de menores”, en *Cuadernos de política criminal*, N^o. 88, Madrid, 2006, pp. 23-50.

¹⁵²⁹Vid. REVILLA GONZÁLEZ, J.A., “La mediación penal”, Ob. cit., p.312.

haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza. La estimación de la posibilidad prevista en este artículo tiene como efecto el que se desista de la incoación del expediente, esto es que se renuncie a poner en marcha el proceso dirigido a exigir la responsabilidad penal del menor. Se trata de un supuesto en el que se aborda la iniciación misma del procedimiento penal de menores, limitándose el Fiscal a la práctica de las diligencias preliminares que sean necesarias para el adecuado conocimiento de los hechos¹⁵³⁰.

La LORPM no prevé expresamente un control judicial sobre la decisión del desistimiento de la incoación, pero tampoco le queda absolutamente vedado, pues cabe ejercitarlo en virtud de las facultades del artículo 33 apartados b) y c) que se refieren respectivamente al sobreseimiento de las actuaciones mediante auto motivado y al archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de particulares a la entidad pública de protección de menores a solicitud del Ministerio Fiscal. Estas son soluciones que se muestran muy recomendables¹⁵³¹ en la práctica jurídica, para dotar de una garantía judicial a este medio de desinstitucionalización de la respuesta a la criminalidad de menores, garantía que viene exigida implícitamente por la Convención de Derechos del Niño en su artículo 40.3 b).

El desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar se caracteriza por la renuncia a su sustanciación a cambio de la actuación para la corrección del menor que ha delinquido en el ámbito educativo de procedencia, privado, fundamentalmente en el ámbito familiar, o público, en las instituciones de protección de menores¹⁵³². El artículo 18 dispone que en caso de desistimiento remitirá a la entidad pública de protección de menores testimonio de las particularidades que considere precisas respecto al menor, a fin de valorar su situación y la entidad promoverá las medidas de

¹⁵³⁰Vid. GARCÍA RIVAS, N., “Aspectos críticos de la legislación penal del menor”, *Revista penal*, N.º.16, 2005, pp.88-105.

¹⁵³¹Se caracterizan por ser supuestos en los que las especiales necesidades educativas del menor evidenciadas en la comisión del hecho delictivo, pueden ser tratadas adecuadamente en su entorno educativo y no resulta conveniente una actuación especial en relación con la víctima del delito.

¹⁵³²Con ello, se trata de recuperar al menor dentro de su entorno social y familiar cuando el empleo de los recursos ordinarios ofrecidos por la familia, la escuela o las instituciones administrativas de protección sea suficiente para ello. De esa forma se evita la ruptura, que para el menor supondría la ejecución de medidas, incluso de régimen abierto, pero fuera del contexto educativo al que pertenece.

protección que considere adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor¹⁵³³.

Pero esto requiere una matización, dado que la remisión a esas instituciones sólo entrará en juego cuando el menor que cometió el hecho, además se encuentre en alguna situación de desprotección de las que motivan la intervención de estas instituciones. En los demás casos, cuando el menor pertenezca a un entorno familiar capaz de asumir las necesidades educativas especiales que pueda tener, la familia será la instancia de control más idónea para el tratamiento. En estos supuestos será necesario contar con el fuerte compromiso de la familia que asumirá la corrección educativa del menor, aunque esto no queda del todo claro en el artículo 18, párrafo primero. Este artículo omite la referencia expresa a la remisión del menor a la familia y parece obligar en todo caso a su derivación a las entidades de menores, con lo que se contradice con lo mencionado en la rúbrica del precepto que reza “*Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar*”.

Dado que el sentido del sobreseimiento es la derivación del menor a su entorno educativo de origen, cuando la actuación de los sujetos implicados en la formación del menor en ese ámbito sea la idónea y se muestre suficiente para tratar el déficit de socialización exteriorizado en la comisión del delito, el espectro de casos en los que puede venir en aplicación tal institución está representado por menores de edad entre 14 y 16 años que por ser aún muy permeables a la influencia de las instituciones tutelares privadas o públicas, que cometen su primer delito de manera circunstancial, de forma tal, que la toma de conocimiento por el Ministerio Fiscal, con el efecto de “*llamada de atención*” que despliega, resulta suficiente correctivo. También cuando el proceso se presenta como extemporáneo frente a un joven infractor que ha superado suficientemente el episodio delictivo, o cuando el menor ha reparado el daño ocasionado o se ha reconciliado espontáneamente con la víctima¹⁵³⁴.

Si se constata que el menor ya ha realizado conductas de la misma naturaleza, el artículo 18.2 obliga a la continuación del expediente. En los casos

¹⁵³³Vid. GONZÁLEZ CANO, M^ªI., “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores”, *Tribunales de justicia. Revista española de derecho procesal*, N^º 7, 2000, pp.827-844.

¹⁵³⁴Vid. TINOCO PASTRANA, A., “Consideraciones sobre la tutela de la víctima en la justicia de menores”, *Cuadernos de política criminal*, , N^º. 85, 2005, pp. 183-213.

de menores reincidentes queda excluido el desistimiento por corrección en el ámbito educativo o familiar, pero no el sobreseimiento por conciliación o reparación cuando se cumplan los requisitos, como se deduce del anterior artículo que remite al artículo 27.4, que permite de nuevo la renuncia a continuar con la tramitación del expediente en interés del menor, a propuesta del Equipo Técnico¹⁵³⁵.

El artículo 27.4 de la LORPM menciona explícitamente, además del interés del menor, el hecho de que se le haya expresado suficientemente el reproche a la conducta delictiva a través de los trámites ya practicados, así como la inadecuación para el interés del menor de cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la realización de los hechos. De tal manera que si los trámites procesales ya realizados sirven para responsabilizar suficientemente al menor del hecho cometido, la continuación del expediente, lejos de alcanzar unos fines educativos, tendría efectos adversos y supondría un exceso contrario al principio de intervención mínima¹⁵³⁶.

Dice el artículo 27.4 LORPM que, *“en estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta ley, el Ministerio Fiscal, podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento”*¹⁵³⁷.

b) El sobreseimiento del Expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima del delito del artículo 19 LORPM.

El sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima se caracteriza por operar en un momento más avanzado del expediente. Una vez iniciado, cuando se evidencia la necesidad de una intervención educativa¹⁵³⁸ basada sobre el compromiso positivo del menor en una actividad que exprese su

¹⁵³⁵Vid. BERZOSA FRANCO, M^a V., “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, Ob. cit., p. 17.

¹⁵³⁶Vid. TORRES FERNÁNDEZ, E., “La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad”, Ob. cit., p.13.

¹⁵³⁷ e deduce que, no resultando procedente el desistimiento del artículo 18, en el que el adecuado tratamiento del menor se difiere al contexto social y educativo del que procede, por resultar inadecuado o insuficiente, si puede optarse por el sobreseimiento en un momento más avanzado del expediente, ya iniciado, cuando se evidencie la necesidad de una intervención educativa más intensa y basada en el compromiso activo del menor mediante la conciliación, la reparación y la participación en actividades educativas del artículo 19.

¹⁵³⁸VID. GONZÁLEZ CANO, M^aL., “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores”, Ob. cit., p.831.

reconocimiento del mal causado por su acción y el sometimiento a los valores del derecho, mediante la conciliación con la víctima.

Como ya hemos referido, para poder acudir a ella, debe tratarse de un delito menos grave o falta pero además debe completarse con otra serie de requisitos que aunque no son imprescindibles, se configuran como una serie de criterios que definen el margen para la apreciación del juez en atención básicamente a las circunstancias del hecho y del menor, siendo en este caso, la falta de violencia o intimidación graves un indicio más para medir la entidad del delito y en relación con ella valorar la procedencia de la actividad mediadora¹⁵³⁹. Por último, la exigencia más específica de este instrumento legal, consistente en un compromiso expresivo de una actitud o una conducta positiva del delincuente hacia su víctima o hacia la sociedad, en una muestra de respeto hacia el ordenamiento jurídico¹⁵⁴⁰.

La medida tan sólo puede desplegar su original eficacia cuando el infractor esté efectivamente arrepentido, se disculpe, y la víctima otorgue su perdón porque lo interioriza y hace suyo. En la reparación, no basta la dimensión moral, aunque ésta sigue siendo necesaria, se requiere que la satisfacción psicológica del ofendido por el delito venga conseguida a través de la ejecución de los compromisos ofrecidos por el menor infractor. Es un compromiso «asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva».

En ambos casos puede ocurrir que la víctima, por ser menor o incapaz, no pueda aceptar personalmente el compromiso que se coloca a la base de dichas instituciones. En este caso, el artículo 19.6 LORPM dispone que debe ser asumido por el representante legal de aquélla, con la preceptiva aprobación del compromiso por parte del Juez de Menores.

¹⁵³⁹Vid. GUERRRERO, E., SERRANO MOLINA, A., y GARABANDAL, M. “La situación de riesgo”, en MARTINEZ GARCÍA, C. (Coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento Familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 84-86.

¹⁵⁴⁰Para precisar la actitud positiva del joven, la norma describe varias posibilidades de actuación: conciliación con la víctima, compromiso de reparar el daño causado y compromiso de cumplir con una actividad educativa impuesta por el Equipo en su informe. El artículo 19.2 de la LORPM, entiende producida la conciliación cuando el menor “reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima”, y ésta, en principio, acepte sus disculpas. En realidad, con la conciliación se busca antes que nada una satisfacción psicológica de la víctima, una suerte de “indemnización moral”, por eso será requisito imprescindible que ésta perciba el arrepentimiento del menor y, también en vía de principio, lo asuma.

Aunque ambas figuras, conciliación y reparación, se dirigen a la solución del conflicto, asociado al acto delictivo, con intervención de la víctima en un procedimiento de mediación, la conciliación se centra en el reconocimiento del daño y en el ofrecimiento y aceptación de disculpas, mientras que la reparación exige una prestación a cuyo compromiso se ha llegado en el *acuerdo de reparación*¹⁵⁴¹. Es decir, para que se entendiera producida la conciliación, sería necesario que la víctima aceptase las disculpas del menor; mientras que, para dar por acontecida la reparación, el compromiso del menor respecto de la realización de determinadas acciones en beneficio de la víctima o perjudicado o en beneficio de la comunidad, debería ir seguido en todo caso de su realización efectiva¹⁵⁴².

A esta explicación también contribuye la propia Exposición de Motivos de la LORPM, desde el punto y hora que en ella se dice, que la medida de la conciliación se aplicará cuando, *“la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón”*, mientras que también se manifiesta en ella, que para alcanzar la reparación se requerirá, entre otras cosas, que el menor, *“ejecute el compromiso contraído con la víctima o el perjudicado”*.

Las actividades de conciliación o de reparación propuestas¹⁵⁴³ en el acuerdo de mediación cuando son llevadas a cabo con buen fin, tendrían como efecto, que el Ministerio Fiscal dé por concluida la instrucción y solicite del Juez, el sobreseimiento de las actuaciones. No obstante, como indica el artículo 19.4, y aún a costa de incurrir en contradicción con el concepto de conciliación, el sobreseimiento también podrá solicitarse cuando la conciliación o los compromisos de reparación no pudieran llevarse a cabo por causas ajenas a la voluntad del menor¹⁵⁴⁴, posibilidad sin duda guiada por la voluntad de favorecer el interés del menor, cuando la sincera toma de conciencia de su responsabilidad o bien el efecto reeducador de la actividad intentada, y con ellos el desistimiento, pudieran resultar impedidos por otros intereses¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴¹REVILLA GONZÁLEZ, J., “La mediación Penal”, Ob. cit., p.312.

¹⁵⁴²Vid. PERIS RIERA, J.M., “El modelo de Mediación y Reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto en la L.O. 5/2000”, *Diario La Ley*, Tomo 2, 2001, p.2.

¹⁵⁴³Vid. TINOCO PASTRANA, A., “Consideraciones sobre la tutela de la víctima en la justicia de menores”, Ob. cit., p.185

¹⁵⁴⁴Por ejemplo cuando la víctima no quiere participar en el programa de mediación.

¹⁵⁴⁵Dicha posibilidad debe ser valorada con prudencia, siempre sobre la base de la seriedad del intento de reparación y del arrepentimiento por el cual el menor asume la responsabilidad del hecho, en relación con las peculiaridades del caso y con especial atención a la naturaleza del bien jurídico que haya atacado, pues de lo contrario se correría el riesgo de convertir una nueva ofensa

La renuncia al proceso penal de menores se plasma en una petición del Ministerio Fiscal al Juez de Menores de sobreseimiento y archivo de las actuaciones, que deja en manos del Juez, la última decisión y que debería ser vinculante si la actividad mediadora ha sido fructífera, por lo que el cierre del proceso mediador, queda sujeto al control jurisdiccional. La eficacia del desistimiento se condiciona a que el menor cumpla efectivamente con el contenido del compromiso fijado¹⁵⁴⁶.

El cierre de la tramitación del proceso de menores de forma anticipada por estos mecanismos no excluye la tramitación de la pieza de la responsabilidad civil o un posible acuerdo sobre ella como se indica expresamente en los artículos 18 y 19.2 de la LORPM¹⁵⁴⁷. Con esta previsión, se posibilita la exigencia de la responsabilidad civil en supuestos en los que no existe una declaración formal de condena penal, plasmada en una sentencia, dado que es presupuesto necesario para aquélla es presupuesto necesario para aquélla es presupuesto necesario para aquélla, la declaración de la existencia de delito o falta.

La renuncia a la exigencia de responsabilidad penal formalizada, no conlleva la renuncia a responsabilidad civil, que responde a una finalidad distinta, consistente en resarcir el daño causado por el delito, y cuya satisfacción es irrenunciable en un modelo de justicia que quiera resultar pacificador. No obstante hay que advertir que en el caso del sobreseimiento por reparación del daño, sería lógico entender que el contenido de la responsabilidad civil deberá ser distinto a cualquier modalidad de actividad reparatoria, que haya servido de base al compromiso de la reparación y que ya se ha tenido en cuenta para el desistimiento.

a las víctimas, esta vez procedente del sistema.

¹⁵⁴⁶Vid. TORRES FERNÁNDEZ, E., “La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad”, Ob. cit., p. 85.

¹⁵⁴⁷HERRERA MORENO, M., “La “conciliación menor-victima” en el ámbito de la desviación juvenil: reflexiones en torno a la controvertida plasmación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero”, *Anuario de Justicia de Menores*, Nº 1, Sevilla, 2001, p.430.

3.3.4.3. El programa de mediación y el Equipo Técnico de la Fiscalía de Menores.

a. El equipo Técnico.

El buen funcionamiento de los anteriores mecanismos y su eficacia en la práctica depende en gran medida de la labor realizada por los miembros del Equipo Técnico, como sujetos a los que la ley les atribuye la condición de mediadores para alcanzar esos compromisos, así como el deber de informar sobre su efectivo cumplimiento. Pero sus atribuciones no quedan limitadas a esas funciones, sino que además la ley les concede la facultad de informar y proponer desistimiento por corrección en el ámbito educativo, la conciliación o la reparación en aquellos casos en que resulte procedente, tomando la iniciativa para la conciliación y reparación. El valor de esos informes, si bien no es vinculante, será sin embargo decisivo para que el Ministerio Fiscal o el Juez en su caso, puedan adoptar las decisiones correctas en aras del interés superior del menor.

Los componentes del Equipo Técnico son especialistas en las ciencias del comportamiento y la conducta, dependen funcionalmente del Ministerio Fiscal, y hacen las funciones del Mediador institucional¹⁵⁴⁸. Es el Equipo Técnico quien valora la conveniencia de que se efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima e informa al Ministerio Fiscal, sobre su contenido y finalidad, Si bien no debe excluir el que sea el propio menor, incluso la víctima quienes propongan esa actuación conciliadora o de reparación, encauzándola a través del equipo técnico, que será quién valore la conveniencia¹⁵⁴⁹.

Si el Ministerio fiscal autoriza el inicio del programa, el Equipo Técnico asume el papel del mediador, y hay un cese provisional en la instrucción del expediente a la espera de lo que resulte de la mediación, para obrar en consecuencia. Finalizado el proceso de mediación, el Equipo técnico informará al Ministerio fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento. Cumplidos esos compromisos de reparación asumidos o cuando no pudieran

¹⁵⁴⁸Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “El menor infractor y la claves para su tratamiento rehabilitador”, *Revista Derecho*, Vol.21, N° 2, Julio/Diciembre, 2012, pp.35-61.

¹⁵⁴⁹En el caso de que este equipo valore como adecuado el planteamiento al menor de la conciliación o la reparación a la víctima, no deberá realizar el informe técnico que regula la ley de forma preceptiva en el procedimiento de menores

llevarse a cabo por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal, dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. En el caso de que la mediación no diera ningún resultado positivo o no se cumpliesen los compromisos contraídos, el Ministerio Fiscal continuará con la tramitación del expediente.

b. Programas de conciliación y reparación a la víctima.

Para estructurar un programa de conciliación y reparación, hay que tener en cuenta lo que marca la LORPM 5/2000. El programa consiste, sea cual fuere su vía de acceso, en ayudar al infractor a que se concilie o repare el daño causado a la víctima del delito para informar posteriormente sobre el resultado a la instancia judicial para que ésta lo pueda tener en cuenta y tomar una resolución definitiva sobre el caso. Muchos de los delitos cometidos por los menores infractores, producen a la vez un daño material y moral a la víctima que necesitan ser tenidos en cuenta de forma conjunta¹⁵⁵⁰.

El programa, debe tener un contenido educativo y resocializador¹⁵⁵¹. Su contenido se desarrolla, teniendo en cuenta que se trabaja con adolescentes. Se parte de ayudarlos en su proceso de maduración con el objetivo de que entiendan la realidad que les rodea y de que sean capaces de actuar correctamente en la sociedad donde viven, consiguiendo que se responsabilicen de sus acciones y actúen en consecuencia¹⁵⁵².

Tanto la legislación como la doctrina han dedicado grandes esfuerzos al estudio del menor infractor, olvidando un a la víctima, algo que se va transformando con las últimas reformas legislativas. En la Ley 5/2000 todavía se restringen más los derechos que se le reconocen a las víctimas en la jurisdicción ordinaria, pues no caben las acciones por particulares, permitiéndose únicamente

¹⁵⁵⁰Vid. GIMENO Y VIZCARRO, V., “La mediación en el ámbito penal-juvenil”, Ob. cit., p. 9.

¹⁵⁵¹Para que una reparación sea completa, se debe tener en cuenta, tanto el daño material como el daño moral o emocional que ha sufrido la víctima. Los actos que se lleven a cabo han de estar realizados por el autor de la infracción y han de ser válidos para la víctima. En caso contrario¹⁵⁵¹, no puede decirse que haya habido una reparación real.

¹⁵⁵²Hay que tener en cuenta, que los jóvenes al cometer un delito, generalmente no son del todo conscientes de sus actos y de las repercusiones que tienen sobre el otro. Para poder llevar a cabo un programa de mediación tienen que tomar conciencia del daño ocasionado, asumir el resultado de sus acciones y ser capaces de ofrecer algo válido para que la parte perjudicada, pueda sentirse satisfecha y reparada. Se tendrá que estructurar un espacio que permita al joven llevar a cabo esta acción.

que el perjudicado pueda participar proponiendo pruebas cuando se trate de delitos cometidos por mayores de 16 años realizados con violencia o intimidación.

Un programa que contemple la reparación del daño, tiene que permitir abordar el problema derivado del delito en toda su dimensión y ofrecer a la víctima el espacio necesario para tener el protagonismo que se merece y necesita. GIMENO y VIZCARRO, entienden que a la hora de estructurar un programa es necesaria una metodología que dé el máximo protagonismo a las partes y aporte elementos educativos al menor infractor¹⁵⁵³. La experiencia tenida en este ámbito ha permitido comprobar que la mediación es una herramienta válida para que el infractor y la víctima puedan conciliarse y de común acuerdo, decidan los actos reparadores adecuados que satisfagan los intereses de ambos. La mediación, como ha indicado ROZEBLUM, y hemos reproducido antes, la mediación es: *“Una herramienta facilitadora de la comunicación, que se caracteriza por la presencia de un tercero neutral, que no pertenece a ninguna de las dos partes y que no tiene ningún tipo de poder en la toma de decisiones, ya que esto corresponde a las personas que acuden a la mediación”*¹⁵⁵⁴. Su función es poner en contacto a las partes y ayudarlas a crear un nuevo tipo de relación que les permita abordar la situación que les enfrenta. Actúa como conductor del proceso de intercambio entre las partes con el objetivo de poner orden y crear el clima necesario para abordar el conflicto. El programa de reparación a la víctima, a partir de las técnicas de mediación, permite a las partes ser protagonistas de sus actos y responsabilizarse de estos, a la vez que les facilita la toma de decisiones necesarias para disminuir o eliminar sus efectos negativos. Les permite una experiencia satisfactoria, demostrándoles que son capaces de aprovechar al máximo sus propios recursos.

La mediación entre autor del delito y víctima puede ser útil para ambos más allá de los beneficio concretos que puede aportar a cada uno la reparación de los daños concretos¹⁵⁵⁵. El mediador puede ayudarles a que tomen conciencia de

¹⁵⁵³GIMENO Y VIZCARRO, V., “La mediación en el ámbito penal-juvenil”, Ob. cit., p.10.

¹⁵⁵⁴ ROZEMBLUM DE HOROWITZ, S., *Mediación. Convivencia y resolución de conflictos en la comunidad*, Ob. cit., p.15.

¹⁵⁵⁵Vid. GIMENO Y VIZCARRO, V., “La mediación en el ámbito penal-juvenil”, Ob. cit., p.13. Este modelo considera necesario, poner al menor infractor ante las normas sociales, respetando sus derechos y garantías, considerándolo como un sujeto capaz de afrontar la responsabilidad de sus acciones. Tiene como referencia de actuación la realidad y derechos de las víctimas, pues permite ofrecer a la víctima la posibilidad de participar en la solución del conflicto que le afecta, ser compensada por los daños sufridos y recuperar la tranquilidad perdida.

la experiencia que han tenido para que la elaboren y la reutilicen en el futuro a partir de las conclusiones que ellos mismos saquen. El programa no sólo aporta elementos educativos al menor infractor sino también a la propia víctima, si ha participado de forma activa en todo el proceso.

Una vez que se han delimitado los casos en que se puede intervenir, con la conciliación y la reparación a las víctimas, hay que ver la posibilidad de llevar estos programas a la práctica. Hay que tener en cuenta las características propias de infractores y víctimas como colectivo y analizar cada caso concreto.

I.- El menor infractor.

Entre los menores infractores encontramos menores de todas las capas sociales. Aunque todos ellos forman un grupo mínimamente homogéneo, ya que todos se encuentran en la etapa evolutiva de la adolescencia, etapa marcada por importantes cambios físicos y psíquicos¹⁵⁵⁶.

La conducta transgresora de los adolescentes, viene dada por factores que tienen que ver, más con el aburrimiento, con la necesidad de ponerse a prueba, la presión del grupo, la necesidad de sentirse aceptado por éste, que con una patología determinada¹⁵⁵⁷. Por este motivo, la mayoría de los infractores son detenidos y denunciados solamente una vez y por infracciones leves debidas sobre todo al desconocimiento de los límites de las normas sociales.

Esto significa que debe darse una respuesta adecuada a la realidad, que potencie el aprendizaje positivo y que sirva al joven para ejercitar su responsabilidad, autonomía y madurez. Una respuesta que evite la estigmatización en la medida de lo posible, a partir de darle la posibilidad de ofrecer una nueva imagen de sí mismo, muy más positiva de la que se derivó del acto delictivo cometido. Para estos menores un programa de reparación puede significar una mejor comprensión de los límites marcados por la sociedad y la necesidad de respeto al otro.

¹⁵⁵⁶Si la adolescencia puede por sí sola ser problemática, cuando un joven comete un delito la situación se agrava y éste puede ser visto como un delincuente en potencia. La frontera entre la normalidad y lo conflictivo se vuelve difusa y se genera mucha confusión tanto en la familia como en el entorno social.

¹⁵⁵⁷Vid. GONZÁLEZ CANO, M^aI., “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores”, Ob. cit., p.831.

II.- Las víctimas.

A diferencia de los menores infractores, no es un grupo homogéneo. Su único punto en común es que han sufrido las consecuencias de un delito¹⁵⁵⁸. Entre ellas podemos encontrar, cualquier persona física, adulto, joven o niño, puede estar sola o en grupo, negocio familiar, grandes almacenes, empresas, colegios, colectivos de vecinos, etc. Este colectivo puede diferenciarse en dos grandes grupos. Por una parte las empresas o entidades públicas o privadas que normalmente sufren delitos como robos, hurtos o daños y su perjuicio es de índole material y por otra, personas o colectivos de vecinos, negocios familiares... en donde además de los anteriores pueden recaer otro tipo de delitos como amenazas, lesiones, robos con intimidación, o violencia, contra la libertad sexual... En estos casos la víctima no sólo sufre el hecho punible sino además otros daños morales, psíquicos, sociales que frecuentemente quedan sin respuesta. La víctima acostumbra se siente abandonada, incomprendida, tiene miedos, malestar, rencores que pueden aumentar su sentido de venganza.

Como consecuencia de la denuncia, la víctima tiene que sufrir una segunda victimización y muchas veces experimentan el sentimiento de estar perdiendo el tiempo. Los sentimientos de las víctimas tienen que ser recogidos y abordados para poder ser superados. Se necesita un espacio distinto al que ha tenido tradicionalmente para que estos sentimientos se puedan abordar de forma constructiva¹⁵⁵⁹.

III.-El conflicto existente entre ellas: el delito (la infracción).

La mediación en el ámbito penal, permite que el delito se aborde en términos de conflicto. Esto facilita el acercamiento entre las partes y hace más necesario el entendimiento entre ellas. Al tener en cuenta la globalidad del conflicto existente, se pueden buscar alternativas para la resolución de este convirtiéndose la mediación en una herramienta útil y válida para ambas partes. La mediación aporta respeto a los sentimientos y vivencias para cada una de las

¹⁵⁵⁸TINOCO PASTRANA, A., "Consideraciones sobre la tutela de la víctima en la justicia de menores", Ob. cit., pp. 187.

¹⁵⁵⁹Vid. CUCARELLA GALIANA, L., "Justicia restaurativa y menores infractores de la ley penal", en GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P.M y SOLETO MUÑOZ, H. (Dirs.), *Sobre mediación penal*, Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2012, pp.547-570.

partes, por la manera en que les ha afectado y se intenta que cada uno en función de su malestar lo pueda expresar¹⁵⁶⁰.

La mediación es muy válida cuando el delito afecta a una persona, ya que más allá de daño cometido está la afectación de tipo emocional que sufre ésta, y hay más necesidad de abordar el conflicto creado. Pero más allá de los intereses de la instancia judicial estos programas no podrán llevarse a cabo, si las personas implicadas no son capaces de realizarlo con una verdadera posibilidad de éxito que deje satisfechas a ambas partes, por lo que habrá de estudiar cada caso concreto.

IV.- Condiciones necesarias para poder realizar el programa

Para que un menor pueda realizar un programa de mediación y reparación deberían darse tres condiciones básicas:

1.- Que el menor acepte su responsabilidad en los hechos. Esto significa que asuma haber participado en éstos, al menos en un cierto nivel. No es necesaria una confesión formal, sino que admita su participación en un hecho delictivo. Deben existir unos hechos medianamente esclarecidos, de ahí que pueda bastar con el reconocimiento de una limitada participación en el delito, no coincidente con la totalidad de los hechos recogidos en la acusación¹⁵⁶¹.

2.- Que el menor muestre explícitamente su voluntad de llevar a cabo el programa. Lo que supone un interés por su parte en solucionar el conflicto. Esta voluntariedad tiene que estar acompañada del consentimiento de padres o responsables legales.

3.- Que el menor tenga la capacidad necesaria y suficiente para reparar el daño que él mismo ha causado. Es importante que sus carencias no le impidan asumir su responsabilidad frente a la víctima.

Un programa de mediación para la reparación significa un camino alternativo al proceso judicial, es decir, un camino donde se renuncia a un espacio que ofrece unas garantías al menor donde se defienden también sus intereses y se

¹⁵⁶⁰La posibilidad de que las partes otorguen a su problema la calificación que consideren más adecuada, permite abordar la cuestión en su globalidad. Disponen de un espacio en el que hablar del hecho delictivo, pero también de las consecuencias y vivencias que de él se han derivado.

¹⁵⁶¹Vid. CRUZ MARQUEZ, B., "La mediación en la LO 5/2000, conciliación y reparación del daño", Ob. cit., p.25.

puede reconocer formalmente su inocencia¹⁵⁶². Implica la participación de la víctima del delito, una persona que ha sufrido un daño y que necesita la reparación real de éste y para la integración de la víctima en el programa es necesario su interés y su voluntad de participación. Tienen que tener claro lo que el programa puede aportarle.¹⁵⁶³.

V.- Dinámica del proceso de mediación para la reparación.

Respecto del programa de mediación, su apertura dependerá del momento en que se tome conciencia de su oportunidad, lo que revela la importancia de la comunicación fluida entre el Equipo Técnico y la Fiscalía de Menores, al objeto de plantear la conciliación-reparación del daño con prontitud y de aprovechar el potencial desjudicializador de la solución del conflicto entre las partes¹⁵⁶⁴.

El proceso de mediación con menores infractores puede realizarse con intervención de la víctima o bien sin intervención de la misma, por lo que a continuación se aborda la dinámica del programa por este motivo por separado, lo que serían programas con participación de la víctima y programas sin participación de la misma¹⁵⁶⁵.

c. Tipos de programas

1) Programas con la participación de la víctima.

En este caso el proceso se suele estructurar en dos grandes fases:

- a) Estudio de la viabilidad del programa. En esta fase se mantiene contacto con el menor infractor y con la víctima de manera que el trabajador, psicólogo o educador responsable de mediar en el conflicto convoca a las partes por separado para informarles directamente a cerca de su proceso¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶²En ningún caso puede sentirse obligada a participar, ni siquiera para ayudar al menor, si con él no obtienen ningún beneficio.

¹⁵⁶³La participación tiene que ser desde el interés de construir alternativas positivas para el futuro y no desde la venganza por hechos del pasado. Tiene que ser capaz de salir de su posición de víctima para pasar a recuperar la condición de persona que ha superado un hecho que puede haber sido traumático y afrontar el futuro con normalidad.

¹⁵⁶⁴Vid. CRUZ MARQUEZ, B., “La mediación en la LO 5/2000, conciliación y reparación del daño”, Ob. cit., p. 25.

¹⁵⁶⁵Vid. ALARCÓN CAÑUTA, M., “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación”, *Revista ARS BONI ET AEQUI*, N°2, Año11, pp.11-47.

¹⁵⁶⁶Esta fase inicial de aproximación facilita el conocimiento mutuo entre el mediador y las partes, al tiempo que permite al primero obtener información acerca de la situación en la que va a

Normalmente el primer contacto se efectúa con el infractor, a fin de sondear su disposición, evitando que la víctima que ha decidido participar, tenga que enfrentarse a la negativa del menor, al tiempo que se usa la actitud positiva del infractor para motivar a la víctima en el programa¹⁵⁶⁷. Las partes no se podrán encontrar en un espacio común, hasta que la confianza en el mediador y en el método que se utiliza, no les dé garantías de que se les puede aportar algo útil para la solución del conflicto. Las partes necesitan ver al mediador como una persona neutral, que no se posiciona a favor de ninguna de ellas, y así poderle dar el reconocimiento necesario para conducir el proceso donde se les ha invitado a participar¹⁵⁶⁸. El mediador empieza por ofrecer en la entrevista individual con cada una de ellas información sobre el funcionamiento de la justicia juvenil en general, de las características del programa en particular y del rol que desempeñará el mediador en todo el proceso. Sin esta información, las partes difícilmente se podrán comprometer al programa y a las necesidades que éste tiene para su buen funcionamiento. El mediador estudia si se dan las condiciones óptimas para el inicio del programa concreto, conocer los hechos, como los viven y como los definen¹⁵⁶⁹. Ver la capacidad de empatía de las partes, ver sus capacidad para generar soluciones, su interés en participar en el conflicto, todo ello sin adelantarse ni perjudicar el espacio de encuentro, que es donde realmente se debe abordar el conflicto en toda su dimensión.

- b) Desarrollo del programa. En esta segunda fase, si las partes así lo quieren y si es conveniente, se produce el acercamiento y encuentro entre ellas, es la culminación del proceso¹⁵⁷⁰. Se crea un espacio de atención y escucha para poder reflexionar sobre las aportaciones que hace el otro. A partir de aquí,

intervenir, esencial para tomar conciencia de las dificultades que plantea cada caso y de los aspectos que deben potenciarse.

¹⁵⁶⁷Vid. DAPENA, J. y MARTÍN, J., *La mediación penal juvenil en Cataluña*, Dirección General de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil, Barcelona, 1998, p.68.

¹⁵⁶⁸GIMENEZ-SALINAS, E., "Penas privativas de libertad y alternativas", *Revista Eguzkilore*, N° 7, 1993, p.12.

¹⁵⁶⁹Vid. RIOS ENRICH, M., "La mediación en la justicia juvenil", *Revista IURIS*, N° 4, CEJFE, 1994.

¹⁵⁷⁰El abordar y aclarar los hechos es importante para poder entender la situación en la que se encuentran. Escuchar los diferentes puntos de vista, motivos que condujeron a ello y las consecuencias que desencadenaron, permite exteriorizar la percepción subjetiva y los sentimientos relacionados con el hecho, proporcionando un espacio para las explicaciones, discusiones, clarificaciones y en último término para la comprensión entre las partes, lo que constituye la elaboración comunicativa y constructiva de una situación de conflicto entre personas.

puede cambiar la imagen negativa, agresiva, dañada, vengativa... que podría tener en un primer momento el uno del otro. Esta imagen, cambia al comprobar los aspectos positivos del otro¹⁵⁷¹.

El encuentro entre ellos, les permite valorar si las explicaciones que se piden y dan, son o no sinceras, y es el primer paso para que las partes se recuperen y se dispongan a trabajar hacia el futuro. El mediador, ayuda a que las partes hablen entre ellas, a que se expresen sin restarles protagonismo, pues son situaciones tensas que bloquean a las personas¹⁵⁷².

El infractor debe asumir la responsabilidad de los actos realizados, pero no sólo tomar conciencia de ello, sino debe realizar las actuaciones necesarias para reparar el daño causado. El hecho de que sea el mismo quien aporte ideas reparadoras y las lleve a cabo es un acto de reparación en sí mismo y valido para la víctima, ya que le da credibilidad y confianza en que los hechos no se repetirán en el futuro¹⁵⁷³.

En cuanto a los acuerdos a los que pueden llegar las partes, pueden ser muy variados: intercambio de explicaciones, pacto para la restitución de los daños, como una indemnización económica o reparación del objeto dañado, realización de una actividad a favor de la comunidad, la entrega o intercambio de algún detalle que permita mostrar una actitud conciliadora... y deben llevarse a cabo para que la reparación sea una realidad. La mejor garantía de su cumplimiento es que se han construido a partir del convencimiento de haber llegado al mejor acuerdo posible. El mediador deberá hacer un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos y el programa se acaba cuando las partes muestran explícitamente su satisfacción y dan el conflicto por solucionado. Es en este momento cuando el mediador puede informar a la instancia judicial del resultado del proceso seguido.

2) Programas sin la participación de la víctima.

¹⁵⁷¹Con el encuentro se crea un espacio de comunicación que permite que ambas partes hablen de su situación, de sus motivos, de las repercusiones que han tenido en ellos los hechos. Cada uno tiene que hacer un esfuerzo por entender al otro

¹⁵⁷²Los adolescentes suelen quedarse callados y sin palabras. Con sus preguntas el mediador, les ayuda a poner orden en sus relatos, a diferenciar los temas importantes, a respetar los turnos de palabra y las diferentes opiniones, a negociar y a pactar. La víctima necesita racionalizar los sucesos para poder superar el trauma sufrido y encontrar el camino para reorganizar con tranquilidad su vida. La reparación del daño, significa para ella, poder dejar en el pasado una experiencia negativa, comprendida y superada.

¹⁵⁷³Vid. CRUZ MARQUEZ, B., "La mediación en la LO 5/2000, conciliación y reparación del daño", Ob. cit., p. 25.

En algunas ocasiones, aunque el menor está dispuesto y capacitado para desarrollar un programa de reparación con la víctima, no es posible realizarlo por motivos que tienen que ver con la víctima, tales como que, no es posible contactar con la misma, o no responde a los intentos del mediador para conectar con ella, la víctima no tienen interés en participar en el programa o el mediador considera que no está capacitada para ello, por estar movida, únicamente por sus ánimos de venganza.

En estos casos la LORPM 5/2000, en su artículo 19.4, permite estructurar un programa sin la participación de la víctima, porque lo que se quiere es saber si el menor habría sido capaz de llevar a cabo el programa de reparación de forma satisfactoria¹⁵⁷⁴.

Cuando no se produce el encuentro ni hay participación de la víctima pero el caso se aborda en términos de daños producidos, responsabilización de actos propios y de necesidad de reparación, se está trabajando la idea de existencia de otro, de existencia de normas sociales y de la necesidad de respetarlas¹⁵⁷⁵.

En este caso al igual que en el anterior, una vez acabado el programa, se informa a la instancia judicial para que lo tenga en cuenta y lo valide¹⁵⁷⁶. A partir de aquí, la Fiscalía de Menores, puede pedir el cierre y archivo, definitivo del caso.

La incorporación en el Derecho penal juvenil, de fórmulas alternativas para el tratamiento del conflicto particular provocado por el delito, debe entenderse como una consecuencia del principio de intervención mínima, independientemente de las razones preventivo generales o preventivo-especiales, que, dados los efectos positivos de la conciliación y la reparación del daño en uno y otro sentido, pueden apoyarla.

La relevancia de conectar la mediación a dicho principio y situarla en un plano diferente al de la determinación de la medida juvenil a aplicar, sometida a

¹⁵⁷⁴Aquí no se ha producido una reparación real del daño a la víctima, no ha habido un proceso de mediación, pero estructurar un programa sin víctima que tenga en cuenta los conceptos que se manejan en los programas en que ésta si participa de forma directa, tiene repercusiones positivas para el menor infractor, ya que ayudan a que entienda mejor la dimensión del delito cometido y las repercusiones que puede tener éste para otras personas.

¹⁵⁷⁵Vid. GIMENO Y VIZCARRO, V., “La mediación en el ámbito penal-juvenil”, Ob. cit., p., 19.

¹⁵⁷⁶En estos casos se puede apreciar una clara evolución positiva respecto a la responsabilización sobre el hecho y sus consecuencias. Esto tiene que ver con que durante todo el proceso la figura de la víctima está presente en todo momento, ayudando al joven a ponerse en su lugar y darse cuenta de la realidad de su actuación.

criterios preventivos de ambos signos, se pone claramente de manifiesto en diferentes aspectos, que abarcan tanto el contenido de ambas figuras como sus efectos para la valoración de la responsabilidad penal del menor, pasando por los criterios a considerar al delimitar el grupo de destinatarios de las actividades mediadoras¹⁵⁷⁷.

Entender la esencia de la conciliación y reparación del daño, en el propio proceso de mediación que se producen en la justicia penal juvenil, favorece la extensión del marco de destinatarios de estas figuras, pues su celebración dependerá principalmente de la disposición del menor a participar en el proceso¹⁵⁷⁸.

En cuanto a lo que se refiere al contenido de la conciliación y reparación del daño, conviene ir más allá del texto legal, que las define en atención al resultado alcanzado, y señalar el proceso de mediación en sí mismo, como consistente en un tratamiento conjunto por el menor y la víctima, del conflicto interpersonal que genera el delito, como elementos común y estructural de ambas figuras que puede servir como elemento educador del infractor y como herramienta de ayuda a la víctima para reparar el daño sufrido.

¹⁵⁷⁷ Al derivar la mediación en el ámbito de la justicia penal juvenil del principio de intervención mínima, llama la atención que sus efectos, respecto a la responsabilidad penal del menor, se consigan fuera del proceso judicial penal y sobre la base de la decisión voluntaria de ambas partes (infractor/víctima) sobre la reparación del daño particular provocado por el delito, lo que sitúa a la conciliación y a la reparación del daño en una posición alternativa indirecta, respecto al resto de las medidas más restrictivas de la LORPM, por la consideración preventiva que interviene en la determinación de la medida juvenil.

¹⁵⁷⁸ COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., “La mediación en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores y su reglamento”, en MARTINEZ ESCAMILLA, M, y SANCHEZ ALVAREZ, M^aP., *Justicia restaurativa y mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Ob. cit., p337: “En general puede decirse que merece una valoración muy positiva el que se integrara en la ley 5/2000 y en su reglamento la mediación como sistema de alcanzar acuerdos, así como que los actos de mediación puedan realizarse en cualquier momento en el que se encuentre el procedimiento, ya sea antes incluso de abrirse el expediente tras, por ejemplo, la detención del menor, durante la instrucción de aquel, o incluso la ejecución”.

PARTE SEGUNDA.- TEORIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

CAPÍTULO 4. LA FAMILIA COMO ÁMBITO DE MEDIACIÓN.

4.1.- INTRODUCCIÓN: LA ESPECIAL ADECUACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO VÍA DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES.

La familia es la institución social humana más antigua que conocemos y, de ella se ha dicho que, mientras exista el género humano la familia persistirá, de una u otra forma. Es la primera esfera de socialización del ser humano, pues es donde se vive el proceso de desarrollo físico y mental de la persona hasta que se es autónomo. A la vez, es el lugar donde se transmiten los valores y las costumbres que nos preparan para integrarnos en las pautas culturales y sociales vigentes. El entorno familiar es el mundo donde se desenvuelven sus integrantes y donde tienen cabida en mayor medida, los sentimientos más básicos de las personas, por eso es normal que en su seno, existan desavenencias y diferencias sobre todo cuando las familias pasan por momentos de crisis, en el sentido de que se producen cambios que requieren la adaptación a nuevas realidades¹⁵⁷⁹.

La familia, como institución social viva es el centro de muchas y diversas problemáticas¹⁵⁸⁰, que no siempre tienen una respuesta adecuada fuera de la

¹⁵⁷⁹Vid. GONZÁLEZ BENÍTEZ, I., "Las crisis familiares", *Revista Cubana Medicina General Integral*, Nº 16, 2000, pp.280-286. Durante las diferentes etapas del desarrollo familiar, la familia enfrenta diferentes momentos críticos del ciclo evolutivo, que implican cambios tanto individuales como familiares, los que pueden constituir un período de crisis. En estos períodos de transición de una etapa del ciclo vital a otra hay indefinición de las funciones, porque los miembros de la familia están asumiendo un nuevo rol. El querer conciliar ambos funcionamientos produce en ocasiones fluctuaciones, inestabilidades, transformaciones, que se expresan en ciertos niveles de desorganización de la familia, y es lo que se denomina como crisis evolutiva.

¹⁵⁸⁰Vid. PATTERSON J, GARWICK A., "Levels of meaning in family stress theory", *Fam Process*, Nº 33, 1994. pp.287-304. Estos autores, plantean que la crisis familiar se caracteriza por una desorganización dentro de la familia donde las normas que se venían siguiendo por sus miembros ya no son adecuadas y requieren un cambio. Dicen que muchas de las crisis familiares que se producen son normativas y por ello requieren cambios en la estructura y en reglas familiares. Otras crisis a decisiones familiares y éstas requieren importantes decisiones dentro de la familia que implican grandes cambios; por ejemplo, cuando se hace un plan para mejorar el funcionamiento familiar y lograr una mejor satisfacción de las necesidades individuales y familiares. En otras situaciones la familia es impulsada hacia la crisis por la ocurrencia de eventos estresantes no normativos, tales como, un accidente fatal en un miembro de la familia. Este modelo ve las crisis familiares como una variable continua que refleja la ruptura total del sistema, como por ejemplo, cuando ocurre un divorcio. También existen crisis menores, que son virtualmente imperceptibles por la familia pero que contribuyen quizás, tras la acumulación de varias de ellas a un cambio importante dentro de la familia. Las crisis familiares representan el final del antiguo sistema familiar, y hacen emerger nuevas formas de interacción entre sus

misma. Por ello, cuando se facilitan instrumentos que ayudan a gestionar la resolución de una crisis familiar¹⁵⁸¹, ha señalado DE ANDRÉS SANZ¹⁵⁸², el primer efecto que se produce es la recuperación de una de las funciones propias de la familia: La capacidad de conciliación interna.

Podemos decir, que la familia se configura como un microcosmos en el que se desenvuelven todo tipo de contrastes, conflictos y contradicciones, y en el que se establecen las relaciones más íntimas, generosas y protectoras¹⁵⁸³. Según Rojas Marcos: *“La familia es simultáneamente el refugio donde el individuo se aleja y protege de las agresiones del mundo circundante y el grupo con más alto nivel de estrés. El centro insustituible de amor, apoyo, seguridad y comprensión, y al mismo tiempo, el escenario donde más vivamente se representan las*

miembros. Vid; COHEN R, Y AHEARN F., *Manual de la atención de salud mental para víctimas de desastres*, Harla, México, 1989, pp.22-24. Los autores definen la crisis como” una situación vital que incluye cambios, amenazas o dificultades, que originan desequilibrio personal. Estas crisis pueden derivarse de factores del desarrollo, como la pubertad, embarazo o edad madura; pero también de factores accidentales, incluidos un accidente automovilístico, incendio o desastre natural”.

¹⁵⁸¹Vid. GONZÁLEZ BENÍTEZ, I, “Las crisis familiares”, Ob. cit., p.1. Estas crisis son llamadas evolutivas, porque están en relación con los cambios biológicos, psicológicos y sociales de cada uno de los miembros de la familia, y con los cambios, en consecuencia, de las pautas de interacción en el contexto familiar. En estas crisis evolutivas se cambian las viejas pautas de interacción por otras nuevas que posibilitan, a cada uno de los miembros de la familia, el desempeño de nuevas funciones en sus roles, poniendo de manifiesto un desarrollo cada vez más acabado de individuación y de una estructura familiar cada vez más compleja y diferente a la anterior, lo que da lugar al crecimiento y desarrollo de la familia. Sin embargo, la dinámica familiar como todo proceso en desarrollo no es lineal y ascendente. Este proceso se ve afectado en muchas ocasiones por situaciones, que introducen cambios en su estructura y funcionamiento, debido a la existencia de hechos que actúan como fuentes generadoras de estrés, como es el caso del divorcio, padecimiento de una enfermedad crónica, o el fallecimiento de un miembro de la familia, los cuales tienen una expresión particular en cada familia en dependencia de su historia, su propia dinámica, de la significación que asigna al evento o situación, y de los recursos con que cuenta para hacerle frente. En este caso las tareas que debe desarrollar la familia, son tareas de enfrentamiento que se derivan de las llamadas crisis no transitorias o paranormativas. Como hemos visto las crisis familiares están asociadas tanto a la ocurrencia de determinadas situaciones transitorias de la vida familiar como el matrimonio, el nacimiento de un hijo, la jubilación, que dan lugar a las llamadas crisis normativas; como también por situaciones o hechos accidentales, que desencadenan las crisis no transitorias o paranormativas, que generalmente tienen un mayor costo para la salud. Las crisis familiares han sido abordadas por algunos autores dada la importancia que le atribuyen en la salud familiar.

¹⁵⁸²Vid. DE ANDRÉS SANZ, A., “La mediación intrajudicial. Su importancia”, *Tribuna Social Hoy*, 2005, pp.100-103.

¹⁵⁸³PANIZO ORGALLO, S., GARCÍA CANTERO, G., GIRALT, N. y TAMAYO HAYA, S., *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y la familia*, CEU Ediciones, Madrid, 2009, cit., p.35: “En el caso del matrimonio y la familia, esta cuestión de su ser o no, como campos de cultivo del mundo de los afectos e instituciones rectoras de la vida y relaciones del hombre y de la mujer en sociedad es problema real en los debates del pensamiento actual y post-moderno; lleva tiempo en la palestra de las polémicas filosóficas, políticas y sociológicas y también jurídicas. Aunque parezca sorprendente, la crisis institucional del matrimonio y la familia –no sólo existencial o de coyuntura vital- está en el candelero. En su estado actual y por los valores que andan en juego, merece, cuando menos análisis, valoraciones y conciencia de lo que en el futuro del hombre arriesga en el empeño.”

*hostilidades y rivalidades entre sexos, las tensiones intergeneracionales y las más intensas y violentas pasiones humanas. El hogar es a la vez el foco de la generosidad, abnegación y el núcleo de la mezquindad y el interés*¹⁵⁸⁴.

El proceso de socialización, como ha señalado GARCÍA VILLALUENGA, es: “*Aquel por el cual las personas que nacen en una determinada sociedad se convierten en miembros efectivos de la misma, al desarrollar en ella sus potencialidades como seres sociales, adaptándose a los contenidos propios de un sistema cultural, pero actuando también en él como agentes de cambio*”¹⁵⁸⁵. Se trata de un proceso ciertamente complejo, que interviene tanto en la formación de la personalidad del individuo, como nuevo miembro de la sociedad, como en su adquisición de reglas y valores inscribiéndose en la sociedad¹⁵⁸⁶.

La familia ha evolucionado a lo largo de la historia y por la influencia de los cambios culturales, sociales y las costumbres¹⁵⁸⁷. Ocurre que funciones que tradicionalmente ha venido desempeñando la familia, hoy son desempeñadas por instituciones u organismos, hablamos por ejemplo de la educación y del ocio. Estamos inmersos en un proceso de evolución social, determinado en cierta medida por la evolución de la información y la comunicación, en el que los nuevos modelos de relaciones familiares y de pareja, se basan en unas expectativas de igualdad, de colaboración, de amigos y amantes, a lo que se une la realización profesional de ambos y la mutua participación activa en el cuidado y la educación de los hijos¹⁵⁸⁸.

¹⁵⁸⁴ ROJAS MARCOS, L., *La Familia: De las relaciones tóxicas a las relaciones sanas*, Grijalbo, Barcelona, 2014, p.63

¹⁵⁸⁵ GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p. 19.

¹⁵⁸⁶ MARTÍN LOPEZ, E. *Familia y Sociedad. Una introducción a la sociología de la familia*. Instituto de Ciencias de la familia. Universidad de Navarra.-Rialp, Madrid, 2000.p.168: “Este proceso, da lugar a la familia tradicional, que se corresponde con el modelo institucional; y a la familia actual, en la que se integran el matrimonio alianza y el matrimonio fusión”

¹⁵⁸⁷ GARCÍA TOMÉ, M., “La mediación familiar en conflictos de pareja”, *Documentación Social*, 2008, Nº148, pp.43-60, Ob. cit., p.45.

¹⁵⁸⁸ FERNANDEZ-CARRIÓN, M.H., “La mujer en la sociedad red”, en GONZALO AIZPURO, P. (Coord.), *Familias y relaciones diferenciales: Género y Edad*, Editum (Publicaciones de la Universidad de Murcia), Murcia, 2009, p.241: “La revolución de la información/comunicación ha dado lugar, a partir del último cuarto del siglo XX, a un cambio de sociedad, que se muestra más sutil por la red, y se ha globalizado... Y, en este cambio de sociedad, la mujer juega un papel clave, directamente como elemento partícipe en revolución femenina por el poder e indirectamente formando parte del colectivo femenino mundial, con el lema “consumidores del mundo uníos contra el hombre”, por el nuevo poder de la sociedad, logrando con la feminización del empleo y del consumo, la crisis de la familia patriarcal, la decadencia del matrimonio y la paridad del poder, en todos los órdenes de la vida social”.

En situaciones conflictivas, donde las partes contrapuestas son miembros de una misma familia, no deberían existir ni vencedores ni vencidos, y en estas ocasiones es posible demostrar a las familias que poseen alternativas de renovar o restablecer vínculos sanos y constructivos¹⁵⁸⁹.

La mediación, como procedimiento alternativo de resolución de conflictos, deja en manos de la pareja la posibilidad de reconciliarse o acordar su separación o divorcio, limitándose el mediador a poner en manos de las partes las técnicas y la información necesaria para alcanzar los acuerdos, evitando así que la pareja tenga que dejar necesariamente la solución de sus conflictos en manos del Sistema Judicial.

Las cualidades atribuidas a la mediación como técnica de resolución de conflictos la convierten en especialmente idónea, en su modalidad de mediación familiar, entendida como la aplicación de tales técnicas en conflictos familiares con efectos entre sus miembros¹⁵⁹⁰. De este modo, sería especialmente adecuada para abordar las cuestiones que se plantean en el momento de una ruptura de pareja, en la que hay que resolver una serie de cuestiones en orden al establecimiento de un nuevo equilibrio en las relaciones de quienes antes la formaban. Su ventaja, frente a la decisión tomada por un tercero, es que son los propios interesados quienes se encuentran en mejor posición para conocer sus necesidades reales y decidir de acuerdo a sus intereses. Sobre ello, es frecuente argumentar, que si las parejas no admiten la intervención de terceros para decidir sobre sus diferencias o sobre lo que les afecta en su día a día mientras dura la convivencia, tampoco tiene sentido que sean terceros ajenos a su relación personal y familiar quienes vengán a decidir: donde tienen que residir los niños y con quien, o a que colegio han de ir, esto es, la situación de crisis de pareja no cambia

¹⁵⁸⁹Al término crisis se le han dado diferentes significados, según la intencionalidad de los estudios de los diferentes autores. Es una palabra que arrastra, desde siglos, un significado dramático y negativo, del cual, recién en los últimos tiempos y con el desarrollo de las nuevas concepciones sobre las crisis evolutivas, se ha tratado de dar un concepto más positivo. Derivada etimológicamente de un vocablo griego, crisis significa separación y elección, definiéndose con estas dos acciones un proceso dinámico compuesto por un período, en el que deben producirse una separación (de algo - alguien), antes de que pueda darse una elección (de algo-alguien) como expresión de una evolución madurativa; y entre ambos un tiempo, un antes y un después. La comunidad científica, que considera la crisis como un fenómeno evolutivo que da lugar a nuevos estados organizacionales, plantea haber rescatado este concepto, considerándola como una expresión de interrelación, donde no se puede concebir un tiempo sin el otro, donde no hay elección si no hay separación y ésta tiene que ser previa en aquella.

¹⁵⁹⁰Vid. LUQUIN BERGARECHE, R., "Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: algunos factores de eficacia de la mediación en los conflictos intrafamiliares", en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, CGPJ, Madrid, 2008, cit., p.44.

el hecho de que sean quienes la sufren, los que están en mejores condiciones para seguir decidiendo lo que atañe a sus vidas¹⁵⁹¹. Por ello, como valor añadido de la mediación se suele mencionar, precisamente, la mayor calidad de los acuerdos alcanzados, en el sentido de que reflejan mejor los intereses de las partes y dan mejor respuesta a sus necesidades, de manera que logran un mayor grado de implicación y cumplimiento espontáneo por las partes¹⁵⁹².

No obstante, se destaca también que el éxito de la mediación familiar no puede medirse sólo en la calidad de los acuerdos conseguidos, sino también, por la satisfacción de las personas que participan en la misma, con el propio proceso y con la mejora de las relaciones entre las partes¹⁵⁹³. La mediación en el contexto judicial surge como una alternativa que pretende modificar la paradoja de intentar resolver el conflicto mediante el enfrentamiento. Es una magnífica herramienta que se desarrolla en el marco de la tramitación de un procedimiento judicial, sea cual sea el momento procesal en que se encuentre¹⁵⁹⁴. La importancia de la mediación familiar, dentro del Sistema Judicial estriba en que puede verse como una justicia negociada donde la pareja tiene total autonomía personal y controla el proceso¹⁵⁹⁵. Permite eliminar la cultura del litigio y representa también la cultura de la prevención de las dificultades y de la participación del futuro ciudadano en la sociedad. Estimula la solidaridad de la pareja utilizada desde el principio de la convivencia, en lugar de desenterrar el hacha de guerra que representa la vía

¹⁵⁹¹Vid. LUQUIN BERGARECHE, R., “Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: algunos factores de eficacia de la mediación en los conflictos intrafamiliares”, Ob. cit., p. 22

¹⁵⁹²Vid. MARTÍN NÁJERA, T., PEREZ SALAZAR, M. y UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados que conocer de los procesos de familia”, *Revista Mediación*, Nº4, Año 2, Octubre 2009, p.20.

¹⁵⁹³LUQUIN BERGARECHE, R., “Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: algunos factores de eficacia de la mediación en los conflictos intrafamiliares”, Ob. cit., p. 29. Es un proceso guiado por un mediador, que tiene como objetivo permitir a la pareja o a los padres ejercer sus responsabilidades parentales en un clima de cooperación y respeto mutuo, con el fin de que ellos mismos encuentren las bases de un acuerdo duradero y aceptable.

¹⁵⁹⁴Vid. DE ANDRÉS SANZ, A., “La mediación intrajudicial. Su importancia”, Ob. cit., p.86. Además se deben de considerar una serie de premisas: a) La decisión de iniciar el proceso debe de quedar a criterio únicamente de la pareja, evitando la injerencia de terceros (abogados, jueces, peritos) en la toma de la decisión, b) El proceso contencioso, debe paralizarse, si ya se encontrase iniciado. c) La sesión informativa y el proceso en sí, debe llevarse a cabo a través de gabinetes de Mediación ubicados dentro o fuera de las dependencias judiciales, gabinetes que estarán integrados por profesionales formados en esta materia. d) El proceso debe respetar los principios propios de la Mediación en general, (voluntariedad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad) y que debe llevarse a cabo con el uso de las técnicas adecuadas a este grupo específico que es la familia.

¹⁵⁹⁵MARTÍN NÁJERA, T., PEREZ SALAZAR, M. Y UTRERA GUTIÉRREZ, J.L. “Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados que conocer de los procesos de familia”, Ob. cit., p.13.

litigiosa, que fija a las partes en posiciones crónicas adversarias y contribuye a crear más divergencias y odios.

En el Juzgado, el conflicto viene definido por las posiciones resultantes de la interacción que se genera entre la situación conflictiva familiar y la dinámica legal, de la cual los padres son totalmente ajenos. En el procedimiento contencioso que se inicia ante el Juzgado la pareja obtiene como resultado final una resolución judicial que no implica la solución del conflicto relacional, sí en cambio aparece el síndrome de ganador-perdedor¹⁵⁹⁶. El primero se sitúa en una posición privilegiada y de poder que en nada beneficia el verdadero conflicto familiar; el segundo ve como aumenta su nivel de agresividad, tensión y desgaste emocional, con las consiguientes repercusiones negativas que tendrá para la futura dinámica familiar. Además de este binomio ganador-perdedor, la pareja se familiariza con el empleo de “*armas legales*”. Las normas familiares que han venido funcionando durante la convivencia y que han sido establecidas por los propios interesados se sustituyen por normas legales, que les vienen impuestas, que no entienden y que les genera una interminable dependencia del Sistema Judicial.

La posibilidad de acceder a un proceso de mediación cuando la vía contenciosa ya se ha iniciado, supone una oportunidad para que los cauces puedan ser diferentes, para que los miembros de la pareja puedan ser más conscientes de los efectos del camino que han elegido y, en todo caso, asumir la responsabilidad de continuar el procedimiento¹⁵⁹⁷. Cuando una pareja acude a un Juzgado buscando que la Justicia le resuelva sus problemas de convivencia y determine la futura organización familiar tras la ruptura, lleva consigo sentimientos y afecto, desavenencias y rencores, que difícilmente pueden expresarse mediante el lenguaje de las Leyes. Con la Mediación se evita la degradación de la intimidad al no tener que ventilar todos los detalles personales.

El desarrollo de la mediación intrajudicial en los Juzgados transmitirá a los ciudadanos la idea de que el propio Sistema Judicial reclama a éstos un esfuerzo

¹⁵⁹⁶Vid. IBÁÑEZ VALVERDE, V., “La Mediación Familiar Intrajudicial”, *Papeles del Psicólogo*, 1999, Nº 73, pp. 1-5.

¹⁵⁹⁷Vid. MARTÍN GONZÁLEZ, E., DEL ÁLAMO GUTIÉRREZ, C. y GONZÁLEZ CORCHUELO, C. “Mediación familiar intrajudicial: Reflexiones y propuestas desde la práctica”, *Revista Mediación*, Nº3, Año 2, Marzo 2009, p.8.

para solucionar aquellos problemas que ellos mismos generan¹⁵⁹⁸. La realidad actual de los Juzgados de Familia y el cambio paulatino que se está operando en la sociedad son los que están motivando que se admita otra forma de ruptura, como es la saturación del Sistema Judicial, con la consiguiente dilación que se produce en la obtención de una primera Resolución Judicial, genera en las parejas un malestar que les hace plantearse otras salidas a su situación familiar y buscan ayuda en la mediación familiar¹⁵⁹⁹.

A pesar de que se va admitiendo otra forma de separarse, el avance es muy lento. Posiblemente se deba, a que se vea como un sistema alternativo al judicial que pretende su sustitución¹⁶⁰⁰. La mediación es un proceso que puede completar o complementar al legal cuando este ya existe. No pretende su sustitución, sino un aumento en la eficacia de las medidas adoptadas, sustentado en la participación conjunta de la pareja en la toma de decisiones¹⁶⁰¹. Pretende hacer reversible la pirámide de poder decisorio que se ha ido generando y colocar a cada uno de los implicados en la posición que más facilite el funcionamiento familiar.

En referencia a la estructura básica de los procesos matrimoniales, la mediación puede solicitarse en tres momentos:

- a) Previo al proceso matrimonial. En los preliminares, las partes pueden estar de acuerdo en plantear un proceso matrimonial de mutuo acuerdo cuando se trate de la separación y el divorcio —quedan fuera los procesos de nulidad matrimonial—, pero el resto de decisiones siguen siendo controvertidas. Aquí la mediación, prevista por el legislador al incluirla junto a la elaboración del convenio regulador, se convierte en una medida para lograr los acuerdos antes de iniciar la demanda judicial.

¹⁵⁹⁸Vid. GRANADOS PÉREZ, F., “Mediación y Administración de Justicia”, *Cuadernos de Derecho Judicial* V, 2005, p.71.

¹⁵⁹⁹BOLAÑOS, I., “Mediación Familiar en contextos judiciales”, en POYATOS, A. (Coord.), *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 2003, p.176: “Una vez que el Juzgado ha dictado la resolución, con medidas poco específicas referentes a la custodia, visitas, vivienda, etc., y entienden que éstas no van a solventar la situación conflictiva porque ninguno se identifica con ellas, no las entienden o alteran enormemente la dinámica de funcionamiento mantenido durante la convivencia. Cuando tras varias intervenciones judiciales, con las consiguientes comparecencias, citas de peritos y exploraciones, observan que no han encontrado la solución que esperaban de la Justicia y, cansados y desesperados, buscan ayuda para mejorar la comunicación con el otro y encontrar una vía distinta al enfrentamiento y a la dinámica de destrucción familiar que se ha generado”.

¹⁶⁰⁰IBÁÑEZ VALVERDE, V. “La Mediación Familiar Intrajudicial”, Ob. cit. p.2.

¹⁶⁰¹CAMPO IZQUIERDO, .A., “La mediación familiar como complemento del proceso judicial de familia”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº 26, Valladolid, 2005, p. 282.

- b) Durante el proceso matrimonial. Las determinaciones legales de la reforma citada también la incluyen en la tramitación del proceso, reconociendo la facultad del juzgador para suspenderlo tras la solicitud de las partes para recurrir a un procedimiento de mediación. Se trata de una posibilidad que se prevé en todas las leyes de mediación familiar autonómicas, que remiten siempre en este punto a la legislación procesal,
- c) Finalizado el proceso jurisdiccional. En la línea de prevenir y paliar los incumplimientos de este tipo de resoluciones judiciales, que las estadísticas señalan muy elevado, el procedimiento de mediación puede llevarse a cabo a pesar de la finalización del proceso judicial¹⁶⁰².

Acerca de quién debe tomar la iniciativa en el seno del proceso jurisdiccional para acudir a la mediación, existe una importante controversia doctrinal a tener en cuenta, pues como hemos dicho en otros apartados de esta tesis, mientras que para algunos autores el principio de que las partes deben ser quienes acudan voluntariamente a la mediación es inmutable, otros han entendido que resulta posible la coexistencia pacífica con el mandato judicial. No obstante, este punto ha sido resuelto por nuestra regulación procesal, al haber legitimado expresamente a las partes en el art. 770 LEC, pues son ellas las que, “*de mutuo acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso (...) para someterse a mediación*”. Del mismo modo, ha permitido también al propio Juzgador, en virtud del párrafo 2º del art. 771, en sede de las medidas provisionales, convocar a los contendientes a una comparecencia para llegar a un acuerdo; acuerdo que nada impide que pueda ser alcanzado por la vía de la mediación¹⁶⁰³.

En cuanto a los casos susceptibles de mediación, en temas de familiar, será adecuado este procedimiento, sobre todo, en casos en los que no se den circunstancias que puedan afectar a la capacidad de las partes y donde existan menores de edad implicados¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰²DE LASHERAS HERRERO, P., “Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005”, *REDUR*, Nº 5, diciembre 2007, p.50.

¹⁶⁰³Vid. CASO SEÑAL, M., “Reflexiones desde una toga”, en *Apuntes de Psicología*, Nº 18 (2-3), Colegio Oficial de Psicólogos y Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000, p. 326.

¹⁶⁰⁴MARTÍN GONZÁLEZ, E., DEL ÁLAMO GUTIÉRREZ, C. y GONZÁLEZ CORCHUELO, C. “Mediación familiar intrajudicial: Reflexiones y propuestas desde la práctica”. Ob. cit.,p.8. Estos autores consideran que las condiciones básicas para mediar en conflictos de familia son las siguientes “-Niveles moderados de conflicto. De tal modo que, cuanto peores sean las relaciones entre las partes, más difícil será conseguir el éxito en la mediación. –Motivación para alcanzar un acuerdo. -La baja motivación para resolver el problema está asociada con la escasa probabilidad

En cuanto a la tarea del mediador ante una pareja que se separa será la de facilitar las condiciones para que puedan mejorar su comunicación, en algunos casos a restablecerla si se había perdido totalmente, reduciendo la tensión emocional propia del conflicto, para lo cual, habrá de disponer de técnicas de control y manejo de las emociones en ese tipo de situaciones¹⁶⁰⁵. Entrando en el terreno de los asuntos que han de resolverse en una separación de pareja, hay que señalar que, en el marco de las relaciones familiares, rige ampliamente el principio de autonomía de la voluntad, con los límites establecidos a ésta en el art. 1255 C.C., principio que vio reforzada su eficacia en este ámbito desde las reformas introducidas por las leyes de 13 mayo y 7 de julio de 1981¹⁶⁰⁶. No obstante, ello convive con el carácter necesario del proceso para resolver el vínculo matrimonial y que se decide por resolución judicial. De manera que, en aplicación de ese principio, ante la ruptura, la pareja habrá de decidir de cara al futuro, como mínimo, las cuestiones objeto el convenio regulador fijadas en el art. 90 del C.C., que pueden tener entrada en el proceso planteado de mutuo acuerdo. En este punto, la mediación puede jugar un papel fundamental en orden a facilitar a las partes el clima adecuado para decidir sobre todas las importantes cuestiones que han de ser incorporadas como contenido básico de tal convenio¹⁶⁰⁷.

COY FERRER señala, que el fin principal para el que puede servir la mediación familiar, ante todo es estimular a los padres a que establezcan una relación más cooperativa, menos agresiva y finalmente, de ese modo, una vida tranquila y realizada para sus hijos, y establece como fines generales de este proceso: 1. Proporcionar un marco seguro en el que los padres puedan discutir y resolver sus asuntos y diferencias. 2. Estructurar las entrevistas de tal manera que todos los presentes tengan una oportunidad de hablar y ser escuchados y que el tiempo disponible se pueda utilizar de la mejor manera posible. 3. Ayudar a los padres a separar los papeles conyugales de los papeles que representan como padres, de modo que puedan centrarse en las necesidades de sus hijos. 4. Ayudar a

del acuerdo. –Obligatoriedad de la mediación, pues las tasas de acuerdo son más bajas cuando las partes no se muestran animadas para la mediación o no confían en el mediador”.

¹⁶⁰⁵DE LASHERAS HERRERO, P., “Mediación familiar intraprocésal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005”, Ob. cit., pp. 43-44.

¹⁶⁰⁶MARTÍN NÁJERA, T., “La mediación intrajudicial”, *Cuadernos de Derecho Judicial* V, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 225.

¹⁶⁰⁷Vid. De ANDRÉS SANZ, A. “La mediación intrajudicial. Su importancia”, *Tribuna Social Hoy*, Enero-Junio, 2005, pp.100-103.

los padres a centrarse en el presente en lugar de en el pasado. 5. Alentar a los padres a resolver, y cooperar amigablemente, en el tema de los hijos. 6. Estimular la auto-determinación. 7. Alentar a que se produzcan contactos suficientes, frecuentes y con regularidad, entre los niños mismos y entre éstos y los padres¹⁶⁰⁸.

En cuanto a las ventajas de la mediación familiar, este mismo autor, considera que son varias, atendiendo a la naturaleza especial que tiene la familia como núcleo del conflicto: 1. La familia en crisis se reestructuraría de forma que pudiera avanzar, aprendiendo a comunicarse y a manejar los conflictos. 2. La familia seguiría manteniendo el control sobre las consecuencias de sus actuaciones, en lugar de ceder el poder sobre la toma de decisiones al abogado o al juez. 3. Ayudaría a construir relaciones en lugar de destruirlas. 4. Menor coste desde el punto de vista de la salud mental: tanto los adultos como los niños asumirían mejor el proceso. 5. Menor costo económico. 6. Ayudaría a evitar la discriminación que actualmente sufren las mujeres y sus hijos¹⁶⁰⁹.

Si la práctica de la mediación, en todas las relaciones humanas, supone un aprendizaje y un adiestramiento en la resolución positiva de los conflictos, su interrelación con el proceso, no solo lleva consigo una importante disminución de costes económicos, temporales, sociales y afectivos, sino que puede ayudar eficazmente a la consecución de la verdad material de cada supuesto conflictivo, cosa que no sucede en los casos contenciosos¹⁶¹⁰. En efecto, sin pretensión de sustitución, sino para aumentar la eficacia de las medidas adoptadas, la mediación puede convertirse en apoyo a la función legalizadora del juez, sustentado en la participación conjunta de la pareja en la toma de decisiones. Permitirá, de esta forma, hacer reversible la pirámide del poder decisorio y colocar a cada elemento

¹⁶⁰⁸Vid. COY FERRER, A., “La mediación en los procesos de separación y/o divorcio”, *Apuntes de Psicología*, Vol. 30 (1-3), 2012, pp.37 y ss.

¹⁶⁰⁹COY FERRER, A., “La mediación en los procesos de separación y/o divorcio”, Ob. cit., p.41: “En la actualidad, las mujeres divorciadas y sus hijos sufren una disminución de un 73% en su nivel de vida, mientras que ex-maridos (y padres de esos niños) disfrutaban de un aumento del 42% en el suyo”.

¹⁶¹⁰SUARES, M., *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Ob. cit., p.53: “Téngase en cuenta que, en palabras de Warat, “apostar por el valor pedagógico de la mediación”, no solo para la prevención, administración y resolución de los conflictos, sino también como herramienta pedagógica para que el hombre encuentre en el conflicto el sentido de sí mismo, la humanización del Derecho, el carácter ético de cualquier vínculo con el otro y un sentido de la ciudadanía, de la democracia y de los derechos humanos que no queden ideológicamente comprometidos con lo heterónimo”.

del sistema en el nivel que le corresponde, el que más facilite el funcionamiento de la familia¹⁶¹¹.

4.2. LA FAMILIA: EVOLUCIÓN, SISTEMA FAMILIAR Y PODER.

Para abordar el tema de la familia como concepto, tenemos que partir de cada cultura y de los comportamientos de los individuos en sociedad¹⁶¹². La familia es una célula social esencial, pero constituir una familia y vivir en ella es una opción igual de válida que otras. Por tanto, al menos desde la modernidad y su evolución contemporánea, la voluntariedad es el elemento esencial, tanto en la decisión de formar una familia como en la de no formarla, así como en la decisión de la forma que vaya adoptar aquella¹⁶¹³.

Para conocer los modelos de familia sobre los que el ordenamiento jurídico opera en el siglo XXI y en los que se puede intervenir en mediación familiar, es conveniente aproximarnos a la institución familiar partiendo de sus fines y de su función social. El ser humano es una unidad de factores interrelacionados entre sí, difícilmente separables en algunos aspectos, lo que conlleva una gran complejidad de abordaje y tratamiento¹⁶¹⁴. A pesar de los importantes cambios habidos en la sociedad actual en cuanto a las nuevas formas de constitución y concepción familiar, la investigación señala que más de la mitad de los hogares mantiene la misma estructura familiar, y que los cambios habidos no han afectado a las funciones familiares en sí mismas, aunque sí en la manera o en las formas y roles que son necesarios para llevarlas a cabo. Además de la

¹⁶¹¹ Vid. BOLAÑOS, I., “Mediación Familiar en contextos judiciales”, Ob. cit., p.177.

¹⁶¹² GARRIDO GÓMEZ, M^aI., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, p.53: “Se calcula que los hogares unipersonales en España, son aproximadamente el 13% y suelen tener su causa, junto a la voluntad propia, en la viudedad o en el divorcio. Los hogares unipersonales no son familia, pero las personas que los constituyen, están incardinados en redes familiares (hijos solteros o divorciados con sus padres, madres viudas con sus hijos) formando parte, en muchos casos, de la denominada familia extensa modificada”.

¹⁶¹³ GARCÍA VILLALUENGA, L. *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p.25.

¹⁶¹⁴ ALBERDI, I., *La nueva familia española*, Taurus, Madrid, 1999, p.127.

familia, todo ser humano está a su vez integrado en contextos, más o menos amplios, que configuran otros sistemas organizativos¹⁶¹⁵.

En las definiciones que los distintos autores han venido dando acerca de la familia, siempre se han explicitado las funciones básicas propias de los padres, funciones que organizan, estructuran y vertebran el sistema familiar y que podríamos reducirlas a dos: amor y autoridad¹⁶¹⁶. Ambas se interrelacionan y complementan mutuamente, pues son funciones que deben ser satisfactorias por y para todos los miembros de la familia, pero no pueden ni deben ser realizadas por y para todos los miembros del mismo modo ni en igual medida¹⁶¹⁷. Las diferencias sexuales y generacionales marcan notables diferencias entre las distintas personas que forman el sistema familiar¹⁶¹⁸.

RIOS GONZÁLEZ Y RIOS LAGOS, han indicado, que el concepto de estructura dentro de la familia es *importante*; y por estructura se entiende el conjunto de códigos reguladores de la relación entre los miembros del sistema familiar o conyugal¹⁶¹⁹. La estructura es el elemento esencial para el funcionamiento o de la familia integrando en ella la cuestión del establecimiento de límites entre subsistemas y miembro y la conquista de una adecuada jerarquización que permita que cada miembro realice unas tareas concretas, especialmente aquellas que son inherentes al ejercicio de las funciones parentales. Los cambios que se dan en la familia inciden en sus miembros y también en las funciones que realizan¹⁶²⁰

Las funciones de la familia sirven a dos objetivos, uno interno, la protección psicosocial de sus miembros; el otro externo, la acomodación a una cultura y la transmisión de esa cultura. La familia, según se viene exponiendo, es

¹⁶¹⁵Un microcontexto, es el sistema familiar, mientras un mesocontexto es la comunidad, barrio, localidad, etc. a la que se pertenece. Por último, un macrocontexto, es la estructura o entramado social del que forma parte.

¹⁶¹⁶MUSITU, G., ROMAN, J.M. y GRACIA E., *Familia y educación. Prácticas educativas de los padres y socialización de los hijos*, Labor Universitaria, Barcelona, 1988, p. 93.

¹⁶¹⁷ALBERDI, I. *La nueva familia española*, Ob. cit., p. 128.

¹⁶¹⁸MUSITU, G., ROMAN, J.M. y GUTIÉRREZ, M., *Educación familiar y socialización de los hijos*, Idea Book, Barcelona, 1993, p.76: “La autoridad y amor ejercida por los padres hacia los hijos no es reversible por parte de éstos en el mismo grado y manera, aunque estas funciones deban ser compartidas. Las diferencias de edad entre los hijos también obliga a los padres a establecer diferencias en el modo de ejercer las funciones básicas de amor y autoridad, debiendo realizar modificaciones a través del tiempo, que se ajustarán en cada momento al crecimiento y desarrollo evolutivo de los miembros que componen el sistema familiar.”

¹⁶¹⁹ Vid. RIOS GONZÁLEZ, J.A Y RIOS LAGOS, J.A., “El ciclo vital de la familia”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2011, pp.231 y ss.

¹⁶²⁰ RIOS GONZÁLEZ, J.A Y RIOS LAGOS, J.A. “El ciclo vital de la familia”, Ob. cit., p. 242.

un grupo vital con historia¹⁶²¹. Es una red comunicacional natural que atraviesa fases en su desarrollo, que suponen crisis naturales, por las que la familia se transforma, crece, madura y/o se rompe¹⁶²². El crecimiento supone sucesivas readaptaciones y cambios personales, de pareja, en los hijos, sociales... que implican el ejercicio de nuevos roles muy significativos que, al cambiar,¹⁶²³ cambian elementos de la identidad de la persona¹⁶²⁴.

El sentido de identidad de cada individuo es influido por el sentido de pertenencia a distintos grupos. Esto se logra a través de la familia que otorga al niño el sentido de pertenencia y de individuación conjuntamente, estableciendo los límites de lo que él es y no es. La pertenencia a cada contexto trasmite su sistema de valores y reglas de funcionamiento que se aprenden tempranamente. No se trata de un estado, de algo estático, sino de un proceso cambiante, dinámico donde cobra especial sentido la dimensión de interacción relacional¹⁶²⁵.

4.2.1. EVOLUCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LA FAMILIA.

La familia es la única institución social que según se establece por la antropología y la sociología, ha estado y está presente en todas las civilizaciones,

¹⁶²¹Vid. BECK-GERNSHEIM, E., *La reinención de la familia*, trad. de Pedro Madrigal, Paidós Contextos, Barcelona, 2003, p.13 y ss.

¹⁶²²CASTELL, M. y SUBIRATS, M., *Mujeres y Hombres ¿Un amor imposible?*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, p.39: “Agobiada por la difícil conciliación entre vida laboral y familiar, sin querer renunciar a una u otra, la mujer, ni se recrea ni se autodestruye, se transforma. Se casa menos y más tarde, tienen menos hijos y más tarde, y cede menos y más tarde a las exigencias del hombre. Y cuando no puede más, se larga (o la larga su pareja cuando ya no la puede soportar) y reconstruye su vida bajo diversas formas, desde la familia compuesta de fragmentos de familias previas hasta la red de mujeres con sus retoños pasando por el monoparentalismo temperado. Y como los hombres hacen más o menos lo mismo, pero con menos maña y peor humor, la familia evoluciona a trancas y barrancas hacia formas postpatriarcales de perfil todavía difuso”.

¹⁶²³HERRERA SANTI, P., “Rol de género y funcionamiento familiar”, *Revista Cubana Medicina General Integral*, Nº 16, 2000. pp.568-57: “Este proceso de tipificación sexual se observa en las familias, no solo en el proceso de transmisión de estos valores a las nuevas generaciones, sino como parte intrínseca, importante e indiscutible de las pautas relacionales que se establecen entre sus miembros, que conlleva, en no pocas ocasiones, a alteraciones en las relaciones familiares y en el funcionamiento familiar”.

¹⁶²⁴Vid. RODRIGO, M. y PALACIO, J., “Familia como contexto del desarrollo humano”, en RODRIGO, M. y PALACIO, J., *Familia y Desarrollo humano*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 25 a 44. La persona pasa por sucesivas identidades y roles, ejerciéndose más de uno en determinados momentos del ciclo vital: hija, esposa, madre joven, madre madura, abuela..., amiga, profesora, compañera... De igual modo, los niños a lo largo de su desarrollo van asumiendo progresivamente nuevos roles diferenciales.

¹⁶²⁵Vid. WATZLAWICK, P., *Teoría de la comunicación humana. Interacciones, patologías y paradojas*, trad. de Noemí Rosenblatt, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1971, p. 122.

sean del tipo que fueren, que han existido o existen, cumpliendo una importante función como agente socializador de sus miembros¹⁶²⁶.

En sus comienzos, la familia romana estaba conformada por un grupo de personas que vivían, bajo el mismo techo, sometidas a la autoridad del *paterfamilias*. Se presentaba como una fuerte unidad jurídico-religioso-económica, ordenada sobre un poder central¹⁶²⁷. Pasado el tiempo, por influencia de los Pretores, la familia del *ius gentium*, compuesta por una unidad de sangre y basada en la *cognatio*, es decir, en el lazo natural derivado de la procreación, se extendió progresivamente hasta llegar con Justiniano a ocupar el puesto de la familia del *ius civile* fundamentada en los poderes domésticos.

El Derecho alemán, comenzó distinguiendo la casa (*Haus*) o comunidad erigida sobre la potestad de su señor, que comprendía al mismo, a la mujer, a los hijos, a los siervos y a los extraños acogidos a la hospitalidad de la casa, y la esfera más amplia (*Sippe*), o comunidad representada por lo agnados no sujetos a potestad ajena. Esta organización jurídica, evolucionó y desembocó, al igual que el Derecho Romano en la familia Cognaticia¹⁶²⁸.

En las sociedades occidentales industrializadas de los años cincuenta y sesenta, *se cantó la glorificación de la familia*, según BURGUIÈRE. En la República Federal Alemana, la familia fue anclada en la Constitución y acogida bajo la especial protección del Estado. En la vida cotidiana la familia constituía el modelo de vida reconocido y al que se aspiraba, la teoría social entonces dominante, la consideraba necesaria para el funcionamiento del Estado y de la sociedad¹⁶²⁹. Pero luego a finales de los años sesenta y comienzos de los setenta, llegaron el movimiento estudiantil y el movimiento feminista, que llamaban a la rebelión contra las estructuras tradicionales. Esta situación se complicó aún más a comienzos del siglo XXI, las consignas de principios de los setenta contra la

¹⁶²⁶BURGUIÈRE, A. y otros, *Historia de la Familia*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 27.

¹⁶²⁷GARRIDO GÓMEZ, M^ªL., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Ob. cit., p.25.

¹⁶²⁸Vid. CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil, español común y foral*, T. 5. Vol. I (Relaciones conyugales), Reus, Madrid, 1994, p.48 y ss.

¹⁶²⁹BECK-GERNSHEIM, E., *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Paidós, Barcelona, 2003, p.11: “La retórica familiar fundamental es más bien, una reacción, un intento de contra- movimiento y no un retorno de hecho a formas y normas de otros tiempos. Algunos grupos persisten en la imagen tradicional de la familia, otros están decididamente en contra y, en la mayoría, se da una mezcla contradictoria de nostalgia por lo tradicional y de nuevas expectativas, que las generaciones y los sexos, comparten indistintamente”.

familia se diluyeron y en su lugar, se retornó a los “*valores familiares*”¹⁶³⁰. La familia fue cambiando, y se han vuelto plurales las formas de su creación y su configuración estructural, por lo que ya es difícil hablar simplemente del concepto de familia, pues muchos de los conceptos habituales, ya no concuerdan con la realidad, suenan anticuados y puede que incluso un poco sospechosos, al ser incapaces de reproducir el sentimiento de realidad vital de las nuevas generaciones¹⁶³¹.

Por su parte, ROUSSEL, realizó un análisis del cual se deducen que existen tres clases de uniones:

El *matrimonio tradicional o institucional* que pretende asegurar la supervivencia a través del apoyo de las generaciones, fructificando en la transmisión del patrimonio y la garantía del orden social.

El *matrimonio alianza* que es una flexibilización del tradicional en el que uno no se casa solamente para establecer una familia, engendrar hijos y transmitir un nombre y un patrimonio, sino que adquiere relieve el deseo de ser feliz. La desaparición del amor no desemboca en la separación o el divorcio, porque el afecto y el deber tienen un peso semejante.

El *matrimonio fusión* que es el más corriente en la Unión europea¹⁶³², cuyo cimiento es la solidaridad efectiva. Lo más importante es el amor y todo lo demás queda relegado, de manera que una vez terminado éste, no hay razón para seguir juntos¹⁶³³.

¹⁶³⁰Vid. BECK-GERNSHEIM, E. *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Ob. cit., p. 15.

¹⁶³¹Vid. PANIZO ORALLO, S., “¿Tienen futuro el matrimonio y la familia? Ensayo filosófico-jurídico”, en PANIZO ORALLO, S, GARCÍA CANTELO, G., GIRALT, N. y TAMAHO HAYA, S. (Coords.), *¿Crisis de sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y la familia*, CEU Ediciones, Madrid, 2009, pp.21-81. Cit. p.34:”Por su agotamiento y caducidad conceptuales en la hora presente, por su ineptitud –tal y como han venido moduladas tradicionalmente –para encajes de nuevas formas de convivencias afectivas, no sólo han de apearse sus nombre y títulos de sus conceptos clásicos, sino que han de pasar ya al desván de los recuerdos, al cuarto oscuro de los trastos viejos o –dicho en modos de concebir las “deconstrucciones” al uso, como juegos de libertad o elasticidad con casi todo- han de prestarse con docilidad y por lógica histórica y e imperativos de “progreso” a planes de ruptura de los “encasillados” metafísicos de la civilización occidental para abrirse a necesarias subversiones incentivadas –por necesidades de coyuntura o por conveniencia de una cultura de medios y no de fines- por un “pensamiento débil” o por el totalitarismo de lo entendido como “políticamente correcto” en ese reino del monopolio de los significados –aunque se trate de verdaderas perversiones conceptuales-de la realidad”

¹⁶³²MONTESINOS SANCHEZ, N., *Familia y derecho: aproximación a la configuración jurídica y social del modelo familiar*, en *Uniones de hecho: XI Jornades Juridiques*, en MARTINELL Y ARECES, (Ed.), Edicions de la Universitat de Lleida, Lleida, 1998, p.529.

¹⁶³³Vid. ROUSSEL, L., “Mariages et divorces, contribution à un analyse systematique des modèles matrimoniaux”, *Population*, Noviembre-Diciembre, 1980, pp.1025 y ss.

El matrimonio contraído civilmente, y los hijos forman la familia nuclear. El marido no es el único que aporta los recursos económicos y su autoridad es compartida. Y la relación asociación o compañía definida por la cohabitación, en la que el casamiento no es un requisito indispensable. El tiempo de subsistencia está en función de la satisfacción que revierte a las partes y del contrato, su resolución depende de ellos.

Las variantes familiares difieren entre la Europa del Norte, de una parte, y la Europa del sur e Irlanda de otra¹⁶³⁴. Dentro de estas últimas, los hijos viven a menudo con la familia de origen hasta que están preparados para fundar su propio hogar, en general basado en el matrimonio, notándose la persistencia de varias generaciones agrupadas en Grecia, España y Portugal. Las relaciones que aquí se dan, se caracterizan por la colisión, el amparo y la solidaridad. En Europa del Norte, predominan las notas del individualismo y el aislamiento, la transición entre la familia y el nuevo hogar es menos directa, y hay más casos de autonomía y cohabitación¹⁶³⁵.

Las distintas formas jurídicas que puede adquirir el grupo familiar derivan de la libertad, en consonancia con las ideas morales, políticas y religiosas vigentes, pero esa libertad formal debe respetar la estructura humana de la familia¹⁶³⁶. Así, se podría establecer un concepto válido de familia, con arreglo a la realidad permanente que encierra, expresada como un principio antropológico, de la que nuestra civilización europea y occidental tiene unos rasgos propios.

En la familia, ocurren interacciones que favorecen la creación de hábitos del propio conjunto familiar, pero también las normas sociales, porque la familia, contribuye a la construcción de los fundamentos sociales del comportamiento humano; en esto además confluyen y se ven reflejados factores económicos,

¹⁶³⁴Vid. FLAQUER, LL., "Las funciones sociales de la familia", *Documentación social, Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, Nº 98 (dedicado a la Familia), Enero-Marzo, 1995, p. 47.

¹⁶³⁵PASTOR RAMOS, G., "Sociología de la Familia: Enfoque institucional y grupal", *Sígueme*, Salamanca, 1988, p.132: "El grado de diversidad en los modelos familiares es un reflejo de los valores imperantes que juegan un importante papel en las estructuras familiares. Especialmente influyentes han sido los cambios que ha implicado la sociedad industrial de naturaleza económica (consumos, salarios, Seguridad Social, propiedad privada, confort...), cultural (cambio de valores, pluralismo ideológico y ético, aumento del nivel educativo, progreso científico), tecnológica (multiplicación de la maquinaria, intervenciones científicas, informatización), laboral (especialización profesional, trabajos en serie, burocratización de las instituciones y servicios), Urbanística (movilidad geográfica, tipos de vivienda, servicios públicos, relaciones sociales superficiales) y social (apertura del sistema de clase, democratización de las relaciones, aparición de grandes instituciones)."

¹⁶³⁶Vid. FLAQUER, LL., *El destino de la familia*, Ariel, Barcelona, 1998, p.53.

jurídicos y políticos junto a otros religiosos, culturales y sociales¹⁶³⁷. Y por ello no se puede hablar, ni actualmente ni históricamente, de un modelo único de familia, ya que ésta se halla en continuo proceso de cambio a través del tiempo, dada su permeabilidad a los referidos factores que la rodean¹⁶³⁸.

Lo que sí podemos decir, es que existen principios comunes que se dan en los diferentes modelos de familia que han sido aceptados desde siempre, y prácticamente por todos, en nuestra sociedad, lo que no significa que la familia esté sustraída al ordenamiento estatal, sino que tal ordenamiento debe respetar las líneas maestras del modelo aceptado como regla general y en particular el desarrollo interno de la vida familiar. Por ello, ROUSELL considera que: “*No es que la familia esté sustraída al ordenamiento jurídico, sino que el ordenamiento, debe respetar las líneas maestras del modelo comúnmente aceptado y en particular el desarrollo interno de la vida familiar, ya que se halla en continuo proceso de cambio a través del tiempo, dada su permeabilidad a los factores que la rodean*”¹⁶³⁹.

Por su parte, MURDOCK define la familia como: “*Un grupo social caracterizado por una residencia en común, cooperación económica y reproducción. Incluye adultos de ambos sexos, de los que al menos dos mantienen una relación sexual socialmente aceptada y uno o más hijos, propio o adoptados, de los adultos que cohabitan sexualmente*”¹⁶⁴⁰. En referencia a esta definición, TABERNER GUASP, entiende que puede servir tanto para una familia que integra sus funciones en una red parental como para una familia nuclear, aislada, monogámica o poligámica, de pareja casada o de hecho (donde de hecho se acepta normalmente), aunque en esta definición que no compartimos, no se incluiría la

¹⁶³⁷ La exposición de motivos de la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio que “El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social y es cauce a través del cual, los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad”.

¹⁶³⁸ SANCHEZ AGESTA, L., “La ordenación de la familia en la Constitución de 1978”, *Protección jurídica de la familia. Anales de moral social y económica*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos (conferencia de julio de 1980, Madrid, 1982, p.53.

¹⁶³⁹ ROUSELL, L., “Mariages et divorces, contribution à un analyse systematique des modèles matrimoniaux”, p.1025. El autor entiende que actualmente existe una pluralidad de modelos familiares y no simplemente de tipos de familia. Así el tipo se construye a partir de una constelación de rasgos, mientras que el modelo se basa en las distintas finalidades que dan su verdadera dimensión a estos rasgos y que hacen coherentes las actitudes y los comportamientos. Un modelo familiar, dice este autor que se definiría por el proyecto general que una pareja, situada en un ambiente socio-cultural dado, se propone realizar a través de las estrategias pertinentes.

¹⁶⁴⁰ MURDOCK, G.P., *Social structure*, Mac Millan, Nueva York, 1941, p.1.

pareja homosexual, pero sí la monoparental la familia sin hijos y otras circunstancialmente incompletas¹⁶⁴¹.

Es casi imposible hablar de un concepto de familia que pueda considerarse válido para todos los tiempos; por ello es mejor hablar de “familias” para referirnos a los modelos, según los cuales los grupos humanos se han organizado históricamente según las ideas vigentes en cada momento histórico según las necesidades económicas a las que sirve; por esto puede definirse la familia en cada momento de su evolución de forma distinta con arreglo a cada criterio¹⁶⁴².

En la doctrina civilista, ALBALADEJO considera que la familia se edifica sobre el matrimonio o sobre el parentesco procedente del mismo, por lo que incluiría no sólo al grupo matrimonio más hijos, bajo potestad, sino también al grupo de personas ligadas por vínculos de parentesco matrimonial de sangre (padres, hijos, tíos, abuelos, primos, etc) o de parentesco político o parentesco de afinidad, o el vínculo conyugal¹⁶⁴³. No obstante, también reconoce este autor, que junto con esta familia, denominada matrimonial, la palabra familia, también denomina al grupo que tiene su origen en una situación de hecho, derivando de ello, ciertas consecuencias jurídicas que varían según los casos¹⁶⁴⁴. Pero de

¹⁶⁴¹ TABERNER GUASP, J., *Familia y Educación*, Tecnos, Madrid, 2012, p.93.

¹⁶⁴² ALONSO PEREZ, M., “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho Civil”, *Actualidad Civil*, N°1, 5 al 11 de enero de 1998, pp.18-19: “La familia tradicional obedece al patrón de familia burguesa, de fuerte estructura agrícola o artesanal. Familia conyugal que coexiste con modelos frecuentes, sobre todo en las sociedades rurales, de familias amplias o consanguíneas, con factura moderadamente patriarcal...b) la mujer, que ostenta la potestad de las llaves (art. 62) estaba subordinada al marido tanto en el aspecto personal (deber de obediencia, según el antiguo artículo 57, copia literal del artículo 213 del Code Francés), como en el patrimonial (el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal” rezaba el viejo artículo 59.1 del Código Civil). A cambio, el propio art. 57 le otorga protección marital. c) Naturalmente, la subordinación de la mujer al marido –compatible con el dominio de aquella en la esfera doméstica- es una forma de expresar la plena potestas del padre y marido: hijos y esposa le están sometidos...d) La burguesía católica de signo conservador acabará imponiendo el matrimonio canónico, obligatorio para cuantos profesen la Religión Católica... tanto el matrimonio canónico como el civil eran indisolubles para el código...e) el modelo burgués de familia, penetrado por viejos rasgos patriarcales, se refleja por doquier en nuestro Código de 1889. En medio de este paraje familiar, un tanto desolador, ...recogido en el Código Civil de 1889 y en gran medida vigente casi un siglo, hasta 1978, se abren oasis aquí y allá...que intentan romper el modelo de familia burguesa, y dan paso al modelo propio de la moderna sociedad súper tecnificada, que adquiere pleno desarrollo en la segunda mitad del S. XX.”

¹⁶⁴³ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil Tomo IV*, Derecho de Familia, Bosch, Barcelona, 2002, p.9: “Igual podemos decir del matrimonio, otra institución muy relacionada y tradicionalmente considerada por excelencia como constitutiva de la familia, y que ha estado sometida a importantes transformaciones a lo largo de los últimos años y tanto uno como otra, se han visto afectados, necesariamente, por la realidad social de cada momento”.

¹⁶⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, T. IV*, Familia, Edición revisada por RAMS ALBESA, J., Dykinson, Madrid, 2002, p.2: “Al lado del tipo principal de familia, existen relaciones familiares extramatrimoniales que constituyen también familia, como lo es la compuesta por un solo progenitor y los hijos, o por una pareja no casada”.

cualquier modo, lo que está claro es que en la actualidad, es doctrina pacífica el reconocimiento de la familia de origen diverso y ello, con amplia sanción legal¹⁶⁴⁵. No se puede identificar, por tanto, familia y matrimonio, ya que se trata de dos realidades distintas. La primera institución, es una de las puertas de entrada a la segunda, pero no la única, ya que cada vez resultan más numerosos y diversos los tipos de uniones que se constituyen como alternativa al matrimonio, no a la familia. Por ello en numerosos y diversos los tipos de uniones que se constituyen como alternativa al matrimonio, no a la familia¹⁶⁴⁶.

Cuando hablamos de familia tradicional, se hace referencia a un reconocimiento externo que viene dado por la celebración del matrimonio solemne, religioso o civil, por las uniones de hecho o por el reconocimiento de la filiación natural, modalidad incompleta reducida a la relación biológica madre e hijo¹⁶⁴⁷. Aquí el matrimonio significa el modo de integración familiar y un elemento de organización de la sociedad, definido generalmente como, *la unión socialmente sancionadora de un hombre con una mujer en una relación conyugal*¹⁶⁴⁸. Sus caracteres son el vínculo conyugal entre los esposos y el

¹⁶⁴⁵O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV, Familia*, Ed. EDERSA, Madrid, 1999, p.11: "La familia es el conjunto de personas físicas relacionadas entre sí por vínculos conyugales o de parentesco" "Se trata de un conjunto de personas físicas: seres humanos nacidos (art.29) que cumplan las *conditiones iuris* para serles reconocida su personalidad (art.30) incluyéndose al *nasciturus*, a los efectos favorables (art. 29, segundo inciso) pero no a los difuntos-antepasados, pues dejaron de ser personas, sujetos de derecho (art.32).

¹⁶⁴⁶GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob.cit., p. 26: "En determinados países del norte de Europa, el número de uniones de hecho, supera al de matrimonios, sin olvidar la importancia que en la creación de familias monoparentales está teniendo la adopción o la procreación a través de técnicas de reproducción asistida. También podemos considerar como germen de la familia, la adopción incluso por una persona soltera. El mismo concepto de relaciones familiares entendemos que sería aplicable respecto de las derivadas de la mera convivencia en el ámbito familiar de los hijos de uno de los cónyuges con el otro cónyuge, o las que surtan del acogimiento familiar. Y todas ellas tienen trascendencia, al estudiar la mediación familiar, ya que tanto en la práctica como, como en las leyes de mediación vigentes, son las familias en sentido amplio, y todas estas relaciones familiares a quienes puede ir destinada la mediación".

¹⁶⁴⁷Los orígenes del derecho matrimonial moderno, son canónicos, convirtiéndose el matrimonio-sacramento en una institución divina. El concepto cristiano que se extiende en la cultura europea hasta la década de los setenta, sería el del vínculo monogámico entre personas de sexo diferente, generador de un grupo familiar reconocido por el Derecho, como fuente de derechos y obligaciones. Este vínculo nace del consentimiento de las partes y es natural (esencial en los ordenamientos no divorcistas), dura hasta la muerte de alguna de las partes y en él la disolución, si existe, sólo puede provenir de una voluntad manifestada después de nacido el vínculo. Desde esta noción, el matrimonio es una realidad racional que tiene su origen en la inclinación de la voluntad imperada y regulada por un acto de razón, no es una estructura externa impuesta por el ordenamiento jurídico.

¹⁶⁴⁸Tras la Revolución Francesa, en Europa, se extendió un tipo de familia heredado directamente del Antiguo Régimen, formado por un matrimonio legal, vitalicio, con exclusividad de servicios

consanguíneo, o adoptivo, entre los padres y los hijos; la residencia común como realidad o como referencia; y el desempeño de los roles familiares.

La mayoría de la doctrina, concluye que en la actualidad, los tres tipos de familia más frecuentes son:

1.- La familia nuclear. DEL CAMPO la define como: *“Un grupo de adultos de sexo opuesto que viven una relación sexual aprobada socialmente, junto con sus hijos biológicos o adoptados y cumple con las siguientes funciones: 1) satisfacer sexualmente a sus miembros, 2) ser unidad reproductora, 3) tener una residencia común, 4) responsabilizarse total o parcialmente de la socialización de la prole y 5) constituir una unidad básica de cooperación económica”*¹⁶⁴⁹. Este modelo de familia es el que predomina en las sociedades actuales¹⁶⁵⁰. La familia está formada con carácter exclusivo por los progenitores y los hijos, conviviendo en un mismo hogar, y es esto lo que la diferencia de la familia extensa, propia de las sociedades preindustriales, en las que varias generaciones convivían bajo el mismo techo, es decir, dicha familia incluía la existencia de varios núcleos familiares primarios en el mismo hogar¹⁶⁵¹.

Sin embargo, LACRUZ BERDEJO, cree que este modelo familiar constituye: *“Una comunidad total de vida entre padres e hijos: un ámbito vital cerrado y autónomo frente al Estado y a la sociedad. Esto viene ordenado por la naturaleza de la familia, que es un hecho connatural al hombre”*¹⁶⁵².

Esta puede ser la razón por la que la familia nuclear cuenta con más del 50% del total de las familias de Europa y que según sondeos realizados por el euro barómetro, aparezca como la institución más valorada. Sin embargo si tenemos en cuenta los estudios realizados en Francia, Alemania, Canadá (Quebec) y Estados Unidos, las relaciones intergeneracionales, fundamentalmente, las que mantienen padres e hijos adultos, siguen ocupando un lugar importante dentro del conjunto de relaciones sociales externas al núcleo familiar y tienen una duración

sexuales entre un hombre y una mujer, con hijos, en el que en principio, aquél, es el que mantiene materialmente dicha unidad y ejerce su última autoridad.

¹⁶⁴⁹DEL CAMPO URBANO, S., *Familias: Sociología y política*, Ed. Complutense, Madrid, 1995, p. 18.

¹⁶⁵⁰Este tipo de familia surge como consecuencia de los profundos cambios que se producen en las sociedades occidentales tras la revolución Industrial y que dan origen a un distinto escenario socioeconómico con una clara repercusión, también sobre la institución familiar.

¹⁶⁵¹Esto hace que se planteen nuevos retos tanto a los individuos, como a aquélla (incremento de movilidad geográfica y social, separación de la familia y el trabajo, que permanecen unidas en la sociedad agraria...)

¹⁶⁵²LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, Ob. cit., p.15.

coincidente con la vida de los padres, es decir, cuando los hijos abandonan el domicilio paterno, no se produce la ruptura de las relaciones con sus progenitores¹⁶⁵³. Este tipo de relación se ha denominado, “*intimidad en la distancia*”, es característica de las estructuras familiares de las sociedades industriales avanzadas, ya que representa: “*Una conciliación del deseo individualista por la autonomía y la necesidad de apoyo mutuo que hace posible la vida familiar*”¹⁶⁵⁴.

Los avances científicos, entre otras razones, permiten, que cada vez en mayor medida, coexistan distintas generaciones de una misma familia, aunque dicha coexistencia no implique la necesaria convivencia de todos en el mismo hogar. En opinión de algunos autores, esta situación ha dado lugar a un tipo de familia que podríamos identificar como familia extensa modificada, que suele utilizarse para describir la relación con la denominada “*tercera edad*”. Se caracteriza dicha relación por la frecuente interacción, la existencia de estrechos lazos afectivos, el intercambio bilateral de bienes y servicios, la ayuda mutua, el contacto voluntario y la cercanía de al menos uno de los miembros para poder visitarlo con frecuencia. En definitiva, el proceso que subyace en todas esas relaciones es del de intimidad en la distancia.

En esta línea, hay que tener en cuenta la Ley 42/2003, de 21 de noviembre de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, en cuya Exposición de motivos¹⁶⁵⁵ se destaca la importancia de estas relaciones. Según el fundamento de

¹⁶⁵³GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob.cit., p. 27: “Respecto a ello, se ha planteado el tema de que junto a la solidaridad nuclear, término acuñado por los sociólogos para referirse a la conciencia de una familia como una unidad, no sólo social, sino también emocional, de una fuerte identidad como unidad diferenciada y que se daría entre padres e hijos, surge como alternativa a dicho tipo de solidaridad, la solidaridad intergeneracional”.

¹⁶⁵⁴BAHR, H. y DECHAUX, J-H, STIEHR, K., “Evolución de los vínculos Familiares: padres e hijos adultos”, en LANGLOIS, S y DEL CAMPO URBANO S. (Edit.), *¿Convergencia o divergencia? Comparación de tendencias sociales recientes en las sociedades industriales*, Fundación BBV, Madrid, 1995, p.355.

¹⁶⁵⁵La Exposición de Motivos de la Ley 42/2003 de 21 de noviembre, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, señala: “Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil...la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia”. En este sentido, las normas vigentes del Código Civil, dispensan un tratamiento exiguo a un elemento de significativa importancia en el desarrollo personal de los menores, esto es, las relaciones de los nietos con sus abuelos. El legislador no

esta Ley, existe una clara voluntad de reconocer la importancia y trascendencia de las relaciones entre los miembros de la denominada familia extensa modificada, especialmente de los ancianos, con todos los demás y viceversa; lo que ha llevado a ciertos autores a defender que esta es la forma de familia más frecuente en la actualidad y que dicho modelo no tiene por qué considerarse como contradictorio con la idea de “*nueva familia nuclear*” y ello porque posiblemente, se hayan intensificado los lazos de interdependencia entre varias generaciones y que tanto la familia nuclear, como la familia extensa modificada, reflejan las dinámicas familiares dentro de las sociedades contemporáneas.

2.- La familia monoparental, formada por el padre o la madre y los hijos, sin la presencia del otro cónyuge o progenitor. Hay que traer a colación a este respecto la distinción de IGLESIAS DE USSEL entre los diversos supuestos de familias monoparentales podemos encontrar¹⁶⁵⁶:

- a) Vinculadas a la natalidad: Las madres solteras;
- b) Vinculadas a la relación matrimonial:
 - a. Abandono de familia.
 - b. Anulación del matrimonio.
 - c. Separación de hecho.
 - d. Separación legal del matrimonio.
 - e. Divorcio.
 - f. Viudedad.
- c) Vinculadas al ordenamiento jurídico: Adopción por solteros.
- d) Vinculados a situaciones sociales:
 - a. Hospitalización
 - b. Emigración

puede olvidar que el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno filiales que, aunque prioritarias, no pueden aislarse del resto de relaciones familiares...En efecto, cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura sentimental, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis. Esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados que también pueden coadyuvar al mismo fin”.

¹⁶⁵⁶Vid. IGLESIAS DE USSEL, J., “La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares”, *Seminario Hispano Francés* celebrado en Madrid en Diciembre de 1987, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1988, p. 28 y ss.

- e) Trabajo de pareja en localidades distanciadas.
- f) Encarcelación.

Entre las causas que motivan la existencia de formas monoparentales de organización familiar, se encuentran las crisis matrimoniales o de pareja, separación, nulidad y divorcio, que son por tanto, determinantes en la consolidación de tales relaciones¹⁶⁵⁷.

En los estudios estadísticos, puede comprobarse el aumento de las separaciones y divorcios que se han experimentado durante los últimos años, a la vez que se hace patente el predominio notable de las parejas monoparentales, encabezadas por mujer, a lo que se une, en algunos casos una precaria situación económica que puede connotar situaciones de pobreza¹⁶⁵⁸.

3.- La familia recompuesta. Es aquélla que está constituida por personas que han formado parte de otras uniones y que aportan hijos de ellas¹⁶⁵⁹. Algunos sociólogos sostienen que esta es la forma del futuro que rompe la familia tradicional y que de alguna manera restaura la idea de estirpe; en cualquier caso,

¹⁶⁵⁷AGULLÓ TOMÁS, M.S. Y SANCHEZ MORENO, E. “El orden social”, en ALVARO ESTRAMIANA, J.L.(Ed.), *Fundamentos sociales del comportamiento humano*, UOC, Barcelona, 2003, p.183: “El caso español es especialmente interesante, puesto las mujeres que encabezan una familia monoparental tienen un mayor orientación laboral que el conjunto de las madres (su tasa de actividad es del 65%, frente al 38% general, y una tasa de desempleo del 28.3%). Resulta curioso que la gran diferencia de las tasas de actividad de las mujeres encabezando una familia monoparental y las mujeres con pareja (familia nuclear) responde al mismo proceso subyacente: las presiones familiares, la necesidad de atender al ámbito familiar. En un caso, son un freno para la incorporación al mercado laboral (familia nuclear). En otro, son un imperativo para incorporarse (la mujer es la única fuente de ingresos en la familia monoparental). De hecho, en España, las diferencias en la tasa de actividad de ambos grupos son las mayores dentro del contexto europeo, hecho que se puede deber, bien a 1) La reducida tasa general de actividad en la mujer española o 2) la poca cobertura por parte del estado a las mujeres que encabezan una familia con hijos”.

¹⁶⁵⁸GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p.30: “Hay que tener en cuenta, que después de la ruptura se reducen los ingresos de la familia. A esta situación se une el hecho de que, por un lado, la mujer tiene en la práctica, aún, ciertos hándicaps para obtener un trabajo en igualdad de condiciones, y por otro, que podría hablarse de un cierto “castigo” por parte del mercado de trabajo a las mujeres con hijos, ya que las empresas, en muchos casos, lejos de entender la necesidad para estas personas de un régimen más flexible, consideran que dicha cuestión atañe exclusivamente a la mujer, lo que hay que valorar a los efectos de la custodia compartida”. Vid;En el mismo sentido, VELA SANCHEZ, A., *Las familias mono parentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Comares, Granada, 2005, p.15: “Otro rasgo primordial de las familias monoparentales, inherente a la propia naturaleza de la institución, es el de su mayor presencia entre los contingentes menos privilegiados de la sociedad, esto es su tendencia al empobrecimiento, sobre todo, cuando están regidas por mujeres. En efecto, el número de mujeres ocupadas en el mercado laboral es proporcionalmente más bajo que el de los hombres, e incluso, en el caso de estar empleadas, perciben salarios menores y sus puestos de trabajo son de menor status o con menores posibilidades de ascenso, entre otros factores, por las peores condiciones del puesto y del contrato laboral”.

¹⁶⁵⁹Vid. RUIZ BECERRIL, D., *Después del Divorcio. Efectos de la ruptura matrimonial en España*, CIS, Madrid, 1999, p.158.

es un hecho que tras la ruptura de una relación, sea ésta o no matrimonial, un significativo porcentaje de personas que se encuentran en esta situación, se relacionan de nuevo con otra pareja, bien sea de forma ocasional o estable, e incluso, contraen nupcias de nuevo¹⁶⁶⁰. El Derecho no permanece impasible ante los cambios sociales y trata de recoger las transformaciones que la familia va experimentando en dicho orden social.

Los cambios familiares más profundos se han producido en escenarios donde las familias se desenvuelven, y que le han obligado a realizar readaptaciones profundas, siendo uno de los principales, la incorporación al trabajo de la mujer. Esta incorporación, parece haber alterado sustancialmente las bases de las relaciones matrimoniales y familiares, habida cuenta de las condiciones en que se produce (la mujer se incorpora con mayor formación que hace décadas, y por ello mismo a edades más avanzadas, sin que luego el matrimonio o la llegada de los hijos interrumpa la vida laboral). FLAQUER indica, que la primera transición familiar, se produce como consecuencia de la disminución de las funciones de la familia, que quedaron reducidas a la reproducción biológica y social, cuyo resultado es lo que se ha denominado nuclearización, siendo la segunda transición más compleja al producirse profundos cambios en un tiempo corto. El primero de esos cambios, viene determinado por la: “*Difuminación de los límites de la legitimidad*” en relación con los hijos, y el segundo es “*la desinstitucionalización del matrimonio, lo que implica la desmonopolización de éste como forma de legitimación de la convivencia*”¹⁶⁶¹.

¹⁶⁶⁰Las nuevas leyes no son ajenas a los distintos tipos de familias que coexisten en nuestra sociedad, así la Ley 40/2003 de 18 de noviembre de Protección a las Familias numerosas, en su Exposición de Motivos, señala: “Las principales novedades que se incorporan en este título I se refieren al concepto de familia numerosas a efectos de esta ley, ya que se incluyen nuevas situaciones familiares (supuestos de monoparentalidad, ya sean de origen, ya sean derivados de la ruptura de una relación matrimonial por separación, divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores, familias reconstituidas tras procesos de divorcio), se introduce una equiparación plena entre las distintas formas de filiación y los supuestos de acogimiento o tutela. De este modo se incluyen nuevos supuestos que pueden dar lugar al reconocimiento de la condición de familia numerosas, como son las familias formadas por el padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, aunque no exista convivencia, siempre que dependan económicamente de quien solicite tal reconocimiento, y dos o más huérfanos de padre y madre, sometidos a tutela, acogimiento o guarda, siempre que no se hallen a expensas de la persona con la que conviven”.

¹⁶⁶¹FLAQUER, L., *El destino de la Familia*, Barcelona, Ariel, 1998, p.84. Los notables cambios demográficos que se han producido, debido al exponencial incremento de la esperanza de vida (sobre todo en las mujeres), que provoca que coexistan varias generaciones de una misma familia de forma frecuente y que reclamen una solidaridad entre padres e hijos. También ha sido determinante al respecto, la caída de la tasa de natalidad en los países desarrollados, sobre todo

Desde la sociología familiar, IGLESIAS DE USSEL, considera, que entre los factores determinantes de la ampliación del abanico de modelos familiares, destaca sin duda, el reconocimiento y reivindicación del pluralismo. Dice que la familia ha pasado de tener una configuración monolítica a otra pluralista, en la que: “*Las distintas modalidades de articular la vida familiar: cohabitación o matrimonio, hijos dentro o fuera del matrimonio, familias bio-monoparentales..., reclaman su legitimidad social, y en ocasiones su regulación legal*”¹⁶⁶².

En definitiva, las características de la familia en la sociedad actual, vienen determinadas por el incremento de la filiación extramatrimonial, así como el de la tasa de divorcios, el mayor empleo de la mujer fuera de casa y la baja fecundidad¹⁶⁶³. A lo anterior, tendríamos que añadir el aumento de la esperanza de vida de la población, que es fundamental en la transformación de las relaciones familiares, así como en las relaciones entre personas del mismo sexo y multiculturalidad, factor cada día más importante en la configuración de dichas relaciones familiares y en el reconocimiento de la pluralidad de la institución familiar¹⁶⁶⁴. Todas las variables a las que se refieren los autores, tienen su lógica consecuencia en los tipos de familia posibles: junto a la familia nuclear, de amplio reconocimiento en nuestra sociedad y en nuestro Derecho, encontramos cada vez con mayor frecuencia y relevancia otros tipos de familia. Siendo determinante la aceptación social que tienen todos, ya que lo que se valora es, más que el modelo, la esencia que todos los tipos tienen en común, ser eso, familias¹⁶⁶⁵.

Pese a todos los cambios que se han señalado, no hay indicio alguno de la desaparición o la quiebra de la familia, sino que en buena medida, la importancia

España (una de las más bajas de Europa), lo que influirá en la reducción de los miembros de la familia. Otro de los factores determinantes de los nuevos modelos familiares, ha sido la admisión del divorcio, ya que afecta de lleno a la constitución de familias monoparentales, dando lugar a hogares unipersonales.

¹⁶⁶²IGLESIAS DE USSEL, J., “Crisis y vitalidad en la familia”, en el monográfico “Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones”, *Revista de Occidente*, Nº 199, Diciembre de 1997, p.27-28.

¹⁶⁶³Vid. DEL CAMPO URBANO, S., *Familias: Sociología y política*, Ob. cit., p. 23.

¹⁶⁶⁴MARTÍN SANCHEZ, M., *Matrimonio Homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2008. p.162: “Si tomamos como premisa cierta y válida la proclamación realizada por el constituyente en su artículo 39, en base a la cual y teniendo en cuenta que nada ha dicho en contra el Alto Tribunal, perfectamente tiene cabida dentro del amplio concepto de familia preceptuado, la familia cuyos progenitores tienen orientación homosexual”.

¹⁶⁶⁵Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*. Ob.cit. p. 35.

de la familia sigue siendo importantísima en la actualidad¹⁶⁶⁶. A pesar del carácter incierto de su composición y de su porvenir, esta institución, ha señalado DEL CAMPO URBANO, todavía es: “*Capaz de sobrevivir como lo ha hecho desde los tiempos más antiguos y en las situaciones más adversas porque, aún desempeñando el difícil papel de mediadora entre la sociedad y los individuos, y siendo tan frágil su estructura, está dotada de una cualidad que la historia humana ha mostrado que es indiscutiblemente la que más vale: la capacidad de adaptación al cambio de las estructuras sociales*”¹⁶⁶⁷.

Muchos autores, perciben que los importantes cambios acaecidos en la institución familiar, no deben entenderse como un signo de declive, sino como nuevas oportunidades, y así, la marcha hacia una familia democrática constituye uno de los mayores logros conseguidos dentro del cúmulo de transformaciones que haya experimentado esta institución.

El *Informe sobre la situación de las familias en España*, elaborado por el Ministerio de Asuntos Sociales concluye, que la familia, en contra de prejuicio y apariencias, sigue poseyendo una gran influencia sobre la realidad social moderna¹⁶⁶⁸. Las crisis de la familia son de crecimiento, desarrollo o transformación, más que de agonía o desaparición, por tanto, sus signos más característicos no deberían interpretarse en términos desorganizativos ni catastrofistas, sino como una reestructuración funcional y adaptativa¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶⁶REHER, D.S., *La familia en España. Pasado y presente*, Alianza Editorial, Madrid, 1996. p. 385.

¹⁶⁶⁷DEL CAMPO URBANO, S., *La “nueva” familia española*, Ed. EUDEMA, Madrid, 1991, p.29.

¹⁶⁶⁸Vid. ALBERDI I. (Dir), *Informe sobre la situación de la familia en España*, Ministerio de Asuntos sociales, Madrid,1995, p. 462.

¹⁶⁶⁹Vid. NAVARRO VALS, J., “Las uniones de hecho en el derecho comparado”, en MARTINELL y ARECES, (Edit.) *Uniones de hecho: XI Jornades jurídiques*, Universitat de Lleida, Lleida, 1998, pp.27-39. Son muchas las evidencias que parecen atribuir a la familia el papel de una nueva centralidad, indispensable para la moderna reproducción social. Pese a sus intensas transformaciones y las del contexto en el que se inserta, la familia goza de buena salud, y prueba de ello es que se muestra como un instrumento fundamental para la cohesión social y es, en muchos casos, espacio de encuentro de solidaridades entre sus miembros.

4.2.2. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EN LA NORMATIVA CIVIL ESPAÑOLA.

El artículo 43 de la Constitución Republicana de 1931, se encontraba en el Capítulo II del Título III dedicado a los derechos y los deberes de los españoles, dedicando este capítulo a regular la Familia, la economía y la cultura¹⁶⁷⁰. En este artículo se pretendía agotar en una sola norma de rango legal constitucional, todo el tema de la familia. En primer lugar porque dispone que la familia está bajo la salvaguarda del Estado, encontrándonos que esta norma es de obligado cumplimiento para el propio Estado y esta manifestación constituye una piedra angular del resto del artículo porque el Estado tiene la obligación legal, más la constitucional de dar protección a la familia¹⁶⁷¹. Y en segundo lugar, porque se contiene una regulación básica, en la que se parte de que el matrimonio es la unión legal entre el hombre y la mujer, excluyéndose por tanto los matrimonios homosexuales, y asentándose como principio esencial la igualdad entre sexos, hasta el punto de que el matrimonio tiene su fundamento precisamente en esa igualdad, lo que significaba que cualquier norma que contraviniera tal precepto y estableciera privilegios a favor de uno de los cónyuges por razón de su sexo, sería inconstitucional¹⁶⁷².

En cuanto a las relaciones paterno-filiales, se establece la obligación constitucional de los padres de alimentar, asistir y educar a los hijos, asumiendo el Estado la obligación subsidiaria de atender tales necesidades en los casos que la ley prevé, que serán de fallecimiento de los padres, privación de patria potestad o abandono de los hijos. Y se asienta el principio fundamental de la igualdad

¹⁶⁷⁰Art 43 de la Constitución Republicana de 1931: “La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo diseño o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en esta caso de justa causa. Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos, ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna. El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la “Declaración de Ginebra” o tabla de derechos del niño”.

¹⁶⁷¹Vid. DE ESTEBAN ALONSO, J., *Constituciones Españolas y Extranjeras*, Taurus, Madrid, 1979, p. 42.

¹⁶⁷²En relación con el artículo 3 de la Constitución Republicana que establece su condición de laica “El Estado español no tiene religión oficial”, también se establecen las formas de disolución del matrimonio, aunque se remiten a legislación ulterior; se establece que puede realizarse de mutuo acuerdo entre ambas partes y a instancia de una de ellas, alegando justa causa”.

jurídica de los hijos, ya sean estos matrimoniales o extramatrimoniales, posibilitando igualmente, la investigación de la paternidad. Se establece una norma de Registro civil que se eleva a rango constitucional en el sentido de impedir que en el Registro Civil, conste mención alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad o matrimonio de los padres, tal y como ocurrió en posteriores legislaciones. Por último, se contiene la asunción de la norma internacional como es la Declaración de Derechos del Niños de Ginebra, que la Constitución hace suya.

En el artículo 10.1¹⁶⁷³ de nuestra Constitución de 1978, se encuentra la clave para la interpretación de un buen número de artículos de la parte dogmática que está dedicada al reconocimiento de derechos a los ciudadanos, tanto de carácter individual como social o colectivo¹⁶⁷⁴. Por su parte, tenemos el artículo 32¹⁶⁷⁵, que se encuentra ubicado en la Sección Segunda “*De los Derechos y deberes de los ciudadanos*” y del que podemos sacar las siguientes conclusiones¹⁶⁷⁶:

-A diferencia de la Constitución republicana, la Constitución de 1978, no realiza en un sólo precepto la regulación de los diversos aspectos que se refieren al Derecho de Familia, sino que al menos, y dejando aparte el artículo 10, regula por un lado el matrimonio y las relaciones conyugales y por otro las relaciones paterno filiales¹⁶⁷⁷.

-Se observa una regulación más detallada, con relación al matrimonio que la anterior, pues en el artículo 32 de la Constitución se habla, no sólo del derecho de igualdad y de las formas de disolución, sino que se hace especial referencia a los derechos y deberes de los cónyuges y a las formas para contraerlo, así como a los requisitos de edad y capacidad, cuya regulación concreta y específica difiere de la normativa de desarrollo constitucional.

¹⁶⁷³Artículo 10.1 CE “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social”

¹⁶⁷⁴DE ESTEBAN ALONSO, J, *Constituciones Españolas y Extranjeras*, Ob. cit., p. 44.

¹⁶⁷⁵Artículo 32.1 CE: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

¹⁶⁷⁶LOPEZ LOPEZ, A., “Derecho de Familia, Plan Nacional de formación de Jueces y Magistrados”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, p. 89.

¹⁶⁷⁷Artículo 39 C.E. 1978.

En el artículo 32 de la Constitución, no se habla de las dos posibles formas de disolución del matrimonio o de separación (mutuo acuerdo o sistema causal), sino que sólo se hace referencia al sistema causal “...*las causas de separación y disolución y sus efectos...*”. Ello no impide que la regulación postconstitucional establezca la separación o el divorcio de mutuo acuerdo (como se hizo por la ley de 7 de julio de 1981.)

Se establece el matrimonio heterosexual como célula básica esencial de la familia, sin perjuicio de otras unidades familiares que pueden establecerse sin matrimonio (familias monoparentales, uniones civiles no matrimoniales, uniones homosexuales...), Esto luego se regulara legalmente con la modificación¹⁶⁷⁸ del Código civil, que equipará el matrimonio homosexual con el heterosexual.

Al analizar el artículo 39 de la Constitución de 1978, DE ESTEBAN ALONSO, considera que este precepto puede interpretarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 9, pues la Constitución de 1978, a diferencia de las constituciones del siglo XIX, no es un simple programa político, sino que es una norma de directa aplicación por jueces y tribunales¹⁶⁷⁹. Esta norma, además contiene una regulación a nivel constitucional completa sobre las relaciones paterno-filiales, determinando como punto de partida, que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Con la redacción actual, se permite que el artículo 39 constituya soporte jurídico de actuación de los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, considerando que este último es el poder más cercano a los ciudadanos, ya que su función consiste en aplicar la ley al caso concreto, afectando directamente a la esfera de derechos y libertades de aquéllos¹⁶⁸⁰.

Por su parte, MEGÍAS GOMEZ, considera adecuado el que se contenga expresamente esta previsión sobre la cual los jueces podrán razonar sus

¹⁶⁷⁸Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

¹⁶⁷⁹Vid. DE ESTEBAN ALONSO, J., *Constituciones Españolas y Extranjeras*, Ob. cit., p. 46

¹⁶⁸⁰En la misma línea de la Constitución de 1931, se establece una completa equiparación jurídica de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. También se posibilita expresamente la investigación de la paternidad y se asume la normativa internacional en materia de protección de los derechos del niño.

resoluciones en materia de familia, sin perjuicio de aplicar la legislación de desarrollo constitucional¹⁶⁸¹.

Han sido numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional, con relación a aspectos relativos directa o indirectamente a la familia, entre ellas son dignas de mención, la Sentencia número 47/1993 de 8 de febrero de 1993 (BOE 11 de febrero)¹⁶⁸², la Sentencia número 45/1989 de 20 de febrero de 1989 (BOE de 2 de marzo)¹⁶⁸³ y la Sentencia número 159/1989 de 6 de octubre de 1989 (BOE de 7 de noviembre)¹⁶⁸⁴. Estas Sentencias, vinculan a jueces y a tribunales de la misma manera que las leyes, según lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ¹⁶⁸⁵.

La Constitución, al ser una norma abierta, permite numerosas interpretaciones y proporciona un marco regulador, en el interior del cual caben diferentes orientaciones legislativas, que pueden corresponderse con diferentes opciones ideológicas y políticas¹⁶⁸⁶. Las normas civiles que desarrollan la Constitución en materia de Derecho de Familia, son tributarias de un determinado momento histórico y político y deben ser entendidas considerando esta circunstancia para un mejor entendimiento de las mismas. El derecho, dice este

¹⁶⁸¹Vid. MEGÍAS GOMEZ, J. y OTROS, *Curso sobre resolución alternativa de Conflictos*, Generalitat Valenciana y el Consejo General del Poder Judicial en el seno del Plan temporal de Formación de Jueces y Magistrados. 1997, p.73.

¹⁶⁸²De esta sentencia puede extraerse que si bien, el modelo de familia más normal es el de la unión monogámica heterosexual de carácter matrimonial, no puede decirse que éste sea el único modelo único de familia, que se desprende de la norma constitucional y más en concreto del artículo 39.1 de la misma. También admite la existencia de familias no matrimoniales, que forman uniones de hecho, siempre y cuando, se produzca una convivencia *more uxorio*, entendiéndose por tal una convivencia afectiva y estable de una pareja. En este caso, ni siquiera se exigiría el requisito de heterosexualidad que parece implícito en las uniones matrimoniales.

¹⁶⁸³Esta sentencia, declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por cuanto suponían una discriminación *in peius* para la familia en el aspecto de la declaración del IRPF y para ello dice la Sentencia que “Las consecuencias jurídicas que el legislador extraiga de tal diferencia, la diferencia de trato de los sujetos integrados en la unidad familiar en relación con quienes no lo están, sólo serán aceptables, en consecuencia, en la medida en la que sean también adecuadas y congruentes con tal diferencia, salvo en la medida en que sean también adecuadas y congruentes con tal diferencia, salvo en la medida en que en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 39.1 de la CE, ésta sea tomada también en consideración por el legislador para dispensar a los integrantes de la unidad familiar un trato más favorable que el que reciben los sujetos no integrados en unidad familiar alguna”. La conclusión es la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por cuanto suponían una discriminación *in peius* para la familia en el aspecto de la declaración del IRPF.

¹⁶⁸⁴Vid. BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p. 248.

¹⁶⁸⁵Art. 5.1 de la LOPJ: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico”.

¹⁶⁸⁶Vid. MEGÍAS GOMEZ, J. y OTROS, *Curso sobre resolución alternativa de Conflictos*, Ob. cit., p.79.

autor, aunque sirve para pacificar conflictos y en ningún caso para generarlos, en el campo del Derecho de Familia, puede tener algunos matices que ensombrezcan esta afirmación. El conflicto familiar se caracteriza por una “*especial intensidad*”, no se trata de un simple conflicto económico, como ocurre en la mayoría de conflictos civiles, sino que la especial relación entre los litigantes, hace que la disputa quede coloreada por aspectos de carácter sentimental o pasional que queda aumentado si además existen hijos. Además es un conflicto “*multidireccional*” pues no se decide sólo sobre una separación o un divorcio, sino también sobre el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos, la atribución del uso y disfrute de la vivienda y el ajuar familiar, las posibles pensiones compensatorias, de alimentos, contribución a las cargas, la administración de los bienes de la sociedad de gananciales, entre otros...es decir, de estos conflictos se derivan consecuencias de importante trascendencia personal y patrimonial

4.2.3. LA FAMILIA COMO SISTEMA Y LA INTERACCIÓN FAMILIAR.

Para BOUCHÉ PERIS, la familia es un tipo de sistema particular. El grupo familiar y en relación a él, la aparición del pensamiento sistémico, constituyó una profunda revolución en la historia del pensamiento científico occidental¹⁶⁸⁷. Hasta ese momento, la creencia de que en cada sistema complejo, el comportamiento del todo puede entenderse completamente desde las propiedades de sus partes, era básico en el paradigma cartesiano. En el pensamiento analítico, las partes no pueden ser analizadas, a no ser que las reduzcamos a partes más pequeñas¹⁶⁸⁸.

El cambio al paradigma sistémico, supone la constatación de que los sistemas no pueden ser comprendidos por medio del análisis, pues las propiedades de las partes no son propiedades intrínsecas, sino que sólo podían ser

¹⁶⁸⁷Vid. BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p.71.

¹⁶⁸⁸ Vid. HIDALGO MENA, F.L., “Intervención para el cambio”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.) *Mediación Familiar*, Tomo III, Ob. cit., pp.262 y ss.

comprendidas en el contexto de un conjunto mayor y en consecuencia, la relación entre las partes y el todo quedaba invertida¹⁶⁸⁹.

Antes de los años cuarenta, los términos *sistema* y *pensamiento*, habían sido utilizados y estudiados por varios científicos, pero fue el concepto de *sistema abierto* de BERTALANFFY y su *Teoría General de Sistemas*, los que establecieron el pensamiento sistémico como un movimiento científico mayor¹⁶⁹⁰. Este autor propugnaba esta teoría, como una disciplina matemática puramente formal pero aplicable a las ciencias relacionadas con totalidades organizadas¹⁶⁹¹. Al unirse esta concepción con el enfoque comunicacional que debe darse en la familia, se estaba abonando el terreno para el desarrollo de los estudios acerca de la familia y de sus miembros como un todo¹⁶⁹².

El sistema es un conjunto de elementos en interacción dinámica, en el cual, el estado de cada uno de los elementos, está determinado por el estado de cada uno de los otros¹⁶⁹³. Toda clase de realidades pueden describirse como sistemas

¹⁶⁸⁹HIDALGO MENA, F.L., "Intervención para el cambio", Ob. cit., p. 270: "La capacidad evolutiva de los entornos se incrementa en la medida que los roles, las actividades y las interacciones en los que participan las personas vinculadas a ellos, estimula la aparición de confianza futura, una proyección positiva, el consenso de metas comunes entre los entornos y un creciente equilibrio de poderes que regule las acciones entre ellos."

¹⁶⁹⁰Vid. BERTALANFFY, L., *Teoría General de los sistemas. Fundamento, desarrollo, aplicaciones*, trad. de Juan Almela, FCE, México, 1986, pp.25 y ss.

¹⁶⁹¹En el campo de la intervención psicológica, estas ideas fueron innovadoras e interesantes para el estudio de la familia. Se tomó la familia como una totalidad organizada que evolucionaba interaccionando con su medio social, por tanto se ajustaba a la definición de sistema abierto.

¹⁶⁹²Vid. BATESON, G., *Espíritu y Naturaleza*, Amorrotu, Buenos Aires, 1993. Este autor considera necesario completar la comprensión del proceso comunicativo con lo que llama *Determinismo interpersonal*, la cual tiene en cuenta la participación real, actual y directa del interlocutor, señalando así la importancia de la noción de interacción. Los participantes en los procesos de comunicación lo hacen seleccionando, interpretando y redefiniendo el mensaje del otro, mediante un filtro personal y el contexto en el cual se produce la interacción. De ese modo la comunicación deja de verse como la simple transmisión de un mensaje entre dos puntos (emisor-receptor) con posibles interferencias, y cuya imagen podría ser representada por un telégrafo, para poner el énfasis en la relación social, la interacción, los marcadores culturales, los niveles jerárquicos, las capacidades individuales y según este autor, dicha complejidad, no se aprende de una vez para siempre, sino que se va aprendiendo y modificando con el tiempo y las diversas interacciones. Llega así a proponer una visión de la comunicación como un contexto de aprendizaje, sería una extensión de la interacción comunicativa más allá de dos interlocutores, de ese modo en un proceso de mediación, hemos de tener presente que ésta no se realiza solamente entre dos personas, sino también entre sus respectivas familias, aunque sus miembros no estén presentes.

¹⁶⁹³La palabra sistema deriva del griego *sustgema*, que significa "conjunto, composición" En una clasificación jerárquica de los sistemas de menor a mayor complejidad, según su complejidad y su apertura. Según esto, BOULDING, en su *Teoría de los Sistemas Generales: El esqueleto de las ciencias* decía que podíamos establecer el siguiente esquema de sistemas:

CERRADOS

- A) ESTRUCTURA ESTÁTICA Ej. El esqueleto
- B) SISTEMA ELEMENTAL DINÁMICO Ej. El Reloj
- C) SISTEMA AUTORREGULADO Ej. El termostato

según diferentes reagrupaciones o clasificaciones posibles y por tanto, los criterios de clasificación se apoyan sobre una u otra de las propiedades que se predicán de los sistemas.

Atendiendo a su naturaleza CHECKELAND, propone la siguiente clasificación de sistemas:

- a) Sistemas naturales: Sistemas físicos que integran el universo, en una jerarquía de sistemas subatómicos desde los sistemas de la ecología hasta los sistemas galácticos.
- b) Sistemas diseñados: Pueden ser tanto físicos (herramientas, puentes, complejos automatizados) como abstractos (matemáticas, lenguaje, filosofía)
- c) Sistemas de actividad humana: Por lo general, describen los seres humanos que emprenden una actividad determinada, como los sistemas hombre máquina.
- d) Sistemas sociales culturales: Familia y comunidades humanas. Los elementos son personas y las relaciones interpersonales. Son sistemas de una naturaleza distinta de las anteriores¹⁶⁹⁴.

Y en cuanto las propiedades de los sistemas, BERTALANFFY establece tres características fundamentales que se dan en los mismos¹⁶⁹⁵:

ABIERTOS

- D) SISTEMA ABIERTO ELEMENTAL Ej. La Célula
- E) SISTEMA SOCIO-GENÉTICO Ej. Planta
- F) SISTEMA ANIMAL Ej. Ser humano
- G) SISTEMA SOCIAL Ej. Familia
- H) TRASCENDENTAL Ej. Religión

La importancia entre el sistema abierto y cerrado, deriva de su eficacia para el estudio de los sistemas vivos, ya sean biológicos, psicológicos, o interaccionales, ya que todos los sistemas vivos intercambian energía o información con su medio (como los clásicos experimentos de laboratorio) sino que es necesario estudiarlo, formando parte de un sistema más amplio y dando lugar a una verdadera jerarquía de sistemas (o subsistemas) en la cual, unos estarían englobados en otro más complejo. De este modo, la familia puede ser observada como sistema de subsistemas al tiempo que podría ser también considerada como subsistema de otros sistemas más complejos.

¹⁶⁹⁴Vid. CHECKLAND, P., *Pensamiento de sistema, práctica de sistemas*, Limusa-Noriega Editores, México, 1971, p.123. Las consecuencias de este principio para el estudio de grupos humanos o de la comunicación, son muy importantes, ya que las interacciones no se pueden considerar como simples derivados de las propiedades de los individuos (carácter, expectativas, motivaciones...) sino que dichas propiedades influyen y son influidas en función del sistema en el que está inmerso o interactuando la persona, como ocurre con la familia.

¹⁶⁹⁵Vid. BERTALANFFY, L., *Teoría General de los sistemas. Fundamento, desarrollo, aplicaciones*, Ob. cit., p.27.

a) La totalidad.

Un sistema no puede entenderse como la suma de sus partes. Un sistema se comporta no sólo como un simple compuesto de elementos independientes, sino como un todo inseparable y coherente. De hecho, el análisis formal de segmentos artificialmente aislados, destruiría el objeto mismo de estudio. Se hace necesario, prestar atención a su organización.

La importancia del grupo se pone de relieve y, dentro de los grupos sociales, la familia como grupo primario, pasa a ocupar un primer plano en el interés de la psicología sistémica. De este modo, el individuo se estudia en relación a su medio, principalmente a su familia de origen, buscando en la intervención psicológica introducir, no sólo cambios individuales, sino cambios organizacionales, comunicacionales... los cambios que se operen en cualquiera de los niveles de un grupo, tienen repercusiones en toda la organización y, por tanto, en todos sus miembros.

b) La circularidad y la retroalimentación.

Dado que las partes de un sistema no están relacionadas en forma sumativa, se impone la necesidad de determinar cómo se relacionan. Es aquí donde cobra importancia la noción derivada de la cibernética de *feedback*¹⁶⁹⁶ (retroacción o retroalimentación).

Una pareja inmersa en un proceso de mediación, puede estar anclada en una pauta de retroalimentación positiva que vaya amplificando el problema: cuando una de las partes aumenta la intensidad del conflicto, la otra responde de la misma forma (escalada simétrica), con lo que se agudiza y se aleja la

¹⁶⁹⁶ BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p.72: “Wiener, en su obra *Cybernetics* (1948), aporta un concepto fundamental para el estudio de las interacciones y que supondrá el paso de una visión lineal de causa efecto, a una circular o retroactiva. La visión lineal, supone considerar cualquier fenómeno como una sucesión de hechos desde atrás hacia delante, del pasado al futuro, siendo el antecedente la causa y el consecuente, el efecto que se influye (retroalimenta) mutuamente. En una hipotética discusión entre dos miembros de una pareja, las respuestas a los argumentos del “otro” pueden incrementar la tensión o bien disminuirla. Decimos que la respuesta, proporciona un feedback, el cual, amplificando y cómo influyen los feedbacks que se proporcionan entre sí, en el desarrollo de la comunicación. La comprensión de estos mecanismos, se traduciría en algunas técnicas de mediación, las cuales tenderán a hacer más funcional la comunicación entre las partes o a evitar interacciones negativas que incrementan el problema. La noción de feedback, retroalimentación o retroacción, era conocida desde hacía tiempo, pero a partir del estudio que realizó este autor durante la segunda guerra mundial sobre la conducta de tiro de los cañones antiaéreos, Wiener le confiere un alcance universal. Las informaciones sobre la acción en curso, repercuten y corrigen la propia acción permitiendo a un sistema cualquiera, el poder alcanzare sus objetivos y esto se puede aplicar tanto para un sistema mecánico simple como para una compleja interacción comunicativa humana”.

posibilidad de resolución¹⁶⁹⁷. Toda comunicación, implica un compromiso y define la relación. La transmisión de información es solamente una parte de la comunicación, la otra parte tiene que ver con la imposición de conductas y de definición de roles, pues las relaciones rara vez se definen de forma deliberada o con plena conciencia y este aspecto es más importante, cuanto más patológica es la relación. En relaciones sanas, lo que predomina es el contenido y el mensaje¹⁶⁹⁸. El contexto o la situación en la cual se produce la comunicación, también ayuda a la comprensión de cómo debe ser interpretado el mensaje¹⁶⁹⁹.

c) Equifinalidad.

BERTALANFFY, señala que: *“La estabilidad de los sistemas abiertos se caracteriza por el principio de la equifinalidad, esto es, en contraste con los estados de equilibrio de los sistemas cerrados, que están determinados por las condiciones iniciales, el sistema abierto, puede alcanzar un estado independiente del tiempo y también de las condiciones iniciales y determinado tan sólo por los parámetros del sistema”*¹⁷⁰⁰. De este principio se desprende que, causas distintas pueden llevar a un mismo resultado y que diferentes resultados pueden ser producidos por las mismas causas, es decir, que los parámetros del sistema predominan sobre las condiciones iniciales, con lo que cobra importancia el proceso de desarrollo y el cambio se concibe como posible en múltiples relaciones.

¹⁶⁹⁷En dicho caso la interrupción de la pauta sería central para que pudiera funcionar el proceso de mediación por ejemplo. Aunque dice Bouché Peris que sería inexacto llegar a la conclusión de que la retroalimentación negativa es deseable, mientras que la positiva es desorganizante. En el caso de los grupos humanos, como por ejemplo, la familia, dice, “hay veces que la estabilidad es deseable y otras en las que la ausencia de cambio, mantiene una situación de sufrimiento para todos o para algún individuo totalmente indeseable”.

¹⁶⁹⁸Vid. WATZLAWICK, P., BEAVIN, J. y JACKSON, D., *Teoría de la Comunicación Humana*, Herder, Barcelona, 1981, p. 53.

¹⁶⁹⁹El aspecto relacional o conativo de la comunicación, señala como debe entenderse la información, es decir, proporciona reglas de interpretación que pueden expresarse tanto de forma verbal como de forma no verbal. Esta parte relacional, también puede entenderse como metacomunicación. La capacidad para metacomunicar de forma adecuada constituye una condición imprescindible para la comunicación eficaz, pues está muy vinculada a la percepción de uno mismo y del otro, pues según el patrón con el que cada uno esté acostumbrado a percibir a los demás, puede interpretar y sentir la conducta del otro, con mayor o menor grado de disgusto y de atribución de causalidad.

¹⁷⁰⁰BERTALANFFY, L., *Teoría General de los sistemas*, Ob. cit., p. 9.

Sin embargo, BRONFENBRENNER tiene una nueva perspectiva del desarrollo humano, poniendo el foco de atención de la persona en desarrollo, en el ambiente y especialmente en la interacción entre ambos¹⁷⁰¹.

Este autor propone un conjunto organizado de definiciones, postulados e hipótesis para sentar las bases de la investigación en entornos ecológicos y extraer conclusiones de cómo afectan diferentes entornos al desarrollo del ser humano y las interacciones que se establecen con dichos entornos. El ambiente lo estudia desde un doble punto de vista: cómo es percibido y cómo está estructurado. La jerarquía de sistemas o niveles de ambientes ecológicos que propone son los siguientes:

-*Microsistema*: se refiere a los entornos en los que la persona en desarrollo participa activamente: familia, escuela, grupo de iguales... todos en el mismo nivel. Aquí tienen que ver las actividades que realizan las personas implicadas, las relaciones que mantienen entre sí y los roles o funciones sociales que ponen en juego.

-*Mesosistema*, que comprende las interacciones de dos o más entornos en los que la persona en desarrollo participa activamente y se forma o amplía cuando la persona en desarrollo entra en un nuevo entorno.

-*Exosistema*, que son entornos que no incluyen a la persona en desarrollo como participante activo, pero en los cuales se producen hechos que afectan a lo que ocurre en el meso y en el microsistema.

-*Macrosistema*, que corresponde al nivel más externo y comprende desde las creencias hasta las actitudes y valores que caracterizan la cultura o subcultura de la persona en un entorno global que influye en la ordenación de los anteriores sistemas.

Todas las propiedades señaladas por la teoría sistémica, son válidas para los sistemas humanos y como no, para el sistema familiar. No obstante, éstos tienen una serie de características que los hacen especiales. En primer lugar, la importancia y la complejidad de los miembros individuales. La visión sistémica nos plantea el reto de diferenciar el grado de constricción que los diferentes sistemas en los que está inmersa la persona individual ejercen sobre esta y el

¹⁷⁰¹BRONFENBRENNER, U., *La ecología del desarrollo humano*, Paidós, Barcelona, 1987, p. 149.

grado de influencia de la persona sobre los propios sistemas¹⁷⁰². En segundo lugar es que, cualquier sistema humano es por definición, un sistema abierto, lo que implica una constante interacción con su medio. El entorno influye y es influido por él¹⁷⁰³.

BRONFENBRENNER ha señalado, que el entorno es algo más que las condiciones físicas, pues depende de la percepción que tenemos de él, lo cual supone que parte de nuestro trabajo se realiza con percepciones y no siempre con “*realidades objetivas*”¹⁷⁰⁴. En los sistemas humanos, las intenciones de los intervinientes pueden ser positivas, pero si son percibidas como parte de un entorno amenazante, cabe suponer una menor apertura y un aumento de la homeostasis¹⁷⁰⁵. Son sistemas, dice este autor, donde el tiempo y la dimensión histórica, son importantes, su estructura, reglas, valores... no aparecen de repente, sino que son sedimentación de los acontecimientos y de las relaciones que han establecido con su entorno. La dimensión temporal, tiene la característica de la irreversibilidad, lo que supone que el tiempo que transcurre durante una etapa de crisis es irrecuperable y por eso en el caso de menores en desarrollo, esta característica, puede tener consecuencias bastante graves¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰²Los elementos del sistema humano son especialmente singulares, pues son personas con sentimientos, pensamientos, voluntad...etc y esto es algo tan obvio que conviene señalarlo para evitar la tendencia a pensar en sistemas en términos excesivamente mecánicos o de forma que parezca que el individuo está totalmente obligado por el sistema.

¹⁷⁰³HIDALGO MENA, F.L., “Intervención para el cambio”, Ob. cit. p. 270: “El entorno familiar es central en el juego de la protección, con relación a las interacciones en otros ámbitos de desarrollo social y personal. El rol como predictor de carácter normativo y funcional de las relaciones familiares, espera de la interacción de todos sus miembros que la familia se organice de tal manera que facilite el acceso a otros ámbitos de interacción social. Cuando esto no acontece, empobrece la dinámica de convivencia en primera lugar, así como devalúa las expectativas personales que se hubiesen podido fijar sus componentes.”

¹⁷⁰⁴BRONFENBRENNER, U., *La ecología del desarrollo humano*, Ob. cit., p. 150. La historia y relación con el entorno, también debe tenerse en cuenta pues cualquier sistema humano, suele estar incluido dentro de otros sistemas humanos, y al final, dentro de un marco general, que puede ser la sociedad (macrosistema) que será la que marque las pautas globales, con dos tendencias generales: la socialización-uniformización y otra la singularización

¹⁷⁰⁵La Homeostasis es una propiedad de los organismos vivos que consiste en su capacidad de mantener una condición interna estable compensando los cambios en su entorno mediante el intercambio regulado de materia y energía con el exterior (metabolismo). Se trata de una forma de equilibrio dinámico que se hace posible gracias a una red de sistemas de control realimentados que constituyen los mecanismos de autorregulación de los seres vivos.

¹⁷⁰⁶BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p.72: “Los sistemas humanos, no se averían y por tanto no pueden ser reparados. La epistemología que corresponde a los sistemas humanos, no es la de la avería, sino la de la crisis. El objetivo no es encontrar una pieza defectuosa o un mecanismo en mal estado que no funciona y hay que reparar, sino ayudar a encontrar soluciones propias en momentos de crisis. El sistema después de la superación de una crisis no se reintegra exactamente al momento anterior a ésta, sino que se encuentra en un nuevo modo de adaptación”.

Por último, estos sistemas son sistemas *auto-organizados* o *auto-poiéticos*, es decir, tienen la capacidad de modificar sus estructuras cuando se producen cambios en su medio, logrando así un nivel más alto de complejidad.¹⁷⁰⁷ La familia, o el sistema familiar, lo encontramos en todas las sociedades y en un variado número de formas y características. De la familia depende la crianza y la transmisión de los valores y la cultura de la sociedad en los primeros años, al tiempo que proporciona apoyo y soporte emocional a sus miembros. En nuestra sociedad puede considerarse como la institución humana más pequeña pero con mayor influencia sobre el desarrollo de las personas.

Desde la perspectiva de la Teoría General de sistemas, la familia es considerada como un sistema dinámico viviente, que está sometido a un continuo establecimiento de reglas y de búsqueda de acuerdo sobre ellas¹⁷⁰⁸. También desde este punto de vista, puede considerarse a la familia como un grupo cibernético y por ello, autocorrector, en el que las modalidades transaccionales que caracterizan las relaciones entre los miembros dependen de las reglas o leyes a partir de las cuales, funcionan los miembros del sistema en relación recíproca.

En el grupo familiar el comportamiento de cada sujeto está conectado de un modo dinámico¹⁷⁰⁹, con los de los otros miembros de la familia así como con el equilibrio del conjunto. Por tanto, la familia, según BRONFENBRENNER, ha de ser contemplada como una red de comunicaciones entrelazadas en la que todos los miembros influyen en la naturaleza del sistema, a la vez que todos se ven afectados por el mismo sistema. Se dan en la familia, vínculos que van más allá de los puramente biológicos¹⁷¹⁰. El influjo entre los miembros de la familia es mutuo, intenso y soterrado y su comunicación es continua y permanente, aunque quiera evitarse.

¹⁷⁰⁷ Desarrollan un esfuerzo por alcanzar el equilibrio dentro de un ambiente de constante cambio. El proceso básico de la organización es doble: adaptación, cambio y mantenimiento de la coherencia del sistema.

¹⁷⁰⁸ JOHANSEN BERTOGLIO, O., *Introducción a la Teoría General de Sistemas*, Limusa, México, 1982, p. 77.

¹⁷⁰⁹ BRONFENBRENNER, U., *La ecología del desarrollo humano*, Ob. cit., p. 151: "En la familia, según el paradigma sistémico, ningún pensamiento, sentimiento o comportamiento individual, debe ser considerado en sí mismo y es necesario, por otra parte, tener en cuenta, siempre el contexto en el que es observado".

¹⁷¹⁰ BRONFENBRENNER, U., *La ecología del desarrollo humano*, Ob. cit., p.150."Si se producen situaciones de desequilibrio dentro del sistema, es habitual que unos miembros de la familia consideren que otros miembros no están cumpliendo con sus obligaciones y les requieran lealtad familiar, siendo frecuente que en momentos de inestabilidad aparezcan maniobras de inducción de culpabilidad de unos miembros hacia otros".

La familia, como todos los sistemas vivos tiende a mantener su estabilidad, a preservar su equilibrio u homeostasis y lo hace mediante *feedbacks* negativos en respuesta a los comportamientos de sus miembros o a toda la información que les llega de exterior que pueda desestabilizarla¹⁷¹¹. El sistema familiar, ofrece resistencias al cambio más allá de cierto nivel y conserva las reglas que reconoce como propias. En su interior, existen pautas alternativas pero toda desviación que vaya más allá del umbral de tolerancias del sistema excita mecanismos que restablecen el nivel de funcionamiento habitual. La estabilidad necesaria en cualquier familia no es siempre la misma, varía de una familia a otra e incluso en el seno de un mismo grupo familiar, puede variar, en función del periodo evolutivo de su ciclo vital¹⁷¹².

La estructura familiar debe ser capaz de adaptarse a los requerimientos de cada uno de estos ciclos, porque su existencia como sistema depende de que tenga una gama suficiente de pautas de relación alternativas y de la suficiente flexibilidad para movilizarlas cuando sea necesario.

4.2.3.1. La crisis y cambios del grupo familiar.

La familia no puede mantener siempre el mismo equilibrio, ya que de este modo correría el riesgo de convertirse en patológica si no sabe adaptarse a los cambios que requiere su evolución¹⁷¹³. La familia atraviesa periodos de crisis que son etapas de desestabilización y desequilibrio, periodos de cambio, a los cuales tienen que adaptarse encontrando nuevas reglas y nuevos modos relacionales. A esta capacidad del sistema familiar para evolucionar con el tiempo y adaptarse se le llama Morfogénesis.

SALEM cree que la familia es *morfoestática*, cuando tiende a mantener rígidamente su equilibrio y su estructura, porque tiene muchas dificultades para adaptarse a situaciones nuevas¹⁷¹⁴. Sin embargo una familia sería *morfogénica* cuando carece de estabilidad, como es el caso de las familias superadaptadas al

¹⁷¹¹Vid. ETZION, A., *La nueva regla de oro*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 74.

¹⁷¹²Periodo de galanteo, periodo de la constitución de la pareja estable, nacimiento de los hijos, periodo intermedio, “destete de los padres” y el retiro de la vida activa.

¹⁷¹³Vid. WALSH, F., “El concepto de resiliencia familiar: crisis y desafíos”, *Revista Sistema Familiares*, Marzo de 1998, pp.11-33.

¹⁷¹⁴Vid. SALEM, G., *Abordaje terapéutico de la Familia*, Masson, Barcelona, 1990, p.43.

contexto social, con continuos cambios ante los *feedbacks* del exterior y cuya identidad colectiva se diluye con el entorno, absorbiendo rápidamente normas y estereotipos culturales externos.

La adaptación optima de una familia se da, cuando cada uno de sus miembros tienen la posibilidad, dependiendo de la situación que está viviendo, de participar de un modo equilibrado en las decisiones de la familia, lo que permite al sistema familiar atravesar de forma tranquila sus periodos de cambio, favoreciendo la emancipación de los hijos y ofreciendo un refugio para todos los miembros de la familia.

Al sistema familiar le afecta una doble independencia, dado que las transacciones comunicacionales se dan, no sólo entre los distintos miembros de la familia, sino también, entre la familia y su entorno, transacciones que la van a ir configurando. Estas influencias externas pueden ser consideradas como perjudiciales para el equilibrio de la familia pero también pueden percibirse como influjos beneficiosos que le permiten seguir creciendo en su evolución¹⁷¹⁵. La familia constituye por lo tanto, un sistema abierto de los llamados *grupos primarios*.

Los *grupos primarios* se caracterizan por suponer una asociación y cooperación íntima cara a cara y por ser fundamental en la formación de la naturaleza social y los ideales del individuo. el resultado de la asociación íntima, psicológicamente, es una cierta fusión de las individualidades en un todo común. Las características que definen a los grupos primarios son: es un grupo pequeño, la calidad de las relaciones que los miembros que lo forman mantienen entre sí, su asociación es cara a cara, no hay roles especializados, existe una cierta permanencia, la intimidad está presente en sus relaciones y no predetermina la calidad de la interacción¹⁷¹⁶.

¹⁷¹⁵ BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p. 81.

¹⁷¹⁶ Al igual que el resto de los sistemas vivos, la familia se caracteriza porque el comportamiento de cada uno de sus miembros, están relacionado con el comportamiento de los otros y con el de la familia como unidad. Los lazos familiares no se tejen sólo a través de las consanguinidad, el patrimonio, el vivir juntos, compartir economía o cultura...sino también con las influencias recíprocas surgidas a partir de las necesidades biológicas y afectivas, de los deseos, de los sentimientos, las alianzas y las lealtades mutuas o las creencias compartidas... La realidad familiar, está constituida por toda la trama interaccional común que se asienta en el sentimiento de pertenencia y de procedencia de cada miembro al mismo grupo familiar, es decir, por la identidad colectiva específica de cada familia, única e irrepetible.

4.2.3.2. Límites del sistema familiar.

Es importante hacer referencia¹⁷¹⁷ a los límites del sistema familiar, pues las relaciones que se mantienen dentro del mismo, entre sus miembros y las relaciones de éste con la sociedad, dependen de un conjunto de reglas y de la manera en que se establecen los límites¹⁷¹⁸.

Los límites deben ser flexibles y marcar los territorios de cada cual, pero a la vez, permeables, a fin de permitir al sistema los cambios necesarios para su supervivencia. Las fronteras no deben ser demasiados permeables para que el sistema no pierda su integridad y tampoco muy rígidas para evitar que la interacción con el sistema con el entorno no sea muy pobre. Las fronteras representan las *interfaces*, entre la familia y el entorno social, y en el interno de la familia, entre los distintos subsistemas (el conyugal, el fraternal, los territorios individuales, etc)¹⁷¹⁹.

Para que el funcionamiento familiar sea adecuado, los límites de los subsistemas deben ser claros, de modo que permitan a los miembros que lo componen el desarrollo de sus funciones sin interferencias indebidas, pero también deben permitir el contacto entre los miembros del subsistema y los otros. Es posible considerar que todas las familias están situadas en algún punto de un continuum cuyos polos son los dos extremos de *límites difusos*, por un lado y de *límites rígidos* por otro y la mayor parte de las familias se incluyen dentro del amplio espectro normal.

La familia con límites difusos recibe el nombre de *familia aglutinada*; mientras que la familia con predominio de límites rígidos se llama *familia desligada*. La *familia normal* sería la que tiene un límite claro.

El sistema familiar asume una doble serie de funciones; las centrípetas, que son aquéllas que se refieren a la protección de los miembros de la familia mediante su alimentación, la satisfacción de sus necesidades afectivas, facilitándoles el descanso y; las funciones centrífugas, que son aquéllas que consisten en preparar a los niños y a los adolescentes para su futura emancipación,

¹⁷¹⁷ROMERO, C., “La familia como sistema: dimensiones para su estudio en clave sistémica”, en GERVILLA CASTILLO, E. (Coord.), *Educación familiar: nuevas relaciones humanas y humanizadoras*, Narcea, Madrid, 2002, p. 155 y ss.

¹⁷¹⁸Los límites de un sistema se constituyen por las reglas que definen quienes participan en él y de qué manera, siendo su función la de proteger la diferenciación del sistema.

¹⁷¹⁹Vid. BOWEN, M., *De la familia al individuo*, Paidós, Barcelona, 1991, p. 57.

facilitando el desarrollo de sus propias competencias, favoreciendo su socialización progresiva, fortaleciendo su tolerancia a las separaciones y permitiendo a los padres, reforzar su propia autonomía afectiva, económica y social, tanto en el plano conyugal como en el individual. El adecuado ejercicio de estas funciones, va a depender del tipo de familia:

El enriquecimiento de los miembros de una familia depende del contacto y encuentros que realicen entre sí¹⁷²⁰.

Según los espacios de encuentro que elabore cada familia, se definirá un perfil familiar u otro¹⁷²¹:

-El *perfil de la familia distante o caótica* es aquél en el que no hay lugar de encuentro entre sus miembros, y en él todos tienen un profundo deseo de independencia que los dispersa. Suele existir un alejamiento que suele ser prematuro y descompensado, lo que resulta incompatible con la formación e auténticas individualidades madurativas.

-En el *perfil de la familia aglutinada*¹⁷²², sus miembros están mezclados y confusos, no hay manifestaciones de autonomía ni independencia. La familia se rige por una dinámica de poder y sometimiento en la que alguien domina y otros están dominados y controlados. La individuación y la autonomía personal resultan difíciles y sus miembros se sienten asfixiados por una dependencia exagerada.

-En el *perfil de la familia complementaria*, cada uno tiene su propia individualidad, aunque hay una zona común de encuentro, ésta no amenaza ni rompe la individualidad de cada cual. Cada miembro acepta, respeta y potencia la individualidad de los otros, lo que le asegura que lo que él da a todos, lo van a recibir también todos, en un intercambio permanente y continuo.

El análisis del grupo familiar, se centra en la observación de las relaciones que se han establecido entre sus componentes y esta observación debe abordar: las transacciones que tienen lugar en el interior del sistema familiar, su estructura interna, las reglas de todo el sistema y las particulares de los subsistemas que se

¹⁷²⁰BOWEN, M., *De la familia al individuo*, Ob. cit., p. 59: “La necesidad de encuentro se estructura mediante actitudes de búsqueda en las que se pretende lograr una instalación en ese terreno o espacio común, en los que todos los que confluyan allí, puedan salir beneficiados de instalarse allí”.

¹⁷²¹ Vid. CRUZ, J., *Metafísica de la familia*, Eunsa, Navarra, 1995, p. 123.

¹⁷²² En la familia aglutinada, donde existen límites difusos, puede verse un exagerado sentido de pertenencia que requiere el abandono de la autonomía de sus miembros, mientras que en las familias desligadas poseen un desproporcionado sentido de la independencia y carecen de sentimientos de lealtad y pertenencia.

han podido crear en su interior, los subsistemas engendrados en cada familia en particular y las modificaciones que vayan teniendo lugar en su estructura de comunicación.

La familia es al mismo tiempo, un sistema abierto y por tanto en continua transformación, viviendo cambios y modificaciones que son distintos en cada momento de su evolución¹⁷²³. Los fenómenos que se dan en el interior de un sistema familiar, responden a una interacción circular y sin fin, es decir que en la familia, hay sujetos que se comunican aquí y ahora, independientemente de que tal comunicación, tenga que ponerse en relación con la biografía personal que cada uno ha ido elaborando a lo largo de su pasado¹⁷²⁴.

La comunicación sirve de vehículo para las reglas que prescriben y limitan los comportamientos individuales en el seno familiar y sólo así puede explicarse el conflicto que presenta una familia y la conexión de unos miembros con otros. La comunicación, también establece, como deben ser expresados, recibidos e interpretados, los sentimientos y emociones entre sus miembros, pues los lazos afectivos, suponen las fuerzas de cohesión más poderosas¹⁷²⁵.

Podemos definir la estructura familiar como el conjunto invisible de demandas funcionales que organizan los modos en que interactúan los miembros de una familia¹⁷²⁶.

¹⁷²³ Las experiencias pasadas, influyen en el tipo de interacción que se da en el momento en que se observa la interacción, pero lo que destaca en esta comprensión circular de la interacción, es que la relación de la comunicación son ya inevitables como componentes de la conducta que cada cual adopta en el seno del sistema familiar. La sensación de ser amado y deseado en la familia es fundamental para todos sus miembros y la experiencia afectiva vivida en la familia es determinante para el desarrollo de las relaciones extra familiares posteriores pues representa una forma de aprendizaje en el crecimiento de cada sujeto. También existen otros lazos, de carácter más ético, como las lealtades, que son muy poderosos y que adquieren progresiva importancia según evolucione la familia nuclear, al establecer conexiones con las generaciones anteriores y posteriores.

¹⁷²⁴ BOUCHÉ PERIS, J.H., y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*. Ob. cit. p.73:“La interacción hay que verla desde el propio contexto relacional... y ver la interacción de los distintos miembros de la familia, supone, pues, que no es suficiente con tener una idea de los acontecimientos que, a modo de antecedentes, actúan sobre los que “ahora mismo” es percibido como un conflicto familiar. Es necesario, además, ver la comunicación en el contexto en el que se da, para tener una idea, al observar el sistema familiar, de los hilos secretos con que teje su vida”.

¹⁷²⁵ Vid. ROMERO, C., “La familia como sistema: dimensiones para su estudio en clave sistémica”, Ob. cit., p.158.

¹⁷²⁶ Vid. FERREIRA, A., *Interacción Familiar*, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1963, p.74 y ss. Según este autor, una familia es un sistema que opera a través de pautas transaccionales. Las transacciones repetidas establecen pautas de qué manera, cuándo y con quién relacionares, y estas pautas apuntalan el sistema.

En todas las culturas, la familia imprime a sus miembros un sentimiento de identidad independiente¹⁷²⁷. La identidad personal se configura alrededor del sentimiento de identidad familiar y, a la vez, del sentido de separación. El sentimiento de identidad de cada miembro de la familia, se encuentra influido por su sentido de pertenencia a una familia específica. El sentido de separación e individuación, se logra a través de la participación en diferentes subsistemas familiares en cada contexto familiar en particular, al igual que a través de la participación en grupos extrafamiliares.

Los subsistemas familiares, son reagrupamientos de miembros de la familia, según criterios de vinculación específica de la que se derivan relaciones particulares¹⁷²⁸. Los individuos son los elementos que componen los subsistemas en el interior de una familia. Las diadas, marido/mujer, madre/hijo o hermano/hermana, pueden ser subsistemas, porque los subsistemas pueden formarse por generación, sexo, interés o función y por ello cada individuo puede pertenecer a diferentes subsistemas en los que posee diferentes niveles de poder y en los que aprende habilidades diferenciadas. El sistema conyugal, se forma cuando dos adultos se unen con la intención explícita de formar una familia, compartiendo intereses, metas y objetivos; cada una de las partes debe ceder parte de su individualidad para lograr un sentido de pertenencia¹⁷²⁹. El subsistema parental puede estar constituido por las mismas personas que el conyugal, pero el vínculo que lo estructura es el hecho de ser al mismo tiempo progenitores de nuevas personas. Este subsistema está constituido por el hombre/padre y la mujer/madre y se constituye al nacer el primer hijo¹⁷³⁰. El funcionamiento eficaz del subsistema parental requiere que los padres y los hijos, acepten el hecho de que el uso diferenciado de la autoridad, constituye un ingrediente necesario del subsistema parental.

El subsistema filial o subsistema fraterno, como también puede llamársele, está constituido por los hijos que constituyen un núcleo diferenciado de miembros del sistema. Es un elemento clave para la determinación de límites en la

¹⁷²⁷Vid. BOWEN, M., *De la familia al individuo*, Ob. cit., p.64.

¹⁷²⁸Vid. BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p.75.

¹⁷²⁹BOWEN, M., *De la familia al individuo*, Ob. cit., p65.

¹⁷³⁰Vid. SUARES, M., *Mediando en sistemas familiares*, Paidós, Buenos aires, 2002, pp. 277 y ss.

vida interna de la familia y en lo referente a la vida personal de cada miembro y a la expresión de su autonomía y su propia individualidad¹⁷³¹.

4.2.3.3. Las reglas y rituales familiares.

La familia es un sistema gobernado por reglas y esas reglas son acuerdos relacionales que prescriben o limitan los comportamientos individuales en una amplia gama de áreas compartimentales, organizando su interacción en un sistema razonablemente estable¹⁷³². Así, DALLOS, entiende que entre los posibles modelos de reglas que se elaborarán en el nuevo grupo familiar, podemos encontrar:

a) Reglas reconocidas, que son las reglas que se han establecido explícitamente y de manera directa y abierta al iniciarse la relación que origina la familia.

b) Reglas implícitas, que son aquéllas que facilitan los funcionamientos sobreentendidos sobre los que la familia no tiene necesidad de hablar de modo explícito. Se dan en la dinámica relacional de la familia, aunque no se han verbalizado.

c) Reglas secretas, que son las más difíciles de descubrir cuando se estudia una familia, pues desencadenan modos de actuar con los que un miembro de la familia, puede bloquear por ejemplo, las acciones de otro de ellos¹⁷³³.

Las reglas de la familia llevan a configurar sus rituales relacionales, lo que a la vez sirve para reforzar las reglas¹⁷³⁴.

¹⁷³¹ BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p. 75: “Es en este subsistema en el que los niños pueden experimentar relaciones con sus iguales y pueden aprender a negociar, cooperar y compartir. El subsistema filial, puede presentar distintas modalidades, si entre los hermanos se presentan núcleos formados en función del sexo...también en función de la edad pueden darse distintos subsistemas, pues los intereses y aspiraciones de cada uno de estos grupos pueden ser muy diferentes”.

¹⁷³² CRUZ, J., *Metafísica de la familia*, Eunsa, Navarra, 1995, p.96: “En un principio, en la familia que empieza no existen reglas establecidas, cada miembro de la pareja, aporta como mucho experiencias y sus propios modelos de intercomunicación, que responden a los propios esquemas aprendidos en su propia familia de origen, pero su nuevo sistema de reglas, se irá construyendo a partir de su nueva vida en común.”

¹⁷³³ Vid. DALLOS, R., *Sistema de creencias familiares*, Paidós, Barcelona, 1996, p.127-132..

¹⁷³⁴ Por ejemplo, los rituales de saludo en los momentos de separación o de reencuentro, están muy condicionados por las reglas imperantes en la familia y son distintos para cada una de ellas: hay familias en las que sus miembros se abrazan y se besan de forma efusiva, mientras que en otras no

4.2.3.4. Los mitos.

Cuando hablamos de mito familiar, según FERREIRA, podemos decir que se trata de: “*un número de creencias bien sistematizadas y compartidas por todos los miembros de la familia, respecto de sus roles mutuos y de la naturaleza de su relación*”¹⁷³⁵. Estos mitos familiares contienen muchas reglas secretas de la relación que se mantienen ocultas entre la rutina cotidiana de la vida familiar.

BOUCHÉ PERIS afirma que las creencias mitificadas se comparten y apoyan por todos los miembros de la familia como si se trataran de verdades a ultranza y son difíciles de modificar por los miembros de la propia familia, pues parecen haber sido heredades generación tras generación familiar y tienden a formar parte de la imagen interna de la familia, expresando la forma en que es percibida, no tanto desde fuera como por los propios miembros que la componen¹⁷³⁶.

El mito es un fenómeno colectivo sistémico que es muy útil para el mantenimiento de la homeostasis de la familia que lo ha producido, ya que actúa como una especie de termostato que entra en funcionamiento cada vez que las relaciones familiares corren peligro de ruptura, desintegración o caos¹⁷³⁷.

Los valores, al igual que los mitos pueden valer para ocultar reglas relacionales en la familia o para expresarlas en otro plano más idealizado¹⁷³⁸.

La función de los mitos es la de negar o deformar algunos aspectos de las relaciones familiares y de las implicaciones individuales que hay en ellas, ya sean del presente o del pasado. Dentro de estos mitos, podemos diferenciar¹⁷³⁹:

-*Mitos de armonía*, que son aquéllos que presentan la imagen de una felicidad familiar, llena de armonía pasada y presente. Estos mitos suelen

se tocan jamás. También son rituales cotidianos, la forma de sentarse en la mesa, los temas de los que se puede hablar y de los que no; el orden de levantarse por las mañanas, y el de acostarse por las noches... y todo ello configura el “estilo familiar” particular de cada familia.

¹⁷³⁵ FERREIRA, A., *Interacción Familiar*, Ob. cit., p.111.

¹⁷³⁶ BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p. 77.

¹⁷³⁷ Vid. DALLOS, R., *Sistema de creencias familiares*, Ob. cit., p.125.

¹⁷³⁸ ESCARTIN, M.J., “Consideraciones acerca de la familia” en *Revista Alternativas*, Nº1, Escuela Universitaria de Trabajo Social, Universidad de Alicante, 1992, p. 64: “Los valores de la propia familia, pueden utilizarse para cimentar el mito familiar; pueden ser valores de naturaleza moral, religiosa, cultural o social, pero no tienen un impacto real sobre las relaciones interpersonales de la familia; lo más normal es que los valores se utilicen como medio táctico para imponer una regla propia al sistema familiar pero que debe permanecer oculta”.

¹⁷³⁹ Vid. FERREIRAS, J.M., “Mitos familiares”, en BATESON FERREIRA, J., *Interacción familiar*, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1971, pp.35-40.

elaborarlos familias que sufren conflictos, depresiones y aburrimiento, a la vez que intentan hacer ver a los demás que son familias felices.

-Mitos de disculpa y redención o de excusa y redención, cuyo mecanismo básico es la identificación proyectiva y mediante el cual, una o varias personas vivas o muertas, internas o externas a la familia, se convierten en responsables de todas las miserias de la familia, o están condenadas a asumir, además de la propia culpa, la de todos los demás miembros de la familia, o están condenadas a asumir el papel de expiar las culpas de la familia en lugar de otros.

-Mitos de salvación y protección, que son aquéllos que pueden suponer una ampliación de los de disculpa o redención, pues tras toda reparación, se espera la salvación como final de cualquier malestar o conflicto. Este mito se sustenta sobre la creencia de que todo sufrimiento de la familia o cualquier injusticia que se esté sufriendo, puede desaparecer por la beneficiosa intervención que puede ser concebida como omnipotente. Este salvador mítico, puede ser un pariente rico y fuerte, capaz de salvar a todos los que sufren por una causa determinada, no importa cuál.

4.2.3.5. La interacción familiar.

El funcionamiento de la familia es complejo, si lo abordamos desde una perspectiva sistémica, y como tal sistema, son muy importantes las consecuencias derivadas de la interacción familiar, pues la familia como grupo primario, desarrolla unas pautas de comportamiento y de relación entre sus miembros, que facilitan el crecimiento individual y colectivo de todos ellos¹⁷⁴⁰. Cada miembro de la familia aprende a comportarse dentro de la relación que han establecido, con las normas explícitas o implícitas, que se han dado y con los rituales que se han establecido, así como con los mitos que les rodean.

FABREGAT, define la interacción familiar, en términos sistémicos, como el entramado de estructuras, reglas mitos y comportamientos, la geografía particular de cada familia. La familia es un sistema flexible y como tal es capaz

¹⁷⁴⁰ Vid. MINUCHIN, S., *Familias y Terapia Familiar*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 84 y ss.

de generar cambios inherentes a los requerimientos evolutivos del sistema familiar en los aspectos estructurales del ciclo vital, relaciones y reglas¹⁷⁴¹.

La interacción familiar tiene una serie de características propias¹⁷⁴²:

- Es una relación circular¹⁷⁴³, que se establece en el interior de cada familia y que se identifica con la comunicación.
- Se da en un contexto relacional¹⁷⁴⁴, pues todos influyen en todos y nadie queda al margen de estas influencias
- Es variable, pues la familia es algo vivo, cambiante, como lo son los miembros que la componen. De ahí que la interacción que se establece en su interior, sea cambiante.

MINUCHIN ha señalado, que la interacción familiar posee seis sectores que hay que analizar cuando se hace una intervención sistémica¹⁷⁴⁵:

1º La *estructura de la familia o el entramado de interacción* que se produce dentro del sistema familiar. RIOS GONZÁLEZ considera que cuando investiga la estructura familiar, podemos encontrar los siguientes elementos: miembros que componen el sistema familiar, valor dominante en la familia, personas o personas que ostentan el poder en el interior de la familia, mito fundamental de la familia que comparten todos los miembros y que marca las relaciones, miembros sintomáticos del sistema familiar y aquéllos que provocan el cisma en su interior, actitudes educativas básicas y modelos de autoridad y disciplina dominantes¹⁷⁴⁶. Sin embargo, MIDORI y BROWN, centran su análisis en el estudio de quien interactúa con quien, con qué fin y con qué frecuencia¹⁷⁴⁷, mientras que MINUCHIN y FISHMAN, analizan la estructura familiar desde las células

¹⁷⁴¹Vid. FABREGAT ROSAS, A., "Interacción Familiar", en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2011, pp.112 y ss.

¹⁷⁴²BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L. *Mediación y Orientación Familiar (I)*. Ob. cit. p.77: "El entramado de estructuras, subsistemas, niveles de comunicación, normas, reglas, mitos y comportamientos, es lo que en términos sistémicos se denomina interacción familiar".

¹⁷⁴³FABREGAT ROSAS, A., "Interacción Familiar", Ob. cit., p.114: "No responde al sistema clásico de relación lineal de comunicación"

¹⁷⁴⁴FABREGAT ROSAS, A., "Interacción Familiar", Ob. cit., p. 115: "La familia es algo más que un mero agregado de subsistemas. Recoge en su interior la complejidad de las relaciones: la tolerancia al conflicto, el sentimiento de lo ridículo o la sagrado, los límites de lo correcto y lo incorrecto, la concepción del mundo y sus valores, la dimensión emotiva".

¹⁷⁴⁵Vid. MINUCHIN, S., *Calidoscopio familiar*, Paidós, Barcelona, 1984, p. 25 y ss.

¹⁷⁴⁶RIOS GONZALEZ, J.A., *Manual de Orientación y Terapia Familiar*, Instituto Ciencias del Hombre, Madrid, 1994, p.111.

¹⁷⁴⁷MIDORI, S y BROWN, J., *La práctica de la terapia familiar. Elementos clave en diferentes modelos*. Trad. de Desclée de Brower, Bilbao, 1998, p.163. Los autores se centran sobre todo en el análisis de las relaciones interpersonales, los límites establecidos, el poder y la distribución de los roles, pues consideran que la organización familiar es la que configura su estructura.

básicas que la componen¹⁷⁴⁸, lo que ellos denominan “*holones*”¹⁷⁴⁹. Pero todos estos autores, consideran en definitiva, que hay que tener en cuenta: los miembros que componen la familia, los miembros sintomáticos, cismáticos y significativos, las relaciones interpersonales: coaliciones, triángulos..., los límites, los mitos, el poder dentro del sistema y la autoridad y los estilos educativos.

2º La *flexibilidad del sistema*¹⁷⁵⁰. La flexibilidad del sistema es definida como la capacidad de generar cambios inherentes a los requerimientos evolutivos del sistema familiar en los aspectos estructurales de ciclo vital, relaciones y reglas. Según el grado de flexibilidad dentro del sistema pueden existir cuatro tipos de familia, que ordenados de mayor a menor, pueden ser: rígida, estructurada, flexible y caótica.

La familia, al igual que la sociedad, está sometida a constantes cambios, que se producen dentro y fuera de ella; cambios que hacen que el sistema familiar, tenga que acomodarse a la nueva realidad. La familia al ser un sistema vivo, tiene potentes mecanismos de flexibilidad para su preservación en el tiempo, de manera que los cambios influyan en su estructura organizacional más que en su función vital¹⁷⁵¹.

Esa posibilidad de adaptación a las circunstancias cambiantes propias y del medio, constituyen la funcionalidad y flexibilidad de un grupo familiar.¹⁷⁵² Existen dos fuerzas aparentemente contrapuestas en todo grupo familiar: la cohesión (que tiende a fortalecer el vínculo, a mantenerla unida) y la

¹⁷⁴⁸ MINUCHIN S. y FISHMAN, H., *Técnicas de terapia Familiar*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 89.

¹⁷⁴⁹El holón individual: considera las determinantes personales e individuales propios del ser persona. El holón conyugal (sistema conyugal) son las relaciones que se establecen entre los cónyuges. El holón paternal, son las relaciones que se establecen para la crianza y socialización de los hijos. Puede incluir a personas del sistema familiar extenso. El holón fraternal, sería el primer grupo de iguales.

¹⁷⁵⁰BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., 94.

¹⁷⁵¹SUARES, M., *Mediando en sistemas familiares*, Ob. cit. p. 279: “La estructura familiar debe ser relativamente fija y estable para poder sustentar a la familia y en sus tareas o funciones, protegiéndola de las fuerzas externas y dando un sentido de pertenencia a sus miembros; pero al mismo tiempo, debe aceptar un grado de flexibilidad para poder acomodarse a los diversos requerimientos de las situaciones de vida y de las distintas etapas del desarrollo por las que evoluciona la familia, con lo que facilita el desarrollo familiar y los procesos de individuación”.

¹⁷⁵²Cuando las familias no producen esta evolución y las reglas de asociación que gobiernan al sistema familiar impiden la autonomía e individuación de sus miembros, o no se adaptan a las circunstancias cambiantes del medio o de las diferentes crisis evolutivas o accidentales, se produce algo así como una cristalización, un no-cambio, un estancamiento en un periodo concreto de su ciclo evolutivo. Son incapaces de reorganizarse para pasar al periodo siguiente. Encontramos entonces familias disfuncionales con reglas de interacción rígidas e inamovibles.

adaptabilidad (fuerza centrífuga que tiende al cambio, a la necesidad de adaptarse a otros grupos a otros contextos). La flexibilidad y el equilibrio dinámico entre estas dos fuerzas son necesarios para la evolución saludable de toda familia. Descompensar alguna de las dos tendencias, suele precipitar conflictos.

3º *La resonancia en el interior del sistema*¹⁷⁵³. Con esta característica se hace referencia a la empatía que viven entre sí los miembros del sistema. La empatía puede definirse como la posesión de sensibilidad psíquica para detectar las señales externas que nos indican lo que necesitan o lo que quieren los demás, lo que genera sentimientos de simpatía, comprensión y ternura. La empatía es el esfuerzo que realizamos para reconocer y comprender los sentimientos y actitudes de las personas así como las circunstancias que los afectan en un momento determinado¹⁷⁵⁴. Esta habilidad necesariamente debe vincularse a otras de comportamiento, como la profundidad de la interrelación interpersonal, el desarrollo moral abierto al otro y el altruismo. También¹⁷⁵⁵ incluye la respuesta emocional orientada hacia la otra persona de acuerdo con la percepción y valoración del bienestar.

4º El *contexto relacional de la familia*, es decir, la apertura y la relación que el sistema tiene hacia el mundo que le rodea. MINUCHIN, siguiendo a SANCHEZ GUTIERREZ, dice que para hablar de este contexto relacional, es necesario recordar que la homeóstasis es la tendencia principal de un sistema de mantener el

¹⁷⁵³ RIOS GONZÁLEZ, J.A., *Los ciclos vitales de la familia y la pareja*, CCS, Madrid, 2005, p.46.

¹⁷⁵⁴ BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit. 94: “La empatía puede abarcar respuestas en dos niveles diferentes: el cognitivo y el afectivo. A nivel cognitivo, la empatía constituye una comprensión del estado interno de otra persona: sé cómo te sientes y comprendo cómo te sientes. Y el nivel emocional o afectivo, implica una reacción emocional por parte del individuo que observa las experiencias del otro y se coloca en el lugar del mismo: no sólo sé cómo te sientes, sino que soy capaz de ponerme en tu lugar. Esta doble distinción sería importante, pues cuando se analiza la interacción del sistema familiar, para ver si viven una relación de empatía cognitiva que no les lleva a implicarse los unos con los otros (no hay resonancia emocional), o si, por el contrario, dan el paso hacia la empatía afectiva, lo que implica que todos se involucren en la realidad de los demás, no como invasión de la propia intimidad, sino, como medio de ayuda, de escucha y de intimidad (resonancia en la interacción familiar). Podemos decir que existe una relación entre el “ser” y la “empatía”, ya que las personas estamos dispuestas a empatizar con aquellos que consideramos similares o con objetivos y valores parecidos a los nuestros. Si en el interior del sistema, la interacción es disfuncional, es fácil entender que la empatía entre los miembros sea igualmente disfuncional. El conocimiento personal a cerca del otro, aumenta la empatía, por lo que en principio, se daría más en el interior de la familia que con desconocidos”.

¹⁷⁵⁵ La relación entre empatía y calidad de relaciones es más positiva, si los asuntos confrontados son más triviales, menos conflictivos y menos amenazadores para la relación; igualmente, la relación podría ser más negativa, si el contenido de la confrontación, es más importante, más conflictivo y más amenazador. Así, la empatía es importante, pues repercute en gran parte de las conductas sociales y por tanto en la interacción familiar.

equilibrio, pues los sistemas abiertos, como las familias, se rigen por sistemas dinámicos y de interacción con el ambiente, y no por principios estáticos o cerrados, así, cuando se produzca un cambio en parte del sistema, se observará otro cambio en otra parte de éste para recuperar el equilibrio¹⁷⁵⁶. La morfogénesis se refiere a la tendencia de los sistemas a cambiar y crecer, pues la evolución y los cambios son inherentes en los sistemas abiertos. Estas son dos propiedades que ponen de manifiesto la apertura del sistema a todo aquello que le rodea y la tendencia de éste a cambiar y crecer en ese contexto pero siempre dentro de un equilibrio que le ayude a perdurar.

5° El *estado del desarrollo familiar*¹⁷⁵⁷ o la evolución de los ciclos vitales, representa también un núcleo básico para entender el funcionamiento interno del sistema y su interacción y dentro de él, podemos estudiar: los *ciclos normativos* que son aquéllos motivados por los cambios y la evolución normal de las personas y los que surgen por crisis de lo normativo, dentro de la familia, o pareja o los *ciclos por crisis no normativas*: separaciones y divorcios.

6° El *miembro familiar significativo*. Es importante hacer referencia a él cuando hablamos de interacción familiar. Podemos entender como *miembro significativo* “aquél miembro de la familia cuya conducta se marca como problemática”. Al etiquetar a un miembro de esta forma, pudiera estar etiquetándose a la familia entera de forma incorrecta¹⁷⁵⁸. A partir del *miembro significativo*¹⁷⁵⁹, la familia elabora toda una estructura que hay que conocer y profundizar, pues muchas veces se usa al miembro significativo como un escudo protector de mucha otra información y de los síntomas problemáticos reales del sistema, ocultando detrás de él, mucha información sobre la interacción del sistema.

¹⁷⁵⁶Vid. SANCHEZ GUTIÉRREZ, D., *Terapia familiar. Modelos y Técnicas*, El manual moderno, México, 2000, p.42.

¹⁷⁵⁷RIOS GONZALEZ, J.A., *Manual de Orientación y Terapia Familiar*, Ob. cit., p.79, donde señala los siguientes ciclos normativos: DE LA FAMILIA: 1.-Emancipación del joven adulto. 2.- Noviazgo: formación de la pareja. 3.- Forja de la pareja. 4.- De la familia real a la deseada. 5.- Primer periodo de expansión: el nacimiento del primer hijo. 6.- La familia con hijos. 7.- Los hijos se incorporan a la escuela. 8.- Los hijos adolescentes. 9.- La familia con hijos jóvenes. 10.- Cuando los hijos se marchan del hogar: el nido vacío. 11.- Cuando los hijos permanecen en el hogar: el nido repleto. 12.- El envejecimiento evolutivo de la familia. DE LA PAREJA: 1.- Noviazgo: formación de la pareja. 2.- La forja de la pareja: de la filiación a la conyugalidad. 3.- De lo real a lo deseado: la formación de la pareja. 4.- La cohesión de la pareja. 5.- El crecimiento interno de la pareja. 6.- La estabilidad de la pareja. 7.- La disolución evolutiva de la pareja.”

¹⁷⁵⁸ Por ejemplo, como familias violentas, familias drogadictas, etc.

¹⁷⁵⁹Vid. BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L. *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p. 98.

NAVARRO GÓNGORA defiende la existencia del *síntoma* como una necesidad del equilibrio del sistema, no del individuo que carga con él¹⁷⁶⁰. La importancia de esta idea radica en lo marcado que se encuentra todo el comportamiento y la interacción familiar para mantener el síntoma a lo largo del tiempo. Cuando se interviene en un sistema familiar (desde la mediación o desde cualquier otro procedimiento de intervención) es necesario desmontar el mito del “origen de todos los males”, en un solo miembro de la familia, para que toda la familia retome sus responsabilidades y reconozcan los síntomas reales que provocan su situación.

La interacción familiar, es un trabajo arduo y complejo que entraña una serie de factores que hay que tener en cuenta: 1.- la mentalidad psicológica de la familia frente al síntoma del miembro significativo, 2.- la empatía o enfrentamiento respecto al síntoma, 3.- el grado de acuerdo o de desacuerdo de la familia frente a las funciones que cada uno desempeña dentro del sistema, 5.- la percepción del rol, de los demás dentro del sistema, 6.- la percepción del propio rol dentro del sistema, 7.- la provocación de cada miembro del sistema y efectos que esta provocación, provoca, 8.- afecto de cada miembro del sistema respecto a los demás, 9.- grado de influencia entre los miembros de un sistema, 10.- Gratificación que los miembros del sistema hacen de las necesidades del miembro significativo, 11.- poder de cada miembro del sistema, 12.- capacidad de expresar las propias necesidades, 13.- capacidad de captar las necesidades de otro, 14.- Aceptación del sistema de la nueva formulación que se realiza y 15.- aceptación del plan de intervención recomendado¹⁷⁶¹.

En cuanto a los niveles de interacción familiar¹⁷⁶², vienen marcados por la propia familia y el propio contexto de intervención. Son posibles tres niveles de intervención:

¹⁷⁶⁰NAVARRO GÓNGORA, I. *Técnicas y programas en Terapia Familiar*, Paidós, Barcelona, 1992. p.96. Apunta el autor que la familia puede darle a un miembro del sistema (además de hacerle portador del síntoma y culpable de lo que están viviendo) el papel encubierto de protector y mártir de la familia, pues lo sacrifican por el bien de todos, con el fin de mantener la homeostasis familiar. La presencia del síntoma y del miembro significativo, garantiza a la familia dos funciones básicas: una función unificadora, pues para muchas familias, el único punto de unión es el miembro significativo y todos deben mantenerlo como tal para que la estructura familiar se mantenga; y una función homeostática.

¹⁷⁶¹ RIOS GONZÁLEZ, J.A., *Manual de Orientación y Terapia Familiar*, Ob. cit., p.97.

¹⁷⁶² BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p.108: “Algunos puntos que nos pueden ayudar a iniciar un proceso de cambio en la interacción sistémica pueden ser:

1.- Nivel de orientación familiar.- La orientación familiar, apunta RIOS GONZÁLEZ, es el: “*Conjunto de técnicas que se encaminan a fortalecer las capacidades evidentes o latentes que tienen como objetivo el fortalecimiento de los vínculos que unen a los miembros de un mismo sistema familiar, con el fin de que resulten sanos, eficaces y capaces de estimular el progreso de los miembros y de todo el contexto emocional que los acoge*”¹⁷⁶³. Este nivel puede abordarse desde tres posibles finalidades:

- a) Para la prevención de conflictos intrafamiliares, al mostrar a la familia la forma de construir una sana relación. Esta interacción se puede dar a nivel educativo, pues al considerar a la familia como uno de los núcleos principales para el desarrollo personal y social de cada uno de sus miembros, es necesario dar a conocer las formas más adecuadas de comunicarse e interactuar entre sus componentes, así como las etapas de desarrollo que atravesarán tanto personal como de manera familiar.
- b) Desde el asesoramiento, en el que se pasa a un nivel un poco más complejo, pues las intervenciones van dirigidas a trazar las líneas más adecuadas de convivencia y comunicación que permiten solventarlos.
- c) Tratamiento terapéutico, que se utiliza para abordar situaciones que han degenerado en crisis profundas de tipo personal o familiar y de las cuales

a.- Plantearse las líneas generales, los objetivos inmediatos, y a largo plazo que ayuden a restablecer una interacción sana.

b.- Iniciar la intervención con alguno de los subsistemas más resistentes al cambio.

c.- Reducción y comprensión del síntoma para evitar la manipulación del sistema.

d.- Abandonar cuanto antes la mera contemplación del síntoma.

e.- Actuar sobre las causas del síntoma y tratar de responder el “para qué” del síntoma en el interior del sistema.

g.- Para ello, fortalecer la identidad de cada uno y el espacio personal dentro del sistema.

h.- Restablecer, si hiciera falta, la autoridad natural dentro del sistema, que suele ser la parental.

i.- Marcar los confines de esta autoridad natural, para evitar que se repitan los esquemas anteriores de posible ausencia de la autoridad o de abuso de la misma.

j.- Estructurar defensas sanas que ayuden a afrontar con responsabilidad los problemas y las crisis que se vayan presentando.

k.- Implica que hay que mejorar la tolerancia y la flexibilidad de los miembros adultos del sistema frente a los cambios de los más jóvenes.

l.- Recuperación de la capacidad terapéutica de los individuos y del sistema.

m.- Mejorar la relación afectiva familiar: trabajar la empatía y por tanto ganar en resonancia.

n.- Facilitar un sistema que estimule la capacidad de elección y decisión de los miembros del sistema.

o.- Ayudar a construir un sistema funcional y abierto”

¹⁷⁶³RIOS GONZÁLEZ, J.A., *Manual de Orientación y Terapia Familiar*, Ob. cit., p.12.

no son capaces de salir por sí mismos y necesitan de apoyo y orientación específica para sus circunstancias concretas.

Cuando la familia requiera una intervención¹⁷⁶⁴, bien sea como asesoramiento o como tratamiento terapéutico, debe captarse todo el funcionamiento de la interacción familiar, pues uno cualquiera de los estados de esta interacción puede ser el que esté interfiriendo en el desarrollo del sistema.

2.- Nivel de Mediación Familiar.- que según ROMERO NAVARRO, entiende como un método que construye puentes entre partes en conflicto, generando capacidad de consenso y proporcionando a la familia un espacio en el que pueden tener cabida todos aquellos temas sobre los que sus miembros deben tomar decisiones, tengan o no relevancia legal (custodia, visitas, régimen económico...) e integrando de forma armoniosa tales decisiones y las emociones asociadas a éstas¹⁷⁶⁵. En general, este método facilitará el que se establezca una nueva relación entre las partes en conflicto, aumenta el respeto y la confianza entre estas, corrige percepciones e informaciones falsas que se puedan tener respecto al conflicto y los implicados en éste y crea un marco que facilita la comunicación entre las partes y la transformación del conflicto¹⁷⁶⁶.

3.- Nivel de Mediación Educativa.- Este puede ser el nivel más complejo para analizar la interacción familiar, ya que los conflictos, se dan en un sistema diferente al familiar por lo que puede resultar interesante analizar las relaciones escolares como un sistema propio (con diferentes reglas y comportamientos) y detectar el estado de la interacción entre sus miembros.

¹⁷⁶⁴BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p. 110.

¹⁷⁶⁵Vid. ROMERO NAVARRO, F., “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, N° 40.
(www.mtas.es/publica/revista/numeros/40/Estudios02.pdf.)

¹⁷⁶⁶BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p.111: “La familia que llega a mediación es una familia que está viviendo un momento de cambios y de crisis. Las familias tienen en su interior la capacidad y los recursos necesarios para superar estas crisis y enriquecerse con ellas. Para el mediador es fundamental profundizar en la interacción familiar, quizás en un primer momento no para intervenir directamente en ella, sino para descubrir los aspectos más sanos de la misma en la que apoyarse y aquéllos que tiene que ayudar a corregir para lograr los fines de la mediación”.

Los conflictos que pueden tener lugar en la institución escolar pueden ser muy variados y de muy diversas formas y por ello la mediación escolar que es la intervención no forzada de una tercera persona imparcial, puede ayudar a las personas de la comunidad escolar a resolverlos o a transformarlo por ellas mismas.

4.2.4. EL PODER EN LA FAMILIA: ESTRUCTURAS.

Al igual que en el resto de la sociedad en general, en el seno de la familia, se establecen una serie de relaciones que se caracterizan por una peculiaridad, un trato específico diferente al que se mantiene en una comunidad más amplia¹⁷⁶⁷. No es difícil distinguir el comportamiento que se tiene entre parientes del que se produce entre quienes no lo son. Se da, en el primer caso, lo que corrientemente denominamos familiaridad, una singularidad que induce a la intimidad, al trato cariñoso, aunque no exento en ciertas culturas de una cierta agresividad “light” y de prohibiciones concretas. Según BECK-GERNSHEIM, el comportamiento y las relaciones de parentesco están sujetas a determinadas reglas no escritas que los sujetos endienten como de obligado cumplimiento¹⁷⁶⁸. Hay una jerarquía, una relación de funciones, una predisposición mayor a la disculpa, cuando se produce una falta por alguno de los miembros y un orden que afecta a esa conducta esperada en el seno familiar.

Son muchos los autores que hablan del respeto, de la familiaridad, de las prohibiciones y de la distensión como notas características que se dan en este tipo de relaciones. Si analizamos estos caracteres, observaremos que, efectivamente, se

¹⁷⁶⁷Vid. VARGAS ISLA, L.E., “Las relaciones de poder en la familia”, *Educación y Comunicación*, Anuario 1997, pp.251-258.

¹⁷⁶⁸BECK-GERNSHEIM, E., *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Paidós, Barcelona, 2003, p.123: “Así, una primera nota se refiere al “respeto” que, en la línea jerárquica natural, se da entre los de “abajo” y los de “arriba”. Los niños son formados con prescripciones, deberes y obligaciones con relación a los mayores, padres, abuelos o tíos. Se les inculcan fórmulas y contenidos que incluyen el respeto. Se les enseña el comportamiento en determinados momentos de la vida familiar (manieras de mesa, actitudes, conversaciones prescritas o tabuladoras, etc) con la implicación del castigo o premio por sus acciones, expresados de manera bien distinta según las culturas”

dan no sólo en comunidades primitivas, sino, igualmente, entre las modernas, aunque naturalmente con variantes adaptativas¹⁷⁶⁹.

La antropóloga norteamericana MEAD, realizó un estudio en tres comunidades vecinas, pero muy diferentes en su forma familiar de comportarse¹⁷⁷⁰. Escogió tres grupos: los *tchambuli*, los *mundugumor* y los *arapesh*, todos ellos de Nueva Guinea, y observó tres comportamientos bien distintos en cuanto a los papeles desempeñados por los miembros de la familia.

Por otra parte, se da también un rasgo específico que englobamos bajo el término genérico de “*familiaridad*”. Es un trato distinguible claramente del grupo de amigos de la sociedad que envuelve al individuo, caracterizado por la confianza mutua¹⁷⁷¹. Los esquimales apartan a sus mujeres de la mesa y en muchas otras sociedades, no hay una comida común para todos los componentes. Hay ejemplos extraños para nuestra cultura, en los que, entre determinados parientes, se evita el contacto físico, con el fin de no provocar relaciones que podrían ser perjudiciales, como es el caso de determinadas comunidades africanas en las que la relación yerno-suegra, es evitada para no caer en la tentación de alguna discusión que pudiera romper la armonía familiar.

La última nota de las relaciones de la familia, la constituyen, la confianza, el espíritu de sinceridad, a veces excesivo, entre los componentes, que puede desembocar en rasgos de agresividad, falsos modales y mofas aparentemente inocuas, en algunas ocasiones, y provocadoras en otras. Es la excesiva confianza que olvida el trato formal y muestra la cara hostil del otro o bromea con cierto desenfado.

¹⁷⁶⁹Vid. FOLADORI, H.C., “El poder en la familia”, *Pepsic Periódicos electrónicos de Psicología*, N°9, México, 2007, pp.53 y ss.

¹⁷⁷⁰MEAD, M., *Sexo y temperamento en tres sociedades primitivas*, Paidós, Barcelona, 2006. p.53: “Así los *arapesh* desempeñan una conducta que en nuestra cultura calificaríamos de femenina. Son formas de formas suaves, cooperativos y bondadosos, tanto el hombre como la mujer. En cambio, los *mundugumor*, pueden ser considerados como de conducta masculina, agresivos y violentos, ambos sexos, sin muestras de ternura. Finalmente los *tchambuli*, según nuestra percepción occidental, tienen los papeles sociales cambiados. Los hombres se caracterizan por ser emocionalmente dependientes, con un destacable grado de irresponsabilidad, mientras que las mujeres muestran actitudes dominantes y carácter agresivo. Indudablemente, influye en estos comportamientos la socialización, la cultura y más discutiblemente, la biología”.

¹⁷⁷¹LABURTE-TOLRA, P. y WARNIER, J., *Etmología y Antropología*, Akal, Madrid, 1998, p.73. Los autores señalan que las relaciones abuelos-nietos, sobrinos-tíos, padres-hijos son un buen ejemplo de ello. Sin embargo, pese al hecho de que la mayor relación parece darse entre padres e hijos, no hay que olvidar la que, en ciertas culturas, se da incluso entre tío y sobrino, hasta el extremo de que este último, puede adquirir ciertos derechos sobre el primero.

Pese al deseo de igualdad perseguido en la familia, es evidente la existencia de una jerarquía y también de un poder que ejerce uno o más miembros del grupo de acuerdo con unas características propias de cada entidad familiar. En aquellas unidades en las que prevalece el respeto al anciano, como depositario del saber y de la experiencia, es él quien ejerce la autoridad y el poder.

FABREGAT, defina la estructura como el entramado de interacción que se produce dentro del sistema familiar¹⁷⁷². Se da dentro de la familia, una organización, incluso de la división del trabajo que pueda seguir o no unas pautas universales¹⁷⁷³. Si nos atenemos a aquellas sociedades que pudiéramos denominar clásicas, encontramos, generalmente, la típica existencia de los poderes religiosos, político-económica y jurídicos, bien acumulados por una persona, bien con cierta distribución jerárquicamente establecida. De esta manera, los relatos etnográficos, muestran como el jefe de la familia, el cabeza de familia, es su dirigente religioso, posee la autoridad reconocida como mediador en dominio sobrenatural, conoce la liturgia, tiene a su cargo, los, a veces complejos rituales, que ponen a la familia en comunicación con la divinidad y con los antepasados, y su figura es aceptada por todos¹⁷⁷⁴.

Por otra parte, la vida de la comunidad familiar implica también, la representación en el ámbito político, en el sistema de alianzas y relaciones con las demás familias y en todas aquéllas cuestiones que atañen a la convivencia y decisión de asuntos domésticos. Tarea que igualmente suele ser reconocida en el anciano de la familia¹⁷⁷⁵.

¹⁷⁷² FABREGAT ROSAS, A., "Interacción Familiar", Ob. cit., p.116.

¹⁷⁷³ BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p.24: "Así, puede parecer natural la asignación de tareas según el sexo, pero tampoco ésta es una constante general. La ganadería está en muchas sociedades al cuidado del hombre, mientras que la agricultura parece ser más un patrimonio de la mujer, pero la antropología ha descubierto bastantes excepciones a la regla. Sin embargo, esto no es óbice para que se constate en el seno familiar una determinada organización, jerarquizada y, por ende, con claras evidencias de poder, que es distinto en los variados linajes tradicionales, pero que incluye una cierta diferenciación".

¹⁷⁷⁴ Vid. BECK-GERNSHEIM, E., *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Paidós, Barcelona, 2003, p.127.

¹⁷⁷⁵ Los problemas de subsistencia y economía, precisan de un poder de decisión por parte de quien posee experiencia en la distribución de bienes y autoridad para llevar a cabo las decisiones que habrán de acatar los miembros de la familia. Cada una de las tareas requiere del conocimiento de unas reglas no arbitrarias, sino fundadas en la tradición, en el buen sentido, en el cumplimiento e interpretación de aquéllas normas que constituyen, incluso en sociedades ágrafas una especie de corpus elemental de carácter jurídico. Es otro tipo de poder ejercido en la familia con el fin de que su máxima autoridad pueda dictar su parecer en los conflictos, en las alianzas, en la elección de matrimonio, y en cualesquiera otras que puedan surgir.

El poder que nace y se integra en la comunidad familiar, tiene una proyección en la vida social. La familia, no es una entidad cerrada en sí misma, sino que su apertura le permite y obliga a establecer una comunicación con las otras familias y con la sociedad circundante, que reconoce de manera universal, su importante papel.

La fuerza de la familia es muy grande. Si en el sistema familiar, domina la tarea femenina, nos encontraremos, sin duda con una filiación matrilineal y residencia matrilocal que coincide con la terminología *crow*¹⁷⁷⁶, lo cual da idea de la importancia que en el sistema familiar, tiene, no sólo en el ámbito interno, sino también en el de las relaciones con la sociedad. Igualmente, si examinamos otros tipos, podemos observar la misma correlación: si la subsistencia está a cargo de los hombres, la filiación es patrilineal y la terminología se adapta a la Omaha. Finalmente, cuando se produce un equilibrio entre sexos, nos encontramos con una filiación bilateral y una terminología hawaiana¹⁷⁷⁷.

Si nos referimos a la parte económica que concierne a la familia, observaremos que ésta tiene mucho que ver con la distribución del trabajo en razón del género (concepto sociocultural y no sólo biológico), de la edad, o de la organización general en la que la familia se inscribe. Por lo tanto, jerarquía y poder¹⁷⁷⁸, autoridad, en definitiva, es una constante que puede observarse en las distintas familias, aunque hay que decirlo, la familia occidental moderna, ha sufrido cierta quiebra en este sentido y no puede haberse ahora en los mismos términos que antaño, ni es comparable con las sociedades tradicionales, a las que nos hemos referido.

¹⁷⁷⁶El sistema de parentesco *crow*, identificado por la antropología, aparece por primera vez en un texto antropológico en 1871, en la obra *Sistemas de consanguinidad y afinidad de la familia humana*, escrito por Lewis H. Morgan, precursor de la antropología social estadounidense. A partir de entonces, se considera al sistema *crow* como uno de los seis grandes sistemas de terminología existentes, junto a los sistemas: *esquimal, hawaiano, iroqués, omaha y sudanés*. Este sistema debe su nombre a la tribu amerindia *crow*, entre quienes fue detectado por primera ocasión. El sistema *crow* es parecido al sistema iroqués, pero establece distinciones entre el matrilineaje y el patrilineaje de ego. Este sistema se caracteriza porque en lugar de diferenciar entre linaje materno o paterno, distingue entre generaciones. Los parientes paternos de un sujeto son distinguidos sólo por su sexo, sin tomar en cuenta su generación. En contraste, los parientes maternos de *ego* son denominados con términos que distinguen su *generación*. El sistema *crow* sólo se encuentra en aquellos grupos donde prima la adscripción de un sujeto como descendiente de un linaje materno. A este tipo de grupos, en la terminología antropológica de los estudios de parentesco se les conoce como *matrilaterales*. Por lo tanto, este sistema se convierte en una imagen especular del sistema *Omaha*, propio de sociedades patrilaterales.

¹⁷⁷⁷LABURTE-TOLRA, P y WARNIER, J., *Etnología y Antropología*, Akal, Madrid, 1998, p.77.

¹⁷⁷⁸BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., 25.

4.3. MEDIACIÓN FAMILIAR Y DERECHOS DE GÉNERO.

A finales de los años sesenta y comienzo de los setenta, con el surgimiento del nuevo movimiento feminista, aparecía como eje central de estudio, la relación entre los sexos¹⁷⁷⁹. Lo que hasta entonces había transcurrido por vías más o menos claras y definidas en el marco de los respectivos roles sexuales y sus expectativas, empieza a discurrir de otra forma. Los vínculos y las relaciones existentes entre hombres y mujeres, así como los malentendidos y dependencias que conllevan, desde hace tiempo ya no sólo formaban parte de la esfera privada del individuo familiar, sino que convirtieron en un tema que ponía en movimiento a los medios de comunicación, a la política y a la opinión pública en general¹⁷⁸⁰.

Es importante hacer referencia al género, por las múltiples repercusiones que tiene y también en mediación. Esta no es una cuestión reciente, sino antigua en la cultura. El comportamiento de los individuos se debe, no tanto por nuestros genes, sino por el entorno en el que se produce nuestro desarrollo y por los distintos procesos culturales a los que nos enfrentamos¹⁷⁸¹. No es solo cuestión de nomenclatura, sino de algo más importante; se trata sobre el debate sobre la indiscutible diferencia (naturaleza/cultura) que existe entre hombre o mujer. Las diferencias existentes en cuanto al sexo, son de naturaleza biológica, no obstante, aquello que denominamos género, abarca a todos los rasgos que una cultura atribuye e inculca a hombres y mujeres¹⁷⁸².

El género se refiere a la construcción cultural de características masculinas y femeninas. BOUCHÉ PERIS e HIDALGO MENA han considerado que: *“El género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos, y una forma primaria de las relaciones*

¹⁷⁷⁹Vid. NASH, M., *Mujer, familia y trabajo en España, 1875-1936*, Anthropos, Barcelona, 1983, pp. 89-95.

¹⁷⁸⁰BECK-GERNSHEIM, E., *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Paidós, Barcelona, 2003. p.123.

¹⁷⁸¹WOLLSTONCECRAFT, M., *Vindicación de los Derechos de la mujer*, trad. de Isabel Burdiel, Cátedra, Madrid, 2000, p.127: “Con el fin de explicar la tiranía de los hombres y excusarla, se han esgrimido muchos argumentos ingeniosos para probar que los dos sexos, en la adquisición de la virtud, deben apuntar a alcanzar un carácter muy diferente; o para hablar de modo más explícito, no se admite de las mujeres que tengan la suficiente fortaleza mental para adquirir lo que realmente merece el nombre de virtud. No obstante, al admitir que tienen almas, debería parecer que sólo hay un camino dispuesto por la providencia para dirigir a la humanidad a la virtud o la felicidad.”

¹⁷⁸²HORKEIMER, M., “Familia y Autoritarismo”, en AAVV, *La Familia*, Ob. cit., p. 67.

*significantes de poder*¹⁷⁸³. Consideran los autores, que no siempre aplicamos los mismos parámetros de masculinidad o feminidad. Los papeles de género se ven influidos por las culturas en razón de la ecología, la economía, la complejidad social, adaptación, etc., entendiendo como roles de género, aquéllas tareas que una sociedad designa a sus miembros en razón del sexo. En virtud de esta asignación se produce, lógicamente una jerarquía, una estratificación determinada, un poder, en definitiva, bien por su prestigio social, bien por su riqueza, pero especialmente por su sexo¹⁷⁸⁴.

La desigualdad observable, es evidente y las causas varían, según los autores: unos las atribuyen a la biología y otros, a estructuras patriarcales. Bien es cierto que en las múltiples vertientes que pueden observarse en la cuestión del sexo, que existe una raíz biológica, pero no cabe duda de que su desarrollo se enmarca en lo social, u otros que afirman que el sexo, la identidad, está determinada biológicamente de manera que podríamos decir que constituye “lo dado”, lo no elegible. Mientras los roles sociales son más bien el resultado de los procesos histórico-culturales, sin embargo las causas de esta diferenciación sexual y la identidad sexo-género no cuenta, ni mucho menos, con unanimidad¹⁷⁸⁵.

A tal efecto se han establecido distintos modelos, uno de los cuales plantea el problema desde la prioridad del hecho biológico, que es el que determinaría los roles sociales y como consecuencia, a cada sexo, le correspondería un rol

¹⁷⁸³ BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F.L., *Mediación y Orientación Familiar (I)*, Ob. cit., p.26: “Sin embargo los antropólogos han constatado que si bien es cierto que la división del trabajo está, generalmente vinculada al sexo (fortaleza, resistencia, etc...) se han hallado excepciones en número bastante significativo en diversas culturas. Y solamente en aquéllos que denominamos “primitivos” u originarios, como por ejemplo en los casos de los antiguos productores de alimentos que encomendaban tareas pesadas a las mujeres (acarreo de leña, transporte de agua, molienda de grano...); o en la antigua Unión Soviética, cuando el 47% del trabajo en las fábricas era desempeñado por mujeres, tanto el trabajo mecanizado como el que exigía esfuerzo físico. Así mismo, entre horticultores, las mujeres desempeñan el trabajo duro en igualdad con los hombres, lo que provoca, en ciertas sociedades, una igualdad con ciertas reservas”.

¹⁷⁸⁴Vid. SANCHEZ DOMINGO, R., “La pervivencia del androcentrismo: apuntes histórico-jurídicos sobre la lucha equiparadora de derechos” en GOMEZ CAMPELO, E. y VALBUENA GONZÁLEZ, F. (Coords.), *Igualdad de Género: Una visión jurídica plural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008, pp.23-37.

¹⁷⁸⁵ELOSEGUI, M. y MARCUELLLO, A.C., *Diez temas de género*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2002. p.44: “Todo esto, supone en consecuencia, la negación de la igualdad entre los sexos, reafirmando las diferencias y por ende, las funciones de género, pero tal modelo resulta absolutamente rechazable, puesto que el género no deriva del sexo”.

intransferible. Esto conllevaría, consecuentemente, una subordinación de la mujer respecto al hombre, y por tanto, su condición de inferioridad¹⁷⁸⁶.

Otro modelo es el que propugna la independencia entre el sexo y el género; éste sostiene una clara posición asimilacionista. Se trata de defender la independencia de la mujer respecto al hombre y establecer una igualdad en la diferencia. Igualdad formal en todos los ámbitos, acceso al mundo público y al trabajo. Una identidad en las funciones sociales, lejos de la pretendida diferencia, incluso biológica, en cierto sentido.

El último modelo que se ha propuesto es el de defender la interdependencia de los sexos, de manera que se reconozca una igualdad en la diferencia¹⁷⁸⁷. Ambos sexos, deben estar presentes, tanto en el ámbito privado como en el público. Hay una relación sexo/genero, pero no una identidad precisamente. Esta interdependencia es, en definitiva, una corresponsabilidad en las tareas. Por lo tanto, se propugna una mayor presencia y participación de la mujer en el ámbito social y público y, en correspondencia, del varón en las tareas domésticas. Con esto se pretende la conciliación entre derechos reproductivos, tanto por hombres como por mujeres es decir, compartir las tareas de la esfera privada y de la vida pública. Lógicamente, la educación, ha de contribuir en el sentido de desempeñar un papel comprometido, desterrando el tradicional androcentrismo. Además, pese a los esfuerzos de la educación, en este sentido, la realidad dista mucho de lograr estos objetivos. La presencia constante en los medios de comunicación de la violencia de género¹⁷⁸⁸, es patente y

¹⁷⁸⁶BODELÓN, E., “La transformación feminista de los Derechos”, en BENGOCHEA GIL, M^a A. (Ed.), *La Lucha por la Igualdad efectiva de mujeres y Hombres. Reflexiones y aportaciones de la Ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo*, Dykinson, 2010, p.83: “El feminismo ha transformado y ampliado la forma como las mujeres entendemos el papel del derecho en nuestras sociedades. Los movimientos de mujeres han llevado a cabo a lo largo de los últimos siglos debates que interesan a todos y a todas las juristas, pero lo han hecho esencialmente con aportaciones que abren el Derecho. El feminismo ha descentrado el derecho, generando un nuevo *focus* que no es la norma jurídica, sino las relaciones sociales. Con esto, el feminismo se adelantó históricamente a muchas de las perspectiva jurídicas que se han desarrollado en los último años y que confluye en la necesidad de entender las estructuras jurídicas como una parte de nuestras relaciones sociales, y que por lo tanto, tienen que ser estudiadas y comprendidas con las herramientas de las ciencias sociales”.

¹⁷⁸⁷RICOY CASAS, R.M., *¿Qué Igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Consejo Social de la Universidad de Vigo, Dykinson, Madrid, 2010, p. 39: “En definitiva, queremos ser diferentes, no sólo con respecto a los hombres, sino entre nosotras, pero n o desiguales, especialmente referido con respecto a los hombres; lo contrario de la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, y lo contrario de diferencia e la identidad.”

¹⁷⁸⁸BERNARDO PANIAGUA, J.M., “Más allá de las apariencias. Crítica y prospectiva de las construcciones mediáticas de la violencia de género”, en PANIAGUA, B., MARTÍNEZ

desgraciadamente creciente. Es sensible para una buena parte de la sociedad que, indiferente, unas pocas veces, censurando, las más asiste impotente al conocimiento de hechos violentos y cotidianos¹⁷⁸⁹.

ELOSEGUI, M y MARCUELLLO, consideran que es lamentable que una cuestión tan natural como es la diferenciación de sexo, una cuestión biológica se haya convertido en el ámbito social en un problema de dominación de uno sobre otro (u otra)¹⁷⁹⁰. Desde una perspectiva andrógina se ha contemplado esta relación, arguyendo motivos constitucionales, es decir, de estructura física¹⁷⁹¹. Sin embargo, hoy en día, aunque las cosas no están radicalmente así concretadas, queda un largo camino por recorrer con el fin de equiparar los derechos entre hombre y mujer¹⁷⁹², o mejor dicho por llevarlos a la práctica y para ello, buena parte del problema ha de abordarse por medio de la educación, la coeducación, en la cual la diferencia de sexo y género no sea determinante para elegir unos objetivos tendentes a la discriminación, ya sea en la esfera pública o en la

GARCÍA, E. y MONTIEL ROIG, G. (Coords), *Retos de la Comunicación ante la Violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp.178-213. p. 84: “Los medios de comunicación social siguen persistiendo en representar de forma tradicional a las mujeres, basan las relaciones entre éstas y los hombres, en la dominación y subordinación y por tanto, construyen representaciones calificables de sexistas, estereotipadas e incluso degradantes y aniquiladoras que contribuyen a perpetuar situaciones de desigualdad, de prevalencia e un sexo sobre otro y que, en cierto modo, pueden favorecer la aparición de manifestaciones de violencia”.

¹⁷⁸⁹ El Sistema familiar.

¹⁷⁸⁹ CASTELL, M. y SUBIRATS, M., *Mujeres y Hombres ¿Un amor imposible?*, Ob. cit., p.42: “En fin, cuando el modelo tradicional de convivencia se agota y se cierran las salidas, cuando el hombre se desespera ante la pérdida irreversible de su capacidad de control, cuando la mujer intenta salir por la ventana cuando le cierran la puerta, entonces, como fantasma de la larga sombra del patriarcado, llega la violencia.”

¹⁷⁹⁰ Vid. ELOSEGUI, M y MARCUELLLO, A.C., *Diez temas de género*, Ob. cit., p.45.

¹⁷⁹¹ FRIEDMAN, B., *La mística de la feminidad*, trad. de Magali Martínez Solimán, Cátedra, Madrid, 2009, p.39: “Los hombres y las mujeres en edad adulta, que ya no están obsesionados con la juventud, que por fin se han hecho mayores para esos juegos tan infantiles y esos rituales obsoletos de poder y sexo, pueden ser cada vez más auténticamente ellos mismos. Y no fingen que los hombres sean de Marte ni que las mujeres sean de Venus. Incluso comparten sus respectivos intereses y hablan en una jerga común de trabajo, amor, juego, criaturas y política. Ahora podemos empezar a vislumbrar las nuevas posibilidades humanas, una vez que mujeres y hombres pueden al fin ser ellos mismos, conocerse unos a otros por lo que son en realidad y definir los términos y las medidas del éxito, del fracaso, de la alegría, del triunfo, del poder y del bien común conjuntamente.”

¹⁷⁹² MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, cit., pp.27-28: “Es aquí cuando el Derecho Social, ha de actuar en su máximo sentido y expresión debiendo de cumplir su función, pues a través de los derechos sociales de toda persona ha de contribuir a que ésta, bien sea hombre, bien sea mujer, se incluya o se integre en la sociedad de la que forma parte. Esto se debe a que el Estado Social y Democrático de Derecho, la ciudadanía social no debe ser una simple aspiración, sino una realidad sobre la que construir una sociedad de iguales y entre iguales. Y en ella, adquiere un rol trascendental el trabajo, la actividad laboral, por medio de la cual, la persona se interrelaciona con otros y se realiza, además de que un primer signo y elemento clave es la integración en el propio trabajo, para posteriormente hacerse ésta real en la sociedad.”

privada¹⁷⁹³. Como indica ATIENZA MONEREO: “La libertad real de las mujeres conlleva el establecer las condiciones materiales y no materiales necesarias para desarrollar sus capacidades básicas. Así los individuos y los poderes públicos han de tomar las medidas necesarias para reformular el sistema patriarcal en su conjunto. La responsabilidad es común en base al valor social de la solidaridad que establece que los individuos no son seres aislados ni egoístas, sino sujetos comprometidos en un proyecto social que enfatiza la libertad y la elección dentro de la diversidad de los diferentes conceptos del bien o de vida buena”¹⁷⁹⁴.

4.3.1. GÉNERO Y MEDIACIÓN.

En referencia a la mediación, hay autores y profesionales que han expresado la preocupación de que las mujeres se encuentran en situación de desventaja en el proceso de la mediación¹⁷⁹⁵. Argumentan que las mujeres no han sido socializadas para negociar con los hombres, y que hay desequilibrios de poder entre hombre y mujeres, inherentes a la sociedad en la que vivimos, y que estos desequilibrios se reproducirán en la mediación. Aunque ha habido mucha discusión sobre el tema y se han hecho recomendaciones para abordar este potencial problema (como asegurar y promover el *empowerment* de la mujer), la investigación no sostiene estas preocupaciones. Autores como KELLY Y DURYEE, no encontraron casi diferencias entre grupos de mujeres y hombre que habían participado en mediación o en procedimientos adversariales, con

¹⁷⁹³ DE ASIS ROIG, R., “La ley de Igualdad en el Discurso de los Derechos Humanos”, en GOMEZ CAMPELO, E. y VALBUENA GONZÁLEZ, F., *Igualdad de Género: Una visión jurídica plural*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008, p.56: “El diseño de una educación basada precisamente en los derechos humanos, implica concienciar de la importancia de la dignidad humana y de igual valor de los seres humanos, independientemente de su sexo tanto en la escuela, como en la familia, como en el ámbito de los medios de comunicación. Obviamente este es un camino largo cuyos frutos no son inmediatos. En todo caso es el camino más seguro. La convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer de 1979, señala la necesidad de cambiar las actitudes, mediante la educación de los hombre y mujeres para que acepten la igualdad de derechos”. Esta educación en derecho humanos, permitirá acabar con esa diferenciación de poder y con todo tipo de sexismo”.

¹⁷⁹⁴ MONEREO ATIENZA, C., *Desigualdades de Género y capacidades humanas*, Comares, Granada, 2010, p.164.

¹⁷⁹⁵ Vid. ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R., “Dinámicas del conflicto en el entorno familiar”, en SORIA, M.A, VILLAGRASA, C. y ARMADANS (Coords.), *Mediación Familiar*, Bosch, Barcelona, 2008, p.37.

excepción hecha de temas relacionados con el proceso y la fuerza que sintieron, la satisfacción con el acuerdo de divorcio, rabia contra la pareja o la cooperación coparental¹⁷⁹⁶.

BECK y SALES, en otro estudio también encontraron que hombres y mujeres o padres y madres tenían estilos bastantes similares al mediar, concluyendo que todavía había mucho que investigar en relación con el papel diferencial del género en la mediación, pero que hay pocos indicios para creer hoy en día que los intereses de una mujer sufren cuando participa en un proceso de mediación¹⁷⁹⁷.

Otra cuestión importante a tratar en esta materia, es la perspectiva de género dentro de la mediación familiar¹⁷⁹⁸. Todo proyecto o servicio de intervención psicosocial debe incorporar la perspectiva o enfoque de género, de modo que se preste una especial atención a la problemática específica de la mujer que acude y participa en un proceso de Mediación Familiar adaptando las intervenciones y el acceso de la mujer de forma precisa y adaptada.

GUTIÉRREZ y CORZÓN, indican que para poder decir que un proceso de mediación familiar dispone de perspectiva de género, tienen que incorporar estrategias y acciones sistemáticamente para crear condiciones de equidad e igualdad entre mujeres y hombre, así tienen en cuenta la perspectiva de género y la valoración de su impacto adaptando constantemente las intervenciones con mujeres y hombres a su situación, circunstancias y necesidades, con la flexibilidad suficiente para introducir cambios en las mismas que aseguren que las mujeres en caso de darse situaciones de vulnerabilidad, recien la atención que precisan¹⁷⁹⁹.

¹⁷⁹⁶Vid. KELLY, J.B y WHITE, J.M., *Family Theories: An introduction*, Sage, Londres, 1992, pp 48 y ss.; SLAIKEU, K.A., *Para que la sangre no llegue al río. Una guía práctica para resolver conflictos*, Granica, Barcelona, 1985, pp.253 y ss.

¹⁷⁹⁷Vid. BECK C.J. y SALES B.D., "A critical reappraisal of divorce mediation research and policy", *Psychology, Public Policy and the Law*, N°6 (4), 2000, pp. 989-1056.

¹⁷⁹⁸El enfoque de género es la respuesta que se genera a finales de los años ochenta. Aparece como un nuevo marco de análisis que sigue a la mujeres y hombre en contexto, permitiendo enfocarse en los procesos y relaciones que producen y refuerzan las desigualdades entre mujeres y hombre y haciendo visible por tanto la cuestión del poder que subyace en las relaciones de género.

¹⁷⁹⁹GUTIÉRREZ HERNAN, E. y CORZÓN PEREIRA, F., "Aspectos Psicosociales", en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.) *Mediación Familiar*, Dykinson, Madrid, 2012. p.287: "La gestión el proceso de mediación en coherencia con la perspectiva de género, supondrían incorporar al proceso a las siguientes indicaciones:-Identificación previa de donde pueden encontrarse las brechas de género, analizando cual es la situación de mujeres y hombre ante la actividad concreta, determinara los recursos y el acceso a los mismos, la participación, las normas o los valores pertenecientes a cada sexo y que pueden condicionar su participación.-Formación interna para los/as profesionales responsables de desarrollar la Mediación Familiar, así como entidades colaboradoras.-Registros y sistematización de la información con desagregación de datos por sexos.-El uso de un lenguaje no

Estas autoras consideran que el impacto de género, permitirá conocer qué se pretende cambiar y sobre quien, qué problemas o situaciones va a modificar el proceso de mediación familiar, de la situación de mujeres y hombres que se atienden desde el mismo; y para valorar el impacto de género es necesario identificar claramente esas diferencias sociales y las causas que las producen¹⁸⁰⁰. Además, se deberá indagar sobre las consecuencias que estas diferencias tienen sobre la posición social de mujeres y hombres y las oportunidades que unas y otros tienen de obtener beneficios y disfrutar de derechos en el ámbito de intervención que se está analizando. En definitiva, el objetivo final del impacto de género es conocer el empoderamiento de las mujeres y su mayor participación en los proceso de Mediación Familiar, y eso en absoluta sintonía con un aspecto contra de la metodología empleada relacionada con fomentar la comunicación para que se puedan instaurar acuerdos y que se instaure una actitud de “*yo gano-tú ganas*”¹⁸⁰¹.

En los últimos tiempos, estamos viendo la eficacia de la medición procedimiento de resolución de conflictos y como tal, se está erigiendo como un versátil instrumento para abordar los diferentes desencuentros en los distintos y plurales órdenes de las relaciones interpersonales.

Tanto la vida familiar como la vida en pareja, con sus múltiples implicaciones de todo tipo: afectivo, emocional, personal, familiar, económico o patrimonial es un semillero de conflictos, que sus miembros deben resolver día a día de la convivencia mediante sus propios recursos o habilidades personales: actitud negociadora, diálogo, empatía, grandes dosis de generosidad, sentido del humor..., habilidades que permiten superar las crisis y las diferencias que surgen a lo largo de nuestra existencia. Pero cuando la intensidad o la gravedad de esas diferencias llevan a plantearse la ruptura, la mediación se muestra como una herramienta muy eficaz para la adopción de decisiones consensuadas, que resuelvan de manera satisfactoria y duradera, cuestiones de mucho interés entre las partes, dado los temas que se ven implicados, como explica TORRES

exista en Iso materiales didácticos disponibles en el servicio de mediación, así como en el desarrollo de las sesiones y encuentros grupales.-Evaluar el impacto de las acciones realizadas en función del género.”

¹⁸⁰⁰Vid. GUTIÉRREZ HERNAN, E. y CORZÓN PEREIRA, F., “Aspectos Psicosociales”, Ob. cit., p.292.

¹⁸⁰¹Vid. GUTIÉRREZ HERNAN, E. y CORZÓN PEREIRA, F., “Aspectos Psicosociales”, Ob. cit., p.294.

FERNÁNDEZ¹⁸⁰². Pero al hablar de relaciones familiares y de conflictos, es inevitable hablar del tema de la utilización de la violencia en las relaciones personales, en la familia y en particular de la violencia con la pareja¹⁸⁰³. Comenta NASH, que el género implica una mirada a la diferencia sexual, considerada como construcción social¹⁸⁰⁴. El centro de la definición del género se va a asentar en la conexión integral de dos proposiciones: el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que se perciben entre los sexos, y es una manera primaria de significar las relaciones de poder.

4.3.2. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO LÍMITE PARA LA MEDIACIÓN.

El género es un campo en el cual, o a través del cual, se articula y distribuye el poder como control diferenciado sobre el acceso a los recursos materiales y simbólicos y por ello está involucrado en la construcción misma del poder. Según cree esta autora, desde estas perspectivas que comprometen los

¹⁸⁰²TORRES FERNANDEZ, E., “¿Cabe la Mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?”, en LOPEZ SAN LUIS, R. (Ed.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, Granada, 2011, p.133 y ss. Para este autor, la mediación es una herramienta, que en el Derecho de Familia, cuenta cada vez con mayor reconocimiento y valoración entre los distintos operadores que están en contacto directo con las dificultades propias de la resolución de conflictos matrimoniales y familiares.

¹⁸⁰³VIDAL FERNÁNDEZ, F., “Los nuevos aceleradores de la violencia modernizada”, en GARCÍA-MINA FREIRE, A. (Coord.), *Nuevos escenarios de violencia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2008, p.17: “La violencia es la violación de la integridad de la persona y suele entenderse que se ejerce violencia cuando interviene la fuerza física o la amenaza de su uso, pero también cuando se actúan en una secuencia que causa indefensión en el otro. Un ejemplo de lo primero es la violación de los Derechos Humanos de alguien; de lo segundo, el abuso o el suicidio; de lo tercero, el despido de alguien sin que tenga ocasión de justificación. Aunque en términos estrictos, la violencia exige para ser considerada como tal, la intervención efectiva o potencial de fuerza física, en un sentido laxo, es violencia, la corrupción de la presencia con la integridad que requiere su dignidad. La negación de la dignidad de la persona –de la vida-, es la operación de la violencia”.

¹⁸⁰⁴ Vid. NASH, M. y MARRE, D., *Multiculturalismos y Género: un estudio interdisciplinar*, Bellaterra, Barcelona, 2001, pp.45 y ss. Nash propone considerar al género como una interpretación alternativa a las interpretaciones esencialistas de las identidades femeninas y masculinas, estas no son producto de la naturaleza sino una construcción social. El concepto de género va a situar a la organización sociocultural de la diferencia sexual como eje central de la organización política y económica de la sociedad. El discurso de género de este nuevo siglo a pesar de su posibilidad de adecuarse a los cambios socioculturales, no se funda aún en el principio de igualdad. Y esta desigualdad es una de las causas centrales de la violencia. Si nos hacemos la pregunta de qué es la violencia de género y por qué se ejerce mayoritariamente sobre las mujeres, la violencia, entonces, es inseparable de la noción de género porque se basa y se ejerce en y por la diferencia social y subjetiva entre los sexos.

aspectos psicológicos, sociales y culturales de la diferencia entre los sexos y revelan la forma en que se distribuye el poder, es desde los cuales se puede interpretar la violencia¹⁸⁰⁵. Y dado lo anterior, y en cuanto a este tema es, una cuestión de suma importancia tratar la mediación en referencia a asuntos donde se produce violencia de género.

La violencia de género, dice la Organización de las Naciones Unidas, en 1993, es, “*todo acto de violencia que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual y psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada*”¹⁸⁰⁶. Es además, una expresión del poder y del dominio del hombre sobre la mujer, lo que es un importante motivo de conflicto y genera malestar en las relaciones, no sólo del varón con la mujer, sino también entre los adultos y los menores de la familia, en el trabajo y en la escuela, es decir, en todas aquellas relaciones que pueden desestructurar al individuo¹⁸⁰⁷.

La violencia de género constituye un gran problema social, puesto que sus efectos se extienden tanto a la salud física, como a la calidad de la vida personal y familiar de las mujeres¹⁸⁰⁸. Definir la violencia contra las mujeres implica

¹⁸⁰⁵PEREZ TESTOR, C. DAVINS, M., CASTILLO, J.A. SALAMERO, M., “Violencia en la pareja”, en GOMEZ-BENGOECHEA, B. (Coord.), *Violencia intrafamiliar. Hacia unas relaciones familiares sin violencia*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009, p.137: “El amor y la agresión se mezclan e interactúan en la vida de la pareja. A menudo, en las relaciones, lo negativo y lo positivo están muy próximos. Todo un abanico emocional (gozar, amar, odiar, sufrir, etc.) nos define como humanos, y en cualquier vínculo amoroso se generan situaciones de conflicto y agresividad. Pero dado lo inevitable de los conflictos en las relaciones, el centro de la cuestión pasa a ser el método utilizado para su resolución. Y en este sentido, lo que diferenciaría a una pareja sana de una pareja violenta, es que la primera usaría formas adecuadas de solución de problemas, mientras que la segunda recurriría a la violencia como la forma más rápida y efectiva de cerrar –provisionalmente– un problema. Es posible que lo importante resida en la capacidad, por parte de la pareja, de tratar adecuadamente las experiencias problemáticas, nos estamos refiriendo a la capacidad de contención...Las parejas se encuentran pues en esta encrucijada: deben ser capaces de inventar una y otra vez, una manera viable de integrar la agresividad en la coexistencia”.

¹⁸⁰⁶Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belem Do Pará, OEA, de 9 de junio de 1994 de la Asamblea General de la, define la violencia de género como: “La violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

¹⁸⁰⁷VELASQUEZ, S., *Violencias cotidianas, violencia de género*, Paidós, Buenos Aires, 2003, p 112.

¹⁸⁰⁸LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, N°48, 2014, p.47: “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género, en cuanto vinculado con la igualdad de trato entre mujeres y hombres, con el derecho fundamental a la vida, y en general con todos los derechos fundamentales, va más allá de su dimensión subjetiva para configurar una dimensión objetiva, o si se quiere, institucional, que se compadece, dada la vinculación del derecho fundamental a vivir sin violencia de género con la igualdad de trato y oportunidad entre mujeres y hombres – con la consideración de la igualdad

describir una multiplicidad de actos, hechos y omisiones que las dañan y perjudican en los diversos aspectos de sus vidas y que constituyen una de las violaciones a sus derechos humanos¹⁸⁰⁹.

La Ley Orgánica 1/2004 integral contra la violencia de género¹⁸¹⁰, impide la posibilidad de aplicar en tales supuestos, técnicas de mediación entre las partes, pues al definir la competencias de los Juzgados de violencia sobre la Mujer, en su artículo 87.ter. 5 de la LOPJ, establece que “*en todos estos casos estará vetada la mediación*”; lo que ha despertado la controversia entre los distintos autores, que se oponen no tanto a su tajante prohibición sino más bien a su carácter absoluto e indiferenciado¹⁸¹¹. IRIARTE SANCHEZ, analiza estas conductas derivadas de la violencia dentro de la familia y apunta que regulación específica en esta materia, además de la función punitiva clásica, se decanta por la prevención, la rehabilitación y el reconocimiento a las víctimas¹⁸¹².

Para estudiar este tema, TORRES FERNÁNDEZ, parte de dos premisas: la primera, es la de admitir la aptitud y la idoneidad de la mediación para abordar de la manera más adecuada conflictos interpersonales de variada naturaleza, entre los que se encuentran los de pareja; y la segunda, es la que toma en consideración la muy distinta intensidad y características que pueden revestir las manifestaciones de violencia entre quienes mantienen o han mantenido una relación sentimental, siendo susceptibles de una gradación, y merecedoras por tanto de una respuesta diferenciada en relación a su gravedad, es decir, que no cierre del todo la puerta

como un valor superior del ordenamiento jurídico español y como un principio jurídico –art. 1.1, 9.2 y 14 de la CE... Tal fuerza expansiva de la tutela frente a la violencia de género vincula de manera principal al Poder legislativo, aunque también a los demás Poderes Públicos. Y, en consecuencia, los operadores jurídicos –y, especialmente, los jueces y juezas– deben interpretar las normas en el sentido más favorable a la efectividad de este derecho fundamental a vivir sin violencia de género”.

¹⁸⁰⁹ La palabra “violencia” indica una manera de proceder que ofende y perjudica a alguien mediante el uso exclusivo o excesivo de la fuerza. Sin embargo, centrarse en el uso de la fuerza física omite otras violencias en las que ésta no se utiliza y que se ejercen por imposición social o por presión psicológica (violencia emocional, invisible, simbólica, económica), cuyos efectos producen tanto o más daño que la acción física. Estas diferentes formas de violencia se evidencian y estudian a partir de los estudios de género que permitieron identificarlas y vincularlas con pautas culturales y sociales diferenciales para varones y mujeres.

¹⁸¹⁰ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género.

¹⁸¹¹ Vid. DEL RÍO FERNÁNDEZ, I., “El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad”, *Revista La Ley*, número 6520 de 6 de julio de 2006, p.12.

¹⁸¹² IRIARTE SANCHEZ, J., “Regulación de los delitos cometidos dentro de la familia”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.) *Mediación Familiar*, Tomo II, Ob. cit., pp.149: “Son conductas conflictivas que derivan de situaciones penalmente sancionables, al menos para no de los protagonistas de este conflictos. Lógicamente estas conductas serán las que aparecen tipificadas en el Código Penal”.

para dar paso a la mediación en situaciones de conflictividad en las que entra en juego el maltrato¹⁸¹³.

Sabemos que el maltrato genera responsabilidad penal, incluso en sus modalidades más leves, al tiempo en que pueden estar pendientes también, los efectos legales de la disolución de la relación, de hecho o de derecho y ante esta situación, hay que ver si es posible aplicar las técnicas de mediación para pactar los efectos de la ruptura de pareja, si ha existido maltrato entre sus miembros, independientemente de la línea propuesta por los defensores de la justicia restaurativa¹⁸¹⁴. No existe ninguna norma que dé respaldo legal a técnicas de mediación como vía para la exigencia de responsabilidad penal con un ámbito de aplicación bien definido, pues hasta el momento en España sólo se han llevado a cabo experiencias que han canalizado los posibles efectos de la mediación a través de la regulación ya existente de la suspensión y sustitución de penas o la atenuante genérica del artículo 22.5 del Código Penal, pero falta aún una normativa que defina propiamente qué clase de mediación establecer: su alcance y su configuración como respuesta formal y si está dentro del derecho penal o fuera de él, así como si de concebirse como un complemento integrado dentro de la administración de justicia, su engarce en el sistema de garantías de quien es sometido a un proceso por un delito y los efectos sobre la concreta respuesta penal¹⁸¹⁵.

ESQUINAS VALVERDE califica de inquietante las reacciones del feminismo institucional, que se oponen frontalmente a la mediación en casos de violencia de género y pese a la prohibición de la Ley integral, identifica como posible ventajas de la mediación para la víctima, la posibilidad de que ésta se exprese libremente como sujeto libre y capaz para gestionar su relación, adquiriendo una credibilidad ante terceras personas¹⁸¹⁶. Por otra parte, GARCÍA-LONGORIA indica que la mediación podría considerarse como una alternativa en familias que han atravesados episodios de violencia de género, introduciendo todas las precauciones y adaptaciones precisas en el proceso; como una

¹⁸¹³TORRES FERNANDEZ, E., “¿Cabe la Mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?”, Ob. cit., p.134.

¹⁸¹⁴Vid. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima* (Compendio de Victimología), Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp.236 y ss.

¹⁸¹⁵PEREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal*. Comares, Granada, 1999, p.284.

¹⁸¹⁶Vid. ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.25 y ss.

prevaloración sobre la finalización de la violencia o sobre la capacidad de ambas partes para entrar en el procedimiento, procurando sesiones individuales y potenciando servicios externos de apoyo psicológicos o de rehabilitación, incluso permitiendo la presencia de terceros acompañantes; pues considerar la imposibilidad de mediar, ya de partida, por un desequilibrio inicial de poder, no lo entiende como una razón suficiente ya que existen mecanismos para reequilibrarlo y negar categóricamente la mediación en estos casos, limitando su acceso a la mediación podría estar produciendo una mayor victimización de la mujer y un incremento en las dificultades para su independencia y su desenvolvimiento posterior¹⁸¹⁷.

Otros autores como, CERVELLÓ DONDERIS Y COLÁS TURÉGANO, creen que para valorar si es adecuada la prohibición de mediación que hacen algunas normas respecto a la violencia de género, hay que tener en cuenta dos factores: en primer lugar, hay una cierta libertad para que los Estados, decidan en qué conductas puede servir la mediación, aconsejando tomar en consideración factores como: la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad de decisión y en segundo lugar, que lo prioritarios sea la protección a la víctima y sólo se acuda a la justicia restaurativa si redunda en su interés¹⁸¹⁸.

Un sector de la doctrina, rechaza la opción de negar por sistema la posibilidad de acudir a mediación cuando existe violencia de género y ello porque, según dicen es desconcertante que se prohíba algo que no está regulado en

¹⁸¹⁷GARCÍA-LONGORIA Y SERRANO, Mª P. “Actualidad de la Mediación Familiar en España y Mexico”, en GORJÓN GOMEZ, F. y LOPEZ PELÁEZ, A. (Coord.), *Estado del Arte de la Mediación*, Aranzadi, Cizu Menor (Navarra), 2013, p.94.

¹⁸¹⁸La Declaración de Naciones Unidas sobre estrategias de lucha contra la violencia doméstica de 1997 limitaba el uso de la mediación en este campo delictivo por el desequilibrio de poder entre las partes y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011 prohibía en estos ámbitos los medios alternativos de resolución de conflictos, incluida la mediación. En este sentido, PEREZ TESTOR, C. DAVINS, M., CASTILLO, J.A. SALAMERO, M., “Violencia en la pareja”, Ob. cit., p.139: “Cada incidente, aunque sea el único, se tiene que tomar seriamente y ser atendido, pero probablemente, lo que constituiría una relación de violencia propiamente dicha, sería la reiteración de los ataques y la circularidad de los procesos...en toda relación, existe una cierta complementariedad, la cual, puede llegar a ser patológica o problemática, si los papeles de cada uno de los miembros de la pareja se vuelven rígidos, es decir, si la colusión que se ha instalado es inflexible y los comportamientos progresivos y regresivos son asumidos casi siempre por el mismo cónyuge, con el riesgo de conflictos en la pareja, ya que las porciones (delegadas, desplazadas) transferidas al otro miembro, volverían, incrementadas al propio yo”.

sí; en segundo lugar porque no se tienen en cuenta los grandes efectos reparadores y pacificadores que este método puede producir; y en tercer lugar, porque se ignora que el alto número de sentencias absolutorias y ello, muchas veces es debido, entre otras cosas, a mecanismos de “*autodesprotección institucionalizada*”, que empujan a las víctimas a entorpecer la justicia formal, cuando un encuentro dialogado quizás podría reducir el conflicto evitando algunas medias, que a la larga no siempre resultan adecuadas o a veces resultan excesivamente paternalistas para la mujer, como el alejamiento obligatorio o la detención automática del varón¹⁸¹⁹.

También se plantean estos autores, la duda sobre el alcance de la prohibición, es decir, si sólo se refiere a la prohibición de la mediación a los asuntos civiles por ser la familia el único tipo de mediación regulada, si abarca a todos los asuntos sobre los recae la competencia total de los juzgados de violencia sobre la mujer o si sólo se refiere a lo que la propia ley denomina como violencia de género que es un catálogo mucho más reducido de delitos¹⁸²⁰. También habría que ver si la prohibición opera sólo en la instrucción por ser la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer, pero no en la fase de enjuiciamiento, o si al excluir expresamente la mediación, no incluye en la prohibición otros instrumentos restaurativos como los círculos de sentencia o conferencias familiares¹⁸²¹.

¹⁸¹⁹ Art. 416 de la LECr., que regula la dispensa de declarar del cónyuge o pareja.

¹⁸²⁰ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación con víctimas especialmente vulnerables. Violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 49-54. Entendiendo posible, al igual que esta autora, que la mediación penal es posible, después de la fase de instrucción, dada la ubicación del precepto en el ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

¹⁸²¹ MERINO ORTIZ, C. y ROMERA ANTÓ, C., “Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: Dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo”, *Eguzkilore*, N° 12, 1998, p.288: “Las Conferencias de Grupo Familiares (CGF) son una experiencia de origen neozelandés basados en el sistema tradicional de resolución de conflictos que tienen los maorís en los casos en los que el victimario es una persona joven. Este sistema incorpora los valores de justicia maorí como son el destacar los roles de la familia y de la comunidad. En las CGF se tienen en cuenta a todas las personas que son víctimas de la acción y se exploran las consecuencias que ésta ha causado, no sólo en la víctima directa, sino también en su familia, en la familia del ofensor y en otros posibles miembros de la comunidad igualmente victimados. Se reconoce y enfatiza el importante papel que tiene la familia en la vida de cualquier joven y la especial necesidad y apoyo que éste necesita cuando ha cometido una acción tipificada como delito”. También, p.293: “El “círculo sentenciador” es un intento de retomar el sistema tradicional aborigen en Norte América, en el que los miembros de una comunidad aconsejan y participan sobre el dictamen de la sentencia de un caso concreto que afecta a otro miembro de la misma comunidad. Este ha sido el método tradicional de solucionar disputas por estas etnias. El círculo se constituye a partir del acusado, la víctima, los familiares del acusado y de la víctima, los

La prohibición, tal como se ha regulado en la legislación, explica CERVELLÓ, supone un grave inconveniente porque lo determinante para la selección no debe ser la tipología delictiva general o concreta, sino la combinación de diversos factores individualizados en cada caso. Al excluir la mediación en violencia de género de forma tajante, se ignora un medio de resolución de conflictos que se caracteriza por ser pacífico, por respetar los intereses de las dos partes y por ser tener un alto contenido educativo por el compromiso que exige de comportamientos futuros¹⁸²².

La prohibición para hacer uso de la mediación en casos de violencia de género se incluye, además de en la legislación autonómica en materia de familia, en el número 5 del artículo 87 ter de la LOPJ a continuación de los artículos en los que se incluyen las competencias en materia civil y en materia penal de los juzgados especializados en Violencia sobre la Mujer¹⁸²³. Debido a ello y por este motivo podemos pensar que se excluye la mediación en los dos ámbitos: el civil y el penal, sin que el hecho de que “*el ejercicio de violencia sobre las mujeres por parte de quien sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén ligados a ellas por relaciones similares de afectividad*”¹⁸²⁴, sea definitorio de lo que el legislador entiende por violencia de género, e invalide *per se* y en términos absolutos, la viabilidad de utilizar técnicas de mediación entre los sujetos que han protagonizado tal clase de hechos, para atender las consecuencias legales de su ruptura de pareja¹⁸²⁵.

Este sector de la doctrina, considera que la violencia de género, se refiere a la violencia que tiene connotaciones de dominio del varón sobre su pareja

ancianos (encargados de transmitir el bagaje cultural y tradicional, incluyendo el Derecho consuetudinario) y otros miembros de la comunidad: un juez, el abogado defensor y un fiscal y/o policía también participan en el círculo, así como otros miembros comunitarios que estén vinculados con el caso (trabajadores sociales, educadores de calle, representantes de asociaciones de prevención y asistencia en drogodependencias)”.

¹⁸²²Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., “Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico”, *Revista penal*, N°31, 2013, pp. 22-51.

¹⁸²³El origen de la prohibición legal de la mediación en el texto de la Ley Integral sobre la Violencia de Género, se sitúa en el texto de la enmienda 431 de las presentadas durante la tramitación de la ley en el Congreso y firmada por el Grupo Convergencia i Unió, y justificada con el siguiente argumento: “la inadecuación de la mediación cuando existe violencia es una afirmación generalizada en todos los foros especializados, pero aún se producen situaciones de hecho en las que, en la práctica, se reconduce a la mediación”.

¹⁸²⁴Vid. LARRAURI PIJOÁN, E., “Justicia restauradora y violencia doméstica. Los derechos humanos de la mujer”, *Cursos de derechos humanos Donostia-San Sebastián. ¿es una alternativa viable?*, Vol. III UPV, 2007, p.131.

¹⁸²⁵Vid. MARTIN DIZ, F., “Reflexiones sobre violencia de género y mediación penal: ¿es una alternativa viable?”, *Revista Derecho en libertad*, N°3, 2009, p.183.

femenina, en cuanto que exige que tal violencia sea manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, por lo tanto nada se opondría a considerar aplicable la mediación en el resto de caso en que se produzca violencia pero no se pueda encuadrar en este concepto; incluso hay quienes la defienden, en relación con la exigencia de responsabilidad penal, cuando la infracción entre miembros de la familia, es de otros familiares distintos de los miembros de la pareja, o incluso tratándose de éstos, la agresión es la de la mujer sobre el varón, pues en ese caso, la violencia no tiene el sentido de instrumento de dominación masculina frente al que se reacciona con la elaboración de la LOIVG¹⁸²⁶.

Es un principio asentado entre quienes practican y teorizan sobre la mediación, su inadecuación o improcedencia en determinados grupos de casos, así cuando alguna de las partes indica que es toxicómana, alcohólica o padece una enfermedad mental, cuando median abusos sexuales o violencia entre las partes o cuando la intensidad del conflicto entre las partes es tal que se hace inviable la actuación del mediador. Se alegan múltiples razones para fundamentar la prohibición de la mediación en casos de violencia de género¹⁸²⁷. Sin embargo, tal prohibición recoge un concepto de violencia de género excesivamente paternalista que desconfiaba de la capacidad de la mujer para tomar decisiones sobre la

¹⁸²⁶Vid. GUARDIOLA LAGO, M.J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, Nº12, 2009, p.30.

¹⁸²⁷Se pueden destacar las siguientes razones para fundamentar esta prohibición: se dice que en esos casos, la relación entre agresor y víctima se caracteriza siempre por la sumisión, el miedo, la coerción, la intimidación; notas que denotan que no se respeta el principio de igualdad entre las dos partes entendida como equilibrio y disposición de diálogo entre pares, ni tampoco el de autonomía de la voluntad ya que en estas condiciones la víctima no podría prestar un consentimiento válido, sino que estaría viciado por la presión y dependencia ejercida por su agresor. También se alega, que se puede vitalizar la revictimización al provocar el encuentro con su agresor al que teme y desprecia por los daños que ha sufrido. En este sentido hay que tener muy claro que si la víctima tiene miedo no puede participar en un encuentro de mediación, y no sólo porque ya no es una participación voluntaria y libre, sino porque no es útil en la medida de que puede dar una imagen distorsionada de la realidad de sus sentimientos y de su estado de ánimo. Otra razón sería, que supone colocar a la víctima en un plano de igualdad con el agresor, lo que le conduce a perder protagonismo y retroceder frente al empoderamiento que se propugna con este medio. También se ha entendido que con la mediación se busca la reconciliación y la salvaguarda de la pareja, lo que además de moralizante puede no responder a lo deseado por la víctima. En esta objeción se producen varios errores ya que el objetivo de la mediación no es salvar la relación afectiva, sino superar el conflicto, de hecho puede ser un objetivo negociar una ruptura pacífica y pactada; los mediadores no imponen, sólo orientan y supervisan los encuentros; y finalmente no existe una pretensión única de las víctimas de violencia de género, sino varias como el alejamiento, la interrupción de la relación, la recuperación del respeto, la conciliación... Y finalmente se alega que la petición de perdón y disculpas puede ser un pasaje dentro del ciclo de la violencia, utilizado por el maltratador como un instrumento dirigido a prolongar y cronificar el uso de la agresividad, es decir que manipule su intervención para conseguir una respuesta benévola de sus hechos y poder continuar con los mismos posteriormente

resolución del conflicto que está sufriendo, ignorando que es la gravedad de cada hecho en particular y las circunstancias de las partes, la que debe indicar la conveniencia del programa de mediación.

Aunque la violencia y los comportamientos que la exteriorizan pueden ser cualitativa y cuantitativamente graduables, cabe con algunos especialistas en mediación, discrepar de la rotundidad de esa afirmación por principio, y admitir la viabilidad de tales técnicas en determinados casos, habida cuenta de las virtudes pacificadoras de la mediación, que bien aplicada, puede prevenir el enconar el conflicto y su agravación.

TORRES FERNANDEZ, considera que no todas las víctimas del maltrato son igualmente vulnerables a sus efectos, por lo que no cabe asumir una imagen uniformada de la víctima de maltrato, como mujer incapaz de defender por sí misma sus intereses, lo cual no va a suceder salvo que el maltrato revista una notable gravedad, o bien sea reiterado y cronificado en el tiempo¹⁸²⁸. Existen multitud de supuestos de infracciones penales con distinta gravedad que tienen en cuenta el sesgo de género como un elemento del tipo penal y que merecen un estudio pormenorizado y una respuesta diferenciada, lo que según esta autora abre la puerta a la mediación en las posibilidades de pactar y decidir de común acuerdo los efectos del fin de la relación, atendiendo a los distintos matices del maltrato y que, según su parecer no han sido suficientemente perfilados por la regulación vigentes en esta materia.

La política criminal de los últimos tiempos se ha fundamentado en la agravación sin más, de la respuesta punitiva de las agresiones, incluso de las más leves, elevando a la categoría de delito comportamientos, que si bien, tienen o pueden tener una connotación sexista cuando son realizados por el hombre sobre su pareja, no siempre traspasan el umbral de la gravedad para poder ser

¹⁸²⁸TORRES FERNANDEZ, E., “¿Cabe la Mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?”, Ob. cit., p.144. Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., “Problemas que presenta el tratamiento legal y jurisprudencial de la violencia de Género”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) *Justicia restaurativa y violencia de género*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2014, p. 61: “Las políticas penales basadas en ignorar la voluntad de la víctima de la violencia de género han garantizado a los movimientos feministas un cierto control sobre la respuestas estatal a la conducta violenta, al incrementar las posibilidades de que se sancione al agresor, ha sido a cambio de limitar el control ejercido por la mujer como individuo. Además, estas políticas operan de modo que aumenta el control estatal sobre las mujeres, en particular las marginadas –sea por razón de estatus socio-económico, nacionalidad, raza, etc.- Por todo ello, el reto consisten en desarrollar estrategias que sigan garantizando una respuesta estatal contundente frente a la violencia pero sin que supongan el correlativo incremento del control estatal sobre las mujeres”.

calificados como violencia y no serían por ello automáticamente portadores del mayor desvalor que se supone al hecho por razón de que el sujeto que lo realiza sea un hombre sobre su pareja femenina¹⁸²⁹.

Si se cuestiona el punto de partida de la LOIVG de legislar sobre la única imagen del maltrato como forma de sometimiento de la mujer al varón, que la deja postrada en un papel de víctima incapaz de relacionarse de igual a igual con su ofensor y que solo está presente indiscutidamente en las formas más graves, y se considera la posibilidad de valorar los efectos concretos del maltrato sobre la mujer, así como la distinta intensidad de sus manifestaciones, entonces cabe dejar una vía para la mediación en atención a la concreta gravedad de la infracción cometida, excluyendo siempre, por supuesto, sus formas más graves¹⁸³⁰.

Frente a la posición, que pudiese decirse más tradicional, y asumida en la LOIGV, de excluir la mediación sin más, cuando hay algún tipo de maltrato o violencia, se abre paso con mayor vigor entre los prácticos de la mediación, la posibilidad de aplicar ese tipo de técnicas cuando ha existido alguna forma de maltrato no grave o intenso y por tanto, que no haya afectado de manera significativa ni definitiva a la igual capacidad que han de tener la partes para sostener sus intereses y posiciones en el proceso negociador¹⁸³¹. GUARDIOLA LAGO, desde esta postura, señala que ya hay mediadores que defienden abiertamente la aplicabilidad de la mediación en casos de violencias leves, y siempre tras un detenido análisis de las circunstancias particulares concurrentes en cada situación concreta.

En el sentido de lo anterior, cabría excluir la mediación en los casos que el delito cometido sea el de violencia habitual en el ámbito doméstico del artículo 173.2 del Código Penal, pues la habitualidad en el ejercicio de la violencia, es precisamente lo que le confiere ese potencial de humillación y sometimiento de quien la padece al poder de quien la ejerce, dejando a la víctima postrada frente a su agresor. Estos supuestos, son aquéllos en los que la violencia ejercicio por el varón se muestra como un mecanismo de dominación y en los que

¹⁸²⁹Vid. LORENTE ACOSTA, M. Y OTROS, “Síndrome de agresión a la mujer, síndrome de maltrato a la mujer”, *Revista Electrónica Código Penal y Criminal*, Nº2, 2000, pp. 37-45. Para ver cómo afecta el ejercicio habitual de la violencia a las mujeres que lo sufren.

¹⁸³⁰Vid. ESTIRADO DE CABO, C., “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento”, *Estudios de Derecho Judicial*, Nº 136, 2007, pp.207-216.

¹⁸³¹ Vid. GUARDIOLA LAGO, M.J. GUARDIOLA LAGO, M.J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Ob. cit.*, p..31.

paradójicamente, el legislador no ha introducido la tipificación diferenciada en razón de la condición de varón del agresor, que sí es tenida en cuenta en las agresiones leves, y que por su carácter ocasional, no comportan, necesariamente ese potencial discriminador¹⁸³². En el delito del 173.2 CP se trata de supuestos en los que manifiestamente faltaría la igualdad de las partes para sostener su postura en el proceso mediador.

Tampoco podría acudir a la mediación, cuando la infracción cometida fuese la de lesiones dl artículo 148.1 del CP, pues se trata de un resultado lesivo de notable entidad y necesitado de tratamiento médico o quirúrgico, ni en el caso de las amenazas graves del artículo 169 CP, en el que la gravedad vendría definida por la entidad del mal amenazado para los bienes personales de la víctima, así como de la verosimilitud o seriedad de tal amenaza. Todos los anteriores son supuestos en los que difícilmente puede concurrir la igual capacidad de las pares requerida para la mediación.

Sin embargo, en aquéllos tipos penales¹⁸³³ que originariamente eran faltas y que la Ley 11/2003, elevó a la categoría de delito, o los actuales delitos leves, sí quedaría libre el paso a la mediación, pues tanto su carácter de hecho aislado u ocasional, como por la poca entidad objetiva de la lesión, no parecen idóneos para desequilibrar de manera definitiva e irrecuperable, el plano de igualdad en el que deben encontrarse las dos partes en la mediación¹⁸³⁴. En tales casos no es infrecuente que el episodio de violencia sea una muestra de la mala gestión de la tensión propia de la crisis de pareja, o incluso, un hecho de maltrato recíproco en las mismas circunstancias¹⁸³⁵.

Como señala JIMÉNEZ MUÑOZ: *“En esas ocasiones, en la que puede haber una mala gestión de una crisis de pareja, no es entendible que la reconducción a una mediación que voluntariamente quieran realizar mediador y víctima, o instada por el órgano judicial, se vea impedida por mandato de un*

¹⁸³²Vid. DOMINGUEZ IZQUIERDO, E., “La protección penal reforzada de la mujer en la Ley integral contra la violencia de género y el principio de igualdad”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (Coord.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 297-324.

¹⁸³³Vid. TORRES FERNANDEZ, E., “¿Cabe la Mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?”, Ob. cit., p.146.

¹⁸³⁴Vid. LOPEZ-ARIAS TESTA, M., *Malos tratos en la situación familiar, en La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial. LO 14/1999 de protección de las víctimas de malos tratos*, Colex, Madrid, 1999, pp. 135 y ss.

¹⁸³⁵Vid. MARTIN DIZ, F., “Reflexiones sobre violencia de género y mediación penal: ¿es una alternativa viable?”, *Revista Derecho en libertad*, N°3, 2009, p.185.

*legislador que no admite matices. Cabría entonces la mediación, siempre que se acredite que la víctima está en condiciones de negociar dignamente*¹⁸³⁶. El autor se refiere a supuestos en los que, o no hay desequilibrio de partes, o bien, no es relevante, pero media algún tipo de maltrato sobre la mujer de los que atraen la competencia estos juzgados y entonces no tendría por qué estar excluida la posibilidad de una separación o un divorcio consensual, ni tampoco la posibilidad de reconciliación del artículo 84 del Código Civil, ni que el denunciado por violencia ocupe la posición el demandantes en el proceso civil de separación. Y si en todas esas situaciones tiene reconocido y amplio margen de actuación la autonomía de las partes, puede caber el que se ejerza a través de la mediación¹⁸³⁷.

Las materias que son objeto de las controversias de los conflictos de pareja y la índole personal y privada de muchos aspectos de la relación, perteneciente a la intimidad de sus miembros y de otros de la familia, como los hijos, hace de esa clase de controversias un terreno muy permeable a la expansión de las técnicas de mediación, que convierte a las partes en conflicto en los protagonistas de su gestión y resolución, pues ellos, son quienes mejor saben cuáles son sus intereses¹⁸³⁸. En este sentido, los beneficios de la mediación, como técnica, redundan en una reducción del nivel de tensión entre las partes y su capacitación para resolver por sí mismos sus posibles diferencias futuras, pues deberán seguir relacionándose por la existencia de obligaciones hacia los hijos comunes. La mediación se puede mostrar como un recurso muy recomendable en cualquier conflicto de familia por su carácter pacificador, pues permite canalizar y dar salida a las emociones fuera de la gestión de los puntos objeto de discrepancia y en ese sentido, puede servir para prevenir que la conflictividad, inherente a toda ruptura, derive hacia el uso de la violencia.

¹⁸³⁶ IMÉNEZ MUÑOZ, B., “En defensa de la mediación familiar en violencia de género”, *Revista Derecho de Familia*, Nº 39, 2008, p. 32.

¹⁸³⁷La persecución de la falta del 620 del Código Penal, cuando sea cometida contra alguna de las personas integradas en la convivencia doméstica del 173.2, no requiere la denuncia de la persona ofendida o de su representante legal.

¹⁸³⁸LOZANO, F., “La mediación como alternativa a la resolución violenta de conflictos”, en GOMEZ BENGOCHEA, B. (Coord.), *Violencia intrafamiliar. Hacia unas relaciones familiares sin violencia*, Ob. cit., p.199: “La resolución efectiva de un conflicto supone catalogarlo como una oportunidad, una experiencia nueva que permitirá un aprendizaje y una puerta abierta para solucionar una diferencia. Sea como sea su resolución, exige la interdependencia de las partes implicadas: bien están esas personas obligadas a seguir relacionándose, bien se necesitan mutuamente para resolverlo”.

Este sector de la doctrina, también afirma, que cuando ya han existido episodios de violencia tampoco tiene porqué ser necesario excluir la viabilidad de la mediación, siempre que estos episodios sean aislados o fruto de la tensión del contexto y siempre que no revistan especial gravedad y no sean indicativas de una situación de dominio, de forma que quién la padezca, no esté en condiciones de participar en este proceso con la igualdad de poder y libre voluntariedad que se exige en este proceso; por ello hay que analizar las circunstancias particulares del caso y la situación personal de quien ha sido objeto de maltrato por parte de su pareja, para saber si, pese a ello, cabe iniciar o continuar la mediación que ya estaba iniciada conforme a los principios que la caracterizan. Sin embargo, en sentido contrario¹⁸³⁹, los que se oponen al uso de la mediación familiar en estos casos, consideran que su incipiente desarrollo y consolidación podría verse invenciblemente lastrado, si se hace uso de ella en casos dudosos donde ha ocurrido maltrato, sometiéndola a un desgaste anticipado en supuestos poco adecuados, sin que la mediación haya tenido aún ocasión de calar suficientemente en nuestra cultura social. En cualquier caso, la mediación, cuando existe maltrato entre los miembros de la pareja, ha de ser considerada con especial cautela por los mediadores, si es una mediación intrajudicial, o por el equipo psicosocial que asiste al órgano jurisdiccional, lo que requiere una especial sensibilidad de los profesionales implicados¹⁸⁴⁰.

Dice TORRES FERNÁNDEZ, que las campañas de concienciación sobre la violencia de género, dirigen su esfuerzo a extraer el fenómeno del ámbito privado, visibilizándolo como una cuestión que atañe a la sociedad en su conjunto y destacando que no se trata simplemente de una cuestión entre los sujetos implicados sino que se concentran las posibilidades de protección sobre las que

¹⁸³⁹Vid. ESPÍN ALBA, I., *Mediación familiar y violencia de Género: encuentros y desencuentros* en PEREZ VALLEJO, A. (Coord.), *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 270-291.

¹⁸⁴⁰LOZANO, F., “La mediación como alternativa a la resolución violenta de conflictos”, Ob. cit., p.202: “En España, las leyes autonómicas de mediación, marcan los límites de los casos para los que la mediación está expresamente vetada. Más allá de este impedimento legal, existen ocasiones en las que la mediación cuenta con escasas probabilidades de éxito. Su limitaciones devienen de las exigencias del propio proceso y de las posiciones emocionales desde las que vengan las personas enfrentadas, pues implica y compromete personalmente, al exigir una actitud que predispone a una transformación cognitiva y socio-afectiva. El proceso obliga a partir de una disposición para escuchar al otro, para querer comprenderlo y reconocer intereses y necesidades comunes; lo que implica un esfuerzo en la búsqueda de soluciones a problemas compartidos; pide a los participantes una actuación honesta hacia la mediación, aceptando una ganancia, un resultado emocional y subjetivamente equitativo en la medida en que cada una de las partes sepa buscar esa reciprocidad en un trabajo en busca del bien común”.

dependen, de la puesta en marcha del aparato de aplicación de la ley penal¹⁸⁴¹. Además la respuesta penal ha evolucionado en la línea de agravación punitiva de todas las muestras de maltrato sobre la base de su consideración como delito, siempre que tengan lugar sobre las personas integradas en el entorno de convivencia familiar y definidas en el artículo 173.2 del CP, con un distinto tratamiento punitivo y ligeramente más grave, caso de ser el varón quien actúe sobre su pareja femenina¹⁸⁴².

Con este panorama legislativo, entendemos que parece incompatible con las posibilidades de abrir un campo de aplicación a la mediación penal como mecanismo para la exigencia de responsabilidad por la infracción cometida. En ese sentido, la prohibición de mediación del artículo 87 ter de la LOPJ, parece plenamente coherente con la tendencia que inspira la política criminal seguida en los últimos años, en torno al tratamiento de la violencia sobre las mujeres en la relación de pareja¹⁸⁴³. Y en la misma línea, hay quienes advierten contra el riesgo de que al dar cabida a la mediación en la respuesta penal al maltrato, se banalice su significación antijurídica, situando a la víctima en un plano de igualdad con el ofensor, y en definitiva, haciéndola corresponsable de la violencia sufrida¹⁸⁴⁴.

Algunos autores destacan la situación de mujeres, que pese a haber sufrido algún episodio de maltrato, no desean romper la convivencia con su pareja, y

¹⁸⁴¹TORRES FERNÁNDEZ, E., “¿Cabe la Mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?”. Ob. cit., p.146: “El afán protector de la LOIVG se apela a la imposición obligatoria sin un margen para la valoración judicial a la luz de las circunstancias del caso, del alejamiento entre la víctima y el ofensor, tal cual se regula en el artículo 57.2 del CP, cuando el varón de la pareja resulte condenado por alguna de de las infracciones contra bienes personales de su mujer o exmujer, lo que ha suscitado una viva controversia sobre el tratamiento jurídico que ha de darse a los incumplimientos de esa pena con el consentimiento de la protegida, pues de ese modo se convierte en colaboradora en el delito de quebrantamiento de condena, sin que por razones de justicia parezca ni lógico ni oportuno, exigirle responsabilidad. Algo similar ocurre, cuando los operadores jurídicos exponen las dificultades que encuentran para concluir un proceso, con una sentencia condenatoria, si las mujeres, llegado el momento, se niegan a declarar amparándose en el artículo 416 de la LECr.”

¹⁸⁴²TORRES FERNÁNDEZ, E., “¿Cabe la Mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?”. Ob. cit., p.148. Según esta autora, esto evidencia una sobrevaloración de las posibilidades del sistema penal frente a los hechos que trata de evitar, mediante la amenaza de pena, y cuya reducción no depende sin más del incremento de los marcos penales aplicables.

¹⁸⁴³ESPÍN ALBA, I., *Mediación familiar y violencia de Género: encuentros y desencuentros*, Ob. cit., p. 290: “El cuadro actual no aconseja esa mayor flexibilidad. En efecto, de entre las virtudes de la intervención penal, está la prevención general positiva. Una innegable concienciación por parte de las mujeres de su papel en la familia y en la sociedad y además una definición de la violencia de género como una práctica, además de extendida y oculta, injusta e inaceptable”.

¹⁸⁴⁴Vid. OSBORNE, R., “A vueltas con la ley integral de violencia de género. ¿Es la vía penal el único camino?”, *Cuadernos de Información económica*, Nº 212, 2009, p. 148.

tampoco quieren el recurso al proceso penal¹⁸⁴⁵. En este sentido, la interposición de la denuncia como presupuesto, y el proceso, con la consiguiente condena, como única vía frente al maltrato, sea cual sea la entidad de la violencia sufrida, deja eminentemente lastradas las posibilidades de recuperar cualquier relación razonable entre la víctima y el ofensor, pese a que ello pueda estar en la voluntad de ambos.

Tras la condena del agresor, se plantea TORRES FERNANDEZ, la pregunta de ¿qué salida puede quedar para la relación personal entre quienes media un proceso penal por maltrato?¹⁸⁴⁶. La respuesta penal de la LOIVG, mediante la tipificación como delito de las formas de maltrato de menor entidad, centrada en la amenaza de la pena y la consiguiente condena del agresor, parece conllevar la implícita voluntad de no continuar la relación con la mujer protegida por la ley, por lo que no le deja ninguna alternativa y ello no siempre es así.

CASTILLEJO MANZANARES es otro de los autores que considera que los cauces jurisdiccionales son inadecuados para resolver algunos conflictos sociales que dada su complejidad no resultan aptos para ser resueltos adecuada y eficazmente a través del proceso, requiriéndose para ellos una metodología basada en el conjunto de diversas disciplinas, pues el tratamiento legal, incide básicamente en parte del problema¹⁸⁴⁷.

Además, en relación con la persona encausada, el procedimiento actual genera con frecuencia, además del sufrimiento personal que supone la privación de libertad, la interiorización de actitudes manipuladoras y pautas de

¹⁸⁴⁵Vid. LARRAURI PIJOAN, E., ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?, *Revista de Derecho Penal y Criminal*, Nº12, 2003, pp.299-305.

¹⁸⁴⁶ En el punto de partida de la LOIVG, no se tiene suficientemente en cuenta, según TORRES FERNANDEZ, el marco relacional en el que se produce la violencia. Lo característico de las infracciones penales que regula y que no las hace del todo permeables la oficialidad de la persecución penal, es que tienen lugar en el marco de una relación personal afectiva o familiar previa que condiciona y pone en duda la idoneidad de aquéllas de sus disposiciones que prescinden de la voluntad de la mujer imponiéndole una única y determinada forma de protección.

¹⁸⁴⁷CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación en violencia de género, una solución o un problema”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ? conflictos*, Ob. cit., p.197: “El tratamiento del problema en el proceso judicial se centra, en el hecho enjuiciado obviando las circunstancias de los sujetos encausados, dejando por tanto, de lado, sobre todo en el campo penal, cuestiones tan importantes como, en relación a la víctima, la reparación o resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad y la resolución de problemas asociados al a victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido como testigo. Esta autora, considera que las experiencias que se han realizado, señalan que las víctimas y sus familiares, sienten que el sistema penal no les repara el daño sufrido con la suficiente satisfacción, pues necesitan algo más que la responsabilidad civil, pues este sistema, no acoge, ni reconoce ni les posibilita un encuentro auténtico y seguro con el infractor, con el fin de superar emocionalmente la situación traumática sufrida”.

desconfianza, un nulo aprendizaje de actitudes empáticas y de respeto a los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, así como la ausencia de responsabilización respecto a la conducta infractora¹⁸⁴⁸. Las expectativas son que la persona acusada se responsabilice de la conducta infractora y para ello, la mediación penal según CASTILLEJO MANZANARES, constituye como el método idóneo, pues facilita el diálogo comunitario, reconstituyendo la paz social quebrada por el delito y minimizando las consecuencias negativas del proceso y devolviendo cierto protagonismo a la sociedad civil y revirtiendo positivamente en la sociedad a través del incremento de confianza en la administración de justicia¹⁸⁴⁹. Esta autora comparte la idea de REY MARTINEZ, de que el centro de gravedad de la respuesta pública a la violencia de género no debería estar, sobre todo en el Derecho Penal, sino en las políticas sociales y en la protección real y efectiva de las víctimas, en la actualidad insuficientemente aseguradas¹⁸⁵⁰.

La mediación ha sido reconocida desde distintos ámbitos y en distintos textos internacionales, como un mecanismo apto para ello¹⁸⁵¹.

¹⁸⁴⁸Estas características se acompañan de un intenso deterioro de las facultades físicas y psicológicas y se dificultan los procesos de reinserción social, incrementándose las posibilidades de reiteración delictiva. Para evitar estas nocivas consecuencias, es preciso articular dentro del proceso penal un instrumento de gestión del conflicto delictivo que, manteniendo la intervención procesal de la víctima, facilite respecto a ésta, la transformación del miedo e incertidumbre en confianza y seguridad, así como la reparación del daño sufrido.

¹⁸⁴⁹CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación en violencia de género, una solución o un problema”, Ob. cit., p.198: “Los efectos de la mediación pueden servir como forma de tranquilizar el miedo difuso de la sociedad y se erige como método que palia los peligros que subyacen en el fondo de una buena parte de los conflictos penales: la pobreza, las adicciones, la patología mental, la ausencia de recursos sociales para determinados colectivos, aumento de la violencia, miedo a inmigrantes, a lo desconocido...”.

¹⁸⁵⁰Vid. REY MARTINEZ, F., “La ley consagra la violencia de género y la igualdad constitucional”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp.413-448.

¹⁸⁵¹La Recomendación número (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, quien la define como “Todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si consienten libremente, en la solución de los problemas provocados por el delito, con la ayuda de un tercero independiente, el mediador”. En el mismo sentido, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/20/JAI) relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, establece que, “los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales...Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación...Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006”. La respuesta parlamentaria escrita 4/001242/000 de 9 de julio de 2004 establece que: “se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y las consecuencias de las mismas”.

Con la nueva reforma del Código penal, parece que la legislación sobre la mediación en el ámbito penal, será mucho más fácil, pues para ello era necesario que prevaleciera el principio de intervención mínima con la despenalización de las pequeñas infracciones, la introducción de principio de oportunidad en la acusación pública, concediéndole al Ministerio Fiscal, la oportunidad de no ejercitar la acción penal o no continuar con el procedimiento, aunque existiera un hecho que revistiera la existencia de delito, concurriendo determinados requisitos o presupuestos legalmente establecidos y que fuera posible sustituir la pena (sólo cuando sea posible) por una serie de efectos, entre los que serían prioritarios la obtención de satisfacción económica o de otro tipo, para la víctima.

Según CASTILLEJO MANZANARES, no debería excluirse ninguna infracción dentro del marco de la mediación, sino que habría de estarse a las circunstancias particulares de cada caso, sobre todo a la posición emocional y a las condiciones de igualdad en que se encuentren las partes para ver si es posible o no el desarrollo de la mediación¹⁸⁵². Así cree que la derivación a la mediación no debiera responder a criterios objetivos en función exclusivamente, a los tipos penales, sino que se debe tener en cuenta el criterio subjetivo de la presencia como sujeto pasivo en el supuesto de víctimas que sean personas físicas y con vulneración de derechos inminentemente personales¹⁸⁵³. A pesar de de que en el proceso penal, no hay previsión legal sobre mediación, en los delitos sobre violencia de género, se encuentra excluida por el artículo 44.5 de la LO 1/2004¹⁸⁵⁴.

¹⁸⁵²CASTILLEJO MANZANARES, R., "Mediación en violencia de género, una solución o un problema", Ob. cit., p.199.

¹⁸⁵³ LOZANO, F. "La mediación como alternativa a la resolución violenta de conflictos", Ob. cit., p.203: "La mediación, promueve la equidad, estimula la reconciliación e invita a la cooperación, fomenta el ejercicio de libertades, así como la construcción y transferencia de aprendizajes. Todo ello, lleva a afirmar, que no siempre resulta adecuada para todos los conflictos ni todas las confrontaciones".

¹⁸⁵⁴CASTILLEJO MANZANARES, R., "Mediación en violencia de género, una solución o un problema", Ob. cit., p.200: "Así nuestro legislador ha apostado por la "filosofía del castigo", obviando voces que reclaman otros sistemas, recordemos a este respecto como la Recomendación nº(98), 1, del Consejo de Europa sobre la mediación Familiar, establece en su párrafo 3.9, que el mediador pondrá especial atención en saber si ha habido violencia entre las partes o si puede producirse en un futuro, así como los efectos que éstas puedan tener sobre la situación de las partes en la negociación, y examinar si, en estas circunstancias, es apropiado el proceso de mediación. Asimismo, en el marco del Estado Español, el CGPJ, el 21 de marzo de 2001, emitió un informe sobre la Violencia de Género en el ámbito familiar, en el que, entre otros muchos aspectos, destacaba la conveniencias de trasladar a la jurisdicción civil las infracciones leves o faltas relativas a la violencia doméstica. Indicando además, la deseabilidad de la potenciación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación, en aquéllos supuestos, en los que la escasa gravedad del hecho y las circunstancias personales, familiares y

RIOS MARTÍN, J., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., consideran que el ámbito doméstico es un medio idóneo para transformar el conflicto entre las personas que se relacionan dentro del mismo y que no sólo puede permitir que la víctima se sienta reparada sino también que se restablezcan los cauces de comunicación rotos o seriamente deteriorados, para que se adopten las decisiones civiles oportunas de separación, divorcio o, en su caso de restablecimiento relacional¹⁸⁵⁵. Creen que la mediación en estos asuntos es difícil e incluso que de ellas pueden generarse consecuencias negativas, pero que el sistema penal, tampoco garantiza la vida ni la integridad física de las víctimas. Según estos autores, son necesarias pues tienen un efecto preventivo y de reproche. Señalan que lo que subyace en los conflictos violentos de ámbito doméstico es un deterioro relacional, cuya posible solución apunta a un procedimiento que tienda a restablecer la comunicación para que se adopten las medidas civiles oportunas, siempre bajo un trabajo individualizado de carácter terapéutico o pedagógico. Así estos autores consideran que esta norma debe ser suprimida pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle correctamente, teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada.

Es importante poner de manifiesto como indican GARCÍA ALVAREZ Y CARPIO DELGADO, la importancia que tiene la decisión que pueda tomar cada Estado, al respecto de residenciar los primeros hechos de violencia en el ámbito familiar (siempre que no se trate de supuestos graves), en el ámbito de la jurisdicción civil, en vez del campo de actuaciones de la jurisdicción penal y es así de significativa, pues pone de manifiesto y revela claramente el enfoque y comprensión que tiene la violencia de género en el ámbito familiar por parte de

sociales concurrentes aconsejasen y permitiesen el mantenimiento de la relación familiar o de pareja”.

¹⁸⁵⁵Vid. RIOS MARTÍN, J., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A y SEGOVIA BERNABÉ, J., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Madrid, 2008, p.107. Esta situación se puede corregir con la libertad de las partes para intervenir en la mediación, manifestada en la firma del documento de consentimiento informado, previo informe realizado por un mediador-psicólogo, después de las primeras entrevistas, e incluso consideran, que podía arbitrarse un refuerzo de la garantía de la voluntariedad con un mecanismo de ratificación de la voluntad de la víctima a presencia del Ministerio Fiscal.

los poderes públicos¹⁸⁵⁶. En el supuesto de que se optase por la jurisdicción civil, sin duda se estaría primando la visión del problema como síntoma de una cuestión familiar, en la que el agresor es una persona inmersa en dicho conflicto, pero si la opción, por el contrario, es la percepción de los hechos de violencia en el ámbito familiar, en todo caso, sin distinción alguna, como constitutivos de delitos o faltas, se deja todo en manos de la intervención punitiva del Estado, criminalizando el ámbito de la pareja.

Los sistemas legales que atribuyen a la jurisdicción civil la primera intervención, salvo que los hechos estén descritos en sus normas penales, implícitamente están aceptando que determinados hechos violentos no merecen la reacción retributiva del Estado a través del *ius puniendi*¹⁸⁵⁷. En este sentido, son varias las legislaciones europeas, Austria, Alemania, Inglaterra, que postulan la jurisdicción civil como primera respuesta en estos casos¹⁸⁵⁸.

En determinados hechos tipificados como violencia de género, cabría un tratamiento distinto, menos criminalizado, más centrado en el problema como una cuestión de pareja y en este marco, la mediación podría encargarse del tratamiento integral del conflicto, como instrumento auxiliar de la justicia con una metodología adaptada a dar una respuesta mejor y más apta a determinados

¹⁸⁵⁶GARCÍA ALVAREZ, P. Y CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p.94 y ss.

¹⁸⁵⁷Dice que en los delitos de baja intensidad, como serían los supuestos de amenazas, coacciones, vejaciones o agresiones leves, se suelen establecer “sistemas de mediación” que buscan soluciones consensuadas por las partes, en aras a superar lo que se considera crisis familiar.

¹⁸⁵⁸Así, en la ley de Protección ante la Violencia de la Familia de la República Federal Austriaca, se establece la intervención integral, con previsión de orden de desalojo del domicilio familiar por parte de la policía primero y del juez después, con posibilidad de adopción de medidas de alejamiento, decisión sobre custodia de hijos, etc., pero siempre en el ámbito civil. Así en Austria existen, las denominadas “agencias de intervención” para acompañamiento de las víctimas y en lace entre las partes implicadas y los servicios asistenciales, policiales y judiciales. Con esta experiencia, se ha comprobado que el sistema ha funcionado adecuadamente y ha reducido la violencia en un 40% de los casos. En este porcentaje de supuestos se ha conseguido reconducir la convivencia familiar con las medidas de prevención adoptadas, mientras que en el 60% restante no se ha conseguido el objetivo perseguido, frente a estas legislaciones de derecho comparado, nuestro legislador ha optado, por criminalizar todo el entorno de la pareja, prohibiendo expresamente la mediación en hechos delictivos tipificados en el marco de la violencia de género, no haciendo matización alguna, sin atender a la gran cantidad de supuestos que comprende la violencia de género que ofrece la propia ley, máxime cuando se conceptúa como tal, tanto la física como la psíquica, puesto que la psiquiatría especializada, cuantifica en 25 escalones la graduación de la incidencia de la violencia en las relaciones interpersonales de carácter familiar, y en la mayor parte de ellas, la mediación se prescribe como metodología idónea, dejando fuera de la misma los grados que representan la violencia grave, generadora de miedo y de situaciones de colapso emocional.

litigios en los que las partes implicadas necesitan mantener una relación posterior a la resolución del conflicto que ha surgido entre ellas¹⁸⁵⁹.

En los conflictos de pareja, el proceso judicial no es la solución más apta en comparación con otros mecanismos que optimizan la solución pactada¹⁸⁶⁰. La mediación en este tipo de conflictos, puede suponer el que las cuestiones familiares, íntimas y personales, queden en un ámbito confidencial, en relación con la información que en el proceso de mediación se hubiera vertido. En estos procedimientos, las partes pueden expresarse con libertad, facilitando los pactos. Además, considera CASTILLEJO MANZANARES, que en este procedimiento, si las partes llegan a expresarse con libertad, la solución al conflicto no es tan difícil; si expresan lo que sienten o han sentido, la fase de recogida de datos que todo mediador debe efectuar, como fase previa, ayuda a las partes a clarificar cuestiones afectadas por la situación objetiva de crisis familiar. Si se hubieran producido actos violentos, sirve como mecanismo reeducador, no provocando más alteración y escalada del conflicto sino como paliativo de posibles actos posteriores¹⁸⁶¹.

En nuestro ordenamiento jurídico, la regulación de la mediación en el ámbito de la violencia de género, presenta hoy dos obstáculos, uno de contenido legal, y otro relacional. El primero de ellos, es la obligatoriedad de imposición en estos delitos de la pena accesoria de alejamiento, obstáculo que podría salvarse, modificando el artículo 57 del Código Penal, en el sentido de eliminar el carácter obligatorio de la imposición de tal pena y dejarlo al arbitrio judicial en los casos en que hubiera existido conciliación entre la víctima y la persona condenada¹⁸⁶².

¹⁸⁵⁹CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación en violencia de género, una solución o un problema”. Ob. cit., p.202.

¹⁸⁶⁰Vid. GARCÍA ALVAREZ, P. Y CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Ob. cit., p.98.

¹⁸⁶¹La Recomendación 1/1998, del Consejo de Europa sobre mediación Familiar, la Directiva Europea sobre mediación civil y mercantil, el Reglamento (CE) 2201/2003, sobre responsabilidad parental y su guía de buenas prácticas, así como la Ley de Enjuiciamiento Civil y las Leyes de las comunidades Autónomas.

¹⁸⁶² Este precepto genera graves disfunciones de relevancia penal. Provoca problemas, como el que produce la imperativa aplicación de un delito de quebrantamiento de condena (Artículo 468.2 CP), para los casos de desobediencia a las órdenes de alejamiento o incomunicación decretadas judicialmente frente al agresor en los casos de maltrato a la mujer, que ha ocasionado problemas de difícil solución. La primera Sentencia que reconoció este problema”...el tribunal considera absolutamente impropio que se adopten medidas de protección a la víctima...en contra de su propia voluntad, cuando esta es una persona adulta y dotada de plena capacidad de obrar, a la que hay que suponer en plenitud de facultades mentales y en condiciones de juzgar sobre sus propios intereses...otra cosa sería tratar a las víctimas de violencia de género como sujetos cuya capacidad de autodeterminación se encuentra abolida o limitada y cuyo interés ha de ser por tanto tutelado

El segundo obstáculo hace referencia a la notable desigualdad que pudiera existir entre las partes en relación con el desequilibrio de poder y respecto a esta segunda cuestión, el problema podría ser salvado con dos cuestiones; la primera, con el requisito de que no pudiera ser posible la mediación en supuestos en los que por razón de los graves o reiterados hechos de violencia la situación de la mujer sea indefensión aprendida y en segundo lugar, haciendo necesarias varias cautelas previas: por un lado que los mediadores se sometan a un reciclaje continuo y una especialización en este ámbito y por otro, que los programas de mediación instauren procedimientos para mejorar la seguridad de las víctimas durante y después de la mediación (detectores de metales en las oficinas de mediación, guardias de seguridad y servicios de protección; entrevistas en el momento de llegada al programa para identificar la existencia de malos tratos, sesiones de mediación con las dos partes por separado, equipos de mediación mixtos, formados por un hombre y una mujer, asistencia por parte de los defensores de las víctimas, abogados y trabajadores sociales), y por último, la mujer víctima, debe aceptar someterse a este sistema una vez haya recibido la ayuda necesaria para situarse ante su agresor, en absolutas condiciones de igualdad¹⁸⁶³. Así, a estos efectos, es la voluntad de la víctima y el informe elaborado por un psicólogo, los que deben determinar la posibilidad de realización¹⁸⁶⁴.

Por su parte, SAEZ RODRÍGUEZ, considera que las trabas y dificultades que desee del sistema de justicia penal de adultos se constatan para aplicar la mediación penal a los delitos de violencia de género derivan de un planteamiento

institucionalmente por encima de su propia opinión, al modo de los menores o los incapaces, lo que francamente nos parece ofensivo para la dignidad personal de la víctima que precisamente se quiere proteger.”

¹⁸⁶³Los profesionales, se refieren a ella como, aludiendo a la actitud pasiva ante un destino terrible, ante la muerte, o sin llegar a ella, ante la propia destrucción física o psicológica sin poner nada de su parte. De tal modo que las teorías de la indefensión aprendida muestran que una victimización repetida mina las posibilidades de reacción viable para reducir el sentimiento de vulnerabilidad, pues toda posible solución se considera ineficaz para aliviar la angustia.

¹⁸⁶⁴GÓMEZ COLOMER, J.L., *Violencia de Género y Proceso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p.135: “Debemos preocuparnos porque la sociedad quiera imponernos a toda costa las soluciones autocompositivas, mediaciones, conciliaciones, conformidades, en temas generales y en estos más concretos o los prohíba o los limite sustancialmente, de manera que se apliquen en toda su plenitud los viejos principios penales retributivos, o sea “quien la hace, la paga”. Gómez Colomer, considera que sería interesante profundizar en la idea de que avanzar en la lucha contra la violencia de género de manera satisfactoria para la mujer víctima, debería incluir la reparación y buscar, en ciertos casos, alternativas al proceso o condenas distintas a las privativas de libertad, mediante la adopción de medidas que garanticen su no reincidencia y su auténtico arrepentimiento, pues algunos de los especialistas que tratan con los varones violentos, dicen que a éstos, la pena por matar o lesionar a su mujer, no les asusta en absoluto, más bien les trae sin cuidado por muy dura que sea.

estratégico equivocado contra la lucha de violencia sobre la mujer, pues parten de situarla en un plano de vulnerabilidad extrema por su condición de mujer maltratada; tratándolo de corregir con un tratamiento excepcional de privilegios y ventajas, tanto si ella lo desea como si no, lo que supone un obstáculo para ejercer sus derechos y obligaciones de forma normalizada como una ciudadana más¹⁸⁶⁵. Esto en algunos casos como los delitos menos graves podría sustituirse por programas de mediación, así como con la facilitación de los recursos necesarios para liberarse definitivamente de su maltratador.

Todas estas cuestiones nos llevan a creer que deberían buscarse otras vías para atender los supuestos de maltrato en la pareja, de carácter extrapenal, en el marco del Derecho de Familia o incluso en un marco extrajurídico, cuando ello sea posible por no ser una violencia especialmente grave y encaje con los deseos de los implicados, fundamentalmente de las víctimas, lo que aconseja separar las posibilidades de obtener recursos sociales desde la interposición de la denuncia, diversificando de esa manera las formas de intervención y desvinculándolas de la imperativa criminalización del conflicto provocado por el acto de maltrato. Así, cabría abordar estos problemas a través de otras modalidades, en el marco de los recursos sociales, lo que supondría recuperar un enfoque de la cuestión como un problema social y con una perspectiva bastante más amplia de la que puede ofrecer la primacía concedida hasta ahora al Derecho Penal. En estos casos es dónde algunos autores ven la posibilidad de operar con la mediación como un tratamiento específico de la violencia contra la pareja, pudiéndose llevar también al marco de la exigencia de la responsabilidad penal¹⁸⁶⁶. Aunque esta posibilidad debería enmarcarse en una regulación de la mediación penal dentro de nuestro sistema jurídico legal¹⁸⁶⁷, que todavía no se ha producido, por lo que el mayor obstáculo para poder admitir la mediación en la responsabilidad penal, en los casos de maltrato de pareja no es la prohibición contenida en la LOIVG, sino la

¹⁸⁶⁵Vid. SAEZ RODRÍGUEZ, C., “La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal”, en GOMEZ CAMPELO, E. y VALVUENA GONZÁLEZ, F., *Igualdad de Género: Una visión jurídica plural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008, pp. 211-272.

¹⁸⁶⁶Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación en violencia de género, una solución o un problema”, Ob. cit., p.212.

¹⁸⁶⁷Vid. VAZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Presunción de inocencia, mediación y conformidad”, en CARBONELL MATEU, J.L. (Director). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. Tomas vives Antón*, T II, Cuadernos Penales José María Lidón, Deusto-Digital, Valencia, 2009, pp.1951-1952.

ausencia de un desarrollo legislativo más amplio y con más perspectiva en él que insertarla¹⁸⁶⁸.

4.4. MEDIACIÓN Y LOS MENORES DE EDAD.

La mediación, en relación a los menores, puede estar centrada, fundamentalmente en tres aspectos: la mediación familiar, la escolar y la penal. Aunque el que más relación tiene con este trabajo es el primero de ellos, no podemos dejar de lado los otros dos aspectos, donde la figura del menor y su interés, también deben ser protegidos¹⁸⁶⁹.

Si definimos de forma genérica y común la mediación, siguiendo las principales normativas comunitarias al respecto podemos decir que es, “...el proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vista a la obtención de acuerdos comunes”, o “todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro”¹⁸⁷⁰, lo que en cada uno de los ámbitos citados, supondría un punto de vista diferente:

1.- El referido a la resolución de los conflictos familiares en general, sin perjuicio de la normal reconducción del tema a los supuestos de crisis matrimonial o de relación de pareja y en cuanto aquella suponga la intervención directa o indirecta de y con menores.

¹⁸⁶⁸GARCÍA MUÑOZ, V., *La violencia hacia las mujeres*, Parlamento Europeo-Dirección General de Estudios, Luemburgo, 1998, p.18.

¹⁸⁶⁹ROMEY SERRANO, F.J., “Sistemas de protección al menor”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo II, Ob. cit., pp.237 y ss. En cuanto a la multiplicidad de contextos de protección al menor, explica el autor que el sistema de protección al menor en España es difícil de describir, no por las diferencias procedimentales que puedan existir entre las distintas Comunidades autónomas sino fundamentalmente por las múltiples dimensiones, agentes y contextos que implica.”

¹⁸⁷⁰Recomendación R (98) 1, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Mediación Familiar, aprobada por el Consejo de Ministros de 21 de enero de 1998, a partir de la 616 reunión de los Delegados de los Ministros. Véase también la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Ministros sobre ciertos aspectos de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles (2004/0251 (COD)).

2.- El referido a la resolución de los conflictos de convivencia en el ámbito escolar, con excepción de aquellos que puedan revestir carácter penal, y sin perjuicio de su compatibilidad con el sistema punitivo conforme a la normativa aplicable¹⁸⁷¹.

3.- El referido a la aplicación de la normativa penal específica sobre menores¹⁸⁷², como método de administración del reproche social de la conducta al menor infractor, al margen de la imposición de una medida judicial (lo que para los mayores de edad sería la pena)¹⁸⁷³.

En todos ellos, se plantean a su vez, de manera diferente en cuanto a la forma, pero similar en cuanto al fondo, los mismos problemas de limitaciones jurídicas derivadas del hecho fundamental de la existencia, intervención o participación de un menor en el proceso mediador, o de la incidencia de la mediación sobre aquel¹⁸⁷⁴.

Los caracteres generales de la mediación no son transmisibles, sin más, a todo proyecto de acercamiento consensuado entre partes en conflicto cuando alguna de ellas es menor, pues el resultado de ese proyecto, le va a afectar de forma necesaria¹⁸⁷⁵. Muchos de los objetivos que sirven para definir la mediación, no responden cuando se aplican a los menores en algunos casos, o al menos, no encajan tan fácilmente cuando se pretende trabajar con ellos ya que la mediación que tiene de una u otra manera como destinatarios a menores, produce, de forma inmediata, su conexión con la asistencia social protectora de los mismos, con el interés público de la materia y con las limitaciones a la posibilidad de disposición sobre los sujetos y materias en conflicto, lo que repercute en el desarrollo de la mediación en sí misma.

Es necesario también, y como paso previo, distinguir la mediación con menores de cualquier otra figura parecida en contenidos, en cuanto que persiga una solución consensuada entre las partes del *asesoramiento técnico*, en cuanto implica una realización más de una parte del contenido de una actividad profesional; de las *terapias*, que vienen a suponer un tratamiento y su

¹⁸⁷¹ Arts. 19 y 27.4 de la LO 5/2000 de 12 de enero y el art. 5 del RD 1774/04 de 30 de julio.

¹⁸⁷² Ley Orgánica 5/2000, 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor y RD 1774/04 de 30 de julio, que aprueba el Reglamento de desarrollo de aquella.

¹⁸⁷³ Arts. 19 y 27.4 de la LO 5/2000 de 12 de enero y el art. 5 del RD 1774/04 de 30 de julio, que se desarrollarán más adelante.

¹⁸⁷⁴ Vid. MIRALLES GONZÁLEZ, I., "La familia entre autonomía y soberanía", *RJC*, Vol.95, Nº 1, 1996, pp.71-83.

¹⁸⁷⁵ Vid. BOQUÉ TORREMORREL, C., *Cultura de mediación y cambio social*, Ob. cit., p.78

seguimiento¹⁸⁷⁶. Así el método mediador será diferente, existiendo una serie de límites que se adecuarán a sus contenidos.

a) Límites subjetivos: aquellos que se refieren a los sujetos del conflicto, tanto a los directamente implicados por el mismo, - su edad, su capacidad de intervención en el proceso mediador, a la válida configuración o consideración del consentimiento prestado, a la intervención, en su caso, de sus representantes legales, su intimidad-, como a los que hacen referencia a otros posibles intervinientes en la solución del conflicto, fundamentalmente los mediadores o agentes mediadores, como parte imprescindible, u otros contingentes al proceso como los profesores, el centro escolar o la Administración.

b) Límites objetivos: referidos, fundamentalmente, al poder de disponibilidad de la materia a someter a mediación y a la selección del objeto (conflicto), en atención al interés público in sito en la misma.

c) Límites ejecutivos: referidos al grado de obligatoriedad y posibilidades de exigencia del compromiso y a su valor como tal. En tal sentido se hace necesario, también, el seguimiento de las actuaciones llevadas a cabo y su estudio global y comparativo.

Además, deben valorarse otras circunstancias no menos importantes como es la necesaria implicación de determinados organismos, condicionada, por el “*interés público*” que surge por la mera existencia de un menor de edad implicado, directa o indirectamente, en un proceso mediador¹⁸⁷⁷.

El interés público al que nos referimos, es una cuestión muy importante, no ya por el hecho específico de la posible presencia de menores en el procedimiento, sino por la propia consideración de tal carácter en los procesos matrimoniales por los recursos que se ponen en juego en la mediación¹⁸⁷⁸.

La existencia de menores de edad en el seno de un conflicto, debe determinar, sin duda, la previsión de límites de actuación en el desarrollo del

¹⁸⁷⁶Vid. GROVER DUFFY, K y otros, *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, Paidós, Barcelona, 1996, p.113.

¹⁸⁷⁷Vid. LOPEZ JACOISTE, JJ., “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pp. 1067-1075.

¹⁸⁷⁸Así, por ejemplo, las entidades públicas competentes en materia de protección de menores a que alude el art. 172 del CC, o el Ministerio Fiscal¹⁵, en cuanto la necesaria participación, cuando no intervención, del mismo, en todos aquellos asuntos en que esté implicado el interés de un menor, se convierte, necesariamente, en límite de base para la correcta configuración formal del proceso mediador.

proceso mediador, tanto para las posibles partes intervinientes como, por supuesto, para el agente mediador, puesto que todo aquello que, por sí mismo, afecta al interés público, debe quedar fuera del carácter dispositivo de las partes¹⁸⁷⁹. Este es uno de los elementos esenciales que se apuntan para el ejercicio de la mediación familiar en todas las legislaciones autonómicas sobre la materia, como hemos visto¹⁸⁸⁰.

Con ello, se pone de manifiesto que la existencia de menores implicados en un proceso mediador, con mayores de edad en conflicto familiar, o la posibilidad real de que personas menores de edad puedan formar parte e iniciar un proceso mediador como partes que intervienen en un conflicto susceptible de pronunciamiento judicial, supone una situación especial del régimen mediador, que tiene unos límites de intervención en el mismo por parte de todos los sujetos y agentes intervinientes, distintos, y de especial naturaleza, de los normales en el resto de procesos.

¹⁸⁷⁹ROCA TRIAS, E., *Familia y Cambio social (De la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 25.

¹⁸⁸⁰FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2001, de 5 de abril de la, sobre la "Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles". Establece esta circular que: "En lo que respecta a los principios rectores del proceso, se debilita el principio dispositivo y, en garantía de cualquiera de los cónyuges -art.90.2 CC-, de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección -art. 103.1ª y 3ª CC- se incrementan considerablemente las facultades del Juez, que se ve investido de potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que ha de ejercitar en defecto e incluso en lugar de las propuestas por los litigantes"... "Ello no obsta para que algunas pretensiones que se sustancian en estos procesos se refieran a materias sujetas a la libre disposición de las partes -v. gr. La pensión compensatoria- susceptibles de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento en los términos de la regulación general de los poderes de disposición de las partes sobre el proceso contenidas en el Capítulo IV del Título I del Libro I LEC -art. 751.3-. En este ámbito el principio de congruencia opera de manera indiscutible y el tribunal queda sujeto a las exigencias de la justicia rogada"... "Esta tutela efectiva del interés público va más allá del ejercicio de la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado -art. 117.3 de la Constitución- y se justifica en el art. 117.4 de la norma suprema en la medida en que admite la atribución a jueces y tribunales, por mediación de la Ley, de otras funciones en garantía de cualquier derecho, distintas a la satisfacción de pretensiones -STC 4/2001, de 15 de enero, fundamento jurídico 4º-..." "El Ministerio Fiscal interviene en el proceso si existen hijos del matrimonio menores de edad o incapaces, ejerciendo una legitimación no sustitutiva de sus representantes legales, sino propia, justificada en la defensa del interés público comprometido"... "De acuerdo con el art. 749 LEC el Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de nulidad matrimonial aunque no sea promotor de los mismos ni deba asumir conforme a la ley la defensa de ninguna de las partes y en los demás procesos especiales será preceptiva su intervención siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado, o esté en situación legal de ausencia. En último término, la potestad de tutela del interés público implicado en el proceso la comparten ambos órganos del Estado, tribunal y Fiscal, si bien desde posiciones procesales diferenciadas"... "Es obligada la intervención del Fiscal en la vista, participando en la práctica de la prueba propuesta por las otras partes, proponiendo a su vez prueba propia, formulando alegaciones en defensa de los intereses de los hijos menores e incapaces y controlando el contenido de los acuerdos que sobre medidas definitivas."

4.4.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

La familia cumple un rol fundamental en la educación de los niños y niñas, siendo el contexto por excelencia en el que deben socializarse los menores y ello, teniendo en cuenta el interés del menor como principio indiscutible que debiera regir a toda política pública orientada al ámbito educativo¹⁸⁸¹. Este grupo social, que es la familia, determina en gran medida las normas, valores y tradiciones de la cultura de la cual formamos parte, convirtiéndose en un espacio fundamental para el desarrollo de los niños¹⁸⁸².

La familia dirige los procesos fundamentales del desarrollo psíquico y la organización de la vida afectiva y emotiva del niño; en ella ocurren implícita y sutilmente aprendizajes a través de actividades y relaciones que si bien, no tienen una evidente intención de enseñar, producen aprendizajes, como es el caso de acompañar a los hijos e hijas en las primeras experiencias significativas de sus vidas como: aprender a caminar, hablar, bailar, condiciones de crecimiento que si son correctamente estimuladas, permiten el desarrollo de un niño o niña con mayor confianza en sí mismo, en sus actitudes, habilidades y talentos. Se ve a la familia como un organismo social, donde nos desarrollamos y adaptamos a las condiciones de vida dominantes en un determinado tiempo y lugar¹⁸⁸³.

SANCHEZ URBANEJA, señala que el interés fundamental del menor, es uno de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico¹⁸⁸⁴. Desde

¹⁸⁸¹Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989”, *Revista Española de Derecho Internacional*, N°2, 1992, p. 465 y ss.

¹⁸⁸²MUSITU OCHOA, G. y CAVA CABALLERO, MJ., *La familia y la Educación*, Octaedro, Barcelona, 2001, p.115- 119:“La familia se nos presenta, no sólo como una fuente de apoyo material y afectivo, sino como cauce para la socialización del menor. La socialización se define como proceso mediante el cual, la persona adquiere los valores, creencias, normas y formas de conducta apropiados en la sociedad a que pertenece, siendo fundamental en el periodo de la niñez y adolescencia. Se espera que los padres sean capaces de enseñar a los hijos a controlar sus impulsos para poder vivir en sociedad con otros seres humanos”.

¹⁸⁸³Vid. DE TORRES PEREDA, J.M., *El interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, p.38.

¹⁸⁸⁴SANTOS URBANEJA, F., “¿Qué significa el interés del menor?”, *Revista de Derecho de Familia*, N° 15, abril 2002, p. 271-274. Indica el autor que desde el punto de vista psicológico, los miembros de la familia están ligados por una recíproca interdependencia. Dada la interacción de espacio entre los miembros, las perturbaciones emotivas de uno de los miembros tienen reflejos sobre los otros. La salud de la familia deriva, de la salud emotiva y de la madures de cada uno. Sullivan afirma que la mayor parte de los trastornos son producto de la comunicación inadecuada. El comportamiento de cada individuo, en el seno de la familia, está en relación con el comportamiento de todos los demás miembros. Cada comportamiento es comunicación y, por consiguiente, influye en los otros y a su vez es influido. En cada estadio del desarrollo evolutivo,

un punto de vista jurídico y también fáctico, el interés del menor debe prevalecer frente a cualquier derecho, interés o expectativa de otras personas, según establece la legislación nacional e internacional. La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor lo establecen así¹⁸⁸⁵.

Por su parte, el TS también nos lo recuerda, al establecer los siguientes principios que lo desarrollan:

1º. La normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores.

2º. Los jueces adoptaran de oficio todas las medidas necesarias para la protección de dicho interés, considerando siempre las circunstancias personales del menor en cada caso, pudiendo incluso sustituir la voluntad de las partes.

3º. El interés del menor permite acceder en casación al TS, si no se ha observado correctamente dicho interés.

4º. En materia de relaciones personales, es el beneficio de los menores el que debe valorarse en cada caso, no un beneficio genérico y difuso, sino que debe materializarse y determinarse a través de una valoración judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose, por ello, al Juzgador,

la identidad personal depende estrechamente de la de los padres y de la familia. Si se satisfacen las necesidades esenciales del niño en su infancia, si ha crecido en un clima de libertad, de autonomía y de amor, sin continuas represiones, entonces siente que también el mundo circundante merece confianza y puede ser afrontado con seguridad. Es importante recordar que el niño adquiere en familia y en la escuela, los primeros fundamentos de la vida de grupo y consigue un sentido de seguridad por el hecho de pertenecer a un núcleo familiar que ofrece protección. De todo esto se desprende la importancia de que el Estado vele por la educación e integración del menor dentro de la sociedad, imponiendo obligaciones tanto a los padres dentro de la familia como a las instituciones educadoras que tienen la obligación de vigilar la formación integral de los menores, en congruencia con los fines educativos que persiguen.

¹⁸⁸⁵ Dice DE TORRES PEREDA, J.M., *El interés del menor y Derecho de Familia*, Ob. cit., p. 51: “En la legislación Española sobre Derecho de Familia, encontramos una evolución jalonada en tres periodos distintos en los que se han introducido importantes reformas. La primera fase comenzó a mediados del S. XX y supuso un progresivo reconocimiento de ciertos derechos de la mujer. La segunda etapa se abrió con la Constitución de 1978, culminando con las reformas del Código Civil de 1981, que trataron de filtrar principios constitucionales en el Derecho privado especialmente respecto a la igualdad entre cónyuges y relaciones paternofiliales. Finalmente, la tercera etapa, ha supuesto la obligada adecuación del Derecho a la realidad social en dos planos distintos: por un lado, la importante reforma introducida por la LOPJM de 1996, que eleva al menor a piedra angular de todo el Derecho de Familia, mediante el reconocimiento de su interés superior, que deber prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo en juego, y en segundo lugar, las reformas del 2005 para adecuar la regulación del matrimonio y sus crisis a las necesidades sociales, hoy vigentes, produciéndose una segunda recepción de principios constitucionales (no discriminación y desarrollo de la personalidad).”

como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor¹⁸⁸⁶.

El interés del menor exige haber oído al niño y conocer su estado, sus inquietudes y sus anhelos y para ello es importante la exploración del menor, el respeto a su derecho a ser informado y escuchado, y entendemos que al hacerle participe de esa exploración, en ningún caso, debe considerarse hacerle responsable de las decisiones que se vayan a tomar respecto a él¹⁸⁸⁷. Es decir, es importante conocer su opinión, sin que en ningún caso, esa decisión sea suya, se atiendan o no sus deseos¹⁸⁸⁸.

4.4.1.1. El alcance del interés superior del menor en el ámbito de la mediación familiar.

La determinación de cuál sea el interés del hijo menor de edad en el contexto de la mediación familiar exige, como premisa necesaria, una referencia al criterio de protección integral del niño¹⁸⁸⁹. Este principio está consagrado constitucionalmente (art. 39.2 CE) como principio general informador de nuestro

¹⁸⁸⁶PICONTÓ NOVALES, M.T., *En las fronteras del Derecho*, Dykinson, 2000, p.19: “Sin embargo, especificar que los niños tienen derecho y recogerlos en un texto legal, puede parecer una tautología debido a que, primero, puede presumirse, en principio, que coinciden con los derechos de los adultos. Por este motivo, antes que nada, quiero puntualizar que los derechos que deben reconocerse al niño, no son únicamente los de un ciudadano adulto, sino además los intrínsecos del niño; como por ejemplo, el derecho a ser asistido, el derecho a ser educado, el derecho a ser oído en todas aquellas decisiones administrativas o judiciales que puedan afectarle, el derecho a vivir con sus padres, el derecho a mantener contacto con el padre y la madre, el derecho a no ser separado de sus hermanos”.

¹⁸⁸⁷FREIJANES BENITO, A., “La protección de los derechos de los menores en casos de divorcio y separación”, en RODRÍGUEZ TORRENTE, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, UPCO, Madrid, 1998, pp. 71-82.

¹⁸⁸⁸Es importante en la medida en que en muchas ocasiones, en un inicio, los menores sienten temor de expresarse libremente en las exploraciones, bien porque se les ha indicado lo que deben decir, o se les ha advertido de las consecuencias según lo que digan.

¹⁸⁸⁹CARBONELL BENITO, G., “El interés del menor: criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor del Menor y del Ministerio Fiscal”, en VALLÉS, A., *La protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 137: “Para determinar debidamente este interés se deberá partir de la idea matriz de que el mismo, a efectos jurídicos, se encuentra en la protección de los derechos fundamentales del menor de edad y, si se pretende individualizarlo, habrá que garantizársele –a través de diversas opciones y decisiones que se adopten- los bienes y valores que ellos encarnan: su dignidad, su integridad física y moral en sentido amplio, su derecho a una vida espiritual y material digna, el respeto a sus libertades, etc.”.

sistema jurídico y de manera singular en los ámbitos del Derecho de la Persona y del Derecho de Familia¹⁸⁹⁰.

La actual potenciación de los valores individuales de la persona, propiciada por razones de índole sociocultural y económica, que en el orden jurídico encuentra reflejo en la revalorización de los derechos de la personalidad, ha contribuido a reforzar la protección conferida por el Derecho a la infancia, configurada desde la Psicología como etapa vital esencial en la formación de la personalidad del individuo y en la consolidación de su propia identidad. Desde tal consideración se justifica la mayor atención prestada a las necesidades de la persona del menor, por su propia dimensión pero también para atender a su proyección como adulto en formación, sometido a un mayor grado de vulnerabilidad por parte de agentes y circunstancias externas¹⁸⁹¹.

Por otra parte, el establecimiento constitucional de un orden familiar que se basa en el principio de igualdad de los esposos o los progenitores, con la atribución conjunta de la titularidad de la patria potestad, así como la previsión del ejercicio de dicha potestad paterna en exclusivo beneficio del hijo y "*de acuerdo con su personalidad*" (art. 154 del CC), han favorecido esta renovada valoración

¹⁸⁹⁰ROCA I TRIAS, E., "Familias, familia y Derecho de Familia", *Anuario de Derecho Civil*, T.XLIII, F.IV, 1990, pp.1090-1091: "Los padres son los principales garantes del interés superior del menor. Esta realidad se desprende, tanto del artículo 39 de la CE, como del artículo 154 del CC. Este último indica que los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores, los cuales ejercerán la patria potestad siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, con respeto a su integridad física y psicológica, debiendo velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Correspondiéndoles igualmente representarlos y administrar sus bienes. La reforma de 1984 permitió superar el modelo decimonónico en el que se entendía la patria potestad como un derecho de los padres en su propio beneficio"; DE TORRES PEREDA, J.M., *El interés del menor y Derecho de Familia*, Ob. cit., p. 55: "Esta nueva concepción del Derecho de Familia, centrada en el interés superior del menor, no ha llegado a nuestro ordenamiento jurídico casualmente, sino que queda englobada en el nuevo enfoque que en nuestro entorno cultural occidental merece el Derecho de Familia".

¹⁸⁹¹PICONTÓ NOVALES, M.T., *En las fronteras del Derecho*, Ob. cit., p.20: "Desde una visión panorámica que comprenda además el proceso histórico de la protección de la infancia, podría deducirse que el niño tienen tres categorías de derechos: el derecho a beneficiarse de algo, en el que se incluirían el derecho a ser alimentado, a ser cuidado, a recibir afecto, a tomar medicinas. Esta es la dimensión adoptada por la ONU en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. En segundo lugar, el niño tiene derecho a ser protegido de cualquier cosa, esto es, de aquello que atenta o puede atentar a su integridad física o psíquica, ya sean malos tratos, tortura, explotación laboral. Por último estaría el derecho del niño a hacer alguna actividad, como puede ser la de expresarse, participar en las decisiones que afecten a su vida, lo que no es sinónimo de que todas sus decisiones hayan de ser respetadas, sino más bien el derecho del niño a que sus opiniones y pareceres sean tenidos en consideración. Categoría, esta última que es la más discutida. En todo caso, del amplio reconocimiento que otorga la Convención de 1989 a los Derechos del Niño, deriva el perfil de un menor y sobre todo de un adolescente, arbitro de su propia vida, en condiciones de hacer valer sus propias elecciones y de ver garantizado su interés en las posibles confrontaciones con otros sujetos".

del interés del menor, que se consagra constitucionalmente como criterio preferente en abundantes normas. Todos estos aspectos tienen que ser tenidos en cuenta por la mediación familiar que, como vía alternativa de solución a los conflictos familiares con criterios de autocomposición, asume el objetivo general de solventar las crisis, sin adicionales costes económicos ni emocionales, especialmente para los niños, de tal manera que, existiendo hijos menores de edad, tanto la posible prevención como la reparación del conflicto planteado deberá tener como norte y meta la atención de los mismos, lo que determinará que el procedimiento de la mediación asiente sobre el concepto normativo de su interés.

SANTOS URBANEJA señala que la concreción del interés del menor no es tarea fácil, al haber sido utilizado por el legislador, como un concepto jurídico relativamente indeterminado que impone siempre al agente jurídico, un proceso de valoración complementario, en el que deberán ser ponderadas todas y cada una de las particulares circunstancias que concurren en el caso concreto para conseguir de una manera efectiva cuál sea el interés del menor en la específica situación que se pretende resolver¹⁸⁹². A esto, además hay que añadir el amplio marco de edad que abarca el estado de minoría de edad, lo que dificulta la pretensión de sistematizar situaciones muy heterogéneas, que imposibilitan el establecimiento de pautas de solución válidas para todos los supuestos¹⁸⁹³. Siempre será necesaria la operación de buscar el beneficio del menor, lo que implica la misión de descubrir su personalidad, su identidad y sus circunstancias personales y familiares¹⁸⁹⁴.

Por todo ello es imprescindible considerar el valor jurídico del concreto interés del menor como criterio preferente de solución de conflictos en algunas de las diversas situaciones que dentro del ámbito aplicativo de la mediación familiar pudieran afectarle¹⁸⁹⁵.

¹⁸⁹²Vid. SANTOS URBANEJA F., “¿Qué significa el interés del menor?”, Ob. cit., p.272.

¹⁸⁹³Vid. ROCA I TRIAS, E., “Contestación: El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado”, *Revista Jurídica de Calatunya*, N°4, 1994, p. 975.

¹⁸⁹⁴RIVERO HERNANDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, p.109 y ss. Destaca que la doctrina anglosajona es muy crítica con el principio del *Best interest of the child*, en cuanto principio general y abstracto, por ello prefieren concretarlo en sus ordenamientos, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas jurídicos continentales proclives a recogerlo como cláusula general.

¹⁸⁹⁵TAMAYO HAYA, S., “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, en PANIZO ORALLO, S. GARCÍA CANTERO, G. GIRALT, N. y TAMAYO HAYA, S., *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y la familia*, CEU Ediciones, Madrid,

4.4.1.2. Fundamento del interés superior del menor.

a) El interés del menor como concepto.

En la actualidad la patria potestad es la institución en cuyo ámbito habitualmente se plantean las cuestiones en las que se resuelve el interés del menor, entendiéndose específicamente como el interés y beneficio del hijo. Esta defensa del criterio de salvaguardar el interés del menor, consagrada en el contexto de la legislación específica anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981, es puesta de relieve por reiterada jurisprudencia con el mismo criterio de protección de los hijos consolidado posteriormente en el artículo 39 de la Constitución.

El interés del menor aparece hoy arraigado como criterio rector del Derecho de Familia, introducido como una cláusula general en el artículo 39.4 de la Constitución y en otros preceptos del Código Civil, acordes con el texto constitucional, lo mencionan el artículo 92.2º, el 156.5º, el 159, el 161, el 170.2º y el 216, entre otros)¹⁸⁹⁶. También se declara el "*interés superior del niño*" en numerosos textos internacionales, como la Declaración de los Derechos del Niño de 1955 (principios 2 y 7.2º), la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30

2009, p. 247: "Por su parte, las normas civiles no son sino una instrumentación o desarrollo del artículo 39 CE (STC 273/2005 de 27 de octubre). Lógicamente el Código Civil, como consecuencia de los nuevos valores constitucionales ha experimentado un cambio profundo en el derecho de la familia. Entre otras repercusiones, ha tenido particular importancia la nueva concepción de la patria potestad, fruto de la crisis del autoritarismo, pero también de una valoración nueva de la personalidad del menor. Y digo particular importancia de esta institución porque es a su sombra y en su ámbito, donde afloran y se resuelven la mayor parte de los problemas en que se debate sobre el interés superior del menor. Preceptos tan importantes como los artículo 154.2, 156 y 158 CC, sobre todo, revelan la voluntad del legislador de dar un giro copernicano en cuanto a la idea y el régimen de la institución, que gira ahora alrededor de la protección del menor. Esas normas, en cuanto limitan la autoridad de los padres y moralizan su ejercicio y función (han de ejercerla "siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad), revelan como subyacente un principio de carácter general, nuevo e innovador, que destaca el interés del menor como centro de gravedad de la institución y eje central en la organización del grupo en el nuevo orden familiar al que queda sometida la potestad paterna – potestad eminentemente instrumental más que a un poder per se-."

¹⁸⁹⁶RIVERO HERNANDEZ, F., *El interés del menor*. Ob. cit., p.81: "El interés del menor, además de principio general de Derecho privado, constituye per se un principio constitucional, no de los principios rectores (los incluidos en los artículos 39 a 52 CE) caracterizados por enunciar unos objetivos de la acción del Poder para cuyo cumplimiento, tiene esta amplia libertad en cuanto a medios y forma para concretarlos". "...la Constitución le ha dotado de la superioridad normativa formal que ella misma implica, sin dejar de ser un principio general de Derecho Privado". "...El principio del interés general del menor, por su ubicación en la Constitución y como los otros de su misma clase, vincula a todos los poderes públicos, no en el sentido del artículo 53.1 CE (su reconocimiento, respeto y protección informará la legislación, práctica judicial y actuación de los poderes públicos)".

de noviembre de 1990 (arts. 3.1 y 9.3), o la Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por dicho Órgano en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio (punto 8.14).

Por tanto, la decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad y, por extensión, todo conflicto o situación en que intervengan menores o de un modo u otro les afecte- debe valorar el beneficio del menor como interés prevalente. Desde tal consideración los Tribunales han venido subrayando, con matices diversos, el esencial principio del "*favor filii*" como imprescindible criterio inspirador en la adopción de cualquier medida referente a los derechos de los hijos sometidos a la potestad paterna¹⁸⁹⁷. Y, en tal sentido, con carácter general, la aplicación de este principio rector aparece sometida a las siguientes consideraciones fundamentales:

1. El contenido de la patria potestad comprende un conjunto de facultades y deberes, de ámbito personal y patrimonial, enunciados legalmente en abstracto pero cuya adecuada aplicación exige su ejercicio siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos (art. 154, 660.2º del CC), lo que implica la acomodación de la potestad paterna a las concretas circunstancias y necesidades del menor, a fin de que éste pueda cumplir con el pleno desarrollo de su personalidad, para lo cual requiere –salvo en situaciones de carácter excepcional- tanto de la figura del padre como de la madre.
2. El esencial principio del "*favor filii*" de tal modo se erige en criterio fundamental orientador de la actuación judicial en los procedimientos que afecten a los menores de tal forma que incluso las estipulaciones y pactos convenidos entre los progenitores no serán homologables si resultan

¹⁸⁹⁷RIVERO HERNANDEZ, F., *El interés del menor*, Ob. cit., p. 85: "En calidad de principio general reforzado por su elevación a constitucional, además de ser garantía para los ciudadanos y vincular a los poderes públicos (art. 53.3 C.E.) a cuya actuación pone límites, el del interés del menor actúa: a) como instrumento informador de instituciones que afectan a las personas que se pretende proteger (patria potestad, tutela, desamparo, acogimiento y adopción) para lo que da directrices para la consecución de fines constitucionales (protección de los menores, b) proporciona criterios de interpretación (eminentemente teleológica), coherentes con ese principio y sistema de valores subyacentes, de normas directas o conexas que alcanzan a menores y c) deviene la norma supletoria de aplicación (art. 1.4 C.c) cuando proceda a falta de otra norma especial, es decir, fuera de los casos tipificados (función de integración del ordenamiento). Su fuerza expansiva, dado su fundamento constitucional, determina, por otro lado, las diversas proyecciones de este principio en otros ámbitos (legislación civil y no civil, legislación administrativa y social)"

lesivos para los hijos y pueden ser limitados o suspendidos de oficio, si concurren circunstancias que así lo aconsejen,

3. El interés superior del niño debe presidir cualquier medida concerniente al mismo¹⁸⁹⁸. Este principio, consagrado tanto en el orden internacional como en el ámbito interno, demanda que, con carácter general debe procurarse que los menores tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores, a no ser que el mismo se revele perjudicial para el hijo, razón por la que no cabe adoptar medios de general aplicación para todos los casos sino que siempre se habrá de estar a las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado¹⁸⁹⁹.

Sin duda, la actual revalorización de la infancia emerge como reflejo de la general potenciación de los valores individuales de la persona, entendida como el reconocimiento de su propia dignidad que, respecto de los menores, presenta una peculiaridad determinada por el hecho de integrar la personalidad individual en una de las fases más esenciales de su desarrollo. En esta línea de principio se manifiesta la L.O 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁹⁰⁰, al declarar en su Exposición de Motivos lo siguiente: *"El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción*

¹⁸⁹⁸Vid. ALAEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp.159-160.

¹⁸⁹⁹DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant monografías, Valencia, 2006, p.95: "Se ha afirmado que el contenido esencial del interés del menor, consiste básicamente en proteger y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad. Se proyecta, por tanto, sobre los derechos y valores reconocidos en el art. 10.1 CE, es decir la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del individuo así como sus derechos fundamentales. En efecto, n hay duda de que el menor de edad tiene la titularidad de los derechos de la personalidad desde el nacimiento, sin necesidad de que exista ningún otro requisito".

¹⁹⁰⁰ En el mismo sentido, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modifica esta ley.

de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección".

En el ámbito específico de la mediación familiar la consideración del interés del menor como principio general adquiere especial significación, si atendemos a la circunstancia de que el sentido de la mediación y su esencia, apuntan a la búsqueda de aquellas soluciones que mejor se adapten a los intereses de las partes en conflicto, despojando a la controversia, en la medida de lo posible, de toda carga afectiva que suponga un peaje sobreañadido al ya de por sí difícil conflicto humano que se pretende resolver¹⁹⁰¹. Considerando que las partes implicadas serán habitualmente los propios progenitores, cuya condición les aproxima de manera privilegiada a las concretas circunstancias y componentes personales del menor, la mediación familiar beneficiará, de manera esencial, a los hijos menores, pues en cualquier decisión que se adopte siempre deberá prevalecer el interés superior de la familia y el propio del hijo aún sometido a patria potestad.

b) Naturaleza imperativa del Estatuto Jurídico del Menor.

El efecto inmediato del principio informador de la patria potestad es el beneficio de los hijos como principio de orden público que, con esencial fundamento en el artículo 53.2 y 3 de la CE, revisten las normas sobre esta materia, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados dirigidos a modificarlas, con la consiguiente imposibilidad para los padres de renuncia a la misma, aspecto éste de *ius cogens* que aparece destacado por la doctrina y también por los Tribunales en numerosas resoluciones.

Esta naturaleza de orden público se predica, en general, del conjunto de normas reguladoras de los derechos e instituciones afectantes a los menores y que, con mayor o menor relieve, configuran el "*estatuto jurídico indisponible de los*

¹⁹⁰¹Vid. RODRIGUEZ DE LLAMAS, S., *Mediación familiar: fundamentos y modelos jurídicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 2003, p.116.

menores de edad dentro del territorio nacional". Sin duda, la trascendencia práctica de la calificación de normas de orden público, de *ius cogens*, justificará la interpretación de algunas normas concretas, la resolución de ciertos conflictos de intereses (del menor con otros), los límites legítimos de algunos derechos y libertades públicas de otras personas que deben ceder ante los del menor y su interés, y los límites también en el ejercicio de potestades y funciones normales como la patria potestad, todo ello como principio que integra el orden público familiar.

c) El interés del menor en la Constitución Española de 1978 y la repercusión de los principios constitucionales en normas de ámbito estatal y autonómico.

En España con anterioridad a 1931 ningún texto constitucional contenía en su articulado norma alguna dedicada a la protección de los niños o de la familia, siendo precisamente en la Constitución de 1931 donde por vez primera expresamente se menciona a la infancia, disponiendo su artículo 43 la obligación directa de los padres de alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos, ya fueran éstos matrimoniales o extramatrimoniales, y erigiéndose además el Estado en garante del cumplimiento de tales deberes. Con tal precedente el constituyente de 1978 incorporó a la Norma Fundamental un precepto esencial relativo a la protección de los niños y de la familia, cuyo contenido integra el artículo 39 que, como el 43 de la Constitución republicana, establece una norma de carácter más formal que material. Y así, el apartado 1 del artículo 39 con carácter general garantiza, "*la protección social, económica y jurídica de la familia*" por parte de los poderes públicos, declarándose en los dos apartados siguientes la igualdad ante la ley de los hijos, con independencia de su filiación. Por otra parte se consolida la "*protección integral de los hijos*" por los poderes públicos, así como el deber de asistencia de los padres a los hijos. Finalmente el apartado 4 declara que los niños gozan de, "*la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*". Además del artículo 39 otros preceptos constitucionales aparecen involucrados en la defensa de los derechos de los niños y su específica protección (cfr. arts. 20.4, 27.2 y 35.1). De entre todos ellos especialmente merece ser destacado el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, recogido en el artículo 10.1 de la Constitución junto a la dignidad de la persona y

los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social, por su especial significación en orden a la determinación del interés del menor, puesto que tal principio, encabezando el título destinado a tratar de los derechos y libertades fundamentales, debe considerarse, dentro del sistema constitucional, "*como punto de arranque, como un prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos*", según declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985.

El principio constitucionalmente declarado del interés del menor encuentra amplia acogida en normas de orden estatal y autonómico, tanto en el ámbito del Derecho privado estatal¹⁹⁰² y como directriz en normas de ámbito autonómico¹⁹⁰³.

d) La individualización del interés del menor. Factores y contexto en la mediación familiar.

Entiende FONSECA GONZÁLEZ que la participación del menor en la concreción de su propio interés resulta justificada en función del necesario reconocimiento de su autonomía como sujeto con capacidad para participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades¹⁹⁰⁴.

El artículo 92, párrafo 2º del Código civil dispone la audiencia de los hijos "*si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años*". Ésta no es una norma aislada en el ámbito de los procedimientos matrimoniales sino que, en

¹⁹⁰²Artículos de nuestro Código Civil que incluyen referencias al interés del niño (además de los mencionados, cfr. arts. 87, párr. 1º, 103.1ª, 172.4, 173, 173 bis 2º, 176.1 y 216, entre otros). En este mismo ámbito la L.O 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada actualmente por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, reiterando el principio general del "favor minoris" en una buena parte de su articulado. En el orden penal la L.O 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, declara como interés prioritario para la sociedad y para el Estado el interés del menor (consideración que se incorpora como contenido específico de alguno de sus preceptos (cfr. arts. 6, 14.1, 23.1 27.4 y 30.3, entre otros).

¹⁹⁰³Por ejemplo, en el artículo 3 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, del Parlamento de Cataluña que se refiere, como criterios para determinar el interés del menor, a los anhelos y opiniones de los niños y los adolescentes, y su individualidad en el marco familiar y social. La Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña dispone que, en todos los casos, los acuerdos que se adopten deben priorizar el interés superior y el bienestar de los hijos y, por consiguiente, establecer las soluciones más apropiadas para todos los aspectos referidos a la vida y al desarrollo de la personalidad de los hijos (art. 6.2), estableciendo entre los deberes del agente mediador el de aproximar a las partes la necesidad de velar por el interés superior de los hijos menores y de los discapacitados (art. 19 c). como ejemplo, pues en todas las leyes autonómicas se recoge este principio.

¹⁹⁰⁴FONSECA GONZÁLEZ, R., "El deber de oír a los hijos", AA.VV, *La tutela de los derechos del menor*, Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1984, p.133.

general, y especialmente desde la entrada en vigor de la L.O 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y más aún con la reforma de ésta por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el derecho del niño a ser oído debe considerarse como una extrapolación a cualquier proceso de lo que nuestro Código civil, a partir de las reformas operadas por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 en materia de Derecho de Familia, previno en otros dos ámbitos más, aparte del ya citado artículo 92 (cfr., además, arts. 177.3.3º, 231, 237, párr. 2º y 273 del CC): a) En primer lugar, para el ejercicio ordinario de la patria potestad cuya titularidad, como norma general, se presume conjunta o dual. Al respecto, el artículo 154, párrafo 5º establece que "*si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten*"; b) En segundo lugar, ya en el ámbito del ejercicio conjunto de la potestad paterna y para el habitual supuesto de que los progenitores sean convivientes, el artículo 156, párrafo 2º dispone que, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien atribuirá la facultad de decidir a uno o a otro, después de oír a ambos "*y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años*".

Con la entrada en vigor de la L.O 1/1996, de 15 de enero, que hoy se mantiene con la Ley 26/2015, de 28 de julio, se atribuyó al menor el derecho a ser oído tanto en el contexto familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial, "*en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*"¹⁹⁰⁵. La audiencia del menor se ha convertido en un derecho inherente al mismo, que le acompañará siempre, tanto en situaciones procesales que le impliquen directamente, como cuando se adopten decisiones que afecten a su esfera personal, familiar o social, o sea, siempre; de manera que jueces, representantes legales, instituciones ... deberán tener en cuenta que la audiencia del menor se hace inevitable, por lo que en todo proceso de mediación el menor deberá ser oído siempre que los acuerdos a adoptar pudieran afectarle, correspondiendo en todo caso al agente mediador la cautela de evitar

¹⁹⁰⁵TAMAYO HAYA, S., "El interés del menor como criterio de atribución de la custodia", Ob. cit., p.286: "En nuestro sistema jurídico, precisamente como expresión del respeto a la personalidad del menor y como fomento de su propia autonomía, se consolida la audiencia de éste. De este modo, tendrá la oportunidad de ejercer sus derechos progresivamente y hacer valer su opinión en la concreción de su propio interés".

que los hijos se conviertan en parte activa de la controversia que enfrente a sus progenitores¹⁹⁰⁶.

Las opiniones del menor deberán ser tenidas en cuenta en fusión de la madurez con las que sean expuestas, ya que las manifestaciones del niño no vinculan al Juez y tampoco a las partes que intervienen en la mediación para decidir¹⁹⁰⁷. Sin embargo la previsión de que la audiencia no sea vinculante para el Juzgador no puede inducir a considerar que la misma constituye sólo un mero trámite formal, ni para el Juez ni para los progenitores. Lo que sucede es que el valor que en cada supuesto se otorgue a las manifestaciones del menor dependerá de las propias condiciones de autenticidad del niño y de su grado de discernimiento en relación con las circunstancias concretas; todo ello, inevitablemente, desde la perspectiva propia de quien deba decidir.

e) La participación de los padres o, en su caso, de los tutores o guardadores

El interés del menor debe ajustarse siempre a las concretas circunstancias fácticas del medio en que éste desarrolla de manera habitual su vida ordinaria, esencialmente en su entorno familiar, y en la concreción de ese interés según aprecien sus padres o, en su caso, los tutores o guardadores¹⁹⁰⁸. En el contexto jurídico de manera habitual corresponde a los padres, tutores o guardadores la orientación de la realidad vital de los hijos sometidos a su potestad, como contenido propio de esta potestad paterna, lo que implica la necesidad de tomar continuas decisiones en aquellos aspectos más cotidianos que se ven implicados en la vida real del menor: educación y formación integral, alimentos, representación y administración de sus bienes, inserción social, etc. (arts. 154 y 269 del CC). Por lo tanto son los titulares de la patria potestad¹⁹⁰⁹ quienes más directamente van a participar en la decisión de los intereses personales de un menor, pudiéndose presumir que también van a ser ellos quienes con más acierto van a actuar al respecto, pues son quienes se encuentran en situación de conocer

¹⁹⁰⁶Vid. ALCOVER, C., “La mediación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial” en GONZALO, M. (Dir.), *Métodos alternativos de Resolución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006, pp.113-129.

¹⁹⁰⁷Vid. ROBLES MOCHÓN, G., “El libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.CE), en SAN MIGUEL, L.G. (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Art. 10.1 de la Constitución*, Alcalá de Henares, 1995, p. 69.

¹⁹⁰⁸Vid. MIRALLES GONZÁLEZ, I., La familia: entre autonomía y soberanía, *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol.95, Nº1, 1996, pp.71-84.

¹⁹⁰⁹Vid. ROCA TRIAS, E., *Familia y Cambio social (De la “casa” a la persona)*, Ob. cit., p. 80.

mejor los rasgos conformadores de la específica personalidad del hijo. Sin embargo, tal intervención en modo alguno puede implicar la anulación o desplazamiento personal del niño pues, como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, *"los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por completo a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda o custodia o, en este caso la patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar"*.

En el contexto de la mediación familiar las anteriores consideraciones son significativas pues, dado el carácter esencialmente voluntario de este procedimiento, se deja un amplio margen de actuación para la autonomía de las partes¹⁹¹⁰. Y es precisamente en este ámbito donde la intervención de los progenitores en modo alguno se va a ver limitada desde el principio por injerencia externa judicial que pueda incidir en las decisiones adoptadas en orden a los menores siempre y cuando éstas se ajusten a lo que verdaderamente suponga su interés. En caso contrario tendrá que ser el Juez quien decida acerca del interés del menor.

f) El criterio valorativo del Juez y su decisión.

La patria potestad, se concibe con una finalidad básicamente instrumental y orientadas de manera exclusiva en beneficio de los hijos, lo que conlleva al seguimiento de su adecuado ejercicio por el interés público y es lo que justifica la intervención del poder judicial del Estado para controlarlo, especialmente cuando la conducta de quienes de modo natural están llamados a ostentar su titularidad se distancia gravemente del fin último perseguido por la institución o las circunstancias familiares resultan adversas o inconvenientes para tal propósito. Por ello la función definitoria del interés del menor por parte de los órganos judiciales se evidencia fundamentalmente en las situaciones de crisis familiares,

¹⁹¹⁰Vid. FUENTE NORIEGA, M., "Algunas consideraciones en torno a la intervención judicial en cuestiones relativas a menores sujetos a patria potestad", *1º Congreso Nacional de Derecho Civil sobre la Tutela de los Derechos del Menor. La tutela de los Derechos del menor*, Junta de Andalucía, Córdoba, 1984, p. 141.

que es donde radica el fundamento de la intervención judicial determinando el beneficio o interés del hijo menor de edad.

Por lo anterior, y dado el carácter voluntario de la mediación familiar, se hace necesaria la homologación judicial del Convenio alcanzado en el procedimiento siempre que los acuerdos adoptados en el mismo afecten a menores. Precisamente en este aspecto de su necesaria homologación por afectar a los intereses de menores se concreta la intervención del órgano judicial en los supuestos de mediación desarrollada fuera del ámbito del proceso y sin influencia alguna en el mismo (mediación extrajudicial)¹⁹¹¹, en este caso el juez aprobará el acuerdo si el mismo respeta el interés de los hijos, de conformidad con la previsión normativa y rechazará la propuesta si alguno de sus pactos resulta lesivo o contrario al interés de los menores y remitiéndola a las partes para que alcancen un nuevo pacto ajustado a dicho interés¹⁹¹².

g) La preceptiva intervención del Ministerio Fiscal como garantía de la defensa de los intereses del menor

El artículo 749 de la LEC regula la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de familia, con la consecuencia de que cualquier acuerdo alcanzado en mediación, ha de ser analizado por el Fiscal, que puede formular oposición a que se aprueben por el juez determinados pactos, lo que determinará que se siga un proceso contradictorio para que el juez decida¹⁹¹³. La presencia del Ministerio público obedece, por una parte, a la necesidad de posibilitar la sujeción a la legalidad en todas las actuaciones jurisdiccionales que afecten al estado civil de

¹⁹¹¹ALCOVER. C., “La mediación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial”, Ob. cit., p. 120.

¹⁹¹²En el supuesto de la mediación familiar desarrollada en el seno de una contienda judicial la relevancia de la intervención del Juez se percibe más directamente por cuanto que éste, de oficio o a instancia de parte -que puede ser incluso el propio hijo-, podrá acordar cualquier medida que estime oportuna con el propósito de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios (art. 158.3º del CC). Precisamente en este ámbito la participación del Juez adquiere una dimensión adicional en orden a la mediación pues, justificada al amparo de la previsión contenida en el artículo 158.3º del Código Civil, el órgano judicial puede orientar su actuación a advertir a las partes acerca de la oportunidad y conveniencia de esta vía. Esta posibilidad resulta especialmente interesante pues en la regulación del ejercicio de la patria potestad compartida sobre los menores de edad el mutuo acuerdo de las partes se erige en criterio preferente (cfr. arts. 90 y 159 del CC). Y en este orden de cosas, como quedó explicado, se debe resaltar que son especialmente los padres quienes con mayor acierto van a poder intervenir en la toma de las decisiones acerca de lo que interesa al menor.

¹⁹¹³ORTUÑO MUÑOZ, P., “Separación, Divorcio y Nulidad: El convenio regulador”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo II, Ob. cit., p.84.

las personas¹⁹¹⁴, así como su papel de defensor de los derechos de los menores, incapaces o ausentes¹⁹¹⁵.

Ni la Constitución Española (art. 124) ni el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, regulado por L.O 50/1981, de 30 de diciembre, determinan la naturaleza de su intervención ante la jurisdicción civil. Concretamente, el artículo 3 del referido Estatuto atribuye al Ministerio Fiscal la función de; *"tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley"* y *"asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establecen, y formar parte de aquéllos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos"*.

La L.O 1/1996, de 15 de enero¹⁹¹⁶ y la ley que la modifica de 2015, potencia la legitimación del Ministerio Fiscal sobre derechos e intereses del menor, al no hacerla subsidiaria de la carencia de representación legal, sino concurrente con ésta, y hasta ejercitable en contradicción con ella (art. 4).

El Código Civil legitima al Ministerio Fiscal para instar judicialmente las medidas previstas en el artículo 158 (art. 216, párr. 2º) y le confiere relevantes facultades en el ámbito de las actuaciones relativas a la tutela¹⁹¹⁷, (arts. 228, 232 y 273) y al acogimiento de menores y de la adopción (arts.172 y 174), marco éste último en el que, por expresa disposición antes del artículo 1825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y ahora de la Ley procesal vigente, debe intervenir preceptivamente el Ministerio Fiscal. En referencia a los procedimientos

¹⁹¹⁴Según establece la Ley 50/1981 de 30 de diciembre que promulgó el Estatuto del Ministerio Fiscal y la Ley de Registro civil de 8 de junio de 1957, modificada por la Ley 19/2015 de Reforma de Administración de Justicia y Registro Civil.

¹⁹¹⁵Esta función el fiscal encierra una cierta dicotomía que en ocasiones, resulta confusa y puede dar lugar a resultados contradictorios, por ejemplo en casos en que el Ministerio fiscal defiende los intereses de los hijos menores, pero también debe defender al cónyuge menor de edad, aún cuando haya sido emancipado por matrimonio, tras la dispensa judicial, si no ha alcanzado esa edad o no se han cumplido los 18 años

¹⁹¹⁶Vid. VARGAS CABRERO, B., "El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor" en RODRÍGUEZ TORRENTE, J. y ADROHER BISOCA, S., *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, pp.85 y ss.

¹⁹¹⁷ Vid. FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 735.

matrimoniales¹⁹¹⁸, según lo establecido en el artículo 92, párrafo 3º del Código civil, y de conformidad con la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, el Ministerio Fiscal será parte siempre que los hijos sean menores. También se le atribuye legitimación activa en los procedimientos de reclamación o impugnación de la filiación (arts. 129 del CC y 765.1 de la vigente LEC)¹⁹¹⁹.

Dentro contexto de la mediación familiar, la intervención del Ministerio Público debe preverse siempre en el supuesto de mediación intrajudicial, con arreglo a lo que se establece legalmente, pero, además, debe intervenir en el marco de la mediación extrajudicial siempre que los acuerdos adoptados afecten a los hijos menores que precisarán de la correspondiente homologación judicial. En consecuencia, cabe concluir que siempre que se resuelva sobre cuestiones relativas a los hijos menores de edad, en un procedimiento de mediación familiar, se producirá la intervención del Ministerio Fiscal que participará en la concreción de su interés.

4.4.2. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

El orden público familiar, de naturaleza imperativa, se integra por un básico contenido normativo, cuya efectividad práctica resulta garantizada por la intervención del órgano judicial, pues si la ley declara el principio del "*favor minoris*", es a través de la jurisprudencia donde se da su aplicación al caso concreto y se realiza su interpretación (cfr. art. 1.6 del CC). Así es en las resoluciones judiciales donde se modela el sentido último de las normas que configuran el principio del *interés del menor*. Son los criterios jurisprudenciales

¹⁹¹⁸MAESTRES TIBAU, A., "La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1985, N°4, p.225.

¹⁹¹⁹Las posibilidades de actuación del Ministerio Público en orden a la defensa de los intereses de los hijos menores de edad son muy amplias. Además, la ausencia del Ministerio Fiscal en aquellos procedimientos en los que debe intervenir producirá la nulidad radical y absoluta de todas las actuaciones practicadas en los mismos, a partir del momento en que se le debió dar participación, cuando la misma sea debida a una violación de los principios de audiencia, asistencia y defensa productores de indefensión, de conformidad con lo prevenido en el artículo 238.3 "in fine" de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El mismo fundamento ampara la nulidad de aquellas actuaciones que se sucedan durante la tramitación del proceso con infracción del principio de audiencia al Ministerio Fiscal, siempre que le ocasionen indefensión. Sin embargo, la citación e intervención del Ministerio Fiscal, aunque se manifieste con retraso, convalida las actuaciones anteriores.

los que ilustran el contenido del principio del "*favor filii*", máxime en un contexto, como es el de la mediación, donde se pretende sustituir el específico pronunciamiento judicial por el acuerdo consensuado que mejor convenga a las partes¹⁹²⁰. Partiendo de esta consideración y atendiendo al ámbito de la mediación familiar con las implicaciones que los eventuales conflictos suscitados entre las partes, pueden tener para los menores, cabe resumir algunas de las más significativas aportaciones de los Tribunales en orden a su ponderación¹⁹²¹.

a) Crisis matrimonial o de la pareja de hecho¹⁹²².

Son precisamente aquellas situaciones provocadas por una ruptura matrimonial o de pareja las que habitualmente ocupan a la mediación familiar y en tal contexto las principales cuestiones que se suscitan en relación con los hijos menores derivan de las medidas a acordar respecto de los mismos en tales casos¹⁹²³. Dichas medidas (cfr. art. 90 del CC) se concretan de manera esencial en la fijación de una pensión alimenticia para los menores, en la atribución de su guarda y custodia y, consiguientemente, en el establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio.

b) Pensión alimenticia¹⁹²⁴.

La determinación de la cuantía de la pensión alimenticia en favor de los hijos menores convivientes con el progenitor custodio es una de las cuestiones que más frecuentemente suele enfrentar a la pareja en una separación. Su fijación, con carácter general y a fin de preservar el interés superior de los menores (traducido sin duda en la más amplia y mejor satisfacción de sus necesidades)¹⁹²⁵, debe

¹⁹²⁰Vid. ROMERO NAVARRO, F., "La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, N°40, 2002, pp. 31-54.

¹⁹²¹Vid. TORRERO MUÑOZ, M., *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*, Editorial práctica de Derecho, Valencia, 1999, p.87.

¹⁹²²MARTÍN MUÑOZ, A., "Las familias en crisis: Derechos y obligaciones parentales", en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dirs.), *Mediación Familiar*, Tomo II, Ob. cit., pp.112 y ss.

¹⁹²³Vid. ROMERO NAVARRO, F., "La mediación familiar, un nuevo ritual para la separación y el divorcio en las sociedades actuales", AA.VV., *Estructura y cambio social. Homenaje a Salustiano del Campo*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2001, pp.365-402.

¹⁹²⁴Vid. TORRERO MUÑOZ, M., *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*, Ob. cit., p.108 y ss.

¹⁹²⁵ORTUÑO MUÑOZ, P., "Separación, Divorcio y Nulidad: El convenio regulador", en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dirs.), *Mediación Familiar*, Tomo II, Ob. cit., p.84.

ponderarse, teniendo en cuenta la dedicación personal del progenitor custodio vinculada con el nivel de ingresos y gastos de cada uno de los progenitores en relación con las necesidades, tanto materiales como afectivas, de los menores, según establecen los artículos 146 y 147 del CC, a fin de garantizar una cuantificación equitativa que evite situaciones de desigualdad y garantice su efectivo cumplimiento.

c) Guarda y custodia.

Con referencia a las medidas de guarda y custodia, el beneficio del menor es el único principio legal rector que hay que valorar al tiempo de su acuerdo, como se ha puesto de relieve en numerosas resoluciones que, no obstante, ofrecen fundamentos poco explícitos respecto del efectivo contenido material del mismo en la cuestión que resuelven¹⁹²⁶. Jurisprudencialmente se destacan como argumentos para su concreción la estabilidad emocional y el bienestar psicológico del menor determinados por su adecuada integración en el contexto familiar¹⁹²⁷.

También es cuestión de interés en este ámbito la referencia del mantenimiento de todos los hijos, cuando éstos fueran varios, bajo la guarda y custodia de uno sólo de los padres, seguramente por la indicación legal de procurar "*no separar*" a los hermanos (art. 92, párr. 3º del CC) encierra la intención del legislador de apartar, en la mayor medida, a los hijos de la crisis que únicamente debe afectar a sus progenitores, preservándoles de cualquier circunstancia que pudiera perjudicar su desarrollo integral como sería la vulneración del derecho de los hermanos a relacionarse entre sí que deberá quedar oportunamente garantizado aunque se llegara a acordar la separación de los mismos¹⁹²⁸.

d) Régimen de visitas

En su específica vinculación con el derecho de visitas en favor del progenitor no custodio (art. 94 del CC), el interés del menor aparece caracterizado como una faceta del desarrollo de su personalidad en el marco de las relaciones

¹⁹²⁶Vid. CAMPO IZQUIERDO, A.L., "La mediación familiar como complemento del proceso judicial de familia: Análisis comparativo de las distintas leyes de Mediación Familiar", *Revista de Derecho de Familia*, N° 26, Enero-marzo 2005, pp.279-307.

¹⁹²⁷Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., "Guarda y custodia de hijos menores Las crisis matrimoniales y de parejas hecho Procesos declarativos especiales en la LEC", *La Ley*, 2007, p.87.

¹⁹²⁸Vid. MARTÍN MUÑOZ, A., "Las familias en crisis: Derechos y obligaciones parentales", *Ob. cit.*, p.274-277.

paternofiliales, cuya concreción debe realizarse atendiendo a diversos factores tales como la edad del menor, sus condiciones educativas, las relaciones afectivas que mantiene con sus padres, así como las de éstos entre sí y el equilibrio psicológico de los progenitores¹⁹²⁹.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1992 declara el derecho de los progenitores a relacionarse con los hijos menores con sometimiento al principio del interés del menor que debe presidir cualquier comunicación paterno filial, de manera que "*tal derecho de visitas constituye continuación o reanudación de la relación paterno filial, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos*", argumento sólidamente establecido que sólo cede, como el propio fundamento de derecho subraya, "*en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo*"¹⁹³⁰.

e) Conflictos de convivencia entre padres e hijos

La sujeción a la potestad paterna del menor nunca puede excluir su ejercicio en beneficio exclusivo de éste, siempre "*de acuerdo con su personalidad*" (art. 154, párr. 2º del CC).

En la práctica la complejidad de las relaciones humanas propicia la circunstancia de que entre el hijo menor de edad y sus padres surjan fricciones que, sin llegar a cuestionar gravemente el adecuado ejercicio de la patria potestad, dificulten la normal convivencia familiar¹⁹³¹. En este tipo de situaciones, que por no llegar a constituir incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad (art. 170, párr. 1º del CC) no suelen plantearse ante los Tribunales, la mediación familiar puede desplegar una indudable eficacia, no sólo ayudando a los progenitores a descubrir cuál pueda ser la mejor opción para el hijo en cada caso sino también, muy especialmente, concienciando a los menores de sus deberes en el seno de la familia, lo que en definitiva repercute también en su interés al

¹⁹²⁹ MARTÍN MUÑOZ, A., "Las familias en crisis: Derechos y obligaciones parentales", Ob. cit., p.278.

¹⁹³⁰ Con semejante criterio se manifiestan las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1993 (Sala de lo Civil. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes) y de 21 de julio de 1993 (Sala de lo Civil. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros).

¹⁹³¹ Vid. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, L., "El menor en las crisis familiares", en LAZARO GONZALEZ y MAYORAL NARROS, *Jornadas sobre derecho de los menores*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, pp.159-202.

contribuir a su completa formación como sujetos responsables dentro de su entorno más próximo.

Puede suceder que el conflicto no enfrente a los padres con el hijo sino a aquéllos entre sí respecto del menor persistiendo la convivencia. Así, cabe considerar la eventual situación en la que, originado por un desacuerdo entre los progenitores (art. 156, párr. 2º del CC), se produzca un conflicto de intereses entre los cónyuges con relación al menor, lo que exigiría la intervención del Juez para decidir la atribución de la facultad de decisión a uno de los dos, distribuir entre ambos sus funciones o, en su caso, si el conflicto enfrentara gravemente al padre o la madre con el hijo el nombramiento de un defensor judicial a éste último (art. 163 del CC), que sólo deberá intervenir cuando los intereses de los sujetos a la patria potestad sean contradictorios con los de quienes la ejercen¹⁹³².

f) Relaciones derivadas del Acogimiento y la adopción en relación a las relaciones con la familia biológica.

Con referencia al acogimiento y la adopción, como previsión general, nuestro ordenamiento exige para su constitución que resulte en interés del menor (cfr. arts. 172.4 y 176.1 del CC), lo que los Tribunales suelen concretar en la constatación de la plena integración familiar del niño como superación de la situación de desamparo, criterio que debe prevalecer incluso sobre el principio de "*reinserción en la propia familia*" (art. 172.4 del CC) y que, sin duda, cualquier pretensión mediadora deberá tener en consideración¹⁹³³.

En el mismo sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz de 30 de junio de 1994 (Sección 2ª. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Paumard Collado) declara que "*en los supuestos de disparidad de intereses entre los padres que*

¹⁹³²De cualquier manera, nada parece impedir que esta previsión contenida en el párrafo 2º del artículo 156 del Código civil, referido a los supuestos en los que se mantiene la convivencia familiar, pueda aplicarse a las situaciones creadas con la separación o el divorcio, en las que se conserva la titularidad de la patria potestad respecto de ambos progenitores, salvo los casos de privación total o parcial a uno de ellos (art. 92, párrafo 3º), habida cuenta de que en las mismas es posible que las disparidades de los padres en orden a su ejercicio afloren con mayor frecuencia (así lo entiende la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 12 de abril de 1995 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Serena Puig).

¹⁹³³PEREZ MARTÍN, A., *Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp.115 y ss. Esta idea se recoge en el artículo 172.4 del Código Civil, donde se recomienda que la inserción se produzca en la propia familia "*siempre que redunde en interés del menor*", y se repite en el artículo 1826 de la Ley procesal, al otorgar al Juez amplias facultades para asegurarse de que las medidas "*resultarán beneficiosas para el menor*", ordenando también en el artículo 1828 que, al resolver sobre la constitución del acogimiento, debe acordarse "*lo procedente en interés del menor*".

conservando las facultades inherentes a la patria potestad sobre sus hijos menores reclamen su compañía (derecho de guarda, custodia y visitas) o que se oponen al acogimiento intentado, y los intereses de los menores, de plena integración en la familia de acogida, como superación de la situación de desamparo en que los tienen o puedan tenerlos los padres biológicos, el legislador ha querido que el Juez opte siempre por el interés más digno de protección, que no es otro que el de los menores desvalidos y desamparados, conforme corresponde al principio general de derecho del "favor filii", presente en todos los Acuerdos y Convenios Internacionales de protección de la infancia".

g) El derecho de visitas de los abuelos respecto a sus nietos.

La justificación del derecho del menor a relacionarse con sus abuelos está contenida en el artículo 160 del Código Civil y habitualmente suele interesarse en situaciones de conflicto que enfrentan a éstos, con uno o con ambos progenitores¹⁹³⁴. Se localiza directamente en el interés del menor, al que conviene para su adecuado e integral desarrollo como persona consolidar las relaciones con su entorno familiar completo¹⁹³⁵.

El régimen de visitas de los abuelos a favor de sus nietos se recogía en el Plan Integral de Apoyo a la Familia (2001-2004) que aprobó el Consejo de Ministros el 8 de noviembre de 2001, y donde se establecía, entre otras medidas, garantizar el derecho de visita de los abuelos a sus nietos en caso de divorcio o separación de los progenitores. Como respuesta a esta previsión, el Congreso aprobó la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos¹⁹³⁶.

¹⁹³⁴CARBAJO GONZÁLEZ, J., "El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil", *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2000, Nº 4, p. 1505. Y también en GONZÁLEZ PILLADO, E., "El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre", *Actualidad Civil*, 2005, Nº 4, p. 405

¹⁹³⁵BERROCAL LANZAROT, A. I., "Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre", *Anuario de Derechos Humanos*, 2005, Nº 6, p. 55.

¹⁹³⁶Esta reforma del Código Civil introdujo un nuevo párrafo B) al artículo 90 a fin de establecer expresamente la posibilidad de pactar en convenio regulador, si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, siempre teniendo en cuenta el interés de los menores. En caso de que en el convenio regulador se haya pactado un régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, es necesario que éstos presten su consentimiento ante el Juez, en los términos previstos en el nuevo párrafo 2º del art. 94 CC. Este artículo dice

La nueva redacción del art. 160 CC establece expresamente el derecho los nietos y sus abuelos a mantener relaciones personales, y obliga al Juez a resolver cualquier obstáculo (oposición) que dificulte este derecho, atendidas las circunstancias. También especifica el deber del Juez de asegurar que las medidas que puedan fijarse para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no permitan ni conlleven la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores¹⁹³⁷.

Desde la anterior consideración numerosas resoluciones defienden la concesión de un régimen de visitas y las consiguientes relaciones personales de un menor con sus abuelos.

ENRIQUE ARRIVI, tras las investigaciones efectuadas desde que se viene aplicando la mediación familiar, muestran numerosos beneficios para los hijos, y resume sistemáticamente una serie de caracteres que favorecen el interés del menor¹⁹³⁸:

1.- La mediación familiar, implica un bajo nivel de conflicto, los menores no ven a sus padres enfrentados por su culpa y se sienten protegidos por los dos.

2.- Los menores no tienen que presentarse ante el juez para realizar la opción por uno de sus progenitores, evitándose así que sufran el consiguiente trauma psicológico que les marcará en su vida futura.

3.- Mayor cooperación y comunicación entre los progenitores y entre estos y los menores, lo que permite a éstos en un elevado número de casos recibir explicaciones conjuntamente de ambos progenitores y con naturalidad sobre la decisión adoptada.

4.- Mantenimiento de la relación de cara al futuro, tanto los progenitores entre sí, como entre éstos y los niños.

5.- La corresponsabilidad parental se asegura en relación con el futuro de los hijos, haciendo posible que estos mantengan una relación de cariño con ambos progenitores.

“Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor”.

¹⁹³⁷Por ejemplo, que los abuelos paternos cuando son visitados por su nieto facilitan que el padre, quien tiene una medida de alejamiento respecto del menor, lo vea.

¹⁹³⁸Vid. ENRIQUE ARRIVI, C., “La relevancia del interés del menor en la mediación familiar”, en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.), *Mediación Familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p.247.

6. Por la racionalización de la situación. Los progenitores adoptan un acuerdo que cumplen en mayor grado y que no se vive como la imposición de un tercero, concurriendo muchos elementos para que se lleve a cabo el cumplimiento posterior del régimen establecido.

7.- La mediación familiar también puede ser un mecanismo para restablecer y reorganizar sus papeles como padres, cuando cesa su relación.

8.- Los mediadores pueden ser una fuente de información a los padres sobre los problemas de adaptación generales y específicos que puede producir el divorcio sobre ellos mismos, sus hijos y la relación paterno filiar.

4.5. MEDIACIÓN FAMILIAR Y TERCERA EDAD

Actualmente se está produciendo un proceso de envejecimiento de la población, que junto con el aumento de las personas con diversidad funcional (accidentes laborales, de tráfico, mayor supervivencia de personas con enfermedades graves, etc), están provocando un aumento de personas en situación de dependencia¹⁹³⁹. Por estos motivos el número de personas que requieren cuidados ha aumentado en los últimos años y seguirá haciéndolo en el futuro¹⁹⁴⁰.

Tal y como señala el Libro Blanco de Atención a las Personas en Situación de Dependencia, el proceso acelerado de envejecimiento de nuestra población está dando una nueva dimensión a esta situación, tanto cualitativa como cuantitativamente, al coincidir con cambios profundos en la estructura social de la familia y de la población cuidadora¹⁹⁴¹. La demanda de cuidados ha aumentado y

¹⁹³⁹BLAZQUEZ MARTÍN, D., “Los derechos (humanos) de las personas mayores”, en BLAZQUEZ MARTÍN, D. (Dir.), *Los derechos de las personas mayores. Perspectivas sociales, jurídicas políticas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 18: “En este sentido, es necesario recalcar que el envejecimiento no es un problema; por el contrario es un gran logro, probablemente el mayor de la sociedad industrializada y del mundo contemporáneo. Es aquello por lo que los hombres se han esforzado a lo largo de la historia; vivir más y vivir mejor. Sin embargo, lo cierto es que se convierte en un problema cuando va acompañado de pobreza, discapacidad, enfermedad y aislamiento social”.

¹⁹⁴⁰Vid. CEREZO GOMEZ, S., “Mediación familiar e intergeneracional en la atención domiciliar a personas en situación de dependencia y sus familias”, *Documentos de Trabajo social*, Nº 52, pp. 93-100.

¹⁹⁴¹Libro Blanco de Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Instituto de Mayores y Servicios Sociales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, 2005.

seguirá haciéndolo en los próximos años como consecuencia de la combinación de factores de carácter demográfico, sanitario y social: envejecimiento de la población, mayores tasas de supervivencia de las personas afectadas por alteraciones congénitas, enfermedades y accidentes graves o por creciente incidencia de personas con diversidad funcional por accidentes laborales o de tráfico. Como consecuencia del proceso de envejecimiento, las personas con más de ochenta años, se ha duplicado en sólo veinte años, y todo hace prever que su número superará los 2.9 millones en el año 2016, lo que supone el 6.1% de la población. Todo esto provoca necesidades crecientes de atención y cuidados.

Esto coincide, como hemos hablado anteriormente, con cambios importantes en el modelo de familia y con la incorporación de la mujer al mundo laboral. Estos fenómenos que están haciendo disminuir sensiblemente la capacidad de prestación de cuidados informales, han provocado la crisis del modelo de apoyo informal y la transformación en las estructuras familiares; desaparición de la familia extensa, cambiando el perfil de institución permanente de la familia, con aumento de separaciones, divorcios y nuevos matrimonios, creciente movilidad geográfica de los miembros de la familia, variedad de modelos familiares de convivencia, etc. La democratización de las relaciones intergeneracionales y entre los miembros de la pareja, los cambios profundos en la posición social en las mujeres y cambios de rol en la familia, así como el elevado precio de las viviendas que favorece la convivencia de muchos miembros de la familia en el hogar. Todo ello, está creando dificultades y conflictos a las familias para atender a esas personas en situación de dependencia¹⁹⁴².

¹⁹⁴²Vid. MUNUERA GÓMEZ, M^a P., ALEMÁN BRACHO, C. y GÓMEZ GÓMEZ, F., “Transformación de los conflictos en la relación intergeneracional para potenciar la solidaridad familiar”, en *Crisis y Cambio: propuestas desde la sociología. Libro de Actas del XI Congreso Español de Sociología*, FES, 2014, p.722: “Se debe recuperar el reconocimiento de la dignidad de las personas mayores que ha pasado de ser valorados por tener sabiduría, experiencia, serenidad, etc. a una visión contraria donde se piensa que son un freno al desarrollo humano y como una pesada y molesta carga que cada vez interpela más nuestro deber o no de llevarla sobre nuestras espaldas. Situación que se suma a la historia de las personas con discapacidad que tienen una historia de lucha por el logro de la consideración de su dignidad humana. Las personas con discapacidad todavía son excluidas de la sociedad a pesar del haber logrado el reconocimiento de sus derechos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas de 2006. Para las personas con diversidad funcional la lucha para hacer realidad los derechos recogidos en los textos jurídicos está aún por desarrollar siendo una opción el camino de la ética o su consideración por la bioética. Es posible que la recuperación de la dignidad intrínseca a través de la bioética dote de nuevos bríos al colectivo de las personas con diversidad funcional, para afrontar esta tarea. Itinerario que potenciará la autonomía de las personas que se encuentran en situación de dependencia lo que configurará su consideración de ciudadanos con plenos derechos para su participación en la sociedad”.

Sin lugar a dudas, han sido las familias las que tradicionalmente, han asumido el cuidado de los mayores y las personas en situación de dependencia, recayendo casi en exclusiva en las mujeres del núcleo familiar, especialmente en mujeres de mediana edad (45 a 69 años). Todos los factores anteriores, señala BARRERA ALGARÍN están provocando dificultades en el apoyo informal que hasta ahora ejercían las mujeres (madres, cónyuges, hijas, hermanas, cuñadas...) pero que actualmente recaen sobre todo en el núcleo familiar¹⁹⁴³. Si no se gestionan bien los cambios evolutivos en las familias, pueden provocar situaciones indeseadas y la persona dependiente puede quedar desatendida¹⁹⁴⁴.

¹⁹⁴³Vid. BARRERA ALGARÍN, E., MALAGÓN BERNAL, J.L. Y SARASOLA SANCHEZ-SERRANO, J.L., *Revista de Trabajo Social Portularia*, Vol. VII, Nº 1-2, 2007, pp.75-83.

¹⁹⁴⁴BARRERA ALGARÍN, E., MALAGÓN BERNAL J.L., SARASOLA SÁNCHEZ-SERRANO, J.L., “Mediación Intergeneracional y personas mayores”, Ob. cit., pp. 80-81: “Siendo coherentes con la propia realidad social, no podemos quedarnos en que el hecho de la dependencia de un mayor es la única causa por la que pueden llegar mayores a la mediación. Problemas de intromisión/amenaza: En muchos casos la convivencia con mayores puede percibirse como una verdadera amenaza, sobre todo si se dan situaciones de intromisión en aspectos vitales de unos o de otros. En este caso son muy comunes las tensiones entre el mayor con la pareja de su hija o hijo, y a la inversa. Problemas de espacio: Ya hemos ejemplificado antes como la limitación de espacio puede acarrear un incremento de la incomodidad y la tensión en la convivencia. Problemas de autoridad: Este elemento es muy importante. Suele afectar especialmente al hecho de que en muchos casos alguna de las partes quiere ejercer su autoridad por encima de la otra parte; padre mayor sobre el hijo/a, hijo/a sobre alguno de sus padres, u otras. Este elemento también se relaciona con el siguiente. Los nietos: Es habitual en nuestra sociedad encontrar a los llamados “abuelos canguro”, que se encargan de la crianza total o parcial de sus nietos por la imposibilidad de los padres (normalmente por cuestiones laborales) para poderlo hacer. Esto hace que en muchos casos se produzcan conflictos de roles y conflictos en los criterios de crianza de los nietos, que confunden a los propios abuelos, a los padres, y por supuesto, a los nietos. En otros, aunque los abuelos no sean cuidadores de los nietos, pueden darse situaciones de control y directividad de los abuelos hacia la forma y los criterios de crianza de los padres sobre los nietos. En cualquier caso, todos estos elementos son contextos de conflictos, que en muchas ocasiones terminan ante la presencia de un mediador. Distintos criterios en el cuidado: Este es otro foco de conflicto. Entendemos en este apartado cuando los distintos cuidadores no se ponen de acuerdo en el cómo y/o en el dónde del cuidado al mayor. Suelen ser principalmente conflictos entre los hijos o también entre los hijos y el cónyuge del mayor que requiera la ayuda. Aquí pueden aparecer importantes recriminaciones de unos hacia otros, sobre todo si se entiende que unos tengan más carga que otros. O cuando algunos entienden que el cuidar al mayor está exigiendo más “sacrificio” que lo que supone para otros. También el hecho de no ponerse de acuerdo en dónde se va a cuidar al mayor. Normalmente el mayor intentará que el contexto de cuidado sea su propio domicilio, lo que implica mayor complejidad para los cuidadores, que el hecho de trasladarlo al domicilio del cuidador. No se permite el cuidado: Nos referimos especialmente a la situación en que el mayor necesitado de atenciones, rechaza ser cuidado o rechaza las formas en que se hace. También puede rechazar el que lo cuide una persona porque “prefiere” que lo cuide otra. Todas estas situaciones son muy duras para el cuidador y genera en él mucho estrés y ansiedad. Entendamos que estos elementos tienden a sobrecargar aún más la relación de cuidado. Problemas en contextos geriátricos: Es obvio que se producirán situaciones de mediación con mayores, en todos los contextos en los que estos se encuentren. Pensemos por ejemplo en las residencias de mayores, centros de día, unidades de estancia diurnas, , hospitales, y un largo etc. En todos estos contextos el mediador encontrará situaciones susceptibles de ser intervenidas: Problemas de convivencia entre residentes, conflictos con los profesionales o con la dirección del contexto geriátrico, y un largo etc. Se aconseja en estos contextos habilitar figuras de mediación entre el

Este conjunto de circunstancias han sometido a la familia a importantes tensiones de adaptación, provocando múltiples conflictos familiares incluso violencia hacia los propios mayores, es decir la situación de dependencia puede provocar graves conflictos familiares, pues un accidente, el agravamiento de una enfermedad, la diversidad funcional... son situaciones que van a exigir un cambio de vida tanto de la persona dependiente como a los familiares¹⁹⁴⁵. Ésta, al ser una situación inesperada y sobrevenida, provocará ansiedad en aquéllos que la viven al modificar las rutinas y la cotidianeidad de los sujetos; y generará tensiones y estrés, que pueden redundar tanto en el cuidado de la persona dependiente como en la salud del cuidador¹⁹⁴⁶. Esta ansiedad y esta tensión es lanzadera para los conflictos y genera multitud de situaciones que pueden requerir la intervención de una persona mediadora¹⁹⁴⁷.

LIPCHIK, analizando las familias con padres ancianos, señala que los problemas propios de la vejez, además conllevan una gran carga emocional, pues provocan sentimientos de angustia y pérdida para todas las partes implicadas¹⁹⁴⁸.

Si bien la mediación surgió en el contexto de las separaciones y divorcios con el objetivo de dar una respuesta alternativa a la judicial en un conflicto en el que es muy importante el mantenimiento de las relaciones personales y por ello es en este ámbito en el que puede disponerse de un marco teórico más importante, sin embargo indica CALDERER que la práctica profesional, ha ido demostrando

personal del contexto geriátrico, así como contar con figuras mediadoras entre los propios clientes y/o usuarios (estas suelen ser muy beneficiosas para rebajar el nivel de conflictos).”

¹⁹⁴⁵MOTA LOPEZ, R., “Los nuevos contextos de maltrato: el maltrato a los mayores”, en GOMEZ-BENGOECHEA, B. (Coord.), *Violencia intrafamiliar. Hacia unas relaciones familiares sin violencia*, Ob. cit., p.112: “Las situaciones de maltrato se producen tanto por comisión de actos que perjudican el bienestar de las personas (a los que se reserva el significante de maltrato) como por el rechazo u omisión en la atención de las necesidades de cuidado de una persona mayor (negligencia)... las situaciones de malos tratos se producen en el seno de una relación interpersonal donde existe una expectativa de confianza y que funciona mal”.

¹⁹⁴⁶CEREZO GOMEZ, S., *Mediación familiar e intergeneracional en la atención domiciliaria a personas en situación de dependencia y sus familias*, Ob. cit. p.97.

¹⁹⁴⁷PANIAGUA FERNANDEZ, R. y MOTA LÓPEZ, R. “Malos tratos familiares hacia personas mayores. Factores de riesgo y estrategias para la intervención”, en GARCÍA-MINA FREIRE (Coord.), *Nuevos escenarios de Violencia*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas Madrid 2008, pp.103-104. “Son necesarios instrumentos y metodologías que evalúen de forma continua las relaciones entre las personas que dispensan los cuidados y los mayores al inicio y durante la relación de cuidados, y propongan alternativas viables y apropiadas. Conviene tener en cuenta que en la decisión de desempeñar el papel de cuidador actúan elementos complejos, en no pocas ocasiones esta decisión se toma en momentos de crisis, de turbación y se mezclan motivaciones de amor, culpabilidad, sentido de la responsabilidad, y no se fundamentan en un ejercicio realista de evaluación de todas las opciones y el reconocimiento de lo que es mejor para la persona mayor, el cuidador y la familia”.

¹⁹⁴⁸Vid. LIPCHIK, E., *Terapia centrada en la solución: más allá de la técnica*, Amorrortu, Buenos Aires. 2004. p. 123.

que había nuevas demandas del sistema familiar a las que se podía dar respuesta de forma muy satisfactoria desde un contexto de mediación¹⁹⁴⁹.

4.6. MEDIACIÓN FAMILIAR Y PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.

Para estudiar la situación de las personas dependientes en el ámbito familiar, es obligado partir de la “Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, de 2006¹⁹⁵⁰. Una vez ha sido acogida por el ordenamiento jurídico español, la Declaración ha de ser un instrumento básico para analizar la situación de las personas dependientes en el ámbito familiar y la mediación familiar. La utilización de la mediación en situaciones de dependencia, supone una respuesta eficaz para resolver los conflictos en las relaciones familiares e institucionales¹⁹⁵¹. El objetivo final es el de potenciar el interés común y el máximo bienestar social y calidad de vida para la persona en situación de dependencia y su familia¹⁹⁵².

El esfuerzo que hacen algunas familias de personas discapacitadas o gravemente enfermas es a veces tan importante, que deben recibir ayuda de la administración de la sociedad en la que viven y la mediación puede aportar mucho en este terreno¹⁹⁵³. La aplicación de la mediación en este ámbito de salud, resulta ser uno de los ámbitos más interesantes y delicados, y despierta un interés especial

¹⁹⁴⁹Vid. CALDERER PEREZ, N., “Mediación Intergeneracional”, en POYATOS GARCÍA, A. (Coord.), *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Nau Llibres, Valencia, 2003, pp.45 y ss.; MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEXEIDO, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, La Ley, Madrid, 2013, p.137.

¹⁹⁵⁰Vid. DE ASIS, R., BARANCO AVILÉS. M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A., “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de la Personas con Discapacidad en el Derechos español”, CUENCA GÓMEZ, P. (Ed.=, *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, pp.11-33.

¹⁹⁵¹Vid. MUNUERA GOMEZ, M P., “Mediación en situaciones de dependencia: conceptos claves y marco jurídico”, *Acciones e Investigaciones sociales*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2006, pp.130.

¹⁹⁵²MUNUERA GÓMEZ, M. P., *Nuevos retos en Mediación. Familiar, discapacidad, dependencia funcional, salud y entorno social*, Ob. cit., p.161.

¹⁹⁵³Vid. RIPOLL-MILLET, A., *Estrategias de Mediación en Asuntos Familiares*, Reus, Madrid, 2011, pp.174-176. Señala este autor que se puede utilizar la mediación en este ámbito, para resolver conflictos entre las asociaciones de afectados y la administración pública, en los acuerdos entre familias que tienen estos problemas y las instituciones sociales, en las relaciones con los medios de comunicación de masas, etc.

en este momento pues se presenta como alternativa para la resolución de los conflictos existentes en el ámbito de la dependencia¹⁹⁵⁴. En la actualidad la esperanza de vida es cada vez mayor, lo que origina que muchas familias en algún momento de sus vidas tengan que hacerse cargo de sus mayores, personas con discapacidad o dependencia y adaptarse a un nuevo escenario difícil de conjugar con el ritmo actual de trabajo y obligaciones familiares. Se hace necesario nuevas prestaciones en la atención a la dependencia, que permitan la conciliación de la vida familiar y laboral, y la protección a un nuevo derecho subjetivo, el derecho que tiene toda persona de cuidar, pero de cuidar a su familiar en las mejores condiciones posibles¹⁹⁵⁵.

La dependencia es un reto para los sistemas de sanidad y servicios sociales y además para los familiares y personas cercanas al ciudadano dependiente. El Libro Blanco sobre la Dependencia entiende que, *“la dependencia es un reto para los sistemas sanitarios y de servicios sociales que tienen que afrontar nuevas necesidades y demandas sociales en un contexto contradictorio de presiones políticas y económicas e favor de la contención del gasto social en general y del sanitario en particular, y al mismo tiempo, de nuevas demandas sociales a favor de una extensión de la protección social a las necesidades de ayuda personal que reclaman los ciudadanos y sus cuidadores, para afrontar las distintas situaciones e dependencia, para ello es necesario también, intervenciones que ayuden a resolver los conflictos que se le plantean a las personas que viven inmersas en estas situaciones de dependencia”*¹⁹⁵⁶.

¹⁹⁵⁴Vid. VIVANCOS COMES, M., “Promoción de la igualdad y atención a la dependencia”, en ALVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.), *Estudios interdisciplinarios sobre la igualdad*, Iustel, Madrid, 2009, pp.207-225.

¹⁹⁵⁵BADENES PLÁ, N. y LÓPEZ LÓPEZ, M^a T., *Doble dependencia: Abuelos que cuidan nietos en España*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p.,41: “La mayor parte de los estudios que abordan de una u otra forma la cuestión de la dependencia, se centran casi exclusivamente en el coste económico de la misma. Tratándose de una cuestión fundamental no debe ser exclusiva, ya que se dejarían al margen otras consideraciones, como la necesidad de trabajar por la mejora de la calidad de vida de las personas dependientes y las que los cuidan, la exigencia de defender la posibilidad de elección de las familias con dependientes para elegir el modo de cuidar de sus miembros más débiles y la construcción de un modelo de sociedad más humano. En ocasiones, el ideal que una familia desearía para hacerse cargo de sus miembros dependientes no es factible por las limitaciones económicas de la familia, por la falta de disponibilidad de tiempo, por acumulación de responsabilidades, o simplemente porque no existen los servicios que potencialmente pueden demandarse. La atención de las personas dependientes se realiza desde el sector público y el sector privado, jugando la familia un papel crucial. Es necesario reconocer el valor de la labor desempeñada por las familias cuidadoras, no sólo por que actúan de colchón del sistema de Seguridad Social, sino –y sobre todo- porque son las protagonistas en la construcción de una sociedad más humana”.

¹⁹⁵⁶ Libro blanco sobre la dependencia del Ministerio, capítulo 11, 2005, p.3

Persona dependiente sería aquella persona que se encuentra en estado de dependencia, conforme al artículo 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia¹⁹⁵⁷. Ello hace que precisen atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria, o en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal¹⁹⁵⁸. MUNUERA GÓMEZ, llama la atención sobre el hecho de que la mediación puede mejorar la racionalización del gasto, las relaciones, la comunicación y la cooperación, logrando que todas las partes satisfagan sus intereses mediante una solución mutuamente aceptable y duradera¹⁹⁵⁹. En este sentido, indica la autora:

- a) Mejora la calidad asistencial de los familiares en situación de dependencia y reparte equitativamente las cargas emocionales, económicas y de trabajo que conlleva su cuidado,
- b) El coste económico, emocional y la duración del procedimiento de resolución del conflicto es menor que en un proceso judicial y las partes aprenden a resolver problemas cotidianos.

¹⁹⁵⁷Dependencia es el estado permanente en que se encuentran las personas que por su edad, enfermedad o discapacidad, están limitadas o faltas de autonomía física, mental, intelectual o sensorial.

¹⁹⁵⁸MUNUERA GOMEZ, M^a.P., “Mediación familiar: salud y dependencia funcional”, *I Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Cambios sociales y perspectivas para el siglo XXI*. Sevilla, UNIA, 2011, p. 99: “La dependencia engloba dos aspectos. En el primer aspecto, se enmarcan las personas con discapacidades varias (como intelectual, física, sensorial, y psiquiátrica) así como edades muy diversas y no sólo las personas ancianas dependientes. El segundo aspecto incluye elementos clínicos, farmacológicos, sociales, económicos y políticos que tienen profundas implicaciones morales, dando lugar a los siguientes conceptos: 1. Dependencia física: Cuando se ha perdido el control de las funciones corporales y la interacción con los elementos físicos del entorno. Entre algunos casos se encuentran: las consecuencias de la esclerosis múltiple, las secuelas producidas por un traumatismo cerebral, las limitaciones tras un accidente cerebro vascular o ICTUS, o accidente (de tráfico o laboral), etc. 2. Dependencia psíquica o mental: Donde se pierde la capacidad de decidir o razonar adecuadamente sobre sus problemas o tomar decisiones ecuanímes sobre su vida. Por ejemplo: personas con discapacidad mental, enfermedad mental, demencia, enfermedad de Alzheimer, etc. 3. Dependencia sensorial: Se tiene alguna alteración en los sentidos, principalmente en el sentido de la vista y del oído. Esta situación, además de las barreras de accesibilidad de la sociedad ocasionan dificultades en la vida de la persona con dependencia sensorial (en desplazamientos, leer, realizar las tareas domésticas, conducir, trabajar, etc.). Por ejemplo: ceguera por retinosis pigmentaria, ceguera por diabetes, sordera en niños a causa de una meningitis, etc. 4. Dependencia mixta: Se inicia a partir de una enfermedad, que ocasiona disfuncionalidad de diversa índole, es decir, dependencia física con afectación de la movilidad asociada a problemas sensoriales, con afectación de habla, dificultad de ingesta de alimentos y reducción de comunicación con su entorno. En este tipo de dependencia se encontraría las personas afectadas de parálisis cerebral, enfermedad de Parkinson, etc.”

¹⁹⁵⁹Vid. MUNUERA GOMEZ, P., “Mediación en situaciones de dependencia: conceptos claves y marco jurídico”, Ob. cit., p.112.

- c) Resuelve conflictos relativos a la toma de decisiones sobre el tratamiento, la prestación asistencial a elegir, la comunicación, forma de vivir de enfermos, ancianos o personas con discapacidad, con sus familiares, amigos y / o cuidadores, adaptándose a sus circunstancias y responsabilidades.
- d) Otras ventajas que ofrece la mediación, son que las familias son ayudadas a mirar hacia el futuro, en vez de hacia el pasado, que permite que todas las opciones disponibles sean clarificadas y exploradas conjuntamente, y así pueden evitarse procesos judiciales innecesarios.
- e) También las personas deciden ir a mediación porque necesitan resolver cuestiones a las que son incapaces de enfrentarse por sí solas y desean conseguir acuerdos juntos, hacer lo mejor para todos y reconciliarse, y para ello, buscan a alguien imparcial, objetivo y especializado que les ayude a manejar las discusiones sobre cuestiones específicas.

Todo ello, es posibilitado por la Ley de Dependencia,¹⁹⁶⁰ que considera que la mediación puede reforzar el carácter autónomo de la decisión del dependiente y crear vías de resolución de conflictos alternativas al sistema judicial, que no suele resolver, sino eternizar el conflicto¹⁹⁶¹. El procedimiento en estas cuestiones derivadas de la ley de dependencia se regularía mediante la Ley 5/2012, de 3 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, siendo asuntos a tratar, algunos como:

- Conflictos al tomar decisiones sobre el tratamiento a seguir, la prestación asistencial a elegir respecto a enfermos, ancianos o personas con discapacidad.
- Conflictos de relación/comunicación entre el dependiente y sus familiares: forma de vivir (horarios, medios de transporte, vacaciones, recursos, elección y descanso y prestaciones asistenciales alternativas al cuidador principal u óptimo.
- En ancianos; elecciones sobre el cuidado óptimo del dependiente adaptado a sus circunstancias en función de factores propios (enfermedad, valores, familiares, económicos, sociales y estructurales) o externos (garantías técnicas

¹⁹⁶⁰ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

¹⁹⁶¹Vid. MUNUERA GÓMEZ, P. y RONDÓN GARCÍA, L.M., “Mediación y Resolución de Conflictos con Personas en Situación de Dependencia”, en ALEMÁN BRACHO, C., Y OTROS, *Dependencia y Servicios Sociales*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp.323-360.

y humanas de un adecuado cuidado) y fijación de objetivos: “calidad de vida” como un valor prioritario en el ocaso de la vida, etc.

- Conflictos de comunicación entre el dependiente y el profesional (relación laboral, calidad de relación, horario laboral,...)
- Errores o negligencias de los profesionales que atienden a personas en situación de dependencia (mala práctica profesional)¹⁹⁶².

Las personas dependientes y sus familiares demandan respuestas por parte de organismos públicos así como ayuda para resolver los conflictos personales, familiares, etc. que tienen que resolver continuamente, esta situación va a continuar incrementándose en los próximos años, como consecuencia de diferentes variables (crecimiento de la población anciana, aumento de la esperanza de vida, avances científico-médico y social, etc.) y por ello, considera MUNUERA GOMEZ que el uso de la mediación en este tipo de conflictos supone una respuesta eficaz para resolver los conflictos en las relaciones familiares e institucionales, pues favorece la adaptación a la última etapa del ciclo evolutivo de la familia y de la persona donde se presenta la enfermedad y/o muerte¹⁹⁶³.

Las familias deben recibir ayuda para resolver los conflictos que se les presentan en la convivencia y en el cuidado de una persona en situación de dependencia, y como concreta, la autora, conociendo sus causas, posible evolución, actitudes, defensas, etc. se pueden prevenir determinados conflictos y favorecer el bienestar de las familias¹⁹⁶⁴. La mediación puede ayudar en organizar las responsabilidades en el cuidado entre los diferentes componentes de la familia. Dando respuesta a las necesidades de la persona en situación de dependencia, y a los cuidadores que sienten un beneficio muy personal cuando ofrecen a la persona querida un tiempo y un espacio de apoyo vivido como muy útil por no tener conflictos. Incluso los niños, por pequeños que sean, pueden aportar su parte en los cuidados y sentirse igualmente beneficiados. La utilización de la mediación en

¹⁹⁶²Vid. PASTOR SELLER, E., “La mediación como herramienta de intervención social”, Ob. cit., p.118. En cuanto a la mediación en el contexto sanitario, como alternativa para resolver disputas, pues permite la gestión del cambio y el acompañamiento de las personas en los procesos de prevención, resolución transformación o contención de las situaciones conflictivas.

¹⁹⁶³MUNUERA GOMEZ, M.P., “Mediación familiar: salud y dependencia funcional”, Ob. cit., p.111: “Siendo el objetivo final potenciar el interés común y el máximo bienestar social y calidad de vida para la persona enferma y/o en situación de dependencia como de su familia”

¹⁹⁶⁴Vid. MUNUERA GÓMEZ, M.P., ALEMÁN BRACHO, C. y GÓMEZ GÓMEZ, F., “Transformación de los conflictos en la relación intergeneracional para potenciar la solidaridad familiar”, Ob. cit., p. 724

este tipo de conflictos supone una respuesta eficaz para resolver los conflictos en las relaciones familiares e institucionales¹⁹⁶⁵.

Las mediaciones que dirimen aspectos referidos a personas mayores, presentan unas características peculiares que conviene analizar.

-El enfrentarse al envejecimiento de los padres, representa una etapa de crisis tanto por lo que supone la pérdida de referentes, como el cambio de roles generacionales: esta etapa coincide en muchos casos para la generación intermedia, con la independización de los propios hijos (nido vacío), por lo que experimentan una doble pérdida y además les supone la constatación de que ellos también están en el camino hacia ese proceso de envejecimiento. El enfrentamiento con estos sentimientos y necesidades, dice CALDERER, se va a resolver de forma diferente en función de cómo haya sido la relación familiar en el pasado, de los vínculos afectivos con los padres, de las relaciones que mantienen los hermanos entre sí, así como de las disponibilidades económicas de cada unidad familiar.

-Las discusiones, suelen ser entre hermanos, pero detrás aparecen conflictos familiares no resueltos que pueden remontarse a épocas muy lejanas: celos, envidias, suposición de tratos preferentes hacia uno de los hermanos, etc., situaciones que permiten a los demás autoexcluirse de las propias obligaciones respecto a sus progenitores.

-En la mayoría de las ocasiones, cuando se llega a la mediación, ya ha habido una larga trayectoria de discusiones familiares sobre cómo manejar la situación y a menudo la persona anciana, puede presentar una necesidad inminente de atención.

-A menudo surge la polémica entre los profesionales, en relación a si hay que incluir a los padres en el proceso de mediación o bien, si es únicamente un tema que tendrán que solucionar los hijos. En algunos casos, puede optarse por una sesión conjunta con los ancianos para que manifiesten sus necesidades y deseos y una final, cuando ya se han tratado los puntos más conflictivos, con el objetivo de informarles de las alternativas para que puedan implicarse en la redacción del acuerdo de mediación.

¹⁹⁶⁵Vid. MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEXEIDO, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, Ob. cit., p.136.

El proyecto “*medimayor*”, utiliza la mediación como instrumento de gestión de conflictos en el ámbito de las personas mayores autónomas y dependientes, y permite ayudar a las personas mayores a expresar sus opiniones, emociones, y preferencias, reduciendo el estrés asociado al conflicto, al mismo tiempo que se potencia el protagonismo de la persona mayor en la toma de decisiones que afectan a su calidad de vida¹⁹⁶⁶. Este proyecto hace referencia a que aunque en la actualidad vivimos más años, se está haciendo con importantes discapacidades que limitan la calidad de vida y por ello el conflicto es inherente a las situaciones donde se plantean cambios bio-psicosociales y culturales y por tanto, se pueden producir situaciones problemáticas y de incompatibilidad entre las personas mayores, entre éstas y sus familias, o con las instituciones, y aparecer conflictos que si no se manejan adecuadamente, pueden hacer que la persona dependiente, sea todavía menos válida y autónoma.

La aplicación de la mediación en el ámbito de las personas mayores, ofrece una alternativa para la gestión pacífica de los conflictos en las relaciones de convivencia, además de en el marco de la intervención psicosocial, puede ser complementaria a la prevención, promoción y educación de la salud, a la vez que puede evitar el escalamiento y los efectos de los conflictos no resueltos.

BARRERA y MALAGÓN, creen que en la mediación con mayores, uno de los principales contextos de conflictos que puedan requerir nuestra implicación profesional, es precisamente el ámbito doméstico¹⁹⁶⁷. La casa es el espacio dónde se da una mayor interacción entre los sujetos y dónde las relaciones son más intensas y personales, y por lo tanto dónde pueden surgir más conflictos, por encima de otros contextos dónde podamos encontrar a los mayores.

Sin embargo, MUNUERA y ALEMÁN destacan los beneficios de la mediación intergeneracional¹⁹⁶⁸. Estos autores creen que la mediación familiar e intergeneracional, puede trabajarse no sólo como un recurso en sí mismo, sino

¹⁹⁶⁶Vid. INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES, *La mediación como instrumento de gestión de conflictos en el ámbito de las personas mayores autónomas y dependientes*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Gobierno de España, Familias y Discapacidad, 2006.

¹⁹⁶⁷Vid. BARRERA ALGARÍN, E., MALAGÓN BERNAL, J.L. Y SARASOLA SANCHEZ-SERRANO, J.L., “Mediación intergeneracional y personas mayores”, *Revista de Trabajo Social Portuaria*, Vol.7, Nº1-2, 2007, p. 83.

¹⁹⁶⁸Vid. MUNUERA GOMEZ, P. y ALEMÁN BRACHO, C., “Mediación para mejorar la atención de las personas que se encuentran en situación de dependencia”, en el *III Congreso Anual de la Red Española de Política Social Los actores de las políticas sociales en un contexto de transformación*, Universidad de Navarra, 24, 25 y 26 de noviembre de 2011, p.24.

como un contexto propio de otras profesiones y estos autores creen que es beneficioso tomar la mediación desde una perspectiva psicosocial, pues se tienen en cuenta los factores del contexto o el lugar donde se utiliza y los procesos psicosociales que ocurren en su aplicación, en la que están involucradas las relaciones interpersonales, el papel de las emociones, la comunicación verbal y no verbal, los procesos de influencia social, efectos del poder y el status de las partes. Estos autores, creen que los conflictos en los que puede darse la mediación con mayores suelen estar circunscritos al ámbito del hogar o doméstico, pues es el hogar donde reside el mayor (su casa o la de algún familiar) el ámbito en el que se presentan mayores situaciones conflictivas. La casa es el espacio en el que se da una mayor interacción entre los sujetos y además donde las relaciones también son más intensas y personales, y por tanto donde más puede surgir el conflicto, muy por encima de otros contextos en los que podemos encontrar a los mayores. Además una de las situaciones que tienden a acentuar los conflictos susceptibles de mediación intergeneracional, es precisamente, la situación de dependencia y necesidad de cuidado del mayor.

En situaciones de conflicto entre mayores dependientes y sus cuidadores, el problema se acrecienta por la especial tensión y estrés que provoca la propia relación de cuidado y dependencia, pues en estos casos, los cuidadores renuncian en cierta medida a su propia vida, deseos, inquietudes, hobbies o poder estar con otros familiares como señala CALDERER PÉREZ¹⁹⁶⁹. Estas situaciones se hacen muy complejas dependiendo de la relación que exista entre el mayor y su cuidador¹⁹⁷⁰. A parte de esto, pueden existir muchos motivos, o causas por los que los mayores pueden llegar a mediación, por ejemplo: problemas de intromisión o amenaza, problemas de espacio, de autoridad, por los nietos, por problemas en contextos geriátricos...además también es importante señalar la importancia y la utilidad de la mediación en la prevención del maltrato a personas mayores, pues está demostrado ,que el principal contexto de maltrato a mayores es su propio domicilio y en situaciones dependencia y cuidado, como explica ROJAS MARCOS¹⁹⁷¹.

¹⁹⁶⁹ CALDERER PEREZ, N., “Mediación Intergeneracional”, Ob. cit., p.52.

¹⁹⁷⁰ BARRERA ALGARÓN, E., MALAGÓN BERNAL, J. y SARASOLA SÁNCHEZ SERRANO, J., “Mediación intergeneracional y personas mayores”, Ob. cit., p.81.

¹⁹⁷¹ ROJAS MARCOS. L. *Las semillas de la Violencia*. Espasa Calpe. Madrid,1996, p.30:“Los seres humanos tenemos mayor probabilidad de ser asaltados, maltratados o torturados –física y

4.7. LA MEDIACIÓN INTER-GENERACIONAL.

LOPEZ PELÁEZ, considera que en lo que se refieren a los menores de edad, una de las principales áreas de intervención de la mediación podría ser los de los conflicto intergeneracionales entre padre e hijos, o entre hermanos, supuestos en los que el mantenimiento de la convivencia y de la relación afectiva hacen especialmente importante abrir un proceso de comunicación familiar, pues lo conflictos pueden hacerse crónicos y tienen una muy difícil salida judicial, afectando a todo el entorno familiar, qué puede dividirse¹⁹⁷². La mediación permite así al menor participar en las decisiones que se tomen en su familia y que le afecten, y además hace que tenga más recurso para afrontar las discrepancias que puedan ir surgiendo con posterioridad en la vida familiar cotidiana, haciendo más fácil la relación posterior que se ha de mantener¹⁹⁷³.

GARCÍA VILLALUENGA define la mediación intergeneracional dentro de la familia como: *“Un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, entendida ésta en sentido extenso, que a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario y confidencial, posibilita la comunicación entre las partes, para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atienda también, a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados. Dicho proceso, es facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión”*¹⁹⁷⁴.

ROMERO NAVARRO, entiende que el objetivo final de la mediación es ayudar a restablecer la organización familiar desde una nueva configuración, ofreciendo una nueva identidad familiar, donde las figuras familiares adquieren

mentalmente- en nuestro propio hogar, a manos de alguien supuestamente querido, que en ningún otro lugar”.

¹⁹⁷²LOPEZ PELÁEZ, P., “La educación en valores: Mediación y menores de edad”, en GORJÓN GOMEZ, F. y LOPEZ PELÁEZ, A. (Coord.), *Estado del Arte de la Mediación*, Ob. cit., p.188.

¹⁹⁷³No obstante en la legislación existente sobre mediación familiar, aún no se ha visto reconocido el protagonismo del menor, o incluso siquiera su participación, a excepción de la legislación de Cantabria, de las Islas Baleares, o de Castilla y León. Y ello a pesar de que la regulación procesal general si está protegido el derecho de audiencia de los menores en los procesos de separación o divorcio, de guarda y custodia o de alimentos de los hijos menores, si tuvieren suficiente juicio y en todo caso a partir de los doce años.

¹⁹⁷⁴GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p.37.

nuevos significados, respecto a la configuración familiar anterior¹⁹⁷⁵. De esta forma se favorece el restablecimiento de las relaciones, así como se promueve el respeto, la comunicación y la confianza entre las personas en conflicto y se garantizan los derechos de todos los miembros de la familia, especialmente, menores, mayores y personas con diversidad funcional¹⁹⁷⁶.

La mediación intergeneracional como dice CALDERER PEREZ : “*Se da principalmente en conflictos entre padres e hijos. La mediación entre padres e hijos, intenta ayudar a ambas partes para reencontrar el camino del diálogo. No pretende profundizar en las causas que han ocasionado la problemática familiar, ni intenta un cambio importante en las pautas relacionales, aspectos que se trabajan preferentemente en un contexto terapéutico. En la mediación se intenta llegar a un acuerdo en cuestiones específicas de funcionamiento familiar alas que hay que dar respuesta*”¹⁹⁷⁷.

Aunque la mediación intergeneracional, trata conflictos entre padres e hijos adolescentes, también puede darse en los conflictos familiares por la atención a personas mayores en situación de dependencia, señala que esta mediación se solicita generalmente a efectos de pactar las responsabilidades de cada hermano en la ayuda que necesita la persona en situación de dependencia¹⁹⁷⁸. La mediación, dice, se muestra eficaz para la resolución de diversos conflictos familiares a los que las partes no han podido dar respuesta desde su propio contexto.

¹⁹⁷⁵Vid. ROMERO NAVARRO, F., La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 40, pp. 31-54.

¹⁹⁷⁶GUTIÉRREZ HERNAN, E. y CORZÓN PEREIRA, F., “Aspectos Psicosociales”, en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.), *Mediación Familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p.287.

¹⁹⁷⁷ CALDERER PEREZ, N., “Mediación Intergeneracional”, Ob. cit., p.45.

¹⁹⁷⁸Vid. BOLAÑOS CARTUJO, I., *Hijos alineados, y padre alienados. Mediación familiar en las rupturas conflictivas*, Reus, Madrid, 2008, pp. 62 y ss.

CAPÍTULO 5. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA: ANTECEDENTES Y ACTUALIDAD.

5.1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LOS ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA.

El siglo XX ha conocido un proceso de transformación social donde las instituciones han experimentado profundas variaciones tanto en sus formas como en sus contenidos esenciales; la familia, también se ha visto afectada¹⁹⁷⁹. ARMADANS, considera que desde hace algún tiempo las familias se ven envueltas en un contexto de cambio social y de nuevos estilos de vida, afectándose de todos los cambios económicos y políticos de estos años¹⁹⁸⁰. La familia ha tenido que transformarse para ir adaptándose y en ello ha influido el proceso de democratización de la sociedad que ha estado guiado por el valor de los derechos humanos de igualdad, equidad y democratización; esto ha ido reemplazando el modelo de familia patriarcal o de responsabilidad individual por el de familia moderna, junto con una mayor presencia de lo que se conoce como nuevas familias o familias postnucleares.

Encontramos comportamientos y estructuras muy diferentes a los registrados en otras épocas históricas. La novedad de estas familias recae en la circunstancia de su diversidad y la expansión entre todos los sectores sociales y circunstancias vitales¹⁹⁸¹. Entre los principales giros familiares, encontramos, que

¹⁹⁷⁹ Las reformas legales registradas en los últimos años en España han sido muy importantes en el ámbito familiar: el divorcio, el matrimonio entre personas del mismo sexo, el aborto, la reproducción asistida, la dependencia, la adopción, el registro civil, la conciliación de la vida laboral, la igualdad, etc.

¹⁹⁸⁰ ARMADANS I TREMOLOSA, I., “El conflicto familiar”, en SORIA, M.A, VILLAGRASA, C. y ARMADANS (Coord.), *Mediación Familiar*, Bosch, Barcelona, 2008, p.96: “El proceso de transformación de las familias evoluciona en dos etapas: a) Desde la primera transición familiar, vinculada al núcleo familiar estricto (en detrimento de las familias extensas o polinucleares) y a una cierta pérdida de funciones (la producción económica o la defensa). Así mismo se reducen de una manera drástica el número de hogares múltiples y la familia nuclear tradicional (pareja conyugal con hijos e hijas), evolucionando hacia la postnuclear, y; b) A la segunda transición familiar, vinculada a la desinstitucionalización, en el sentido de haberse difuminado los límites entre legitimidad e ilegitimidad familiar, al ser aceptadas y reconocidas situaciones familiares vitales que durante décadas fueron rechazadas o simplemente obviadas”.

¹⁹⁸¹ Vid. IGLESIAS DE USSEL, J, y FLAQUER, L., “Familia y análisis sociológico: el caso de España”, *Reis*, N°61, 1993, pp.57-55. Las nuevas relaciones son el resultado de la cercanía entre

el milenario patriarcado, la preponderancia masculina en la familia y la hegemonía autoritaria del varón, están dejando paso a familias más simétricas, igualitarias y democráticas, tanto en el ámbito de las relaciones padre/hijos como en las relaciones de pareja, dos auténticos ejes (vertical y horizontal) de la vida familiar, como considera BECERRIL RUIZ, se han producido cambios en los siguientes campos¹⁹⁸².

a.- Las relaciones padres/hijos, es uno de los ámbitos donde la familia manifiesta profundos cambios. Los hijos han evolucionado hacia una mayor demanda de sus espacios vitales, de mayor autonomía individual de sus vidas en contextos crecientes de individualización y democratización. Esta dinámica interna, no significa que la familia sea un ámbito de conflictividad, mas al contrario, se representa como un escenario de armonía y bajo conflicto. En realidad, la familia actual se define como negociadora, democrática y dialogante. Las relaciones con los hijos, son positivas en general, con un alto componente afectivo y se han reducido las distancias entre generaciones, teniendo a la igualdad¹⁹⁸³.

b.- Las relaciones de pareja también se han transformado. Históricamente, el matrimonio y la familia tenían unos condicionantes sociales, económicos y políticos que se sitúan por encima de los intereses individuales, sobre todo en el caso de las mujeres¹⁹⁸⁴. Si en el pasado, bajo el sistema patriarcal, el varón era quien dominaba las relaciones familiares e imponía su voluntad, en la actualidad, la situación ha cambiado. Hombres y mujeres, se consideran en plano de igualdad y se relacionan a un mismo nivel, en un ámbito de respeto mutuo, comunicación e igualdad. Las nuevas parejas,

generaciones, de una interacción más frecuente y de la mayor valoración del afecto. Además hay que tener en cuenta la complejidad que supone la heterogeneidad de las familias. como cualquier cambio social, no es un proceso que esté terminado pero sí es un proceso claramente asentado e irreversible.

¹⁹⁸²Vid. BECERRIL RUIZ, D., “La familia del siglo XXI”, en OROZCO PARDO G. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Coords.), *Tratado de mediación en la resolución de Conflictos*, Ob. cit., pp.175 y ss.

¹⁹⁸³Vid. ALBERDI, I., *Informe sobre la situación de la familia en España*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995. p.15. En su evolución, las uniones han pasado de tener una finalidad de supervivencia in introduciendo la solidaridad afectiva de forma más intensa. El propio matrimonio, ha sufrido un proceso de desinstitucionalización que lo ha llevado a que la relación en la pareja se considere un contrato privado y rescindible, cuya finalidad principal es maximizar las gratificaciones a cada parte.

¹⁹⁸⁴Vid. ALBERDI ALONSO, FLAQUER, L. e IGLESIAS, DE USSEL, J., *Parejas y matrimonios: actitudes, comportamientos y experiencias*. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1994, pp.102 y ss.

exigen un compromiso del otro y la fidelidad como premisa esencial. En la nueva pareja se definen los roles, las labores y la necesaria distribución de las tareas domésticas, reguladas incluso legalmente, siempre con la posibilidad de una futura ruptura, si el consenso desaparece.

c.- También son destacables otras relaciones familiares e intergeneracionales¹⁹⁸⁵. Los abuelos son fuente de ayuda, tanto para el cuidado de los nietos como en otros aspectos económicos o personales cuando es preciso, pero también hay abuelos que necesitan de ayuda, siendo generalmente las mujeres quienes protagonizan esta dinámica y asisten en sus necesidades a los mayores. La ley de dependencia en España incide en este aspecto y reconoce y facilita la labor que realiza la familia en el cuidado de mayores y dependientes, aunque la crisis económica, haya condicionado que en muchos aspectos, no se haya podido desarrollar de forma adecuada¹⁹⁸⁶.

La familia se ha definido tradicionalmente por estar formada por un matrimonio de varón y mujer, y los hijos, si los había, pero ahora no es preciso estar casado para formar una familia, una pareja puede estar registrada como pareja de hecho, o ni siquiera eso¹⁹⁸⁷. El matrimonio puede ser de varón y mujer, de dos varones o de dos mujeres, e incluso puede no existir matrimonio ni pareja: sólo un padre o una madre puede formar con sus hijos, una familia monoparental, o existir segundas nupcias, lo que origina una familia compuesta¹⁹⁸⁸. Lo que es

¹⁹⁸⁵Vid. BECERRIL, D. y RUIZ BENÍTEZ, B., *Redes familiares en Andalucía*, Instituto de Estadística de Andalucía, Sevilla, 2008, pp.54 y ss.

¹⁹⁸⁶En España el valor de la familia es muy importante y son frecuentes las estrechas relaciones entre otros miembros distintos a los padres o los hijos. Es de señalar, que a pesar de todos estos cambios, sigue vigente la violencia en el ámbito familiar, una violencia que aunque está muy relacionada con la mujer, tiene múltiples dimensiones, oscurecidas bajo la denominada violencia de género. Es importante, el incremento de la violencia ejercida por los hijos hacia sus padres, así como la ejercida hacia bebés y ancianos.

¹⁹⁸⁷Ahora bien, respecto a la forma, los lazos que unen a los miembros de una familia pueden ser de muchos tipos, a veces de sangre, otros políticos, otros de adopción, incluso hay autores que definen la familia por afinidad sentimental, lo que abriría un abanico muy amplio de concepto y la tipología familiar.

¹⁹⁸⁸TABERNER GUASP, J., *Familia y Educación. Instituciones reflexivas en una sociedad cambiante*, Tecnos, Madrid, 2012, p.129 “Nos encontramos ante una sociedad cuya dinámica ha producido efectos no previstos fuera de su control que constituyen una amenaza para la estructura de sus instituciones vigentes y su funcionalidad. En efecto, el vínculo jerárquico varón-mujer del matrimonio patriarcal, los sustituyen los mencionados grupos por un emparejamiento intencionalmente equitativo; la ruptura del vínculo entre sexualidad conyugal y reproducción abre el sentido al matrimonio sin hijos (hetero y homosexual); o a la inversa, a que una mujer virgen conciba hijos, a que un varón alquile úteros reproductores, o tal vez a que pueden clonarse con éxito algún día nuevos individuos. La consolidación femenina en el mercado de trabajo, su

cierto es que los nuevos modelos familiares cuestionan su estructura y las funciones de la familia tradicional; las actitudes y comportamientos de la familia española han cambiado de forma significativa en los últimos tiempos y para explicarlo, BERNAL SAMPER considera que tres son los aspectos que debemos tener en cuenta¹⁹⁸⁹. En primer lugar, una serie de transformaciones sociales que tienen una gran influencia en el cambio familiar, como es el aumento de la industrialización que hace posible el trabajo fuera de casa, la adquisición de productos en el mercado que ya no se hacen en el hogar y la incorporación de la mujer al mundo laboral¹⁹⁹⁰. Igualmente se produce un aumento del bienestar social, que desplaza las funciones educadoras realizadas por la familia desde siempre hacia otras instituciones sociales. A estas transformaciones, además, hay que añadir, junto al desarrollo económico, el de los medios de comunicación social, que ofrece modelos familiares diferentes que contrastan fuertemente con el que ha imperado muchos años en España¹⁹⁹¹.

Además de estos fenómenos sociales, ROUSSEL, señala que podemos contar con una serie de variables comunes que se dan en la mayoría de los países de la Europa Occidental y que han ido modificando la imagen de la familia descenso de la fecundidad donde España presenta una fuerte caída a partir de los años 80 del siglo XX¹⁹⁹²: Descenso de la nupcialidad y aumento de la dada de las parejas a la hora de contraer matrimonio, el aumento de las parejas de hecho, es decir, aquellas parejas que prescinden del matrimonio pero que tienen una

independencia económica, pone a la mujer en condiciones de plantear unilateralmente la disolución del vínculo conyugal o de pareja de hecho y, eventualmente, rehacer un proyecto familiar de igual a igual con otra persona, o sola si lo prefiere, accediendo a la maternidad sin el concurso de un cónyuge.. pues bien, Giddens, saluda de forma optimista, como progreso, esta liberalización de los vínculos esta nueva democracia emocional y familiar. Califica también este proceso de una revolución de la vida privada, que pugna por mundializarse, a pesar de las reacciones integristas en contra; aunque reconoce que aún no podemos saber a ciencia cierta el balance entre ventajas y desventajas de la nueva situación, da a entender que mejora la calidad de nuestras vidas en el mencionado aspecto. Puesto que esa revolución familiar, la están llevando a cabo los actores sociales comunes y no las decisiones de elites expertas o jerarquías religiosas, es como un traspaso de poderes y libertades a cada persona individualizada”.

¹⁹⁸⁹BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, Colex, 2006, cit., p. 97.

¹⁹⁹⁰Vid. REQUENA Y DIEZ DE REVENGA, M., “Formas de Familia en la España contemporánea”, en GARRIDO MEDINA, L. Y GIL CALVO, E. *Estrategias familiares*, Ob. cit., pp.252 y ss.

¹⁹⁹¹Vid. TABERNER GUASP, J., *Familia y Educación. Instituciones reflexivas en una sociedad cambiante*, Ob. cit., pp.90 y ss. En cuanto a los cambios de la familia, funciones y nuevos roles.

¹⁹⁹²Vid. ROUSSEL. L. “La famille en Europe Occidentale: divergences et convergences”, *Infancia y Sociedad*, N°16, 1992 pp.104 y ss.

convivencia consolidada y cuya situación conlleva a la aparición de otro fenómeno como es el nacimiento de los niños fuera del matrimonio¹⁹⁹³.

Otra variable a destacar para entender la modificación de la familia española es la ruptura de la pareja. El índice de las demandas ha ido creciendo en todos los países de Europa, participando España de ese crecimiento a partir de la reforma de 1981, donde se legaliza el divorcio¹⁹⁹⁴. Este crecimiento se hace evidente en los dos años siguientes a la reforma legal, al acudir un gran número de parejas que ha estaban separadas de hecho, desde hacía tiempo, a regular su situación¹⁹⁹⁵.

La diversidad de formas familiares, también han contribuido a este cambio. No hay un modelo único y aunque la familia nuclear (con o sin hijos) sigue siendo la más extendida, se observan ciertos cambios, ya que el trabajo femenino ha supuesto una transformación de las relaciones internas de la pareja, rigiéndose por reglas igualitarias e individualistas, muy distantes de los vínculos jerárquicos de la antigua familia nuclear¹⁹⁹⁶. Además existe un aumento de la familia monoparental, término aplicable tanto a los viudos con hijos, como a las madres solteras. Como consecuencia de las rupturas y de las nuevas uniones existe otra forma familiar constituida por parejas que aportan hijos de otra relación anterior y forman una familia reconstituida, donde conviven todos. Todo ello indica que no se puede hablar del concepto “*familia*” sino de “*familias*”, con aspectos positivos como los mantenidos por la familia nuclear tradicional. Estas formas distintas representan la diversidad de opciones en cuanto a los modos de construir la familia.

Algo fundamental en este cambio ha sido la implantación de la sociedad democrática y el reconocimiento generalizado de los derechos fundamentales,

¹⁹⁹³Vid. DELGADO PEREZ, M. “Cambios en las pautas de reproducción”, en GARRIDO MEDINA, L. y GIL CALVO, E. (Edit.), *Estrategias familiares*, Alianza Universidad, Madrid, 2002, pp. 201 y ss.

¹⁹⁹⁴Vid. IGLESIAS DE USEL, J. “Vivienda y familia”, en GARRIDO MEDINA, L. Y GIL CALVO, E. *Estrategias familiares*, Ob. cit., pp.346 y ss.

¹⁹⁹⁵El aumento de divorcio continúa desde entonces pero con más moderación del que se esperaba, quizás porque el modelo propuesto de divorcio por esta ley se articulaba en dos etapas, que obligaba a separarse primero como requisito para acceder al divorcio y esto suponía un fuerte obstáculo para muchas parejas al duplicar los procesos legales y los gastos aparejados, lo que unido a que había muchas parejas que decidían separarse sin acudir a la vía legal, hacía que estos datos no aparecieran en las estadísticas.

¹⁹⁹⁶BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., p. 98.

con lo que surge lo que podríamos denominar *familia negociadora*¹⁹⁹⁷. En el pasado la familia era una forma de aseguramiento social de la supervivencia, pero con la modernización, esa función garantista del bienestar material de la familia ha ido perdiendo peso. Los cambios sociales surgidos en los últimos siglos dan paso a nuevo modelo de familia, aunque no han desaparecido los conflictos que se originan en su seno.

El surgimiento de este modelo de *familia negociadora* no ha comportado, sin embargo, la desaparición de los conflictos ni tampoco de la violencia dentro de la propia familia: la violencia conyugal, la violencia ejercida contra los hijos o de los hijos contra los padres, aunque su desarrollo, junto con los cambios sociales que la acompañan, sí han permitido que emerja como problema social, se tome conciencia del mismo y se desarrollen políticas de afrontamiento¹⁹⁹⁸.

MEIL LANDWERLIN, indica que las interpretaciones que se han hecho sobre la familia negociadora son muy diversas y contrapuestas¹⁹⁹⁹. La emergencia y desarrollo de la familia negociadora, tiene que entenderse en el contexto general de los profundos cambios sociales que se han producido a partir de la década del os 60 del pasado siglo en los países occidentales, y que han sido conceptualizados bien como “*individualización*”, bien como “*segunda transición demográfica*”, bien como “*posmodernización de la familia*”²⁰⁰⁰.

¹⁹⁹⁷La familia negociadora se caracteriza por unas relaciones intergeneracionales menos jerarquizadas, con unas normas de convivencia menos rígidas, y donde prevalecen los principios democráticos e igualitarios independientemente de la edad y el género. Desde el punto de vista de los hijos existe una mayor búsqueda de autonomía a edades cada vez más tempranas, y desde el punto de vista de los padres se le da una mayor centralidad al «llevarse bien con sus hijos», primando sobre todo la dimensión afectiva. En este sentido, el respeto hacia los progenitores con el que se educaron nuestros abuelos de antaño, se sustituye en la actualidad por la confianza que intentan transmitir hacia sus hijos las nuevas generaciones.

¹⁹⁹⁸Vid. LUQUIN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar, intrajudicial y extrajudicial en España*, Ob. cit., p.16.

¹⁹⁹⁹MEIL LANDWERLIN, G., “Padres e hijos en la España actual”, *Colección Estudios Sociales Fundación Obra social, La Caixa*, Nº 19, Barcelona, 2006, p.38: “El “respeto” como principio estructurador de las relaciones y como delimitador de los márgenes de cuestionamiento de la autoridad de los padres, ha sido sustituido por la “confianza”, con la consecuencia de reducir distancia social entre las generaciones y facilitar la puesta en cuestión de las normas que regulan la convivencia. Este proceso se ha visto facilitado por la centralidad que ha adquirido para los padres el tener unas buenas relaciones con sus hijos, dando mayor importancia a la a la dimensión afectiva, a su desarrollo psicológico y a mantener una buena comunicación, entendida ésta en términos de fluidez, confianza e intimidad”.

²⁰⁰⁰Vid. GIL CALVO, E., “La estrategia progenitora”, en GARRIDO MEDINA, L. Y GIL CALVO, E., *Estrategias familiares*, Ob. cit., pp.191 y ss.

Los principales cambios que se han producido en el ámbito de la familia y que están estrechamente interrelacionados con la emergencia de la *familia negociadora*, son los siguientes²⁰⁰¹:

- Una puesta en cuestión generalizada de los modelos de rol de género en una sociedad y en la familia, fundamentalmente en lo que se refiere al papel social de la mujer. El valor de la igualdad de sexos contribuye a minar los fundamentos culturales del patriarcado para dar paso a una concepción igualitaria y consensual de las relaciones conyugales, que con el tiempo, son incorporadas también a la legislación familiar, y a la vida cotidiana de las familias²⁰⁰².
- La incorporación creciente de las mujeres y sobre todo, de las mujeres casadas al mercado de trabajo, que pone en cuestión el rol del hombre como suministrador de la familia, así como la dependencia estructural de la mujer respecto al hombre, cuestionando al mismo tiempo la asignación tradicional de las obligaciones y responsabilidades entre los cónyuges, en el seno de la familia²⁰⁰³. Ahora se debe negociar de forma explícita o más habitualmente de forma implícita, el reparto de las responsabilidades familiares y laborales: la obtención de recursos económicos, el reparto de tareas domésticas, el cuidado y atención de los miembros dependientes...
- La profunda transformación de la definición social de la sexualidad legítima al desvincularse ésta de la procreación y del matrimonio²⁰⁰⁴.

²⁰⁰¹VID. MEIL LANDWERLIN, G., "Padres e hijos en la España actual", Ob. cit., pp.11-20.

²⁰⁰²Vid. LUQUIN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar, intrajudicial y extrajudicial en España*, Ob. cit., p.19: "Aunque la reivindicación de la igualdad de derechos y el principio de no discriminación por razón del sexo se remonta, como movimiento social, al siglo XIX, no es hasta bien avanzada la segunda mitad del siglo XX, que pasa a constituirse en un valor social ampliamente compartido por todos los actores sociales relevantes y a modificar profundamente los comportamientos de la población".

²⁰⁰³ REQUENA Y DIEZ DE REVENGA, M., "Formas de Familia en la España contemporánea", Ob. cit., p.253: "La nueva condición social de la mujer es quizá uno de los más llamativos de esos cambios. El argumento eventualmente vaporoso sobre las condiciones generales de la reproducción demográfica en condiciones de vida prolongada se ve reforzado por el fenómeno de una posición femenina caracterizada por sus altos niveles de formación educativa y participación en la fuerza laboral: con la acrecentada inversión femenina en capital humano y la inclusión de la mujer en el mercado de trabajo se elevan de forma creciente los costes de oportunidad de la producción familiar de hijos".

²⁰⁰⁴De una concepción estrechamente vinculada al matrimonio y a la procreación se pasa a una concepción recreativa del sexo, en la que una vida sexual satisfactoria pasa a formar parte del desarrollo psicológico armonioso y de la salud de las personas, no necesariamente vinculada al matrimonio y a la procreación.

- Relacionada con la anterior, se produce un amplio desarrollo de métodos contraceptivos altamente eficaces que permiten a las mujeres y a las parejas, controlar con éxito su fecundidad.
- Como consecuencia de lo anterior, la “familia bastión” o “institucional”, deja paso a un nuevo tipo de familia en el que los proyectos individuales de los cónyuges tienen que ser integrados en el proyecto de vida en común sobre la base de una negociación de los márgenes de autonomía individual y de las características del proyecto de vida en común, dando lugar a diferentes modelos de familia según sea el grado de fusionalidad y autonomía individual de los cónyuges²⁰⁰⁵.
- Subyacente a estos cambios²⁰⁰⁶, se produce un profundo cambio económico con el surgimiento de la sociedad de consumo, lo que supone por un lado, una creciente mano de obra cubierta por mujeres, y por otro lado una mercantilización creciente de la producción doméstica y una tecnologización cada vez mayor de los hogares, que ha redundado en una reducción sistemática del tiempo a invertir en la producción del bienestar doméstico, dejando tiempo libre susceptible de ser utilizado en el trabajo remunerado.

Este nuevo modelo de familia, que se denomina *familia negociadora*²⁰⁰⁷ se encuadra de este modo en el marco de más amplios procesos sociales de tipo estructural, o *macrosocial*, pues la sociedad actual pone énfasis en el desarrollo individual, en la libertad y autonomía del individuo, así como en su reverso de la responsabilidad individual por las acciones propias²⁰⁰⁸. Esto es lo que ha originado una nueva concepción de la familia: “*En la que el consenso, la comunicación y el respeto a los deseos y aspiraciones individuales de los*

²⁰⁰⁵CAMPO IZQUIERDO, A., “La mediación Familiar como complemento del Proceso Judicial de Familia”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº26, Enero a marzo, 2005, p.289.

²⁰⁰⁶MEIL LANDERWERLIN, G., “Padres e hijos en la España actual”, Ob. cit., p. 28:“Otro de los profundos cambios registrados en las dos últimas décadas es el aumento de la riqueza de los hogares españoles. La renta de los hogares en España está acercándose cada vez más a la media de los países de la Unión Europea más desarrollados. Si en 1995, la renta por persona en paridades y poder de compra (pps), que mide la capacidad de compra del dinero, era un 87% de la media comunitaria (UE-25), en 2005 alcanzó el 98%. De esta mejora de la renta, se han beneficiado la mayoría de los hogares, pero no todos de igual forma. Desde el punto de vista de las familias, vamos a poder comprobar cómo la estrategia de reducción del número de hijos es una estrategia racional para aumentar su renta disponible y reducir el riesgo de pobreza, sobre todo, en caso de ruptura conyugal. Antes de analizar los datos conviene, no obstante, hacer algunas precisiones metodológicas”.

²⁰⁰⁷Vid. LUQUIN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar, intrajudicial y extrajudicial en España*, Ob. cit., p.21.

²⁰⁰⁸Vid. TABERNER GUASP, J., *Familia y Educación. Instituciones reflexivas en una sociedad cambiante*, Ob. cit., pp.90 y ss

*miembros que la componen, entre otros aspectos, ocupan un lugar importante en la definición del proyecto de vida en común*²⁰⁰⁹.

El nuevo desarrollo de las relaciones familiares también está estrechamente relacionado con otras transformaciones en el ámbito de la vida familiar, como son la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, el retraso de la edad de nupcialidad y de maternidad o paternidad, la disminución del número de hijos por pareja, la extensión de las uniones de hecho, la proliferación de hogares unipersonales, el divorcio, la aparición de un nuevo modelo de familia reconstituida y también con los mayores niveles de renta y de bienestar asociados al progreso económico, social y tecnológico de las denominadas sociedades avanzadas²⁰¹⁰.

Todas estas profundas transformaciones sociales se reflejan en cambios de carácter sustantivo en el Derecho de Familia, extendiéndose hacia el campo del proceso judicial, dónde desde hace bastante tiempo se viene poniendo en duda la operatividad y eficacia del proceso contencioso como instrumento para abordar unos conflictos, como son los familiares que conllevan un elevado grado de tensión emocional que la dinámica confrontativa de los esquemas judiciales adversariales, lejos de detener, no hace sino aviva y potenciar y por ello, ha sido estos cambios los que han provocado una renovación del Derecho de Familia, incluso podemos decir que no es aventurado apuntar, que el origen de esta transformación, estaba en la profunda insatisfacción que el resultado final de los procesos contenciosos de separación, divorcio o ruptura de parejas de hecho

²⁰⁰⁹ MEIL LANDERWERLIN, G., “Padres e hijos en la España actual”, Ob. cit., p.37.

²⁰¹⁰ CABRILLO RODRÍGUEZ, F. y CACHAFEIRO BARRO, M.L., “Estrategias nupciales”, en GARRIDO MEDINA, L. Y GIL CALVO, E., *Estrategias familiares*, Ob. cit., pp.145 y ss. Como consecuencia de este nuevo modelo de concebir las relaciones conyugales o de pareja, las paternofiliales y las que tienen lugar entre los miembros de la familia, en general, se produce la emergencia de vías o metodologías alternativas en la gestión o resolución de los conflictos familiares, como la mediación familiar, que se basan precisamente en el reconocimiento del protagonismo y la responsabilidad individual en la búsqueda de soluciones al conflicto familiar frente a los tradicionales instrumentos heterocompositivos (de forma paradigmática, el proceso de familia) que, cada vez más, demuestran su inoperatividad práctica y acarrear no pocos prejuicios para los menores implicados.

genera no ya en los operadores jurídicos que intervenimos habitualmente, sino sobre todo en los propios ciudadanos que los protagonizan²⁰¹¹.

Así, frente a la inoperatividad real de los esquemas procesales en orden a la resolución de los conflictos familiares, existe una metodología que ha demostrado su eficacia y éxito en países de nuestro entorno como instrumento de resolución de conflictos familiares, tanto si están judicializados como si no lo están; y este procedimiento es la mediación familiar.

ORTUÑO MUÑOZ, considera que el juez y en general todos los operadores jurídicos que actúan en el proceso deberían erigirse hoy como veremos en “*motor*” dinamizador de la implementación de una metodología moderna de solución de conflictos, como es la mediación, lo que a través de la legislación se está intentando²⁰¹².

Fundamentales han sido los cambios en la legislación que afecta a la familia para la implementación de estos métodos, pues han supuesto un cambio radical en la institución matrimonial y en la regulación de las rupturas matrimoniales, dando lugar a una nueva dimensión y enfoque de la institución familiar y matrimonial.

La ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, elimina la necesidad de argumentar una causa para dejar la convivencia y cambia la situación perversa de tener que alegar alguna de las causas que contemplaba el

²⁰¹¹Vid. UTRERA JIMÉNEZ, J., “La mediación familiar como instrumento para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares. La experiencia de los juzgados de familia de Málaga”, *Estudios de Derecho Judicial*. Nº111, 2006, pp.257-280. Este autor cree que esa inadecuación entre el problema a resolver (conflicto familiar) y el instrumento que se utiliza (proceso contencioso), se manifiesta de muy diversas formas, siendo las más significativas una agudización del conflicto interpersonal de los adultos, un deterioro cuando no ruptura de las relaciones paterno-filiales y un rosario de incumplimientos post-sentencia (económicos y de régimen de guarda y visitas sobre todo), lo que ha llevado a acuñar esa máxima de los procesos contenciosos de familia de que: “Tras la sentencia empieza el verdadero pleito”.

²⁰¹²ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del Derecho de familia)”, Ob. cit., p.45: “Todos los operadores jurídicos que actúan como personajes principales de la “trama procesal”, deberían, por distintas razones, implicarse a fondo en la implementación de esta metodología, relativamente nueva en España pero que llega décadas practicándose en España pero que lleva años practicándose con éxito en países de nuestro entorno: los jueces, como encargados de dar solución mediante sentencia a los conflictos familiares que se les plantean, los Fiscales, en cuanto representan y defienden el interés del menor de edad frente a la ineptitud en demasiados casos de los titulares de la patria potestad en esta función tuitiva y, en tercer lugar, los letrados de las partes, que han de ser conscientes de que su labor de asesoramiento jurídico y redacción del convenio regulador van a seguir siendo imprescindibles aún en los casos en que se alcancen acuerdos entre ellas, vía mediación.”

artículo 82 del Código Civil, y de demostrar si es cierto, si el otro se opone. Este artículo, dice esta autora, que aunque está sin contenido por las últimas modificaciones, el efecto en las personas permanece y, *“coloca al usuario de la justicia en un “callejón sin salida”, lo que parece mostrar una concepción del matrimonio indisoluble, que defiende la vida en común y penaliza con la etiqueta de culpable a quien va en contra de esta concepción mientras que convierte al otro en víctima, cuando lo que suele ocurrir es que la convivencia se hace insostenible y uno quiere salir de esa situación, mientras que el otro se resiste al cambio”*.

Según lo anterior, la base de este planteamiento estaría en el establecimiento de tres normas perversas²⁰¹³, cuyo cumplimiento supone un alto coste para todo el núcleo familiar:

-El deber de cohabitación²⁰¹⁴, por la que se obliga a los esposos a vivir juntos hasta la muerte de uno de ellos y donde la exigencia de uno sobre el otro, acerca de vivir juntos, es legal y la iniciativa del que no quiere es entendida como culpable, imputándosele la responsabilidad de la separación. Para defender el matrimonio ideal como estable, se recurre a esta regla de derecho obligatoria confundiendo la libertad entre una pareja que deciden vivir juntos, en base al amor, con la obligación jurídica. Esta obligatoriedad conduce a sentimientos que aumentan la conflictividad de la pareja.

-La utilización del enfrentamiento a través del proceso judicial²⁰¹⁵. Los cónyuges se imputan la responsabilidad de la ruptura y la normativa proporciona una vía de enfrentamiento. El uso del procedimiento contencioso fomenta los sentimientos depresivos y agresivos y conduce a comportamientos que agravan la situación conflictiva inicial.

-La tercera norma es el sometimiento a la sentencia judicial. Mientras que se fomenta socialmente la idea de que es necesario una mayor responsabilidad de los padres en cuanto a la atención de los hijos, se les obliga a respetar una norma impuesta desde el exterior sobre cómo y

²⁰¹³BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., 99.

²⁰¹⁴Artículo 68 del Código Civil.

²⁰¹⁵Se niega a las personas la libertad para oponerse a mantener unas relaciones insatisfactorias o negativas, y se recurre al concepto de igualdad para dar una apariencia legal a lo que no es otra cosa que un sentimiento de venganza en la pareja.

cuándo estar con sus hijos y de qué manera regular su vida futura y la de ellos. Esto provoca una pérdida de responsabilidad y al mismo tiempo insatisfacción al no haber participado en decisiones que se refieren a su vida íntima. Estos sentimientos también dan lugar a comportamientos que se desvían del mandato judicial y que incrementan los problemas de relación.

La mediación aplicada a los problemas familiares, es una forma relativamente novedosa de abordar la separación y el divorcio²⁰¹⁶. Enseña a las parejas a separarse y al mismo tiempo a mantener su responsabilidad como padres, posibilitando el que los hijos mantengan una relación adecuada después de la separación. El procedimiento de mediación ayuda a toda la familia a realizar la ruptura de forma menos traumática y hace posible que los interesados intervengan en su propio procedimiento²⁰¹⁷. De esta forma se incita a las partes a que decidan como quieren regular su vida futura, teniendo en cuenta al otro y los intereses de los niños²⁰¹⁸.

Con este procedimiento se evitaría, que temas tan importantes para el desarrollo de la familia y de la persona, sean decididos y tratados por profesionales que decidan por ellos. El propósito de la mediación²⁰¹⁹ no es cambiar la decisión de divorciarse o separarse, sino de dar a la pareja la oportunidad de hacerlo de forma menos conflictiva²⁰²⁰.

Los elementos que han permitido desarrollar esta fórmula extrajudicial, son en opinión de algunos autores, como GARCÍA LONGORIA, los siguientes²⁰²¹:

²⁰¹⁶Vid. ROMERO NAVARRO, F., “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 40, p.37.

²⁰¹⁷ Vid. GARCÍA GARCÍA, L., “En los conflictos familiares ¿por qué deberíamos acudir a la mediación como alternativa en la resolución de conflictos familiares y matrimoniales?”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº 14, Enero 2002, pp. 55-74

²⁰¹⁸LAPASÍO CAMPOS, L., RAMÓN MARQUÉS, E., “El proceso en la mediación familiar”, Ob. cit., pp. 142-145. Los autores consideran que los conflictos de pareja son los más frecuentemente judicializados y entre ellos, los que señalan conflictos estructurales (que recaen sobre todo en la custodia de los hijos), conflicto de lealtades, conflicto de ausencia de una de las partes, y conflicto de invalidación o descalificación del otro.

²⁰¹⁹BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., p.101.

²⁰²⁰Vid. ORTUÑO MUÑOZ, J.P., “La mediación familiar”. *Cuaderno de Derecho Judicial*. Nº 24, 2005. pp. 80-116.

²⁰²¹Vid. GARCÍA LONGORIA SERRANO, M. P., SÁNCHEZ URIOS, A., “La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares”, *Revista de Trabajo Social Portuaria*, Nº 4, 2004, pp.261-268.

-Un proceso de democratización creciente, que ha influido en el campo de las relaciones, tanto en la que se da entre iguales, como entre padres e hijos²⁰²²-

- La prioridad de los derechos individuales, en base a la autodeterminación a la responsabilidad personal. Esto favorece el surgimiento de fórmulas de resolución de conflictos, como la mediación, que devuelve el protagonismo a los individuos y en donde se elige la lógica del pacto en lugar de la confrontación.

-Otro elemento sería el desarrollo de los derechos humanos que ha promovido una manera diferente de entender la infancia, apoyada en un mayor conocimiento científico de la misma, y en donde los niños y las niñas son considerados como sujetos sociales y de derecho, haciendo compatibles las necesidades de protección y las necesidades de autonomía personal, de manera que dichas necesidades pasen a ser eje de sus derechos y de su protección.

-A estos elementos se ha añadido, el incremento de separaciones y divorcios donde están implicados los menores. Este incremento, fruto de las transformaciones sociales ocurridas, ha dado lugar a que algunas parejas vean este sistema como una solución válida que les abre la vía a una forma de resolver sus conflictos de forma diferente.

ROMERO NAVARRO, dice que la mediación puede considerarse como una etiqueta que se emplea para designar formas diferentes de trabajar un mismo tema, en función de la orientación del mediador y de su actuación en el proceso de mediación²⁰²³. Si la mediación se aplica a los conflictos que surgen en las separaciones y divorcios, recibe el nombre de mediación familiar, aunque también puede hacer referencia a todos los conflictos que surgen en la familia²⁰²⁴.

²⁰²² Estas facultades de decisión se fundamentan en la propia dignidad de la persona, la igualdad de todos los españoles y su no discriminación, entre otras, por razón de religión y sexo (art. 14 CE), entendida ésta como una igualdad material, en conjunción con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, consagrado en el art. 18 de la Constitución Española. Vid. GÓMEZ CABELLO, M^a C., “Los aspectos jurídicos de la mediación” en www.noticias.juridicas.com, Abril-Junio, 2007; PÉREZ GIMÉNEZ, M^a T., “La mediación familiar: perspectiva contractual”, *Aranzadi Civil*, N^o 22, 2006, pp.2559-2573.

²⁰²³ ROMERO NAVARRO, F., “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”, Ob. cit., p. 37.

²⁰²⁴ LASHERAS HERRERO, P., “Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005”. *REDUR*, N^o5, Diciembre 2007, p. 44. A la vista de la regulación establecida en las leyes autonómicas, se puede señalar que los

Por esta razón pueden ser objeto de los acuerdos adoptados en la mediación familiar cualquier pacto sobre los conflictos que puedan surgir en el seno de las relaciones familiares tanto de carácter personal y/o patrimonial derivados de las situaciones de separación y divorcio del matrimonio o ruptura de la convivencia de hecho, cuanto de conflictos de carácter personal y/o patrimonial surgidos entre miembros de la familia (concretamente, problemas surgidos en el ámbito de la adopción, de las relaciones de patria potestad, en el ámbito de la obligación de alimentos, controversias entre hermanos, discusiones por el reparto de bienes hereditarios, etc.)²⁰²⁵. En estos asuntos, se pone de manifiesto²⁰²⁶ el derecho de los menores de gozar y estar con ambos padres y este derecho puede peligrar cuando la pareja decida dejar de convivir, por la intensidad emocional de la situación de ruptura y su incidencia en los menores, y lo inadecuado del contexto legal para resolver estos temas²⁰²⁷.

Una consecuencia directa de esta menor satisfacción en las relaciones de los hijos con el padre no custodio, es la disminución de la responsabilidad financiera de estos padres para ocuparse de las necesidades de sus hijos. El impago de la pensión de alimentos es una de las graves consecuencias de una

acuerdos en la mediación familiar pueden tratar de todas aquellas materias que sean disponibles por las partes y que se encuentren dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad.

²⁰²⁵ Así se recoge en los arts. 3 de la Ley 15/2003 de Canarias; 3, a), 13 y 21, 1, de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 3, 2, de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias; 3, 4 y 5, de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha; 3 de la Ley 1/2006 de Castilla-León; 8 de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares; 8 de la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid; 5 de la Ley 1/2008 del País Vasco, y 26 de la Ley de Andalucía). Sin embargo, la propia legislación autonómica excluye determinadas materias del ámbito de la mediación, como los casos de violencia de género (arts. 22 bis de la Ley 1/2001 de Cataluña, y 8, 4, de la Ley 4/2001 de Galicia)²⁰. De otro lado, los acuerdos que se adopten han de dar prioridad al interés superior de los hijos, menores o incapaces (arts. 6, 2 y 3, de la Ley 1/2001 de Cataluña; 8, 3, de la Ley 4/2001 de Galicia; 14 y 23 de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha; 6,2, de la Ley 1/2008 del País Vasco; 20, 3 y 21 de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares; 21, 3, de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 26, 3, de la Ley de Andalucía), y, cuando no hayan hijos, se ha de dar prioridad al interés del cónyuge o del miembro de la pareja más necesitado, teniendo en cuenta la edad, situación laboral, salud física y psíquica y duración de la convivencia (arts. 6, 2 y 3, de la Ley 1/2001 de Cataluña, y 8, 3, de la Ley 4/2001 de Galicia).

²⁰²⁶ BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., p. 110.

²⁰²⁷ El punto 8.11 de la Carta Europea de Derechos del Niño expone que: “Todo niño tiene derecho a gozar de sus padres. El padre y la madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto a su desarrollo y educación...”. En el punto 8.13 sigue diciendo: “En caso de separación de hecho, legal, divorcio o nulidad, el hijo tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, teniendo ambos las mismas obligaciones”. El artículo 154 del Código Civil dice: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. Esta se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: velar por los hijos (tanto física como psíquicamente), tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una protección integral y representarlos”.

separación mal llevada y que repercute negativamente en todos los miembros de la familia²⁰²⁸. Esta ausencia de responsabilidad financiera de algunos padres no custodios, puede ser de responsabilidad en general, sintiéndose solo como padres pagadores, lo cual favorece una percepción negativa de la relación con los hijos, distanciándose cada vez más y terminando con el único lazo que mantienen con los hijos, la pensión alimenticia.

La situación actual, con la nueva legislación en materia de familia y mediación familiar, posibilita el que ambos padres decidan o incluso compartan la custodia pero el problema sigue estando, cuando no existe acuerdo y tiene que decidir el juez, por eso la mediación puede ofrecer a las partes un lugar para conversar y acordar como cuidar a los hijos, analizando las ventajas para todo el núcleo familiar²⁰²⁹. El fundamento de la mediación es la negociación, y la tarea del mediador consiste en introducir algunas características especiales para modificar el enfoque basado en la confrontación que plantea la negociación como un campo de batalla, y orientarla hacia la solución del problema²⁰³⁰.

La ley 30/1981 de 7 de julio, llamada “*Ley del Divorcio*” que modificó el Código Civil en materia de derecho de Familia, abrió la posibilidad de una tramitación amistosa al permitir que las partes pudieran regular su ruptura a través de los acuerdos contenidos en el Convenio Regulador, y a la vez servirse de un solo abogado y procurador para la tramitación²⁰³¹. En Octubre de 1992, España interviene en una Jornada Europea de Trabajo sobre Mediación Familiar, organizada por la Asociación para la promoción de la Mediación Familiar en París, en la que la participan países como España²⁰³², Alemania, Reino Unido,

²⁰²⁸ROMERO NAVARRO, F., “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”, Ob. cit., p. 38.

²⁰²⁹ACEVEDO BERMEJO, A., *El divorcio sin pleito: el abogado y la mediación familiar*, Tecnos, Madrid, 2009, p.98.

²⁰³⁰Vid. GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M. P. y SANCHEZ URIOS, A., “La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares”, *Revista de Trabajo Social Portularia*, N° 4, 2004, pp. 261-268.

²⁰³¹BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., 115.

²⁰³²La mediación se práctica en la mayor parte de los países europeos, en los últimos tiempos se ha legislado sobre esta materia pero la cuestión práctica ha ido durante mucho tiempo por delante. En España se ha contado con un programa de mediación Familiar en algunas Comunidades Autónomas desde 1990, pero hasta el año 1990 no se dicta la primera ley reguladora de la mediación, la ley de la Comunidad de Cataluña. En Octubre de 1994, España participa en las I Jornadas Europeas sobre Mediación Familiar organizadas por la Asociación de Abogados Europeos Demócratas en Colmar (Francia). En estas jornadas intervinieron mediadores de Estrasburgo, Múnich y Madrid y se destacaron en ellas la falta de información que existía sobre esta materia así como la necesidad de darle una regulación legal, concluyendo con la necesidad de

Francia, Italia, Suiza y Bélgica²⁰³³. Las conclusiones que se obtienen apuntan a que es necesario formar mediadores, regular legalmente la mediación y dar relevancia a la co-parentalidad.

Es necesario, hacer referencia a los instrumentos surgidos en Europa a partir de 1998, que corroboran la idea de que la mediación familiar es un mecanismo para la resolución de conflictos que está en auge, y cuya utilización va a ser cada vez más frecuente, aunque para algunos autores sea una panacea cuestionable²⁰³⁴.

Para la implantación de la Mediación Familiar en España, ha sido especialmente significativa la Recomendación R (98) 1, de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros (esta es una mera invitación, no es vinculante)²⁰³⁵. Esta Recomendación manifiesta las consecuencias perjudiciales de los litigios judiciales para la familia, así como el elevado coste social y económico para los Estados²⁰³⁶. Además, considera, la necesidad de garantizar la protección de los intereses superiores de los niños y su bienestar, tal como lo establecen los instrumentos internacionales y recomienda a los gobiernos de los Estados miembros instituir o promover la mediación familiar y tomar cualquier medida que estimen necesaria para utilizar la mediación como método apropiado de resolución de los litigios familiares. Igualmente el Consejo General del Poder Judicial en 1997, en el “*Libro Blanco de la Justicia*”, menciona la importancia de medidas alternativas para resolver los conflictos y es consciente

diferenciar la mediación de otras figuras afines, como el arbitraje, la conciliación o la negociación y de establecer unas reglas deontológicas a nivel europeo

²⁰³³Vid. SOTO MOYA, M., “Aspectos jurídicos de la gestión de conflictos familiares en países con experiencia mediadora”, en GARCÍA GARNICA, M.ªC. (Dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Ob. cit., pp. 441-456.

²⁰³⁴ Vid. GUILARTE GUTIERREZ, V., “La mediación familiar: panacea cuestionable”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº 6, Enero 2000, pp. 29-44;

²⁰³⁵ Por medio de la R (98), el Consejo de Europa insta a los gobiernos de los Estados miembros instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente, y adoptar o reforzar todas las medidas que se juzguen necesarias para asegurar la puesta en marcha de los principios que se enumeran en la Recomendación. Y todo ello para la promoción y la utilización de la mediación familiar como medio apropiado de resolución de los conflictos familiares. En la Recomendación se señala que los Estados deben velar para que existan mecanismos para la selección y la formación de los mediadores, y se establecen las características esenciales del proceso de mediación: la mediación no debe ser, en principio, obligatoria; el mediador tiene que ser imparcial; las discusiones que tengan lugar durante la mediación tienen que ser confidenciales; se tiene que tener en cuenta el interés superior del niño.....etc. Además en la Recomendación se establece que los Estados deberán reconocer la autonomía de la mediación y la posibilidad de que ésta haya tenido lugar antes, durante o después de un proceso judicial.

²⁰³⁶ Vid. ALÉS SIOLI, J., *La mediación familiar: teoría, análisis y regulación en España*, Acongagua Libros, Sevilla, 2000, pp.85 y ss.

de la necesidad de regular la formación en técnicas de mediación, destacando la necesidad de reformar el procedimiento de familiar introduciendo un trámite en el que se trate de evitar la continuación del procedimiento mediante un acuerdo entre las partes, como fase previa y obligada al inicio del juicio, aunque autoras, como BERNAL SAMPER, consideran que teniendo en cuenta que el proceso de mediación es voluntario, este requisito, se referiría al hecho de acudir a informarse sobre esa medida y no al hecho de introducirse al proceso de mediación²⁰³⁷.

También cabe aludir al Libro Verde²⁰³⁸, aprobado por la Comisión de la Comunidad Europea, sobre métodos alternativos de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, de 19 de abril de 2002. Tiene como objetivo proceder a una amplia consulta a los colectivos implicados en la resolución de conflictos, en el ámbito del Derecho civil y mercantil, sobre algunas cuestiones referentes a las modalidades alternativas de solución de conflictos, que plantean dudas y dificultades desde el punto de vista jurídico²⁰³⁹.

Por otra parte, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 22 de octubre de 2004 tiene, entre sus objetivos, asegurar un mejor acceso a la justicia, una relación dinámica entre la mediación y el proceso civil; promover el recurso de la mediación como obligación de los Estados miembros y permitir a los órganos jurisdiccionales sugerir la mediación a las partes.

Finalmente, y como consecuencia de la referida propuesta, se dictó la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁰⁴⁰. Esta Directiva tenía como objetivo, el facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios

²⁰³⁷BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., p. 117.

²⁰³⁸ALVAREZ MORENO, M.T., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la Propuesta de Directiva al Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista del Poder Judicial*, Primer trimestre de 2005, p.25.

²⁰³⁹ En este libro, se exploraba y examinaba desde una perspectiva muy general la posibilidad de las soluciones alternativas a la resolución de litigios en la Unión y se abrió una amplia consulta tanto a los Estados miembros como a las partes interesadas

²⁰⁴⁰Esta Directiva es el instrumento jurídico con el que la UE pretende proporcionar las herramientas necesarias para que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros promuevan la mediación. En su Exposición de motivos la define como “una manera más rápida, simple y rentable de solucionar los conflictos, y que permite tener en cuenta más aspectos de los intereses de las partes. Ello aumenta las posibilidades de alcanzar un acuerdo que respetarán voluntariamente y preserva una relación amistosa y sostenible entre ellos”

transfronterizos, aunque también se puede aplicar a conflictos personales y por supuesto familiares²⁰⁴¹. En esta directiva:

- Se promovía el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.
- Se contemplaba la mediación como un procedimiento absolutamente voluntario, no como un trámite que debe cumplirse. Pero lo que si puede hacer el órgano jurisdiccional es recomendar acudir a la mediación, incluso obligar a las partes a acudir a la sesión informativa.
- Se establecía que se debe promover la formación continua de los mediadores adscritos en los servicios públicos de mediación.
- Se debían establecer mecanismos de control de calidad en los servicios de mediación que se realicen en estos servicios públicos.
- Se requería que se adoptasen las medidas necesarias para que los acuerdos adoptados en mediación tenga fuerza ejecutiva.
- Se mencionaba y requería como requisito esencial en este proceso, la Confidencialidad del mediador, que no podrá ser llevado como testigo, ni podrá prestar ayuda a ninguna de las partes en un posible proceso judicial posterior.

5.2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FACILITADORA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

Como hemos dicho, los cambios sociales y las variables familiares asociadas a la evolución de la familia, han ido dando paso a cambios de actitud que a su vez se han plasmado en modificaciones de la normativa legal para que ésta se adecue al nuevo concepto de familia. Los cambios en derecho de familia que obró la ley de 1981, con la introducción del divorcio en nuestro ordenamiento jurídico, así como las modificaciones en materia de filiación, significaron un

²⁰⁴¹Vid. MARTÍN DIZ, F., “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, *Diario La Ley*, N° 6480, 11 de mayo de 2006, pp.1637-1654.

acercamiento a ese nuevo concepto de familia, pero en la actualidad se ha quedado atrás respecto al avance experimentado por la sociedad española²⁰⁴².

Con las siguientes reformas se ha eliminado el concepto de *culpabilidad* de nuestro sistema jurídico, en cuanto a los procesos de separación y divorcio se refiere, y como dice BERNAL SAMPER, esto no ha supuesto una modificación fundamental a la hora de que un miembro de la pareja decida romper la regla de vivir conjuntamente, percibiéndosele como culpable de esa ruptura por el hecho de haber tomado tal decisión²⁰⁴³.

La importancia de la persona, como eje del Derecho Civil, se refleja en las definiciones que del mismo da la doctrina, y se trasluce en el contenido de esta parte del ordenamiento jurídico²⁰⁴⁴. Nadie duda que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que, como tal, requiere protección específica del Ordenamiento jurídico, sin embargo, las dificultades que existen en cada época para determinar un modelo común de familia, dada la especial naturaleza de esta institución, determinan en gran medida, que la ley evite definirla y que no resulte fácil, ofrecer un concepto legal que englobe a todas las formas familiares susceptibles de ser amparadas por el Derecho y a todas las relaciones familiares que la constituyen²⁰⁴⁵.

Las normas del Derecho de Familia están contempladas fundamentalmente en el Código Civil y, en cuanto a los caracteres que presenta el Derecho de Familia, hay que señalar que en gran medida vienen determinados por las particularidades de la propia institución familiar²⁰⁴⁶. Existe unanimidad entre los autores sobre que el Derecho de Familia tiene cierto contenido ético, partiendo de

²⁰⁴² Ley 30/1981 de 7 de julio.

²⁰⁴³ BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., p. 118: “El valor permanente del Derecho Civil es la defensa de la persona como ser de fines, por tanto, en él, se tratan de regular “los aspectos más esenciales en la vida de las personas: su nacimiento, su matrimonio y familia, su patrimonio y la gestión del mismo, su muerte y la sucesión patrimonial derivada de ella”.

²⁰⁴⁴ Vid. MARTÍNEZ AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho Civil a finales del siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 30-31.

²⁰⁴⁵ GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p.43: “La familia es un hecho anterior al derecho y precisamente, esta institución social por ser objeto de regulación legal se convierte en institución jurídica, sin embargo, ni se norman, ni han de normarse todos los aspectos relativos a la misma, más bien, el Derecho contempla la familia, más bien el “derecho contempla a la familia, la acepta y reconoce, y dispone en un conjunto de normas jurídicas, su protección jurídica y su regulación jurídica positiva” ; Vid. ALONSO PÉREZ, M., “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil”, *Actualidad Civil*, Nº1, 5 al 11 de enero de 1998, p.3.

²⁰⁴⁶ Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p.43.

que el hecho familiar es connatural a la especie humana y se justifica que: “*La más íntima y radical regulación de aquél sea moral: un conjunto de reglas éticas que luego el Derecho transforma en jurídicas hasta donde ello es posible y conveniente*”²⁰⁴⁷. Así se explica que haya en el Derecho de familia, numerosos preceptos sin sanción o con sanción atenuada y obligaciones incoercibles, confiando en los vínculos afectivos, en la conciencia de los miembros de la familia, en la costumbre, o en otras fuerzas que actúan en el ambiente social para el cumplimiento de las obligaciones que nacen en las relaciones familiares.

El carácter transpersonalísimo del Derecho de familia es otro de los que la doctrina acepta unánimemente por la doctrina, aludiéndose a la primacía que se le reconoce a la familia y a sus fines e intereses, sobre la que tiene el individuo y sus necesidades. Este elemento tan significativo, tienen necesario reflejo, entre otros, en el hecho de que las relaciones estrictamente personales predominen sobre las patrimoniales en el ámbito del Derecho de Familia²⁰⁴⁸.

Consecuencia de la primacía del interés familiar sobre el individual, es la imposición de limitaciones al *principio de la autonomía de la voluntad*²⁰⁴⁹. Sin embargo, dicha autonomía, aunque en algunos aspectos puede quedar desdibujada, goza de un margen importante que permite a los miembros de la familia, pactar cuestiones de su interés, dando lugar a los negocios jurídicos de derecho de familia a los que se puede llegar a través de los procesos de mediación²⁰⁵⁰.

La mediación encuentra cobertura y protección en el ámbito de la autonomía privada, porque la misma al incidir en la libertad individual de las personas, en la ordenación de la vida privada de las personas, se proyecta en las relaciones jurídicas civiles y familiares, reflejándose en el plano del negocio con especial referencia al testamento y al contrato, así como en la esfera patrimonial

²⁰⁴⁷LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, T. IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 4.

²⁰⁴⁸En este apartado del Derecho, los derechos se confunden, identificándose en muchas ocasiones con los deberes, es decir, aquéllos se atribuyen, fundamentalmente, para cumplir obligaciones, ejerciéndose tales derechos, correlativamente, con dichas obligaciones, de ahí que se hable del carácter función que dichos derechos tienen.

²⁰⁴⁹DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1967, p.11. La define como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.

²⁰⁵⁰Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p.48.

del individuo, en el negocio jurídico, como acto que permite la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas y finalmente en el derecho subjetivo, como poder jurídico de la persona sobre los bienes y el acceso al libre goce de los mismos. Este derecho subjetivo es el que permite a las personas acceder libre y voluntariamente a mediación, de ahí que el presupuesto esencial de la mediación es la voluntad de las partes y la autonomía de la voluntad que constituye uno de los principios rectores del Derecho Civil, en correspondencia con la igualdad de las partes, el principio de la buena fe entre otros principios y reglas que informan el derecho privado.

Es de gran relevancia para el Derecho, las personas que componen la familia, y los derechos fundamentales que le son inherentes, y que no quedan reducidos por el hecho de constituir la familia o formar parte de ella (la familia, así, sería un instrumento más, seguramente el más importante para el desarrollo de los derechos fundamentales de los individuos que la componen), sin embargo, tampoco se ha de dejar de proteger de una forma específica la institución familiar, habida cuenta de la importantes funciones que cumple²⁰⁵¹.

Partiendo, por tanto, del reconocimiento de la autonomía de voluntad en el Derecho de familia como principio esencial de Derecho civil, no es una regla absoluta, y a razón de lo que previene el artículo 1255 CC, los límites son la ley, la moral y el orden público, fijados de manera general, y cuya aplicación e interpretación estará en manos de los jueces en correspondencia con los imperativos del orden social, el momento histórico y la propia política²⁰⁵². También habrá que atemperarse a la materia de que se trate y a la existencia de normas imperativas o dispositivas, las cuales marcarán el camino más o menos

²⁰⁵¹DIEZ PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I*. Ob. cit., p.374. En referencia a ello, el orden público implica la íntima conexión de los principios informadores de una determinada institución jurídica con los principios fundamentales de organización de la comunidad, habremos de admitir la trascendencia que tal limitación tiene en el Derecho de Familia, al ser la familia, la institución transcendental en la sociedad. Vid. DIEZ PICAZO, L., *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p.80: “Existen orden público e interés público en el establecimiento de la institución familiar y en que ésta posea determinadas características que no quedan abandonadas a sus propias fuerzas e iniciativas”, sin que ello excluya el ámbito de la autonomía de voluntad.”

²⁰⁵² GOMEZ-SALVAGO SANCHEZ, C., *La forma voluntaria del contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.30: “La predeterminación de un instrumento para expresar la voluntad puede tener lugar por la ley y mediante negocio jurídico, como reflejo del principio de la autonomía privada, por virtud del cual los particulares pueden celebrar convenios con el contenido que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, la moral, o el orden público (art.1.255 CC). Se trata en el principio de libertad de forma, incluido en el más amplio de la autonomía de la voluntad contractual, punto de partida del fundamento del formalismo voluntario”

amplio de la autonomía privada, sin embargo, las particularidades que reviste el Derecho de familia, hacen que la autonomía de voluntad presente perfiles diferentes en el campo del ordenamiento jurídico y por ello tengan un carácter más marcando dichos límites²⁰⁵³.

En cuanto al ejercicio de los derechos de familia, hay que tener en cuenta que, en gran medida, tales derechos corresponden a unos miembros de la familia sobre otros, o sobre la conducta de éstos y “*se conceden a su titular, bien a causa de deberes que pesan sobre él hacia la persona sometida al derecho...bien a causa del interés superior del grupo familiar...*”²⁰⁵⁴, por ejemplo, el ejercicio de la patria potestad del artículo 154 y siguientes del CC.

Ejercer los derechos es actuar su contenido, por lo que los derechos derivados de las relaciones familiares también presentan límites “*intrínsecos*”²⁰⁵⁵. Principalmente le afectan los límites a la buena fe, en la medida que el ejercicio de los derechos tiene que llevarse a cabo de acuerdo a las convicciones éticas presentes en una comunidad (éste será uno de los límites más importantes en Derecho de Familia, debido a que existe un carácter ético que impregna toda esta parte del Ordenamiento jurídico, no es extraño, por tanto, que las leyes de mediación remitan a la buena fe de las partes para resolver sus conflictos a través

²⁰⁵³Vid. GÓMEZ CABELLO, M^a.C., “Los aspectos jurídicos de la mediación”, *www.noticias.juridicas.com*, abril-junio 2007, p.5. La autora en referencia al art. 1814 del Código Civil que estipula (p.5): “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”; señala que, “en el ámbito del derecho de familia, la línea divisoria entre materias disponibles e indisponibles y la capacidad de decisión de las partes se difumina, en atención al contexto en el que nos encontramos, pues nadie mejor que las partes implicadas para adoptar acuerdos que van a condicionar sus relaciones presentes y futuras, tanto en el ámbito personal como en el económico”. También recuerda las palabras del Magistrado Sr. Ortuño Muñoz, en referencia a lo manifestado por la Profesora Roca i Trías, “Desde luego, el límite a la capacidad de disposición de las partes ha de estar en la necesidad de no transgredir principios constitucionales y libertades públicas como los de la igualdad, la dignidad de la persona, la libertad, la intimidad personal y familiar, la protección de los menores e incapaces y la protección de la familia”.

²⁰⁵⁴LACRUZ BERDEJO J.L., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, (Ed. revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^aA), Dykinson, Madrid, 2002, p. 54.

²⁰⁵⁵COBAS COBIELLA.M.E., “Autonomía de la voluntad y mediación. Algunas notas sobre la cuestión”. ORTEGA GIMÉNEZ, A Y COBAS COBIELLA (Coord.), *Mediación civil, familiar, penal e hipotecaria. Cuestiones de actualidad*, Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 2013, p.90: “La autonomía de la voluntad se identifica tradicionalmente con el poder que tiene la persona de autodeterminación y autorregulación, supone el ámbito de decisión y de actuación en el plano jurídico y se relaciona directamente con la libertad y la dignidad de las personas, que son las que posibilitan, que cada persona sea un mundo, y que en el ámbito del Derecho civil se traduzca en la libertad que tiene el individuo de elegir su propia norma, y la aplicación de la misma”.

de esta institución), sin contrariar la finalidad para la que se atribuye o concede al titular del mismo²⁰⁵⁶.

Aun existiendo la autonomía de voluntad, los acuerdos en Derecho de Familia, presentan fundamentalmente, los siguientes límites:

- a) Han de respetar lo dispuesto en el artículo 1814 del CC “*No se puede transigir sobre el Estado Civil de las Personas, ni sobre cuestiones matrimoniales ni sobre alimentos futuros*” sin embargo algunos autores²⁰⁵⁷ consideran estas limitaciones un contrasentido, pues la ley sanciona con la nulidad los negocios jurídicos privados que se refieran a estas materias, mientras que los artículos 90 y 156 CC remiten como criterio preeminente a los acuerdos de las partes y se regula en el CC, la separación y el divorcio consensual.
- b) Otro de los límites viene determinado por el respeto al principio constitucional de igualdad, por lo que no se puede ir en contra de él, ni tampoco se pueden conculcar las normas imperativas del Código Civil²⁰⁵⁸. Por otra parte, los estados familiares determinados por dos situaciones: matrimonio y filiación, que configuran condiciones de estado civil, caracterizadas entre otras notas, por ser materia de interés público²⁰⁵⁹.
- c) La constitución protege el principio de privacidad, tal y como se recoge en el artículo 10.1 de la Constitución, cuando dice, “*La dignidad de la*

²⁰⁵⁶ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, T.I., Ob. cit., p. 459. El autor, los denomina así, refiriéndose a que el Ordenamiento no ampara el ejercicio de derecho cuando es abusivo. Vid. DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Ob. cit., p. 423: “Se trata de límites genéricos que se aplican a todos los derechos y que tienen su fundamento “en la idea misma de lo que el Derecho sea y de la finalidad para la cual es concedido o atribuido al particular”.

²⁰⁵⁷ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La aprobación judicial de los acuerdos en la mediación familiar”. *Revista Apuntes de Psicología*, Vol. 18, Nº 2-3, Sevilla, 2000, p.289: “El contrasentido es todavía más evidente, por cuanto la exigencia de aprobación judicial de tales acuerdos, no está sometida al cumplimiento de condición expresa alguna y las únicas referencias que el juez puede encontrar en los textos legales, lo son a principios abstractos, como el interés del menor o la evitación de perjuicios”.

²⁰⁵⁸ La existencia de numerosas normas imperativas en la regulación de las relaciones familiares, bajo nuestra consideración, no es incompatible con la privacidad como valor supremo en la familia, es más, dicha imperatividad se justifica, principalmente, en su función garante de los derechos fundamentales de los individuos

²⁰⁵⁹ LASARTE GONZÁLEZ, C., *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 12: “La tensión existente entre la general imperatividad de las normas de Derecho de Familia y el limitado alcance de la autonomía privada, en las últimas décadas, parece pues, haber cambiado de signo, ya que verdaderamente la capacidad de autorregulación de sus expectativas e intereses por parte de los miembros de la familia no resultaría correcta explicarla recurriendo a la vieja técnica de afirmar que la imperatividad es la regla y la autonomía privada de excepción”.

persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. También el artículo 18.1 de la Constitución, cuando dice que “ *Se garantiza el derecho ...a la intimidad personal y familiar...*”. Por eso, ha señalado ROCA TRIAS que este valor de la privacidad familiar, que es esencialmente democrático: “*Impide al Estado intervenir en las relaciones personales entre los cónyuges, y hace que los preceptos que disciplinan estas relaciones (artículos 66 y 67 del CC) sólo sean capaces de coacción indirecta mediante sanciones....únicamente en bien de los hijos, cuando sufren un perjuicio evidente en aspectos vitales en los que las obligaciones de los padres se hallan reguladas por la ley, pueden justificar la inmisión del poder público*”²⁰⁶⁰.

Por todo esto, se puede afirmar que si se parte del reconocimiento de la persona como el eje en torno al cual gira el Derecho civil, y se consideran las relaciones jurídicas familiares como privadas, en el sentido de que son situaciones en que se encuentran aquéllas personas que están unidas por lazos familiares, podríamos decir que el principio de la autonomía de la voluntad, es el que rige el Derecho Civil y también el Derecho de Familia²⁰⁶¹. Esta sería la regla general, pero hay que reconocer, que dada la especial naturaleza de la institución familiar, la autonomía de la voluntad tiene restricciones, que deben interpretarse de modo restringido y no a la inversa como muchas veces se pretende y por este motivo, no habría inconveniente en hablar no solo del negocio jurídico de Derecho de familia, sino especialmente de los pactos posibles en el Derecho de familia, pactos que tendrían mayor viabilidad a través de los procedimientos de mediación²⁰⁶².

La idea de la mayor incidencia de la autonomía de voluntad y la necesidad de evitar la excesiva publicación o estatalización de un Derecho tan especial

²⁰⁶⁰ROCA TRÍAS, E., “Familia y cambio social (de “la casa” a la persona)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, 1999, p.77. La autora alude a la cláusula interés familiar, como una de “las generales, cuya finalidad es la de proteger el derecho de sus componentes frente a las posibles decisiones arbitrarias de alguno de los componentes de los miembros del grupo: e interés de la familia se identifica con la protección de los derechos fundamentales y por ello, la cláusula es perfectamente efectiva”.

²⁰⁶¹Vid. ROCA TRÍAS, E. “Familia y cambio social (de “la casa” a la persona)”, Ob. cit., p.78.

²⁰⁶²Vid. HERRERA DE LAS HERAS, R., “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo”, *Revista de Derecho*. Vol.XXV, Nº1, Julio 2012, pp.175-193.

como es el Derecho de familia se ha reflejado en las últimas reformas de las instituciones familiares²⁰⁶³.

Frente a las leyes 13/1983 de 24 de octubre, 21/1987 de 11 de noviembre y 1/1996 de 15 de enero, caracterizadas por una excesiva judicialización y publicación de materias netamente civiles, como son la tutela, el acogimiento familiar o la adopción, tenemos recientes reformas legislativas que afectan al Derecho de Familia y que suponen un resurgimiento y un fortalecimiento de la autonomía de voluntad en ese ámbito²⁰⁶⁴. La ley 15/2005 de 8 de julio que modificaba el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento en materia de separación y divorcio, parte de “*la libertad*” como valor superior del ordenamiento jurídico proclamando que como tal, debe tener su reflejo en el matrimonio²⁰⁶⁵ y apuesta claramente por fortalecer la autonomía de la voluntad de los cónyuges, lo que será determinante, tanto en la continuación del vínculo matrimonial como en su vigencia.

Es importante en esta ley, el reforzamiento de la libertad de decisión de los padres en el ejercicio de la patria potestad²⁰⁶⁶. Éste es un concepto sobre el que dentro de sus funciones, cabe posibilidad de pacto, incluso en el transcurso de un procedimiento contencioso, pues se puede pedir la suspensión del procedimiento para someterse a mediación y tratar de llegar a acuerdos respecto al ejercicio de la patria potestad de los hijos comunes²⁰⁶⁷.

También se desprende del espíritu de esta ley, que la autonomía de voluntad alcance al desempeño de las funciones inherentes a la patria potestad, y

²⁰⁶³GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: Una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p. 68.

²⁰⁶⁴ Modificada en gran medida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

²⁰⁶⁵ Su exposición de motivos señala lo siguiente “...esta ley, persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial...El respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge”.

²⁰⁶⁶ El nuevo artículo 92.4 dispone “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges” pero, hay que distinguir entre titularidad y ejercicio, aunque el principio general es el ejercicio conjunto de la misma.

²⁰⁶⁷GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: Una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., 67: “El ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, tanto si los padres viven juntos como si están separados, ofrece una mayor protección al menor, derivada de la corresponsabilidad parental, por ello, tanto los pactos de los progenitores a estos efectos, como el acuerdo del Juez atribuyendo el ejercicio de la patria potestad a uno sólo, ha de tener su base en el interés del menor”.

la custodia alterna o repartida, pero siempre con el límite del principio del interés del menor y la necesidad de que el juez, antes de homologar el acuerdo de los progenitores, constate que dicho principio quede garantizado²⁰⁶⁸. Por lo tanto, aunque la ley 15/2005, amplía la libertad de pacto a los progenitores en éste ámbito, la aprobación del acuerdo por la autoridad judicial ha de ser sumamente garantista respecto a aquéllas cuestiones que pudieran afectar a materia de orden público y especialmente en aquello que se refiere al interés del menor.

Encontramos un amplio margen en materia de familia a la actuación del principio de autonomía de la voluntad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del CC, de la LEC y de la normativa tributaria con esa finalidad; en la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre de protección a las familias numerosas y en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre básica de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En cuanto a la *institución tutelar*, hay que tener en cuenta que la doctrina ha estado demandando en los últimos tiempos mecanismos legales para dotarla de una mayor flexibilidad, a ella y a la restauración de la tutela familiar, la regulación de la autotutela y a los apoderamientos preventivos, el contrato vitalicio y la regulación de la guarda de hecho. Autores, como LEÑA FERNÁNDEZ, han manifestado que la vuelta a dicho sistema, implicaría una mayor libertad para los padres a la hora de fijar la estructura del órgano tutelar, de nombrar al tutor y demás órganos de la tutela y sus facultades, así como de establecer las garantías necesarias para el ejercicio de la misma²⁰⁶⁹.

En definitiva, el Derecho de familia y el Derecho privado se encuentran en la línea de reclamar un mayor reconocimiento e intervención de la autonomía de

²⁰⁶⁸El artículo 92.6, establece dicha limitación, al manifestar en relación a la guardia y custodia compartida que “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia compartida, deberá recabar el informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tenga suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes, vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

²⁰⁶⁹LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, en MARTINEZ DÍE, R., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en Agosto de 1999, Civitas, Madrid, 2000, p.170.

voluntad y de la autodeterminación. El derecho privado está impulsando para ello la difusión de técnicas de resolución extrajudicial de conflictos, confiadas a los particulares. Las ADR, como señala ALPA: “Aluden a fenómenos heterogéneos con los que se promueven iniciativas dirigidas a resolver los conflictos sin llegar al pronunciamiento de la resolución por parte del juez (ordinario) competente. Dentro de los cuales, se pueden, por tanto, comprender sea los procedimientos – entendidos en sentido estricto- dirigidos a evitar el litigio mediante conciliación, sea aquéllos dirigidos a mediar entre las partes contendientes para evitar el litigio, sea los dirigidos a concluir una transacción entre las partes. O bien, los dirigidos a obtener esos resultados una vez que el litigio se haya iniciado”²⁰⁷⁰.

La sanción por el Derecho privado de la importancia de la voluntad de las partes para llegar a acuerdos, así como el necesario reconocimiento de la capacidad que tienen los particulares para dar respuestas por ellos mismos al conflicto que les mantiene enfrentados, si bien en muchos casos, coadyuvados por terceros, hace que el Derecho Civil se manifieste más rotundamente en su carácter al resaltar la importancia de la persona como su centro de interés. Este giro que se está consolidando hacia la “despublicación” del Derecho civil, indica ALBADALEJO, que no es más que recorrer el camino hacia su esencia, que es la regulación de las relaciones más comunes de la convivencia humana²⁰⁷¹.

Desde la teoría de la mediación, GARCÍA VILLALUENGA, ha entendido que el desarrollo y la implementación de las ADR y, entre ellas de la mediación, que tienen como eje, también la persona y su voluntad, no es sólo una prueba más de dicho proceso de reflujo de las corrientes publicadoras, sino que sirve fundamentalmente a la consolidación del reconocimiento a un mayor margen de autonomía en las relaciones familiares, así estos argumentos se pueden trasladar al reconocimiento de que la Mediación Familiar amplía la capacidad de autorregulación jurídica admitida a los particulares y evita la excesiva injerencia judicial en aspectos que afectan a los intereses más íntimos de las personas²⁰⁷².

Si en materia de Derecho de Familia, lo esencial es la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar como tales, y en particular, el interés

²⁰⁷⁰ALPA, G., “Derecho Público y Derecho Privado. Una discusión abierta”, *Revista de Derecho Privado*, Año 83, Mes 1, 1999, pp.13-14.

²⁰⁷¹ALBADALEJO, M. *Derecho civil, I. Introducción y parte general*, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 40.

²⁰⁷²GARCÍA VILLALUENGA, L. *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p. 67

superior del menor, parece aconsejable habilitar y potenciar mecanismos de autocomposición que permitan a la propia familia lograr sus fines, como sucede con la figura de la mediación familiar. En definitiva, de lo que se trata es de que el juez no sustituya al progenitor, en la medida de lo posible, en las decisiones que afectan a sus hijos o a los cónyuges y a las familias, en general en aquellas cuestiones que les atañen; llegando a la conclusión de que la Mediación Familiar supone el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad, y el respeto a la libertad de los componentes del grupo familiar, que se auto-norman en función de sus propios intereses, dentro de los límites anteriormente referidos.

5.3. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA.

En los comentarios de SANCHEZ AGESTA a la Constitución de 1978, ha llegado a considerar que el aliado más importante y el presupuesto básico que ha permitido y potenciado el desarrollo de la mediación familiar en España, ha sido la Constitución de 1978²⁰⁷³. Esto lo considera por los Derechos Fundamentales y las garantías que en ella se recogen, por ejemplo, la protección máxima que se concede en la norma suprema a la institución familiar en sus diversas formas, o en la inclusión en el texto legal de la posibilidad de disolver el matrimonio y que se recoge en el artículo 32.2 de la CE²⁰⁷⁴.

Con la regulación del Divorcio en España se abrió uno de los campos más importantes en los que se ha ido desarrollando la mediación familiar, ya que aunque este método alternativo de resolución de conflictos, puede aplicarse a otros problemas familiares, la que mayor expansión ha tenido es la que se aplica a situaciones de crisis matrimoniales: separaciones o divorcios, o a crisis que afectan a uniones extramatrimoniales.

²⁰⁷³ SANCHEZ AGESTA, L., “La ordenación de la familia en la Constitución de 1978”, en PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS. M., *Protección jurídica de la familia.*, Anales de moral social y Económica, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos (Conferencia de julio de 1980). Madrid, 1982, pp. 46. El principio de igualdad de los cónyuges, es un elemento esencial para que pueda llevarse a cabo la mediación y tiene su máxima consagración en los artículos 14 y 32 de la Constitución. Este principio, a pesar de con anterioridad a la misma ya había tenido importantes avances, no había recibido la sanción definitiva hasta la CE de 1.978; y vid. GIMENO, A., *La familia: el desafío de la diversidad.*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 14-15.

²⁰⁷⁴ Art. 32.2 de la CE “La Ley regulará las causas de separación y disolución y sus efectos”. Siendo desarrollado por la Ley 30/81 de 7 de julio y modificada por la Ley 15/2005 de 8 de julio.

La Constitución Española trajo al ordenamiento jurídico una revisión de muchos de sus principios informadores. ROCA TRÍAS ha señalado que: “*La introducción de un sistema jurídico sobre la base del reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos representa un cambio radical en el Ordenamiento jurídico español, impregnándose este sistema de toda una metodología utilizada en la Constitución*”²⁰⁷⁵. Y ello ha afectado también al Derecho Civil, que se encarga de la protección del individuo. Siguiendo en esta línea, PASCUAU LIAÑO considera desde la Constitución Española: “*El estatuto jurídico de la persona, ya no está estructurado desde...el Código Civil, sino desde los Derechos Fundamentales y las libertades públicas y a su alrededor, los derechos sociales expresados en los principios rectores de la política social y económica*”²⁰⁷⁶. En cuanto a GARCÍA VILLALUENGA, entiende que: “*Aunque la Constitución supone la protección máxima de los derechos fundamentales de las personas, no por ello desplaza el estatuto jurídico de las mismas, que continúa ubicado en el Derecho Civil*”²⁰⁷⁷. Todas estas afirmaciones confluyen en un proceso en el que son factores determinantes: la pérdida de rango normativo que se ha producido en el sistema de fuentes del propio Derecho Civil, situándose la Constitución en la cima de la pirámide normativa²⁰⁷⁸; el hecho de que la norma fundamental aparezca como principio informante básico en la interpretación de las leyes, y el carácter de extensa que se le reconoce a la Carta Magna y que hace que encontremos en ella preceptos relativos a materias que se enmarcan en la órbita de Derecho civil como la persona, el patrimonio y la familia.

La persona es el eje en torno al cual gira toda la regulación del Derecho civil y también de la parte dogmática constitucional, donde se afirma la dignidad de la persona y los derechos de la personalidad y su libertad. Se garantizan en su articulado los derechos a la vida, integridad, honor, intimidad personal y familiar,

²⁰⁷⁵ROCA TRÍAS, E., “Familia y cambio social (de “la casa” a la persona)”, Ob. cit., p.31.

²⁰⁷⁶PASCUAU LIAÑO, M., *Código Civil y Ordenamiento Jurídico (Otra reflexión sobre el devenir del Derecho Civil)*, Comares, Granada, 1994, cit., p.94.

²⁰⁷⁷GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: Una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p. 81.

²⁰⁷⁸Vid. BLASCO GASCÓ, F., CAPILLA RONCERO, F., LÓPEZ LÓPEZ, A., MONTES PENADÉS, V., ROCA Y TRIAS, E. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^aR., *Derecho civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp.89 y ss. El sistema de fuentes, según la Constitución opera excluyendo la posibilidad de que formen parte del ordenamiento jurídico normas que la contradigan, sin embargo, no se ha establecido un sistema de fuentes que se imponga al enunciado del artículo 1 del Código Civil, dando lugar a la doble regulación de nuestro sistema (en realidad triple, después del ingreso de España en la Unión Europea)

domicilio, propia imagen, igualdad ante la ley o en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes; libertad personal en sus distintas manifestaciones de libertad física y moral, ideológica, religiosa, de expresión, de residencia y circulación, de reunión, de participación, de enseñanza y de sindicación; teniendo también en cuenta a la persona al establecer los principios rectores de la política social y económica²⁰⁷⁹.

Debido a lo anterior, muchas de las normas civiles devinieron inconstitucionales, afectando fundamentalmente al Derecho de Familia, por ello y por la consagración constitucional de la familia, por ello la consagración constitucional del Derecho de familia (no olvidemos que al incorporar el matrimonio, la filiación y la patria potestad a la norma suprema les atribuye valor constitucional) ha sido necesario que se ajuste a los valores y principio y valores recogidos en la CE. Debido a la necesidad de adaptarse a los principios constitucionales, se ha producido una transformación radical del Derecho de Familia.

SANCHEZ AGESTA entiende, que es en el siglo XX, cuando las distintas constituciones empiezan a contemplar: *“Los grandes principios que han de informar y delimitar la estructura jurídica de la familia, y para garantizar su subsistencia de su ser tradicional o para expresar una voluntad de la realidad social”*²⁰⁸⁰.

La Constitución Española de 1978 hace una consideración especial de la familia, ya que España se configura como un Estado Social y Democrático de

²⁰⁷⁹ También reconoce, junto con la persona física a la persona jurídica a través del derecho de asociación y de fundación, en los artículos 22 y 34 de la CE. Se tienen en cuenta además la capacidad de las personas, su nacimiento, la nacionalidad, la mayoría de edad, etc. pero esta *“constitucionalización”* no conlleva necesariamente una alteración radical de la concepción nuclear del Derecho Civil, ya que uno de los principales puntos de referencia de la Constitución es la persona y sus valores, y en eso coincide con él.

²⁰⁸⁰ SANCHEZ AGESTA, L., *“La ordenación de la familia en la Constitución de 1978”*, Ob. cit., p.46. En referencia a ello, en España, la Constitución de 1931 es la primera en recoger disposiciones relativas a la familia, recogiendo rasgos que se recogían en la Constitución de Weimar respecto a la tutela a la que el Estado somete a la familia. En su artículo 43.1 se establece que *la familia se halla bajo la salvaguardia especial del Estado*, recogiendo la obligación de los padres de *alimentar, asistir, educar e instruir a los hijos bajo la vigilancia del Estado, que asume subsidiariamente la obligación*. De ahí que se haya considerado que la referida Constitución puso de manifiesta una clara voluntad política de reformar el grupo familiar, favoreciendo su proceso de secularización y definiéndolo como una relación personal fundada en el consentimiento que parte de la camaradería y el afecto. Tras la guerra civil española, muchos de los conceptos recogidos en el derecho de familia sufren un profundo cambio, se vuelve a la indisolubilidad del matrimonio y a la concepción más tradicional de familia como *“institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva”*.

Derecho (art. 1.1 CE) y los poderes públicos han de asegurar que la igualdad y libertad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas (art. 9.2 CE). Uno de los grupos a los que se dispensa una importante protección social, económica y jurídica es la familia (art.39 CE).

La familia es contemplada, en la CE de 1978, como una institución abstracta. Algunos autores han intentado definirla pero no resulta fácil adoptar alguno de estos conceptos, dada la temporalidad y la relatividad del mismo, la familia como institución natural, pero también social, se ve afectada por los cambios y movimientos que en la misma sociedad se producen, y en ese proceso la institución familiar se va configurando y transformando²⁰⁸¹.

La regulación de la familia en el título constitucional²⁰⁸² se ha calificado de extraordinaria parquedad normativa, aunque contiene base suficiente para interpretar y desarrollar el ordenamiento jurídico español en su totalidad con una orientación favorable a la institución familiar. Sobre si el tipo de familia que recoge la Constitución hace referencia exclusivamente a la constituida por el vínculo formal del matrimonio o si recoge otro tipo de uniones o a las madres solteras con sus hijos; los autores no adoptaron en principio posturas unánimes al respecto. En la actualidad parece generalizada por la mayoría de los autores, considerar amparada por la Constitución a la familia formulada en sentido amplio²⁰⁸³, incorporando no sólo la que tiene su origen en el matrimonio, sino también, otras posibles formas familiares y tanto si existe como si no, descendencia derivada de dichas uniones²⁰⁸⁴.

²⁰⁸¹LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho Civil I, parte General, Vol. II, Personas*, Dykinson, Madrid, 2002, p.301: “En la Constitución, no aparece determinado el tipo de familia que en ella se protege, lo que permite, en mayor medida una interpretación del texto constitucional más acorde a la evolución social de las formas que la institución familiar adopte. Parecería que la Constitución parte de la idea de familia histórica, en un momento histórico, que es el que se legisla y deja abierto su sistema y mecanismo de protección a distintas formas familiares”.

²⁰⁸²El artículo 39 de la CE establece: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3.Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.4.Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.” Mientras el artículo 32 , manifiesta “1.El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

²⁰⁸³Vid. ESTRADA ALONSO, E., *Uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, Civitas, Madrid, 1991, p.398.

²⁰⁸⁴GARCÍA VILLALUENGA, L, *Mediación en Conflictos Familiares: Una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p. 90.

FOSAR BENLLOCH mantiene que la idea de familia que constitucionalmente se protege es, “*la familia a secas*”, sin distinción de que la misma esté fundada o no en el matrimonio, y dice que ello se justifica en que se ha eliminado cualquier adjetivo calificativo adjunto al sustantivo “*familia*”, en todas las fases de la redacción del precepto, en la supresión del inciso “*sin perjuicio del respeto a la institución familia*” en el informe de la Ponencia Legislativa, y en el carácter polisémico de la voz “*familia*” en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, que permite acoger bajo la dicción constitucional cualesquiera núcleos familiares, básicamente, pero no de modo exclusivo, fundados por progenitores y engendrados, aunque no estén fundados en el matrimonio²⁰⁸⁵. Además, podemos encontrar varios argumentos que apoyan la protección de la familia matrimonial y no matrimonial en relación a la filiación²⁰⁸⁶:

- 1.- La protección integral de los hijos con independencia de su filiación. Art.39.2º y 3º.CE.
- 2.- La prohibición de discriminación por razón del nacimiento. Art. 14 CE.
- 3.- Los Convenios Internacionales que vinculan a España (Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. Art. 16.3²⁰⁸⁷., Principio 16 de Parte I de la Carta Social Europea, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Art. 23).

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el modelo de familia que la norma suprema ampara²⁰⁸⁸; la STCa 222/1992 de 11 de diciembre,

²⁰⁸⁵Vid. FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de Familia. Las uniones libres. Evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España. T. III*, Bosch, Barcelona, 1985, pp.21- 22.

²⁰⁸⁶BLASCO GASCÓ, F., CAPILLA RONCERO, F., LOPEZ LOPEZ, A., MONTES PENADÉS, V., ROCA Y TRIAS, E. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R., *Derecho civil. Parte general.*, Ob. cit., p.54 y ss; y en la misma línea Vid. SERRANO, J.L., “La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 4, 2001, p.52.

²⁰⁸⁷El artículo 16.3 de la Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclama que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado.

²⁰⁸⁸ARECES PIÑOL, M.T., “Las uniones de hecho: evolución jurisprudencial de los votos particulares en la sentencias del Tribunal constitucional, en MARTINELL, J.M. y ARECES PIÑOL, M.T. (Coords.), *Uniones de Hecho*, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho y Economía, Universidad de Lérida, Lérida, 1998, p.110: “La jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional en materia de Uniones de hecho o convivencia “*more uxorio*”, no ha sido en modo alguno uniforme, sino más bien contradictoria en cuanto se refiere al reconocimiento de determinados efectos derivados de dichas uniones, pudiéndose calificar en algunas ocasiones de cambios bruscos la doctrina sentada por este Alto Tribunal, sin que en nuestra opinión, se hayan dado razones o motivos justificados para que se hayan producido este cambio en una materia en la que la prudencia jurídica debería ser el camino a seguir por la doctrina jurisprudencial”.

afirma que: “*nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada e una institución y otra (art. 32 y 39), sino también, junto a ello por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la norma fundamental considera siempre a la familia, y en especial el repetido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (art. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia en que la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el artículo 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo*”²⁰⁸⁹.

5.4. LA IGUALDAD DE LOS CÓNYUGES COMO PRINCIPIO ESENCIAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

Como ya hemos referido, con la Constitución Española, fue necesario adaptar el Derecho de Familia a los principios fundamentales que en ella se recogen²⁰⁹⁰. Ello, junto con la exigencia de que el Derecho debe regular la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, hizo que se reconocieran de algún modo, las nuevas relaciones familiares y las diferentes formas de familia existentes, pues, se considera que, “no hay familia sino familias”²⁰⁹¹. Y aunque es

²⁰⁸⁹GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p 110.

²⁰⁹⁰BALAGUER CALLEJÓN, M^ºL., *Igualdad, y Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 2010, p.170: “En materia de filiación la jurisprudencia ha ido eliminando del Código Civil, todos aquéllos vestigios que representaban de forma directa o indirecta una discriminación para las mujeres. Algunas de estas decisiones han permitido reformas importantes en la legislación civil sin necesidad de legislar”.

²⁰⁹¹Vid. ALONSO PÉREZ, M., “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho Civil”, *Actualidad Civil*, N^º1, 5 al 11 de enero de 1998, pp.1-26. Como conceptos

cierto que la Constitución ha marcado un antes y un después en el Derecho de Familia, no sería justo reconocer los avances que ya se venían dando en la legislación antes de 1978.

Las leyes por sí solas son instrumentos escasamente idóneos para el cambio social y por lo tanto: *“Sólo actúan en la medida en que la conciencia social y en la vida social se dan ya las condiciones precisas para que los cambios legislativos sean asumidos y consuetudinorizados”*²⁰⁹². Las reformas del Derecho de Familia, incidieron en la igualdad jurídica de los cónyuges, en su libertad y son el producto de importantes cambios sociales que han ocurrido en nuestro país y en nuestra conciencia social. Uno de los principios que impulsaron estos cambios fue el *principio de igualdad* de los miembros de la familia, sobre todo entre las relaciones entre los cónyuges en el gobierno y dirección de la familia y en los derechos y deberes derivados de la patria potestad²⁰⁹³. Este principio además favoreció la implantación de la mediación familiar en España, en el ámbito de las crisis matrimoniales y de pareja y por ende, también propició la aplicación de la mediación a otros contextos como los sucesorios o los de empresa familiar²⁰⁹⁴.

ROCA TRÍAS, señala que la base de todo esto está en: *“Una regulación más o menos uniforme en torno a principios tales como la desaparición de la exigencia de la indisolubilidad del matrimonio que lleva a matrimonios sucesivos*

fundamentales en torno a la familia, surgen los siguientes: 1º La familia no forma parte de la organización del Estado, aunque este tenga un evidente interés en controlarla. 2º La familia no tiene en sí misma un valor supralegal, por encima de la regulación concreta de los diversos aspectos. 3º Al utilizar la Constitución un concepto abierto y no primar en ningún momento la familia matrimonial, debe afirmarse que la protección ofrecida por el artículo 39 de la CE no puede limitarse a las familias constituidas a partir del matrimonio. 4º Los criterios básicos que deben informar la legislación sobre familia están contenidos en los artículos 10, 14, 32 y 39 de la CE.

²⁰⁹²DIEZ PICAZO, L., “Protección Jurídica de la Familia”, *Anales de moral social y económica*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982, pp. 19-20.

²⁰⁹³Art. 39.4 de la CE y numerosos artículo del Código Civil tras las reformas de 1981 y 1996, así como las leyes autonómicas de protección a la infancia.

²⁰⁹⁴GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p. 134: “La transformación de las leyes se ha dado en paralelo en la mayoría de países de la unión europea, pudiendo sistematizarse en tres grandes reformas: 1º Las que se producen en casi todos los países de nuestro entorno entre los años 1960 y 1970, introduciendo el divorcio como causa de disolución del matrimonio. Ello trae como consecuencia la regulación del régimen económico matrimonial, adoptándose por la mayoría de estos países un sistema más o menos directo de comunidad de bienes. 2º La segunda generación de reformas se identifican con los años noventa, y afectan más directamente a la protección de personas con la finalidad de resolver: los problemas de filiación que derivan del uso de las técnicas de filiación asistida, la protección de menores y el reconocimiento de sus derechos fundamentales y las cuestiones derivadas de la adopción. 3º Y una tercera generación de reformas que se inicia a partir de finales de los años ochenta y que viene determinada por el incremento de uniones extramatrimoniales y el reconocimiento de sus derechos.”

*por medio de la generalización del divorcio, la aceptación generalizada de la forma civil del matrimonio, con la pérdida de su componente religioso, la necesidad de aplicar la igualdad entre los miembros del colectivo familiar, la necesidad de proteger sus derechos fundamentales como individuos y finalmente, como consecuencia de ello, la funcionalidad del Derecho de familia, ahora al servicio de la persona y no como sistema de control social*²⁰⁹⁵.

Uno de los principios de mayor aceptación internacional en el ámbito social como en el jurídico, derivado del principio de igualdad entre ambos sexos es el de igualdad de los cónyuges²⁰⁹⁶. Este principio está reconocido en la CE 1978, por lo que es importante valorar en qué medida es predicable en las relaciones entre cónyuges, así como entre progenitores y cuál es su reflejo en las distintas leyes que han modificado el Código Civil tras la Carta Magna de 1978. Al reconocer el principio de igualdad entre cónyuges, se les reconoce también mayor capacidad para negociar sobre aquéllos aspectos que las leyes les permitan, ampliándose consecuentemente, la libertad de pacto entre ellos y permitiendo, en última instancia que la mediación pueda ofrecer espacio para llegar a los acuerdos que consideren oportunos²⁰⁹⁷. Por lo tanto, la aceptación de la igualdad de los cónyuges o de la pareja, en su caso, es otro de los presupuestos sustanciales para que pueda desarrollarse la mediación familiar en España, igual que ocurre con el cambio producido en la relación de la patria potestad.

ROCA TRIAS entiende que *“la personalidad de los ciudadanos que les hace iguales ante la Ley, no tiene una traducción práctica en las normas de*

²⁰⁹⁵ROCA TRÍAS, E., “Tu voluntad es mi ley. Los cambios en el Derecho de familia en los últimos cuarenta años”, en *El Derecho en la facultad. Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 355.

²⁰⁹⁶Artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, establece que: “Los hombres y las mujeres...disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. El Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos de 19de diciembre de 1966 en su artículo 23.4º señala que: “Los Estados Parte4s en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”.

²⁰⁹⁷SANCHEZ MARTINEZ, O.Mª., “Las transformaciones de la familia tradicional y la igualdad sexual”, *Revista Derechos y Libertades*, Nº 23, Época II, junio 2010, p.183:”Reconocida la igualdad de derechos entre hombres y mujeres se han cuestionado todos aquellos presupuestos de estabilidad social sustentados en la desigualdad sexual y la familia es una de las instituciones que, con mayor vigor y eficacia, ha sido mantenedora de la discriminación sexual. Teniendo en cuenta la familia, las cuestiones de igualdad de género son difíciles de abordar plenamente sin un replanteamiento de aquella familia dispensadora de roles sexuales. A este respecto se ha podido decir que, en realidad la subsistencia de la familia tradicional es más inquietante que su declive, porque el desarrollo económico y la democracia sólo son posibles en condiciones de igualdad sexual, y para esto ha de cambiar la familia tradicional”.

*derecho de familia, en las que hasta la Constitución de 1978 no rigió el principio de igualdad, sino el de autoridad”, sin embargo, no hay que olvidar que ya se habían venido produciendo ciertos avances en este terreno a través de las leyes preconstitucionales”*²⁰⁹⁸.

Tras la Constitución española de 1978 donde se refleja el principio de igualdad en el artículo 14, la Ley 13/2005 dispuso la modificación del artículo 66 del Código Civil que, *“los cónyuges son iguales en derechos y deberes”*. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre el principio de igualdad, afirmando que no sólo afecta al momento de la constitución del matrimonio, sino también a su desarrollo y extinción: *“Las sucesivas reformas del Código Civil han supuesto la desaparición de los vínculos patriarcales y autoritarios y la configuración de un nuevo grupo familiar de base asociativa”*²⁰⁹⁹.

La redistribución de papeles en el seno de la familia, se han ido desarrollando también en torno a este principio de igualdad y a ello han contribuido los importantes cambios sociales de las últimas décadas. Prueba de ello es la nueva redacción dada al artículo 678 del C.C. por la Ley 15/2005 de 8 de julio²¹⁰⁰ que modifica el Código civil al decir: *“Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”*. En este sentido también encontramos la modificación del artículo 1.319 del CC, realizada por la ley 11/1981 de 13 de mayo, al equiparar a los cónyuges en los actos de la gestión doméstica: *“Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma”*²¹⁰¹.

²⁰⁹⁸ ROCA TRÍAS, E., “Familia y cambio social (de “la casa” a la persona)”, Ob. cit., p 157. Por ejemplo, la ley 24 de abril de 1958 por la que se amplía la capacidad de orar de la mujer, se modifica el régimen jurídico del matrimonio y se da participación a la mujer en el gobierno y disposición de los bienes pertenecientes a la comunidad de gananciales ampliándose su capacidad negocial. También la ley 14/1975 de 2 de mayo, de reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges.

²⁰⁹⁹ STC 159/1989 de 6 de octubre (BOE número 267 de 7 de noviembre).

²¹⁰⁰ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

²¹⁰¹ TOBIO SOLER, C., “¿Qué conciliación? Una propuesta integral”, en PEREZ DE LA FUENTE, O. (Coord.), *Mujeres: Luchando por la Igualdad. Reivindicando la diferencia*,

El principio de equiparación de cónyuges se da en otros artículos del Código civil que tuvieron que modificarse por el necesario desarrollo del principio constitucional de igualdad. La Ley 30/1981 de 7 de julio modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinó el procedimiento a seguir en causas de nulidad, separación y divorcio. También la Ley 11/1990 de 15 de octubre sobre reforma del Código Civil en aplicación de no discriminación por razón del sexo, modificó numerosos preceptos como el artículo 14, respecto a la vecindad civil y el 159 respecto a la preferencia de custodia a las madres.

Pero el principio de igualdad y en definitiva, el ejercicio pleno ejercicio de los derechos y obligaciones en el matrimonio y en la familia, con independencia del sexo llega a su máxima consecuencia tras la ley 13/2005 de 1 de julio, cuando se determinan que todos los efectos del matrimonio sean predicables de ambos cónyuges, modificándose los preceptos que contenían referencias al sexo de sus integrantes²¹⁰². Desde entonces el principio de igualdad informa toda la regulación

Dykinson, Madrid, 2010, pp.26-27: “El objetivo de la conciliación es hacer posible la compatibilidad tanto para mujeres como para hombres entre la dedicación laboral y la atención a las responsabilidades de cuidado y mantenimiento del hogar, en especial en lo referente a los hijos pequeños...La conciliación en sentido estricto hace solamente referencia a la compatibilidad entre la participación o implicación, a la vez en el mundo laboral y familiar. Sin embargo, ello puede concretarse de formas variadas y tener efectos muy distintos sobre aspectos como la igualdad o el bienestar de los niños. El modelo introduce tres criterios básicos como factores de valoración de los restantes elementos con la idea de que se conceda prioridad a las políticas de conciliación que los satisfacen. En primera lugar, la igualdad entre mujeres y hombres. Las medidas de conciliación deben hacer avanzar la igualdad de género tanto en el trabajo remunerado como en el hogar y la familia. En segundo lugar, la igualdad social. las políticas de conciliación pueden ser un instrumento importante de redistribución social y de promoción de la igualdad entre clases y grupos sociales. Pero también pueden tener un efecto regresivo si se orientan hacia recursos no accesibles para el conjunto de la población o si segregan socialmente el acceso a los mismos. El tercer criterio a considerar es el bienestar de los niños. SE priorizan los instrumentos que aseguran y permiten constatar que los menores son adecuadamente cuidados, así como que los recursos disponibles se destinan efectivamente a esa finalidad”.

²¹⁰²Tal y como señala la Exposición de Motivos de la Resolución de 29 de Julio de 2005, de 1 de julio de 2005 de la Dirección General de Registros y Notarías sobre matrimonio de personas del mismo sexo “La reciente Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en el marco de los principios constitucionales de igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad (art. 9.2, 10.1 y 14 de la CE) y en el contexto de la actual realidad social española que acoge diversos modelos de convivencia de pareja, ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico la innovación de permitir que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo, con plenitud de igualdad, superando con ello la concepción tradicional de la diferencia de sexos como uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución matrimonial por nuestro Derecho. Así resulta de lo dispuesto en el párrafo segundo que se añade al artículo 44 del Código, conforme al cual: el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

de los derechos y deberes de los cónyuges en las distintas esferas de actuación: gestión de bienes, sucesiones, separación²¹⁰³.

Dicho lo anterior, señalar que no es posible la modificación o derogación de este principio de igualdad, por la voluntad o pacto de las partes, no obstante habrá que analizar cada caso concreto y ver el modo en que afecta a las relaciones conyugales tanto personales como patrimoniales, pues según el artículo 1255 del CC, por la plena capacidad de obrar de las partes, sería posible y válido el consentimiento prestado para autolimitarse en ciertos actos²¹⁰⁴. Lo importante es que los pactos se realicen desde la igualdad y desde la misma, también pueda renunciarse de forma reducida a ella para determinadas actuaciones, siempre que no se lesionen los intereses del cónyuge que pactó la lesión o exista un desequilibrio entre ellas y eso es muy importante cuando hablamos de mediación familiar, pues en este procedimiento, nunca puede haber un desequilibrio de poder entre las partes²¹⁰⁵.

Tras todo lo expuesto, podemos llegar a la conclusión, de que el principio de igualdad en las relaciones de pareja (conyugales o de hecho) es uno de los ejes o principios esenciales del régimen jurídico de la institución familiar y esto se manifiesta en el instituto de la mediación familiar, pues su esencia es que las partes se encuentren en posiciones de equilibrio para poder negociar y llegar a acuerdos sobre los temas que sean de su interés y difícilmente se podría producir esta situación si las partes no tuvieran reconocido previamente un status de absoluta igualdad y las leyes no ampararan del mismo modo sus derechos y obligaciones, sin discriminación por razón de género²¹⁰⁶. Así el principio de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico y principalmente a través de la Constitución, ha sido determinante para que la mediación familiar se haya podido desarrollar y adquirir carta de naturaleza en España.

²¹⁰³La inexistencia de representación legal junto a la posibilidad de atribuírsela entre ellos, la nacionalidad y la vecindad civil, no se ven condicionadas por el matrimonio, predicándose asimismo, dicho principio en el ejercicio de la potestad de ambos progenitores.

²¹⁰⁴ALBADALEJO, M., *Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia*, Ob.cit., p.128.

²¹⁰⁵Vid. BLASCO GASCÓ, F., CAPILLA RONCERO, F., LOPEZ LOPEZ, A., MONTES PENADÉS, V., ROCA Y TRIAS, E. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^ºR., *Derecho civil. Parte general*, Ob. cit., p. 65-66.

²¹⁰⁶GARCÍA VILLALUENGA, L. *Mediación en Conflictos Familiares: Una construcción desde el Derecho de Familia*, Ob. cit., p. 134.

5.5. NOTAS DISTINTIVAS DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES EN LOS PROCESOS JURISDICCIONALES Y LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO ALTERNATIVA.

La explicación de la especialidad del proceso contencioso de familia, como indica CENDRERO MELGUIZO, ha de buscarse necesariamente en las notas distintivas que singularizan a este tipo de conflictos y a los procesos sobre los que se proyectan que entre otras muchas, podemos resumir las siguientes notas que caracterizan los conflictos de esta naturaleza²¹⁰⁷:

a) Estos conflictos se caracterizan porque su finalidad esencial es la pacificación del conflicto familiar que subyace bajo el mismo, ayudando a la redistribución de los nuevos roles familiares. Son procesos cuya sentencia debe tener más de proyección de futuro, fijando nuevas reglas de juego, que de análisis del pasado (salvo el estrictamente necesario), resultando por tanto especialmente inadecuado para ello, el reparto de los papeles tradicionales que genera la dinámica del proceso civil contencioso, de víctima/culpable, ganador/perdedor y que tiende a poner el acento en criterios de negativización del contrario, pues ello provoca una mayor dificultad para las relaciones personales futuras de todo el núcleo familiar²¹⁰⁸.

b) También se caracterizan, por la naturaleza de las relaciones jurídicas de que se ocupan²¹⁰⁹. Las relaciones jurídicas que se ventilan en los procesos de familia son en muchos casos de carácter personalísimo y todas están teñidas de una inevitable carga emocional que ha de ser tenida en cuenta por todos los

²¹⁰⁷CENDRERO MELGUIZO, T., *Mediación familiar: experto en gestión de conflictos*, Formación Alcalá, Alcalá la Real (Jaén), 2006, p.50: “La relación amorosa de pareja no se conforma únicamente de conductas, actitudes y sentimientos positivos. También está presente en las relaciones afectivas, por un lado, aquella parte de uno mismo, más oscura y los aspectos más negativos de la realidad que nos rodea”.

²¹⁰⁸Vid. ALFONSO RODRIGUEZ, E., “La Mediación familiar en España: Concepto, caracteres y principios informadores”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de La Laguna, Nº25, Mayo 2008, pp. 55-76. En esta línea pacificadora de los conflictos familiares y de superación de dinámicas culpabilísticas ha de inscribirse la supresión de las causas de separación efectuada por la Ley 15/2005 por la que se modifican el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

²¹⁰⁹UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “ Nueva perspectiva en la gestión judicial de los conflictos familiares”, *Revista de Estudios Jurídicos*, 2007, p.270: “La separación y el empeño en un procedimiento judicial a veces tiene el riesgo de engendrar una violencia inesperada contra los otros y contra uno mismo. De esta confrontación surge la desilusión, resulta una transformación de los sentimientos, se transmutan los efectos positivos en negativos. Con la ruptura se instala el tiempo del tormento, del lamento, del rechazo, de la amargura y del rencor”.

operadores jurídicos que de una u otra forma intervenimos en ellos²¹¹⁰. Una segunda consecuencia del tipo de relaciones jurídicas sobre las que se opera es su carácter evolutivo y dinámico, evolución que se manifiesta incluso al compás del propio proceso o mejor dicho como consecuencia del propio proceso²¹¹¹.

c) Debilitamiento del principio de legalidad positivista, es otra de las características. El juez goza de amplias facultades discrecionales en los procesos de familia, por ejemplo en el ámbito de las medidas personales, y ello unido a la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados en el campo del Derecho de Familia (“*interés o beneficio del menor*” de los artículos, 2 de la LO 1/96 de protección jurídica del menor y de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del 92 del Código Civil, “*interés familiar más necesitado de protección*” de los artículos 96 y 103 del Código Civil, “*incumplimiento de los deberes de protección*” del artículo 172, “*desequilibrio económico*” del artículo 97 o la proporcionalidad de que habla el 146 para la fijación de los alimentos por citar solo algunos ejemplos), suponen un claro debilitamiento del principio de legalidad en su acepción positivista²¹¹².

d) La no coincidencia entre partes procesales y las partes en conflicto, también caracteriza a los conflictos familiares. La presencia de menores, incluso de familia extensa (abuelos sobre todo) en la mayoría de estos litigios que sin ser parte procesal estricta se ven afectados muy directamente por las resultas de los mismos, es una característica de los procesos de familia que marca notables diferencias con el proceso civil ordinario y que explicaría una parte importante de esa insatisfacción que antes hemos apuntado. No todas las partes del conflicto familiar hablan ni son escuchadas en el proceso.

e) Carácter interdisciplinario del Derecho de Familia e intervención de profesionales no jurídicos. Finalmente, por el tipo de relaciones humanas y sociales de las que se ocupa el Derecho de Familia, es cada vez más importante el

²¹¹⁰ Ese carácter personalísimo tiene su primera manifestación en una cierta crisis del decisionismo judicial imperativo que es la base de todo el sistema judicial en los supuestos de incumplimientos, por ejemplo ¿Cómo se obliga a un menor adolescente a cumplir un régimen de visitas no querido?.

²¹¹¹ Normativamente son reflejo de estas peculiaridades los procesos de modificación de medidas y el artículo 752 de la LEC sobre hechos nuevos que tiende a evitar el lamentable espectáculo de resoluciones judiciales que en el momento de ser dictadas nada tienen que ver con la realidad del conflicto familiar al que se refieren.

²¹¹² Correlativamente esa discrecionalidad del juez acarrea un incremento notable de la imprevisibilidad en la respuesta judicial que en la práctica se traduce en una cierta litigiosidad contenciosa innecesaria.

papel que desempeñan en este tipo de procesos profesionales no jurídicos, especialmente Psicólogos y Diplomados en Trabajo Social²¹¹³.

Por tanto, este tipo de conflictos deben ser manejados con profesionalidad y mucha diligencia, puesto que además de ser muy complejos, se manejan en los mismos, no sólo intereses de las partes sino también, intereses de terceros que también forman parte de la familia²¹¹⁴.

La mediación, como alternativa, como señala MARTIN DIZ puede contribuir eficazmente a descongestionar el sistema judicial o a aligerar los procedimientos judiciales; ello sin entrar, al beneficio colateral de su rapidez y la sencillez que la caracterizan²¹¹⁵. Mediante este procedimiento se produce una derivación del protagonismo que asumen las partes, profundizando en la dimensión y el alcance del conflicto hasta llegar a una solución pactada, pues el mediador no decide ni impone una determinada decisión, su misión, es únicamente cooperar en la consecución de un acuerdo; y como facilitar la comunicación entre ellos, fomentando el mantenimiento futuro de las relaciones personales²¹¹⁶.

La mediación familiar se constituye en herramienta importante desde el punto de vista de la solución eficiente de la controversia jurídica, que al mismo tiempo toma en consideración, con mayor grado que otras formas de solución de conflictos jurídicos en el ámbito de la familia, la satisfacción con el resultado, menos efectos perjudiciales en la relación entre las partes y una menor recurrencia entre los participantes²¹¹⁷.

²¹¹³En el ámbito de las medidas personales respecto a hijos menores (guarda y custodia y régimen de estancia con el progenitor no custodio, adopción de medidas de protección) el dictamen que emiten estos especialistas (artículo 92 del Código Civil), sobre todo si forman parte de los Equipos Psicosociales de los Juzgados, es prácticamente determinante de la resolución judicial que se adopte, no siendo excesivo afirmar que en estos supuestos el Juez de Familia “delega” en tales profesionales la adopción de las decisiones correspondientes, algo lógico si tenemos en cuenta que las perspectivas no jurídicas en ese tipo de decisiones son claramente predominantes.

²¹¹⁴Vid. CENDRERO MELGUIZO, T., *Mediación familiar: Experto en gestión de conflictos*, Ob. cit., p. 120.

²¹¹⁵MARTIN DIZ, F., *La Mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2010, pp.21 y ss.,

²¹¹⁶La mediación como forma alternativa de resolución de conflictos tiene una importancia determinante en la relaciones de familia, principalmente, atendiendo a la gran cantidad de conflictos, que se generan tras un proceso de ruptura de la pareja estable o matrimonial, sino con mayor relevancia, por las consecuencias que se derivan de tales rupturas en el ámbito socio afectivo de los miembros del núcleo familiar, y mayor atención, en los niños.

²¹¹⁷Vid. GELBENZU MENDIZÁBAL, E., y SALABERRIA IRIZAR, K., “Intervención en el proceso de separación conyugal: un caso de mediación familiar”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 1998, Vol. 8, pp. 79-100. Toda ruptura matrimonial, o de pareja, afecta a sus protagonistas, y por extensión, a todas las facetas de la vida de éstos. Durante las situaciones de crisis, y una vez

GARCÍA TOMÉ²¹¹⁸ señala que, la ruptura en la pareja posiblemente sea una de las experiencias vitales más traumáticas y penosas que pueden sufrir las personas²¹¹⁹.

Las especiales características de los conflictos familiares, imponen que, cuando se realice una mediación familiar, el mediador, debe tener especial cuidado en considerar que en toda familia, existe un factor aglutinante consistente en los afectos y sentimientos, que prevalecen entre quienes la integran²¹²⁰. Estos sentimientos y emociones, que constituyen el factor fundamental de unidad familiar, se polarizan cuando surge un conflicto, pues las personas cambian súbitamente su escala de valores, olvidan sus intereses, fundados en el afecto recíproco y los reemplazan por otros, en donde prevalece el resentimiento, el rencor, la animadversión y, a veces, hasta la codicia²¹²¹.

En España la utilización de la mediación, fue anterior a su regulación legal lo que no impidió su creciente aplicación a los conflictos derivados de las crisis familiares²¹²². Entre los factores que han servido de impulso a la mediación, cabe mencionar la labor desarrollada por los equipos psicosociales adscritos a los juzgados de familia, que surgieron con la función específica de colaborar con la autoridad judicial a la hora de detectar lo que es más beneficios para los hijos menores de edad, como paso previo a la toma de decisiones relativas a los mismos²¹²³. La mediación familiar tendrá cabida en aquellos espacios donde los

tomada la decisión de separarse, aparecen cambios muy importantes en todos los aspectos. Estos cambios implican consecuencias a nivel económico, laboral, personal, con los amigos, la familia, religiosos... etc. Además, los sentimientos tan diferentes por los que pasan se mezclan entre sí impidiéndoles ver la realidad tal y como es, y aumentando la confusión.

²¹¹⁸Vid GARCÍA TOMÉ, M. "La mediación familiar en los conflictos de pareja", *Documentación social*, Nº 48, pp.43-59.

²¹¹⁹Por tanto, la decisión de separarse es fruto, en la mayoría de los casos que llegan a mediación, de una larga, penosa y conflictiva lucha, donde se incorporan sentimientos de miedo, culpabilidad, baja autoestima, rencor, e incluso odio. En estos casos, al predominar el instinto y los impulsos por encima de la racionalidad, los sentimientos pueden convertirse en obstáculos que dificultan el trabajo del mediador, y por ello, de cualquier intento por conseguir que las partes en conflicto puedan llegar a acuerdos aceptables para ellos y sus hijos. La complejidad que supone el proceso de ruptura en cualquier proceso de mediación familiar, obliga al mediador a tener en cuenta todas las circunstancias que rodean la crisis y también los futuros acuerdos entre las partes.

²¹²⁰Vid. CALCATERRA, R., *Mediación Estratégica*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 57.

²¹²¹Vid. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., "La Mediación Familiar", en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Dir.), *Tratado de Mediación en la Resolución de Conflictos*, Ob. cit., p.175. A diferencia de otras figuras, como el árbitro, el negociador, o el conciliador y a través de unas técnicas especiales, el mediador, abre vías de comunicación entre las partes para que sean ellas mismas quienes consigan el acuerdo que ponga fin a las cuestiones en conflicto.

²¹²²Vid. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., "La mediación Familiar", Ob. cit., p.176 y ss.

²¹²³Precisamente la práctica, la experiencia acumulada y los buenos resultados en este campo por estos equipos, es lo que ha favorecido su utilización en otros ámbitos.

cambios que se estén produciendo, necesiten una reorganización de la estructura de la familia, llevándola hacia una nueva forma; así cómo servirá para buscar soluciones con sus propias herramientas, recursos y destrezas, es lo que diferencia el hecho de mediar de otras vías de resolución de conflictos²¹²⁴.

El sistema de mediación puede verse por tanto, como una alternativa cuando el objetivo de la familia, sea llegar a un acuerdo, facilitando las nuevas relaciones que deban darse en el futuro.

5.6. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE MEDIACIÓN FAMILIAR Y LAS VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN.

La mediación ha sido definida de distintas formas, todas ellas subrayando uno u otro de sus elementos básicos. Para la mediación familiar, también han de valer tales definiciones. Así, BERNAL SAMPER, se refiere a la mediación familiar como un tipo de negociación donde los disputantes cuentan con una tercera parte imparcial que introduce elementos para modificar la confrontación planteada de forma que evite los malos entendimientos, aclare los problemas y facilite a las partes la búsqueda de soluciones aceptables para ambos²¹²⁵. La intervención de este tercero, el mediador, a diferencia de lo que ocurre con otros mecanismos de resolución de conflictos, se produce a iniciativa de las partes y sin detrimento del poder de las mismas para decidir, ya que el mediador se limita a ayudar a las partes a alcanzar voluntariamente su propio arreglo²¹²⁶.

Según esta concepción, la mediación origina un procedimiento de negociación integrado por una serie de fases o etapas, conducido y organizado por un tercero competente e imparcial, en el que las partes conservan su protagonismo y capacidad de decisión y cuya finalidad es no sólo alcanzar una serie de acuerdos

²¹²⁴Vid. CENDRERO MELGUIZO, T., *Mediación familiar: experto en gestión de conflictos*, Ob. cit., p.121.

²¹²⁵BERNAL SAMPER. T., *La mediación familiar. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., p.63.

²¹²⁶MARTIN GONZÁLEZ, E, DEL ALAMO GUTIÉRREZ, C. y GONZÁLEZ CORCHUELO, C., “Mediación Familiar intrajudicial: reflexiones y propuestas desde la práctica”, *Revista de Mediación*, Año 2, Marzo 2009, pp.6-15. Estos autores destacan las condiciones básicas de derivación: a) Niveles moderados de conflicto. b) Motivación para alcanzar un acuerdo. C) Obligatoriedad de la mediación. Las tasas de acuerdo son más bajas cuando las partes no se muestran animadas para la mediación o no confían en el mediador.

sobre aquellos aspectos de la convivencia que demandan una solución, sino también establecer un cauce para el diálogo, el entendimiento y superación de las discrepancias. Aparece así la mediación integrada por una serie de componentes, como son la negociación, la voluntariedad, la competencia e imparcialidad del mediador y la falta de poder de decisión del tercero²¹²⁷.

HAYNES, habla de la mediación familiar como un: *“proceso en virtud del cual, un tercero, el mediador, ayuda a los participantes en una situación conflictiva a su solución mutuamente aceptable y estructurada de manera que permita, de ser necesario, la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en el conflicto”*²¹²⁸. MARTÍN CASALS, siguiendo la concepción mayoritaria, define esta figura como: *“Un procedimiento no contencioso de resolución de conflictos en el que los miembros de una pareja (u otros miembros de una familia), con la ayuda de un profesional imparcial y neutral (la persona mediadora), pretenden alcanzar por sí mismos un acuerdo que les permita resolver el conflicto que les enfrenta sin necesidad de someterlo a la decisión de un tercero, ya sea un autoridad judicial u otra persona”*²¹²⁹. En parecidos términos se expresan, VILLAGROSA ALCAIDE y VALL RIUS, al referirse a la mediación familiar como un: *“Proceso extrajudicial por el que un profesional imparcial, cualificado y sin poder decisorio, asiste a las partes en conflicto, principalmente para facilitar las vías de diálogo y la búsqueda de una solución voluntaria y duradera”*²¹³⁰.

Por su parte, TORRERO MUÑOZ, destaca de la mediación familiar, su carácter de procedimiento extrajudicial y voluntario. Extrajudicial, en cuanto que su realización está vedada a la autoridad judicial y, voluntario, porque su fuerza

²¹²⁷ ALFONSO RODRIGUEZ, E., “La Mediación familiar en España: Concepto, caracteres y principios informadores”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de La Laguna, N°25. Mayo 2008, pp. 55-76. Al mismo tiempo se subraya cómo la mediación en el campo del derecho de familia es una técnica para ayudar a las parejas casadas o no, que han decidido su separación o divorcio, a negociar sus desacuerdos y poder resolverlos de una manera pacífica, posibilitando al mismo tiempo que los padres sigan actuando como tales después de la separación y que en consecuencia los hijos puedan desarrollar una relación adecuada con ambos, garantizándose de esta manera el derecho que tiene el menor a conservar a ambos progenitores pese a su ruptura como pareja

²¹²⁸ HAYNES, J., *Fundamentos de la Mediación Familiar*, Gaia Ediciones, Madrid, 1995, p.11.

²¹²⁹ MARTÍN CASAL, M., “La mediación familiar: Concepto y Principios Generales en las iniciativas legislativas Españolas”, *Rivista di Diritto della Famiglia e delle successioni in Europa*, N° 4, Oct-Dic. 2001, p.125.

²¹³⁰ VILLAGROSA ALCAIDE, C. Y VALL RIUS, A., “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, *La Ley*, N°3, Año 2000, p.1794.

radica en la voluntad de las partes²¹³¹. Desde esta perspectiva, además de la profesionalidad, la imparcialidad y neutralidad que caracterizan la función mediadora, son las notas de la extrajudicialidad y la voluntariedad los aspectos que mejor definen a la mediación; quedando fuera de ésta otras intervenciones de terceros que se producen en el marco del procedimiento judicial a instancia judicial o por imperativo legal (es el caso de los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia).

La R (98) 1 sobre mediación familiar aprobada por el Consejo de Europa el 21 de enero de 1998, se refiere a la mediación familiar como un “proceso en el que un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones que son objeto de litigio, con vistas a la obtención de acuerdos comunes”²¹³².

Posteriormente la Propuesta de Directiva 2004/0251 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en la que se dispone que a los efectos de la presente directiva se entiende por mediación: *“Todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro. No incluirá los intentos del juez por solucionar el litigio en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”*²¹³³.

²¹³¹TORRERO MUÑOZ M., “La mediación familiar: una alternativa a la resolución de los conflictos familiares”, *Actualidad Civil*, N° 23, 5 a 11 de junio de 2000, p.859.

²¹³² El interés suscitado por la mediación familiar en Europa arranca de la tercera conferencia europea sobre Derecho de Familiar celebrada en 1995, en la que se recomendaba a dicho organismo examinar el fenómeno de la mediación familiar así como otros mecanismos de solución de los litigios familiares. Objetivo que se alcanza en la cuarta conferencia europea sobre Derecho de Familia, la cual, siguiendo aquella recomendación propicia la preparación de un instrumento internacional que contenga los principios básicos de la mediación. Y es así como, siguiendo este objetivo, el Comité de expertos en derecho de familia, bajo la autoridad del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, se encarga de ejecutar dicho mandato, constituyéndose al efecto un grupo de trabajo que preparó un proyecto de recomendación, que tras las correspondientes revisiones y estudios, fue aprobada el 21 de junio de 1998, por el Comité de Ministros, como la Recomendación N° R (98) 1.

²¹³³Propuesta de Directiva 2004/0251 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2004.

5.6.1. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE MEDIACIÓN FAMILIAR.

HIGALGO MENA, considera que la mediación familiar, por su aplicación dentro del ámbito jurídico en los casos de separación o divorcio matrimonial “*tienen un amplio predicamento como complemento o alternativa en este tipo de litigios*”²¹³⁴. No obstante el desarrollo de este instrumento, dice, lo hace muy útil y eficaz para rescatar a las familias de situaciones que en muchos casos son alienantes o marginales, recomponiendo competencias que pueden ser habilitadas con el manejo de las técnicas de negociación que apoyan la mediación.

Siguiendo el Protocolo de Mediación Familiar²¹³⁵, aprobado por el CGPJ, la mediación familiar, ha de comprender de forma específica las siguientes materias, entre otras²¹³⁶:

- a) Situaciones de nulidad matrimonial separación y divorcio que deban ser acordadas en el correspondiente convenio regulador
- b) Los acuerdos a alcanzar por las parejas al romperse la convivencia
- c) La liquidación de los regímenes económicos matrimoniales.
- d) Los elementos de naturaleza dispositiva en materia de filiación, adopción y acogida, así como las situaciones que surjan entre a persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer datos biológicos.
- e) Los conflicto derivados del ejercicio de la potestad parental y del régimen y forma de ejercicio de la custodia de los hijos
- f) Los conflictos relativos a la comunicación y relación entre los progenitores, descendientes, abuelos, nietos y demás parientes y personas del ámbito familiar.
- g) Los conflictos relativos a la obligación de alimentos entre parientes.
- h) Los conflictos derivados del cuidado de personas mayores o dependientes con las que exista una relación de parentesco.

²¹³⁴Vid. HIDALGO MENA, F., “Ámbitos de aplicación de la Mediación Familiar”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo III, pp.149 y ss.

²¹³⁵PROTOCOLO para la implantación de la Mediación Familiar intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de procesos de familia. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Mayo, 2008.

²¹³⁶Vid. MARTÍN GONZÁLEZ, E., DEL ALAMO GUTIÉRREZ, C. y GONZALEZ CORCHUELO, C., “Mediación familiar intrajudicial: Reflexiones y propuestas desde la práctica”, *Revista de Mediación*, Año 2, N°3, Marzo 2009, pp.6-15.

- i) Las materias que sean objeto de acuerdo por los interesados en las situaciones de crisis familiares, si el supuesto presenta vínculos con más de un ordenamiento jurídico.
- j) Los conflictos familiares derivados de la nacionalidad.

La mediación familiar puede ser muy útil en temas relacionados con las empresas familiares, transmisiones patrimoniales, la estructuración y la organización empresarial, la participación de los miembros en la propiedad y gestión del ejercicio empresarial²¹³⁷. También en procesos de institucionalización o desinstitucionalización como la incapacitación, el internamiento de familiares, en centros de atención a la mujer por un posible maltrato y en Puntos de Encuentro donde se llevan a cabo las visitas o entrega y recogida de hijos, entre padres custodios y no custodios²¹³⁸.

La operatividad y eficacia del proceso contencioso como instrumento para abordar estos conflictos familiares, avivan y potencian la tensión emocional que generan, por lo que teniendo en cuenta las especialidades de estos conflictos, es conveniente la utilización de la metodología que conlleva la mediación, así lo entiende LUQUIN BERGARECHE²¹³⁹.

Todas las materias que recogen las leyes sobre mediación familiar derivan de los pilares básicos en que se asienta este Derecho en nuestro ordenamiento jurídico²¹⁴⁰.

Las relaciones básicas de la familiar que se regulan en el Código Civil parten del matrimonio, como modelo más extendido socialmente de creación de la familia, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales²¹⁴¹. Matrimonio y ruptura son dos ejes básicos que sustentan el punto de arranque del Derecho de familia, aunque siempre teniendo en cuenta esto como pasado histórico, pues hoy

²¹³⁷Vid. GIMENO, A., “La empresa familiar: la familia empresaria”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dirs.), *Mediación Familiar*, Tomo III, Ob. cit., pp.416 y ss.

²¹³⁸Vid. HIDALGO MENA, F., “Ámbitos de aplicación de la Mediación Familiar”, Ob. cit., pp.150 y ss.

²¹³⁹Vid. LUQUIN BERGARECHE, R., “Contestación al cuestionario presentado a los participantes de la mesa redonda “Problemas de la implantación de la mediación intrajudicial en los juzgados de Familia”. Síntesis y Valoraciones sistematizadas”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Alternativas a la judicialización de los conflictos. La Mediación*, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, pp. 283-413.

²¹⁴⁰Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., “La Mediación en el ámbito familiar”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, N°29, Enero de 2013, pp.1-23.

²¹⁴¹Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, M., “Derecho de Familia y Mediación Familiar”, Ob. cit., p. 216.

en día existen, como sabemos, otros tipos de relaciones que pueden tener trascendencia jurídica generados a partir de los usos y costumbres²¹⁴².

Los derechos de los hijos, el ejercicio de la patria potestad, la representación legal de los hijos, teniendo en cuenta su grado de madurez en relación a los derechos de la personalidad y otros que pueda realizar por sí mismo, así como la administración de sus bienes, las relaciones derivadas de la tutela y otras instituciones de guarda de menores o incapacitados no sujetos a patria potestad, como acogimiento o tutela y guarda administrativa, y otras relaciones de parentesco.

La actual familia ya no se circunscribe a la unión de la pareja heterosexual basada en el contrato matrimonial y el Derecho de Familia se ha adaptado a la evolución social.

Así, podemos ver que dentro de la mediación familiar pueden tener cabida, multitud de conflictos; a los sujetos se les reconoce un amplio margen de autonomía, desde un plano de igualdad, incidiendo en deberes éticos surgidos del compromiso adquirido, tales como la lealtad, la solidaridad, el respeto mutuo y la responsabilidad, deberes que han de extenderse a la ruptura del vínculo y en los que la mediación familiar constituye un medio idóneo para la solución de los conflictos que subyacen, manteniendo estos principios en la búsqueda de soluciones consensuadas.

El anteproyecto de la Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, añade un nuevo artículo 2 bis a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles²¹⁴³, delimitando el número primero al ámbito de la mediación familiar, mientras que el número segundo establece un catálogo de materias susceptibles de mediación²¹⁴⁴. De la R

²¹⁴²El Derecho de familia, recoge igualmente las relaciones paterno filiales, tanto en su vertiente personal como patrimonial, filiación matrimonial, extramatrimonial y adoptiva.

²¹⁴³Art. 2 bis: “La mediación familiar, en el ámbito de aplicación de esta ley y como modalidad de la mediación civil, únicamente podrá realizarse sobre conflictos que tengan por objeto materias que sean legalmente disponibles para las partes o que, en su caso, sean susceptibles de ser homologadas judicialmente.” Reiterando que se excluyen de mediación, los asuntos civiles y mercantiles cuyos derechos y obligaciones no estén a disposición de las partes.

²¹⁴⁴Este punto recoge un amplio abanico de los conflictos intrafamiliares susceptibles de someterse a la mediación prevista en esta ley y que son los surgidos: a) en las relaciones entre personas unidas por vínculo matrimonial o pareja de hecho durante su convivencia o en los supuestos de ruptura, separación, divorcio o nulidad, antes de iniciar el procedimiento, durante su tramitación, en fase de ejecución de la resolución o en los procedimientos de modificación de medias judiciales adoptadas. B) En los supuestos de sustracción internacional de menores. c) En el seno de las personas unidas por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o

(98)¹ sobre mediación familiar del Consejo de Europa podemos destacar como elementos caracterizadores de la figura: su carácter no terapéutico al tiempo que su configuración como una alternativa a la judicialización de los conflictos familiares²¹⁴⁵:

a) El carácter no terapéutico de la mediación.

Entre los caracteres definitorios de la mediación familiar ocupa un lugar relevante su caracterización como un sistema de resolución de conflictos distinto de la terapia psicológica. Esto es, en la mediación se parte como presupuesto previo de la existencia de un conflicto familiar (la mayor de la veces de parejas con hijos) a cuya adecuada consecución sirve este mecanismo de intermediación, pero un conflicto convivencial que pone en cuestión la supervivencia de la relación de pareja, por cuanto la mediación como tal no sirve a la reconciliación o restablecimiento del orden familiar roto, sino que va a operar a partir de esa situación fáctica de conflicto y enfrentamiento de intereses, para culminar con un proceso de separación o divorcio, no contencioso (en caso de relación matrimonial), o con un acuerdo entre los miembros de la pareja que regularice para el futuro sus relaciones con los hijos.

De este modo podemos decir que la ruptura de la pareja es lo que justifica el expediente de la mediación familiar, dejando de lado todas aquellas situaciones en las que la intervención o mediación de terceros esté dirigida al restablecimiento de la paz familiar rota. A este carácter no curativo o terapéutico²¹⁴⁶ se refiere

afinidad, en los supuestos de herencia u otros de ámbito familiar. d) Entre los menores y las personas con la capacidad judicialmente completada y los titulares de las instituciones de protección y apoyo que hayan sido designados o sus guardadores de hecho. e) Entre la familia acogedora, los acogidos y la familia de origen respecto a cualquier conflicto o aspecto del acogimiento o convivencia. f) Entre la familia del adoptante, los adoptados y la familia biológica en la búsqueda de orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores. G) En relación con la obligación de alimentos entre parientes.

²¹⁴⁵Vid. ALFONSO RODRIGUEZ, E., “La Mediación familiar en España: Concepto, caracteres y principios informadores”, Ob. cit., p.62.

²¹⁴⁶MONTOYA SANCHEZ, M., “Mediación y Terapia o la forma de tratar integralmente el conflicto de Familia”, *Revista de Trabajo Social*, Nº 9, 2010, p.5: “La mediación es un proceso estructurado, centrado en la tarea; mientras que la terapia posee una estructura más abierta y fluida, en la cual se tratan los sentimientos: la naturaleza del proceso de mediación es legal o cuasi legal, es decir, mezcla asuntos legales y emocionales; la terapia es un acontecimiento psicológico o personal. En la mediación las emociones se controlan y dirigen para que no interfieran y así conseguir el acuerdo; en la terapia se exploran para entender y comprender el conflicto psicológico. Tanto la mediación como la terapia pueden ser terapéuticas, pero mientras esta última se centra en la curación como objetivo; la mediación, no, aunque puede obtener beneficios terapéuticos”.

expresamente la doctrina, tanto jurídica como la adscrita al campo de la psicología²¹⁴⁷. En tal sentido, GARCÍA GARCÍA explica que la mediación familiar no es posible si las partes no tienen la convicción de que la relación ha llegado a su fin, es decir, si no están decididas a separarse o divorciarse²¹⁴⁸.

b) El carácter alternativo de la mediación familiar.

Tanto en la concepción doctrinal de la mediación²¹⁴⁹ como en su caracterización legal, la referencia al carácter alternativo de esta técnica respecto del procedimiento judicial es una constante, pero este carácter no puede entenderse como una exclusión de la intervención judicial²¹⁵⁰.

Debemos distinguir, aquellos casos en que el recurso a la mediación familiar se utiliza para la consecución de unos acuerdos que pongan fin a los conflictos matrimoniales (fundamentalmente separación o divorcio), en los cuales dicho procedimiento no puede en ningún caso excluir la preceptiva intervención judicial en orden al pronunciamiento judicial de nulidad, separación o divorcio, según los casos. Y aquellos otros, en los que el expediente de la mediación se utiliza para resolver los conflictos familiares de parejas no matrimoniales (guarda y custodia, prestaciones alimenticias, liquidación de bienes, etc.) u otros problemas familiares, en los cuales la consecución de los acuerdos que persigue la mediación pondría fin al conflicto, sin que resulte preceptiva la intervención judicial²¹⁵¹.

Pero en cualquier caso, y al margen de esta distinción, la mediación familiar no puede verse como un sustitutivo del procedimiento judicial²¹⁵². La mediación,

²¹⁴⁷Vid. BERNAL SAMPER, T., *La mediación familiar. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., p. 30.

²¹⁴⁸GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación Familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Ob. cit., p. 65.

²¹⁴⁹Vid. TORRES ESCÁMEZ, S., “Un apunte sobre la situación de la mediación familiar en España”, *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, Nº 246, Enero 2002, pp. 223-230. Este autor afirma que la mediación familiar es un “método extrajudicial (o alternativo al proceso) de resolución de conflictos, caracterizado por la intervención de un tercero (mediador), neutral y experto, que intenta acercar las posiciones antagónicas de las partes de una controversia y, eventualmente, a proponer un acuerdo de solución”.

²¹⁵⁰De lo contrario, como vimos en el primer capítulo de este estudio, se estaría atentando contra el derecho fundamental de todo ciudadano a recabar la protección de los Tribunales de Justicia, reconocido en el art. 24 de la Constitución así como en las normas internacionales (art. 6 Convención Europea de Derechos Humanos).

²¹⁵¹Vid. MARTÍN NAJERA, T, PEREZ SALAZAR, M. y UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de los procesos de familia”, *Revista de Mediación*, Año 2, Nº4, Octubre 2009, pp.12-35.

²¹⁵²ALFONSO RODRIGUEZ, E., “La Mediación familiar en España: Concepto, caracteres y principios informadores”, Ob. cit., p.64: “El carácter alternativo de este procedimiento quedaría

más bien, debe entenderse como un mecanismo complementario; sería más preciso y correcto hablar de la mediación no tanto como una técnica alternativa, sino complementaria de la vía judicial, ya que aunque su institucionalización pretende evitar la judicialización de los conflictos familiares, los Tribunales de Justicia, son los únicos competentes para decretar la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges, según los casos²¹⁵³. En este sentido y al no haber alternativa a esta exclusividad, lo que compete a la mediación familiar es su función preventiva del proceso judicial, ayudando a las partes en conflicto a adoptar las medidas que pongan fin al mismo y que regulen para el futuro los efectos de la ruptura de convivencia²¹⁵⁴.

5.6.2. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

Las ventajas del proceso de mediación familiar, se derivan de los mismos objetivos en los que se basa su propia filosofía, pues se considera que la mediación no sólo tiene efectos paliativos de los efectos del conflicto, sino también preventivos para futuros problemas²¹⁵⁵.

La mediación familiar al permitir un abordaje más profundo de las cuestiones interpersonales que subyacen en el conflicto familiar en comparación al proceso judicial, presente indudables ventajas que podemos resumir en las siguientes²¹⁵⁶:

por tanto exclusivamente reservado para aquellos conflictos de parejas no matrimoniales, en los que la marginación de la intervención judicial deriva de la libre disponibilidad de las partes sobre las materias objeto de los acuerdos, tales como la atribución de la guarda y custodia, fijación de régimen de visitas, prestaciones alimenticias, uso de la vivienda familiar o liquidación del patrimonio común, entre otros”

²¹⁵³TORRERO MUÑOZ M., “La mediación familiar: una alternativa a la resolución de los conflictos familiares”, Ob. cit., p.858.

²¹⁵⁴Dicho de otro modo, lo que se persigue con la institucionalización de la mediación es promocionar desde las instituciones públicas otras alternativas, que permitan a las partes ventilar sus conflictos, a base de la favorecer la autocomposición de los problemas.

²¹⁵⁵Vid. GARCÍA TOMÉ, M., “La Mediación Familiar en los conflictos de pareja”, *Documentación Social*, N°148, 2008, pp.43-58. A parte de esto, la mediación, facilita la comunicación entre las dos partes, el mediador, pone a la pareja en contacto con sus sentimientos y sus necesidades reales, aclarando malentendidos, disminuyendo las tensiones y previniendo las posibles violencias. Al definir claramente los temas en conflicto, se posibilita construir, de forma creativa, acuerdos satisfactorios para todos los miembros de la familia, favoreciendo así que los mismos estén basados en la realidad de cada familia y que por lo tanto, se cumplan.

²¹⁵⁶Vid. COY FERRER, A., “La mediación en los procesos de separación y/o divorcio”, *Apuntes de Psicología*, Vol. 28-29, 1989, pp.15-18

- a) Minimiza en los hijos los problemas derivados de la separación o divorcio, evitándoles culpabilidades, protagonismos y manipulaciones. Los hijos se sienten protegidos por ambos padres aumentando su autoestima y seguridad.
- b) Disminuye el coste afectivo, emocional y económico de los procesos de familia.
- c) Con la mediación las partes asumen responsabilidades y compromisos por sí mismos frente a la imposición que supone la resolución judicial de un proceso no consensual.
- d) Desaparecen sentimientos de ganador/perdedor, se evitan dinámicas de negativización del otro, se favorece la flexibilidad y la colaboración ante posibles cambios e incidencias.
- e) A los abogados les permite centrar su trabajo en la configuración legal de los acuerdos que se presentan ante el juez, evitándoles las continuas actuaciones judiciales tan frecuentes en los procesos contenciosos y a la larga y en muchos casos la insatisfacción de sus clientes.
- f) Para los órganos judiciales, se disminuyen los incumplimientos de sentencias y resoluciones, descongestionándose los Juzgados y mejorando en definitiva la respuesta judicial en el campo de los procesos de familia.

GARCÍA TOMÉ, nos explica que al planificar conjuntamente cómo hacer las cosas, se permite a los miembros de la familia, encarar de forma más positiva el futuro y se comprometen y cumplen los acuerdos, cuanto más participaron en ellos²¹⁵⁷. Además, indica, las características del proceso de mediación, aceleran el duelo, porque el mediador ayuda, no solo en la ruptura legal, sino también en la ruptura emocional, pues un duelo convenientemente elaborado, es más breve y permite una mejor adaptación a la nueva estructura familiar²¹⁵⁸.

5.7. LA MEDIACIÓN FAMILIAR DENTRO DEL PROCESO

La finalidad de la mediación familiar se alcanza cuando las partes en conflicto consiguen llegar a algún acuerdo final. Sin embargo, es posible que las

²¹⁵⁷GARCÍA TOMÉ, M., “La Mediación Familiar en los conflictos de pareja”, Ob. cit., p.47.

²¹⁵⁸ GARCÍA TOMÉ, M., “La Mediación Familiar en los conflictos de pareja”, Ob. cit., p.55.

partes no lleguen a ningún acuerdo o que la mediación se extinga por otras causas. La doctrina distingue distintas clases de mediación familiar²¹⁵⁹.

De entre ellas, cabe hacer referencia, a la *mediación familiar privada o pública*, según se desarrolle con la intervención de un mediador profesional libremente elegido por las partes, o según el mediador profesional preste sus servicios en la administración de justicia o de las administraciones autonómicas (en cuyos casos, los honorarios devengados se conciertan entre el profesional y las partes o se regulan por la administración correspondiente)²¹⁶⁰.

Y por otro lado, a la *mediación intrajudicial o extrajudicial*²¹⁶¹. La mediación tiene la consideración de intrajudicial cuando se desenvuelve dentro del ámbito de la sustanciación de un litigio ante los Tribunales de justicia, en cualquiera de las fases: medidas provisionales, cautelares o tutelares que estime por conveniente. Por su parte, la mediación extrajudicial es la que tiene lugar fuera del ámbito judicial y sin interferencia alguna en el mismo, ya sea anterior a la interposición de la demanda o con posterioridad a la misma, en cuyo caso se procede a la suspensión del procedimiento, sin perjuicio de que el Juez, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, adopte las medidas provisionales, cautelares o tutelares que estime por conveniente. Por su parte, la mediación extrajudicial es la que tiene lugar fuera del ámbito judicial y sin interferencia alguna en el mismo, ya sea anterior a la interposición de la demanda o con posterioridad a la misma. La mediación familiar, puede iniciarse, de forma previa al proceso, iniciado el mismo, incluso finalizado éste²¹⁶².

²¹⁵⁹ORTUÑO MUÑOZ, J. P., “La mediación familiar”, *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, Nº 24, 2002, p. 70.

²¹⁶⁰Vid. SERRANO CASTRO, F., “La mediación familiar intrajudicial”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Alternativas a la judicialización de conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial. Madrid, 2007, pp.233-255.

²¹⁶¹Vid. VAZQUEZ FLAQUER, I., “La mediación en la separación, el divorcio, la nulidad matrimonial y en la relaciones de pareja de hecho”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo III, Ob. cit., p.330-331

²¹⁶²MARTÍN GONZÁLEZ, E. DEL ÁLAMO GUTIÉRREZ, C. y GONZÁLEZ CORCHUELO, C., “Mediación intrajudicial: Reflexiones y propuestas desde la práctica”, *Revista de Mediación*. Nº 3, Año 2, Marzo 2009, p.8. Los autores, inciden en que, a la hora de seleccionar aquellos casos que ya están siendo atendidos en el Juzgado para derivarlos a una sesión informativa en la que conozcan el proceso de mediación, debiera esperarse al menos una cierta aceptación del método e intentar alcanzar unas mínimas condiciones que favorezcan la efectividad de los procesos de mediación. Aquí el papel desempeñado por los jueces tiene una importancia trascendental pues va a determinar en gran parte los resultados esta fase inicial. Tampoco hay desestimar la aportación de otras instancias tan relevantes como los fiscales y los equipos psicosociales de los Juzgados. Ibáñez (1999) destaca las siguientes condiciones básicas extraídas a partir de las propuestas por Haynes (1989): - Niveles moderados de conflicto.- De tal modo que, cuanto peores sean las relaciones entre las partes, más difícil será conseguir éxito en la mediación. - Motivación para

BOLAÑOS CARTUJO considera que “*la mediación en el contexto judicial, surge como una alternativa que pretende modificar la paradoja de intentar resolver el conflicto familiar mediante el enfrentamiento*”²¹⁶³. La mediación en contextos judiciales²¹⁶⁴ puede ser un apoyo a la función legalizadora del juez ya que no pretende su sustitución, sino un aumento en la eficacia de las medidas adoptadas, promoviendo la participación conjunta de las partes en la toma de decisiones²¹⁶⁵. Podemos ver dentro del proceso, los distintos momentos en los que, en materia de familia, es posible aplicar la mediación como complemento a la vía judicial²¹⁶⁶.

I.- La mediación en el marco del proceso contencioso.

El art. 770.7 LEC permite la suspensión del proceso familiar para recurrir al procedimiento de mediación, si bien en él no se señala en qué fase de ese proceso puede tener lugar dicha remisión. Esta reforma, abogada por la mayoría de los autores que se han ocupado de la mediación, facilita el que, tras el resultado de las pruebas practicadas, las partes perciban de otra forma la necesidad de regular su futuro, lo que pasa por poner solución al conflicto, y por no seguir cuestionando su pasado²¹⁶⁷.

alcanzar un acuerdo.- La baja motivación para resolver el problema está asociada con escasa probabilidad de acuerdo. - Obligatoriedad de la mediación.- Las tasas de acuerdo son más bajas cuando las partes no se muestran animadas para la mediación o no confían en el mediador. En cualquier caso, conviene subrayar que, independientemente de los restantes criterios de derivación, la mediación familiar intrajudicial está especialmente indicada en aquellos casos en que existen menores de edad implicados

²¹⁶³Vid. BOLAÑOS CARTUJO, J.I., “Mediación familiar en contextos judiciales” en POYATOS GARCÍA, A., *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Nau Libres, Valencia, 2003, pp.175-212

²¹⁶⁴Vid. SARRIEGO MORILLO, J. L., “Mediación intrajudicial o mediación extrajudicial”, *Apuntes de Psicología*, Nº 18 (2-3), Colegio Oficial de Psicólogos y Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000, p. 366.

²¹⁶⁵DE LAS HERAS HERRERO, P., “Mediación familiar intraprocesal: Respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005”, *REDUR*, Nº 5, diciembre 2007, p.45:“La mediación intraprocesal, que ahora nos interesa, trata de buscar una propuesta diferente en el ámbito de los procesos matrimoniales, de acuerdo a sus propias leyes y en atención a la propia singularidad de los problemas señalados. Mediante la intervención de una tercera parte, que mantenga su neutralidad a lo largo del procedimiento -y, en definitiva, también del proceso-, se pretende conseguir una mejor resolución que finalice con un acuerdo, que podrá tener lugar, no sólo antes de plantear la acción judicial, sino también durante y después del litigio propiamente dicho”.

²¹⁶⁶Vid. MARTÍN NÁJERA, T., “La mediación intrajudicial”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. V, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 225.

²¹⁶⁷Vid. CASO SEÑAL, M., “Reflexiones desde una toga”, *Apuntes de Psicología*. Nº 18 (2-3). Colegio Oficial de Psicólogos y Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000, p. 326.

Si al amparo del nuevo artículo 770. 7ª de la LEC, en el curso de un proceso de familia las partes de mutuo acuerdo solicitasen acogerse a un servicio de mediación, ya sea interno del propio órgano judicial (desempeñado normalmente por alguno de los miembros de los Equipos Psicosociales) o como sería deseable ajeno al mismo, deberán instar conforme al artículo 19 de la LEC la suspensión del proceso acordándola el Juez mediante auto²¹⁶⁸.

II. La mediación en el marco del proceso de mutuo acuerdo.

En su nueva redacción, el apartado 2 del art. 777 LEC incluye “*el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar*” como “*documento a acompañar a la demanda en los procesos consensuales de separación y divorcio*”. Ante el silencio de la ley sobre el contenido de este acuerdo de mediación, la controversia se plantea en esta sede. Debido a que el contenido del convenio regulador, previsto en los arts. 81 y 86 del Código Civil, y el art. 90 del mismo texto²¹⁶⁹, debe ser muy completo, son muy pocos los aspectos de las relaciones derivadas del matrimonio que no se comprendan en los ahí señalados²¹⁷⁰. Ahora bien, existe tal complejidad y variedad en las relaciones familiares, que se suscitan y seguirán suscitándose muchos problemas sobre las muy variadas cuestiones que pueden encajarse en el enumerado contenido del convenio regulador y que sólo

²¹⁶⁸Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación en el ámbito familiar”. *Revista jurídica de Castilla y León. Ejemplar dedicado a: Arbitraje y Mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades*, Nº 29, Enero de 2013, pp.1-23. El plazo de suspensión será por el plazo máximo indicado en dicho artículo o hasta que cualquiera de las partes inste su reanudación por haber fracasado el intento de mediación. Si cumplido el plazo de sesenta días continuase la mediación entiendo que dada la naturaleza de las relaciones jurídicas que se ventilan y especialmente si hay hijos menores afectados por las resultas de la mediación, y previa solicitud y acreditación de que la mediación continua, debería concederse por el Juez un nuevo plazo de suspensión del proceso con apoyo en el artículo 158 del Código Civil. Finalizada con éxito la mediación cabría plasmar los acuerdos en el correspondiente Convenio regulador o acuerdo final y solicitar el cambio de procedimiento a consensual (artículo 770-5ª y 777.2 de la LEC) o bien proponer los acuerdos alcanzados como medidas que deben regir entre ellos conforme a lo previsto en los artículo 773-1 y 774-1. de la LEC.

²¹⁶⁹Esto es, los aspectos recogidos en: 1. El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. Incluyendo el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos. 2. La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. 3. La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. 4. La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio. 5. La pensión que conforme al art. 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges-

²¹⁷⁰DE LAS HERAS HERRERO, P., “Mediación familiar intraprocesal: Respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005”, Ob. cit., p.51.

gracias a la interpretación ocurrencia y extensiva de los tribunales se han visto incluidas en él²¹⁷¹.

El acuerdo del procedimiento de mediación deberá trasladarse siempre al convenio regulador, de cuyo origen y gestación nunca se ha ocupado la ley²¹⁷². Solamente cuando el acuerdo de mediación contenga pactos parciales -el desacuerdo entre las partes solo existe sobre determinados aspectos- también éste podrá acompañarse a la demanda como un elemento de convicción, para que el Juez interprete el contenido del convenio, que es, insistimos, el documento que nunca debe faltar²¹⁷³.

III. La mediación en el trámite de medidas provisionales.

También durante la fase de medidas provisionales, donde se determinan por primera vez las posiciones de las partes, que comparecen con sus respectivas defensas, y a la que se llega desde muy diversos orígenes -parejas que llevan tiempo separadas sin ningún tipo de acuerdo, o con acuerdos parciales, parejas que comparten todavía el domicilio familiar, en situaciones de gran enfrentamiento, etc.- podrán plantearse la posibilidad de acudir a la mediación, pues el carácter verbal e inmediato del acto, favorece el que el Juez pueda examinar las pruebas propuestas por cada parte y percibir mejor dicha posibilidad de la mediación²¹⁷⁴.

Con la reforma de 2005, ya puede remitirse a las partes a un procedimiento de mediación para intentar conseguir el acuerdo como finalidad específica de esa

²¹⁷¹Vid. ASECIO MELLADO, J. M., "La reforma de los procesos matrimoniales por la Ley 15/2005 de 8 de Julio", *Práctica de Tribunales* N° 23, Madrid, 2006, p. 22.

²¹⁷²Vid. DE LAS HERAS HERRERO, P., "Mediación familiar intraprocesal: Respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005", *Ob. cit.*, p.52.

²¹⁷³ Igualmente, también, podría ser incluido cuando se establezcan pactos, como los antes descritos, sobre esas relaciones familiares peculiares que no encajan de forma tajante en los conceptos legales, pero sí hacen referencia a las relaciones originadas en su seno, y que tan numerosos son en la casuística familiar

²¹⁷⁴CASO SEÑAL, M., "Reflexiones desde una toga", *Ob. cit.*, p.325: "En el marco de la actual regulación, el art. 771 LEC, en su párrafo segundo, ha incluido la posibilidad de llegar a un acuerdo para fijar esas medidas, acuerdo al que el juez puede exhortar a las partes en la misma comparecencia judicial, que sigue a toda solicitud de medidas provisionales. La dificultad subyace aquí en mantener el breve transcurso de tiempo que la ley ha establecido para la solución de estos incidentes, compatibilizándolo con el concedido para llevar a cabo la mediación; el cual si se dilata en el tiempo puede desfigurar la esencia y finalidad de estas medidas."

comparecencia anteriormente descrita, quedando claro que se producirá la suspensión del procedimiento tendente a la adopción de las medidas²¹⁷⁵.

IV. La mediación en ejecución de sentencia.

En los casos de mediación en fase de ejecución de sentencia las partes podrán someter al Juez los acuerdos alcanzados a fin de que consten en dicha ejecutoria, desistiendo de la misma, sin perjuicio de que si los acuerdos alcanzados suponen una modificación de las medidas acordadas en su día deba instarse el procedimiento de modificación consensual previsto en el artículo 775 de la LEC. en relación al artículo 777 de la misma.

A pesar de que en este momento del proceso, el margen de maniobra de las partes y del mediador es sensiblemente inferior al que se produce antes de la sentencia, es en esta última fase donde la mediación puede convertirse en un apoyo a la medida fijada en la resolución judicial, para intentar un acuerdo con un menor costo emocional y económico de la pareja²¹⁷⁶.

El proceso de ejecución de sentencia en el ámbito de los conflictos familiares con hijos debe resolver dificultades tales como los cambios provisionales de situación (el progenitor que pasa temporalmente por un colapso económico), los incidentes en el desarrollo del derecho de visitas o las controversias en el ejercicio de la patria potestad²¹⁷⁷.

MERELLES PÉREZ, considera que de la ley 5/2012, y al margen de la posibilidad de acudir a mediación para evitar el litigio, no se contempla la posibilidad de acudir a esta metodología más allá de la fase declarativa, dejando al margen el proceso de ejecución²¹⁷⁸. Este autor, por ello, propone la necesidad de favorecer nuevas fórmulas para fomentar la mediación y la intervención en los

²¹⁷⁵En igual sentido, el conflicto subyacente puede ser remitido a la mediación cuando se soliciten medidas con la presentación de la demanda o cuando se pretenda la modificación de las acordadas previamente, conforme a los trámites previstos en los arts. 772 y 773 LEC.

²¹⁷⁶Vid. CUCARELLA GALIANA, L.A., "Consideraciones procesales en torno a la mediación familiar", *Anuario de Justicia alternativa*, Nº 4, 2003, p. 233.

²¹⁷⁷Suelen ser casos en los que se produce un hecho nuevo que altera las circunstancias sobre las que se asentaba el precario equilibrio de las relaciones entre los hijos y sus progenitores, y que hacen surgir los problemas más graves en esta materia: el de los regímenes de comunicación y visitas entre los hijos y el progenitor no custodio, de muy difícil solución en la práctica.

²¹⁷⁸MERELLES PÉREZ, M., *La mediación como herramienta en el proceso de ejecución civil*, Ley 57, Málaga, 2016. p.35: "Entendido el concepto del proceso judicial como un todo, y sus distintas fases, como las partes de aquel todo, pueden concluirse que la mediación no solo tiene cabida en la ejecución como fase o procedimiento propio, sino que además ésta debe fomentarse garantizando un necesario equilibrio."

procesos de ejecución, mediante espacios de comunicación y métodos de intervención en los que con mayor implicación y protagonismo de las partes, se puedan facilitar herramientas para abordar todas las cuestiones , principales y accesorias, suscitadas en torno al cumplimiento voluntario de las decisiones judiciales así como aquellas contenidas en documentos contractuales con fuerza ejecutiva, en la que prime la voluntad frente al apercibimiento, el apremio y la potestad.²¹⁷⁹

Por último, este autor considera que toda intervención mediadora, ante un proceso de intervención forzosa, será preciso una previa toma de contacto con las partes y su defensa técnica en la que, se pongan sobre la mesa de negociación; a) el reconocimiento de las partes, de la resolución judicial que motivó el proceso judicial declarativo; b) la disponibilidad y voluntad del cumplimiento, los motivos que impiden el reconocimiento de la resolución o las circunstancias de fondo que permitan prevenir un eventual proceso de oposición y/o realización forzosa; c) la responsabilidad y el compromiso de la partes en cumplir: el qué, el quién, el cómo, el dónde y el cuándo²¹⁸⁰.

5.8. LA INTERVENCIÓN DE LOS PROFESIONALES DEL DERECHO EN RELACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE MEDIACIÓN FAMILIAR.

La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible²¹⁸¹. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su

²¹⁷⁹Vid. NOVEL MARTÍ, G., *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Reus, Barcelona, 2010, pp.153-154.

²¹⁸⁰MERELLES PEREZ, M., *La mediación como herramienta en el proceso de ejecución civil*, Ob. cit., p.168.

²¹⁸¹Preámbulo de la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia²¹⁸².

Según LAMBAS POMBO, la decisión de autoridad, que representa la sentencia judicial se ha revelado ineficaz en muchos de los conflictos que se producen en el ámbito del Derecho de Familia²¹⁸³. Las decisiones judiciales no suelen satisfacer los intereses de las partes, que terminan encadenando un proceso judicial con otro, lo que agudiza, aún más, el conflicto original. La decisión judicial ha de mantenerse como última ratio de la realización social del derecho “*debe ser evitada cuando los intereses en juego y las circunstancias de las personas involucradas en un conflicto jurídico, permitan la autocomposición, con la utilización de medidas alternativas*”²¹⁸⁴.

El legislador/a ha visto la importancia de concretar la ley de mediación con todas las garantías constitucionales;²¹⁸⁵ pero dando la posibilidad al individuo, sujeto de derechos fundamentales para que su visión de resolver el conflicto solo a través del proceso judicial sea reformulada y comprenda que cualquier opción que tome para resolver su conflicto, posee todas las garantías. El mediador puede verificar la mediación desarrollando el procedimiento con un buen manejo de las técnicas o modelos de mediación y actuando como garante jurídico para que tanto el procedimiento como el acuerdo sean válidos; y los tribunales, en equipo con los demás sujetos implicados en la mediación, logrando reducir los procesos judiciales e impulsando la mediación a través de la derivación de las partes del proceso judicial a ella, pues como vimos en el primer capítulo de esta tesis, debe existir una semejanza entre la tutela judicial efectiva y la tutela efectiva de la justicia que prevemos para la totalidad de vías de solución de conflictos (justicia procesal o en ADR) , evitando así la diferencia radical entre justicia en el proceso y justicia alternativa.

²¹⁸²La Ley 5/2012 de de mediación en asuntos civiles y mercantiles, considera que una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja.

²¹⁸³LLAMAS POMBO, E., *Nuevos Conflictos del Derecho de Familia*, La Ley, Madrid, 2009, p.269.

²¹⁸⁴ZAPATERO GOMEZ, J, SAEZ VARCÁRCCEL, R. Y ORTUÑO MUÑOZ, P., en “Conclusiones”, en SAEZ VARCÁRCCEL, R. Y ORTUÑO MUÑOZ, P., (Dirs.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 631.

²¹⁸⁵LORCA, A., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo*, Ob. cit., p.93.

Debido a esto, hay que señalar la importancia de la intervención de los distintos profesionales que realizan su trabajo en relación a la ley de mediación para que cumplan con el derecho a la tutela efectiva de la justicia²¹⁸⁶.

5.8.1. LA INTERVENCIÓN PROFESIONAL EN LOS TEMAS DE FAMILIA: EL MEDIADOR FAMILIAR Y EL ABOGADO DE FAMILIA.

En relación con la intervención familiar, ha señalado BERNAL SAMPER que ha sido realizada desde ópticas diversas en función de los estudiosos de diferentes campos del saber, centrándose exclusivamente en aspectos negativos o patológicos de la panorámica familiar, y que esta forma de dirigir la atención a los temas familiares, ha dado lugar a resultados parciales de las distintas intervenciones profesionales, por lo que no se ha conseguido una visión global de la temática tratada para ver los distintos aspectos interrelacionados en ella (legal, social, psicológico, económico)²¹⁸⁷. Esta incidencia puesta sobre los aspectos negativos ha sido la que olvida el contexto y su importancia para la resolución del conflicto.

La concepción jerarquizada e indisoluble de familia es la que ha hecho que se considerara malo y destructivo todo lo que atentaba contra su unidad, por lo que el divorcio se podía considerar como una amenaza. Ha puntualizado esta autora, que desde esta premisa, la intervención profesional debía orientarse a disuadir a los sujetos de tomar tal decisión y los terapeutas se esforzaban por mantener la unidad familiar²¹⁸⁸. El contexto emocional en el que se producen la resolución de los conflictos familiares y el contexto legal adversarial utilizado para regular las relaciones parentales, dificulta la resolución de estos conflictos legales y económicos, derivada de la decisión de ponentes afectivos y

²¹⁸⁶ Sin causar dilaciones indebidas al ciudadano a que reclama una pronta y eficaz solución legal a su conflicto y para que no afecte a las garantías procesales y constitucionales que regulan las figuras que intervienen.

²¹⁸⁷ BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., p.56: “La intervención de los distintos profesionales ha seguido una dirección jerarquizada, fruto del concepto tradicional de familia, presidido por la idea de que éstos tienen el poder al poseer conocimientos, manteniendo una relación jerarquizada con el demandante de esos conocimientos de cara prepotencia, encubierta por una abierta conducta de ayuda”.

²¹⁸⁸ Vid. BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., p.57.

emocionales son centrales y dónde la existencia de hijos comunes promueve la necesidad de mantener la relación parental aunque su relación de pareja haya cesado. El procedimiento contencioso incita a la lucha y guía la actuación profesional tanto del abogado, defendiendo a su cliente como el psicólogo evaluando, qué progenitor es más adecuado y contribuyendo a incrementar las discrepancias entre las partes²¹⁸⁹.

Las personas que requieren los servicios de un abogado, se encuentran ante una situación problemática que conlleva angustia, confusión desesperanza en unos casos y resentimiento e irritación ante lo que consideran justo²¹⁹⁰. El estado emocional se agrava por la inseguridad ante el desconocimiento de las posibles vías legales. El abogado se ocupa en encontrarla vía legal más adecuada para la resolución del conflicto pero la fuerte carga emocional de los clientes dificulta dicha labor, ya que transforma detalles que podrían ser insignificantes en otro momento en verdaderas tragedias.

Ante esta situación, los abogados pueden actuar de diferentes formas²¹⁹¹. Entre los roles ejercidos por el abogado, el que tiene la mayor tradición es el de defensor, aquí el abogado está obligado a defender a ultranza los derechos de su cliente dentro del marco legal. También puede actuar como negociador de una parte (intercambiando propuestas con el abogado de la otra parte) o de ambas partes, en la que el abogado se interesa en reconducir a la pareja a la vía amistosa. Encontramos al abogado colaborador con el psicólogo, cuya actuación está centrada en estrategias de negociación, realizando una labor de sensibilización a los clientes para que consideren las ventajas y aceptación de un sistema de trabajo interdisciplinar.

²¹⁸⁹Vid. BERNAL SAMPER, T., “Actuación de los abogados en los procedimientos matrimoniales, *Anuario de Psicología Jurídica*, C.O.P, 1995, p.7. El contexto emocional en el que se producen la resolución de los conflictos familiares y el contexto legal adversarial utilizado para regular las relaciones parentales, dificulta la resolución de estos conflictos legales y económicos, derivada de la decisión de ponentes afectivos y emocionales son centrales y dónde la existencia de hijos comunes promueve la necesidad de mantener la relación parental aunque su relación de pareja haya cesado.

²¹⁹⁰Vid. BERNAL SAMPER, T., “La mediación Familiar: situación en España”, *Infancia y Sociedad*, Nº16 (Ministerio de Asuntos Sociales, Dirección General de Protección Jurídica del Menor), p.12.

²¹⁹¹MARLOW, L., *Mediación Familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, Granica, Barcelona, 1999, p.246: “Aunque también un mediador siente que tiene una responsabilidad, su visión de ella es muy diferente de la de un abogado. En parte, porque, como ya hemos visto, define de forma muy diferente qué significa servir de ayuda”.

Ahora, el abogado también puede desempeñar un nuevo rol, que es el de mediador, formando parte de un equipo de un centro de mediación, actuando como persona imparcial entre dos partes en conflicto para ayudarles a concretar los puntos conflictivos, presentar alternativas, analizar su viabilidad y conseguir acuerdos conjuntos. El objetivo teórico de la intervención del abogado mediador cambia respecto a su trabajo tradicional: “*Ya no defiende o asesora a su clientes, sino que diseña el proceso de mediación, evita el enfrentamiento y los conduce hacia la cooperación*”²¹⁹².

Por lo tanto, el abogado que está sensibilizado hacia la mediación, puede apoyarla desde el ejercicio privado de su profesión en tres momentos distintos: antes de comenzar la mediación, enviando aquéllos casos susceptibles de poder beneficiarse de esta medida; durante el proceso de mediación, dando información legal neutral a las partes de forma que no se centren en derechos legales exclusivos de uno sobre otro; con un enfoque cooperador con el centro de mediación, aconsejando a sus clientes el beneficio de llegar a un entendimiento, o también, una vez finalizado el proceso mediador, tramitando el convenio regulador con los acuerdos alcanzados por las partes²¹⁹³.

La ley 5/2012 de 6 de julio permite a las partes estar acompañadas de sus abogados durante la vista inicial y en la sesión de orientación que se lleve a cabo con cada parte por separado. Sin embargo, para que un abogado pueda ser parte del proceso de mediación es necesario el consentimiento de las partes y del mediador²¹⁹⁴.

Esencialmente, el abogado que participa en la mediación debe asumir una actitud de colaboración y negociación²¹⁹⁵ enfocándose en interrumpir la escalada del conflicto y lograr su pronta solución.

La función de los abogados en las sesiones conjuntas de mediación se limita a proveer asesoramiento e información a sus representados, aclarar dudas y

²¹⁹²BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., p.60.

²¹⁹³Más adelante, incluso, si hubiere algún desacuerdo o incumplimiento, el abogado puede aconsejar acudir a renegociar al servicio de mediación, llevando las modificaciones al juzgado correspondiente, una vez alcanzados los nuevos acuerdos.

²¹⁹⁴No es necesario que ambas partes en conflicto estén representadas por abogados, pero sí es necesario que ambas partes consientan a la participación de abogados en el proceso de mediación

²¹⁹⁵Vid. GARCÍA ALVAREZ, R., “Mediación y Abogados: un nuevo paradigma profesional”, *Otrosí*, N° 11, julio-septiembre 2012, pp. 37-44.

hacer sugerencias sobre las alternativas de solución²¹⁹⁶. El rol del abogado, se enfoca en guiar y asesorar a su cliente antes y durante el proceso de mediación para que puedan resolver sus conflictos de manera más eficiente y expedita y cambiar la historia del conflicto.

En el proceso de mediación el abogado asistirá en la selección del mediador que usarán las partes como también asistirá en el análisis de la controversia. El abogado puede someter escritos introductorios, traer información pertinente y que facilite la resolución del conflicto, así como asegurar la comparecencia de las partes necesarias al proceso. Además, dentro de su rol de consejero prepara la estrategia de su cliente, organiza la presentación de la prueba e identifica quiénes serán las personas que comparecerán al proceso de mediación en representación de su cliente (asumiendo que el cliente sea una persona jurídica). El abogado también podrá redactar los acuerdos que contienen los términos y condiciones de lo discutido y acordado.

5.8.2. LA POSICIÓN DEL JUEZ Y EL FISCAL EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

De los datos que se extraen del Derecho Comparado y de las experiencias que han tenido lugar en España, se llega a la conclusión de que los Jueces han de ejercer un rol muy importante en la implantación de la mediación²¹⁹⁷. Los jueces son los que deben promover y facilitar de forma activa y comprometida cualquier iniciativa de mediación intrajudicial²¹⁹⁸.

En consecuencia, el primer requisito es que exista un Juez que conozca la metodología y tenga clara conciencia de su utilidad y necesidad²¹⁹⁹. El papel del Juez en la mediación intrajudicial, en realidad, es triple²²⁰⁰:

²¹⁹⁶ Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, R., "Guía de Mediación para Abogados", *La Ley*, N°7828, Marzo 2012, pp. 1-12.

²¹⁹⁷ Protocolo para la Implantación de la Mediación Familiar Intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de Procesos de Familia, Mayo 2008.

²¹⁹⁸ TORRES GÁMEZ, A., "Mediación intrajudicial civil. Reflejo jurisprudencial", *Revista Aranzadi Doctrinal*, N°3, 2015, pp.243-263.

²¹⁹⁹ Las referencias que encontramos en las Leyes Autonómicas sobre mediación en este aspecto son:- La Ley 1/2000 de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña, en su art. 11.4 donde se recoge: "En los términos que establece la legislación procesal, cuando el proceso judicial ya se ha iniciado, la autoridad judicial puede disponer que las partes asistan a una sesión informativa sobre

- En primer lugar debe promover los acuerdos necesarios con el resto de las personas y estamentos ya mencionados que han de involucrarse en el proceso para la puesta en funcionamiento del servicio.
- En segundo lugar evaluar los casos concretos en los que es recomendable intentar un proceso de mediación y el momento procesal en que deba realizarse. Esta materia será objeto de estudio en otro apartado.
- Y, finalmente, realizar las recomendaciones a los ciudadanos, contando con la colaboración de sus abogados para que acudan, al menos, a una primera entrevista conjunta (la denominada primera sesión informativa

la mediación si las circunstancias del caso lo hacen aconsejable. El órgano público correspondiente facilita la sesión informativa y vela, si procede, por el desarrollo adecuado de la mediación".

- Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de Galicia, en el art. 4.3 dice "la autoridad judicial podrá proponer a las partes, conforme a lo previsto en la legislación civil y o procesal la mediación..." Así mismo el art. 7.3 fija la obligatoriedad de que el juzgado tenga conocimiento del inicio de la mediación, si las partes en ese momento están incurso en un proceso judicial, en igual sentido el art. 12.1 y 16.2.

- Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación familiar en la Comunidad Valenciana en el art. 13.3 dice textualmente: "Dentro de las atribuciones que la legislación estatal procesal establezca, el juez podrá remitir a mediación familiar a las partes en conflicto".- La Ley canaria, no hace referencia alguna a esta posibilidad del juez, ni tampoco impone ninguna obligación de comunicación del mediador al juzgador.

- La Ley de Mediación de Castilla La Mancha 4/2005, de 24 de mayo, no prevé la posibilidad de conexión entre el proceso judicial y la mediación familiar. No obstante, en el art. 15 se recoge que no se puede ir a mediación, si existe un proceso judicial abierto, en tanto en cuanto no se acredite la suspensión del mismo; y en el mismo artículo, dice que es obligación de las partes el comunicar al juzgado el resultado de la mediación²¹⁹⁹.

- Ley 1/2006, de 6 de abril que regula la Mediación familiar en Castilla y León, sólo habla del proceso judicial en el art. 17.3 cuando dice: "finalizado el procedimiento de mediación, si las partes decidieran iniciar o continuar el correspondiente procedimiento jurisdiccional y persistieran en los acuerdos alcanzados en aquella, entregaran la copia de su acta final al abogado o abogados a quienes encarguen o tengan encargado su trámite, a fin de que pueda hacerlos valer procesalmente".

- La Ley de Mediación Familiar de Islas Baleares 18/2006, de 22 de noviembre, sólo hace referencia a esta cuestión de forma indirecta en el art. 23, cuando se establece que el mediador debe hacer constar las causas que impiden llegar a un acuerdo.

- Ley 1/2007, de 21 de febrero de Mediación Familiar en la Comunidad de Madrid, en el art. 16.2 prevé la posibilidad de que si existe una causa judicial en curso, las partes de mutuo acuerdo podrán acudir a mediación familiar de acuerdo con lo dispuesto en la legislación procesal. En el art. 19.3 se establece que en los supuestos en que la mediación pueda producir efectos en un proceso judicial, el mediador entregara a las partes un certificado en el que se hará constar fecha de inicio y final de la mediación y si han alcanzado acuerdo o no, sin hacer ninguna otra mención.

- Ley de Mediación Familiar de Asturias de 3/2007, de 23 de marzo del Principado de Asturias, en el art. 17 establece que los acuerdos alcanzados en mediación pueden ser elevados a la autoridad judicial, para su ratificación y aprobación, de acuerdo con lo establecido en la legislación estatal.

-Ley de Mediación Familiar de Euskadi 1/2008, de 8 de febrero, habla de que el juez puede proponer a las partes, conforme a los previstos en la legislación civil y procesal, la Mediación Familiar, una vez iniciado el proceso judicial.

- Ley 1/2009, de 27 de febrero de Mediación Familiar de Andalucía, no contiene referencia alguna a como conectar el proceso de mediación con el proceso judicial, ni tampoco como hacer valer los acuerdos obtenidos en mediación, dentro del proceso judicial.

²²⁰⁰Vid. MARTIN NAJERA, M^{ta}., PEREZ SALAZAR, M, y UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., "Protocolo para la implantación de la mediación Familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales", *Revista de Mediación*, Año 2, Nº 4, Octubre 2009, pp.12-35.

presencial) que debe hacerse siempre con criterios de proximidad a las funciones judiciales²²⁰¹.

En cuanto a la actuación del Juez, podemos señalar la previa comparecencia personal ante éste o el secretario judicial, de los mediadores, los letrados, los procuradores y las partes²²⁰². Actuación que el juez puede acordar sin problema alguno, al amparo del art. 158 CC, a fin de proteger los intereses de los hijos menores de edad, que se van a ver afectados por la solución que se adopte en este proceso, o bien para facilitar un acuerdo entre las partes.

Recordamos que la Directiva comunitaria 2008/52, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (EDL 2008/48365), prevé la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda proponer directamente a las partes el uso de la mediación familiar. Es más, se recoge que esta Directiva no afectará a las legislaciones nacionales que prevén el uso obligatorio de la Mediación o la sujete a incentivos o sanciones; siempre y cuando no se impida el acceso al sistema judicial²²⁰³.

En cuanto al Ministerio Fiscal tiene también un papel importante en la mediación, especialmente en determinados casos en los que se vea implicada la protección de menores y en casos de separación o divorcio con hijos menores o discapacitados²²⁰⁴. El Ministerio Público, puede tener la iniciativa para trabajar con la mediación y proponer la derivación a esta metodología en casos concretos

²²⁰¹Vid. FABREGA RUIZ, C. y HEREDIA PUENTE, M., “La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia”, Ob. cit., pp. 6-12.

²²⁰²En relación a esta primera comparecencia, los letrados deben tener presente, que una cosa es la posibilidad que plantea el art. 92 CC de que las partes soliciten la suspensión del procedimiento para ir a mediación; y otra muy distinta es que el juez, ofrezca a las partes la posibilidad de que se informen bien de lo que es la mediación y decidan posteriormente entre ella y el proceso contencioso; todo ello sin que se suspenda la tramitación del proceso judicial, salvo que lo pidan las partes una vez finalizada la sesión informativa, por lo que esta comparecencia ni restringe ni vulnera derecho alguno de las partes ni de los letrados, simplemente amplía su información y las posibilidades de decisión.

²²⁰³En concreto, el art. 5.1 de la Directiva recoge que: "El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio".

²²⁰⁴Vid. MARTIN NAJERA, M^aT., PEREZ SALAZAR, M, y UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “Protocolo para la implantación de la mediación Familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales”, Ob. cit., p.16; DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant monografías, Valencia, 2006, p.178.

en que considere que es beneficioso para los menores²²⁰⁵. Se ha de contar, por tanto, con su colaboración y ha de estar informado de la marcha del proyecto²²⁰⁶.

También el Secretario y la oficina judicial tienen su misión en el ámbito de la mediación²²⁰⁷. El Secretario debe recoger los datos estadísticos con el apoyo de la Oficina Judicial, y ésta debe remitir las hojas de derivación y unir la información que se reciba del equipo de mediación. Asume por tanto funciones de información, control administrativo, conexión con el centro de mediación, citación de las partes²²⁰⁸.

El equipo psicosocial también puede incidir en los beneficios de la mediación siempre que las condiciones del caso lo aconsejen de forma que todo el personal del juzgado que tenga relación con los ciudadanos colabore en el proyecto transmitiendo una información semejante, es más, los miembros de los equipos psicosociales pueden desempeñar un papel relevante en la selección de los casos que puedan derivarse al servicio de mediación²²⁰⁹.

La derivación, la citación a las partes a la sesión informativa de mediación, el acompañamiento en el juzgado el día en que se realiza la sesión informativa, el seguimiento procesal de los asuntos derivados, la labor estadística y el control de cada caso cuando se continúan sesiones mediadoras tras la Sentencia, suponen un trabajo añadido que en la medida de lo posible las administraciones públicas deben valorar e incluir en la dinámica laboral,

²²⁰⁵Vid. SOLETO MUÑOZ, H., “La nueva normativa de mediación y la oportunidad de impulsar una práctica colaborativa del Derecho”, *El Notario S.XXI*, Nº18, 2012, pp.19-21. En cuanto a los beneficios y la necesidad de la aplicación del Derecho colaborativo.

²²⁰⁶Vid. UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “La mediación familiar como instrumento para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares: la experiencia de los juzgados de familia de Málaga.”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Alternativas a la judicialización de conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007. pp.259-279.

²²⁰⁷MARTIN NAJERA, M^ªT., PEREZ SALAZAR, M, y UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “Protocolo para la implantación de la mediación Familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales”, Ob. cit., p.16.

²²⁰⁸Según el Protocolo para la implantación de la Mediación Familiar en los Juzgados y en los Tribunales que conocen de procesos de familia. Consejo General del Poder Judicial. Mayo de 2008. Esta labor es importante y requiere informar, formar y motivar tanto al Secretario Judicial como al personal de la Secretaría recabando su colaboración para el proyecto

²²⁰⁹Es importante por tanto, que los integrantes del equipo psicosocial conozcan la metodología de la mediación y sus ventajas frente al modelo adversarial clásico para que puedan transmitir esa información a las partes, dando cuenta al Juzgado en caso de que las características de los progenitores aconsejen la mediación. En algunos Juzgados en los que los miembros del equipo tienen formación en mediación son ellos quienes se encargan de realizar la primera sesión informativa presencial, así como de coordinar la relación del Juzgado con los mediadores.

aportando los medios materiales y personales que demande el servicio a medida que vaya consolidándose²²¹⁰.

5.9. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA.

En la legislación autonómica sobre mediación familiar existe distinto tratamiento jurídico de los acuerdos derivados de la mediación familiar²²¹¹. En la mayoría de la regulación relativa a la mediación familiar se hace escasa referencia a este punto, mencionándose de forma dispersa en el texto articulado de las mismas, aunque hay alguna ley que le dedica especial atención²²¹². Por el contrario, prestan especial atención a los acuerdos derivados de la mediación la Ley 1/2001 de Cataluña que en su art. 6 se refiere a la naturaleza de los acuerdos, señalando las materias sobre las que puede versar, en el artículo 21 se hace referencia a que figuren en el Acta final, y en el 22, a la comunicación de la mediación; en la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana, se refiere a la presencia de dichos acuerdos en el acta final en el art.19 y dedica su Título IV (arts. 20 y 21) a los mismos, refiriéndose a la naturaleza y al contenido de éstos, la Ley 18/2006 de las Islas Baleares, le dedica el Capítulo III (arts. 19 a 22), refiriéndose a los efectos, contenido, protección de determinadas personas, formalización e imposibilidad de los mismos; y la Ley 3/2007 del Principado de Asturias, le dedica el Capítulo II (arts. 16 y 17), que distingue los preacuerdos de

²²¹⁰Protocolo para la implantación de la Mediación Familiar en los Juzgados y en los Tribunales que conocen de procesos de familia, Ob. cit., p.9.

²²¹¹Vid. ALVENTOSA DEL RIO, J., “Mediación Familiar en España”, *Revista bolivariana de Derecho*, Nº 8, Julio 2009, pp. 212-230

²²¹²En la *Ley 4/2001 de Galicia*, los artículos 15 y 16 hacen referencia a los acuerdos que se puedan establecer entre las partes y a la comunicación de los mismos. En la *Ley 15/2003 de Canarias* se hace referencia a los acuerdos en el artículo 9, en relación a los deberes de las partes, y en el artículo 14, en relación a la terminación del proceso y a la obligatoriedad de los mismos para las partes. En la *Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha*, se refieren a ellos los artículos 22, 24 y 25 cuando se habla de la terminación del proceso, de la documentación de los acuerdos y del convenio regulador. En la *Ley 1/2006 de Castilla-León*, se alude a los acuerdos en el artículo 7 entre los deberes de las partes, y en el artículo 17 cuando se habla de la finalización del proceso. En la *Ley 1/2007 de Madrid*, se alude a ellos en el artículo 10 al señalarlos como un deber de las partes. En la *Ley 1/2008 del País Vasco*, se menciona en el artículo 6, al referirse a la naturaleza de dichos acuerdos y en el artículo 16, como una obligación de las partes. Por último, en la Ley de Andalucía de 2009, se hace mención en el artículo 2 y en el artículo 26, para referirse al contenido de los mismos.

los acuerdos, refiriéndose a la audiencia a terceros en los preacuerdos y a la obligatoriedad de los acuerdos para las partes.

En cuanto a la *naturaleza* de dichos acuerdos, también se refieren a ella las leyes autonómicas de manera diferente. La Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana, en su art. 20, señala que: “*Los acuerdos que se tomen pueden serlo a la totalidad o a una parte de las materias sujetas a la mediación y, una vez suscritos, serán válidos y obligatorios para las partes si en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos*”. En el mismo sentido se pronuncian la Ley 18/2006 de las Islas Baleares (art. 19); 3/2007 del Principado de Asturias (art. 17.1), y, la Ley 1/2008 del País Vasco (art. 6,1), quien, además, en su artículo 7 establece la naturaleza de la mediación aclarando que “*La mediación es una actuación basada en la autonomía de la voluntad, en la medida en que son las partes en conflicto las que tienen que demandar, por su libre iniciativa, la actuación mediadora, pudiendo, una vez iniciada la misma, manifestar en cualquier momento su desistimiento*”. El art.6 de la Ley 1/2001 de Cataluña, trata específicamente de la naturaleza de los acuerdos, y señala que “*los acuerdos que se adopten, se han de referir siempre a materias de derecho privado dispositivo susceptibles de ser planteadas judicialmente*”.

De lo anterior, podemos deducir, que en estas leyes se parte de la idea de que los acuerdos son pactos entre las partes, basados en la autonomía de la voluntad, que deben reunir las condiciones de validez de los contratos²²¹³.

En cuanto al contenido sobre el que pueden versar dichos acuerdos, en las leyes autonómicas no se hace en general expresa mención del mismo, salvo en la Ley 1/2001 de Cataluña²²¹⁴, en la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana²²¹⁵, en la Ley 18/2006 de las Islas Baleares²²¹⁶, y en la Ley de Andalucía de 1/2009²²¹⁷.

²²¹³VILLAGRASA ALCAIDE, C. y VALL RIUS, A., “La mediación familiar en Cataluña: Análisis sistemático de la Ley 1/2001, de 15 de marzo”, *Diario La Ley*, Tomo 5, 2001, pp.1744-1755.

²²¹⁴Así, el artículo 6 de la *Ley 1/2001 de Cataluña* señala: “1. Las cuestiones que se pueden someter a la mediación familiar, en el marco de las situaciones detalladas en el art. 5 y, en consecuencia, los acuerdos que se adopten, se han de referir siempre a *materias de derecho privado dispositivo susceptibles de ser planteadas judicialmente*”.

²²¹⁵ El artículo 21 de la *Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana* establece: “Los acuerdos a tomar deberán tener en cuenta: 1. Que podrán tomarse respecto a las materias incluidas en el art. 13 de esta ley. 2. Que las cuestiones que se sometan a la mediación familiar no podrán referirse a materias sobre las que las partes no tengan poder de disposición.- 3. En todo caso, los acuerdos que se adopten deben tener como prioridad el interés superior del menor, de las personas incapacitadas y el bienestar de los hijos.- 4. Los acuerdos tomados podrán ser revisados en los

El acuerdo adoptado puede ser total o parcial²²¹⁸. Será *parcial*, cuando no se adoptan acuerdos en todos los extremos del conflicto, sino en algunos de ellos (como materias relativas a la custodia de los hijos, al ejercicio de la potestad del padre o madre, régimen de visitas, uso de la vivienda familiar o a materias de carácter económico). Será *total*, cuando existen pactos en todos los aspectos del conflicto.

Una vez que las partes han decidido los términos del acuerdo al que han llegado en el proceso de mediación, se firma el Acta de mediación, acta que se distingue del convenio regulador firmado por las partes en un procedimiento de divorcio²²¹⁹. De la misma manera, también se extenderá un acta, aunque las partes no hayan llegado a ningún acuerdo. De dicha Acta se entrega un ejemplar a cada parte²²²⁰.

El acuerdo de mediación, será válido, si reúne las condiciones de validez que establece tanto la legislación autonómica como la común respecto a la validez de los contratos y si la cumple será válido y eficaz jurídicamente, y las partes quedarán obligadas al cumplimiento del mismo²²²¹. Así se señala expresamente en la legislación autonómica relativa a la mediación familiar, sin embargo, otra cosa será su legalización definitiva y su oponibilidad frente a terceros, que requerirá, según sea la materia contenida en los mismos, la homologación judicial en el correspondiente proceso o la elevación a documento público²²²².

casos y con los procedimientos propios de los contratos, elevándolos, en su caso, a la autoridad judicial, para que los valide”.

²²¹⁶ Art. 8 de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares

²²¹⁷ Art. 26 de la Ley de Andalucía

²²¹⁸ Así se permite en los arts. 10 de la Ley 1/2001 de Cataluña; 15, 2, de la Ley 4/2001 de Galicia; 20, 2, de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares; 20 de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 15, 1 de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias, y 26, 2, de la Ley de Andalucía.

²²¹⁹ Vid. GÓMEZ CABELLO, M^a.C., “Los aspectos jurídicos de la mediación” (I-IV), en *www.noticias.juridicas.com*, abril-junio 2007. La autora, estima que la diferencia más importante que se produce entre acuerdo mediador y convenio regulador se refiere a las diferentes materias que abarcan ambos acuerdos.

²²²⁰ En lo relativo al acta final, se regula en los; arts. 21 de la Ley 1/2001 de Cataluña; 16 de la Ley 4/2001 de Galicia; 14 de la Ley 15/2003 de Canarias; 17, 1 y 2, de la Ley 1/2006 de Castilla León; 19 de la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid; 22, 2, de la Ley 1/2008 del País Vasco; 22 y 23 de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares; 19 de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 15 de la Ley del Principado de Asturias; y 23, 3 de la Ley de Andalucía

²²²¹ Vid. GÓMEZ-SALVAGO SANCHEZ, C., *La forma voluntaria del contrato*, Ob. cit., p.50.

²²²² Arts. 20 de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 9 y 14, párr. 4, de la Ley 15/2003 de Canarias; 7, f, de la Ley 1/2006 de Castilla León; 10, a, de la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid; 17 de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias; 16, b, de la Ley 1/2008 del País Vasco, y 26, 2, de la Ley de Andalucía), y se desprende de la regulación del Código civil en relación a los documentos privados. El artículo 19 de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares establece, con

5.10. REVISIÓN Y EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN FAMILIAR.

5.10.1. REVISIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN FAMILIAR.

Una vez finalizado el proceso de mediación, es posible su revisión. Podemos considerar que el *seguimiento de los acuerdos* es una fase más del proceso de mediación. BERNAL SAMPER, considera que el seguimiento de los acuerdos pactados en el proceso de mediación, va adquiriendo un papel importante con el paso del tiempo²²²³.

La información que proporcionan las partes sobre la continuidad de lo pactado al haber terminado el proceso de mediación, indica la efectividad de los acuerdos pero también sirve para determinar las carencias o defectos de los acuerdos, incluso para remodelar la actuación de los mediadores. Cuando se detecta algún punto cuya efectividad no es posible o está dando problemas, es posible su renegociación y su modificación²²²⁴.

Para que la mediación llegue a ser un verdadero método alternativo de resolución de conflictos, era necesario reforzar su eficacia atribuyendo carácter ejecutivo a los acuerdos a lo que se llegase²²²⁵. De esta manera se conseguirá garantizar la verdadera eficacia de la mediación como método alternativo al proceso judicial para la solución de las controversias evitando que se convierta en

respecto a los efectos de los acuerdos: “Los acuerdos entre los sujetos de la parte familiar en conflicto producen los efectos que les reconozca la legislación que les resulte aplicable, según la naturaleza de cada uno de ellos y una vez otorgados en la forma pública o privada o seguidos los procedimientos que aquélla exija y cuando, además, se cumplan todos los requisitos de validez y eficacia que aquélla imponga”.

²²²³BERNAL SAMPER, T. *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., p.20; VEGA SANCHEZ, Y, MONTERIO BONILLA, C. PEREZ-ANGULO MARTIN, A. y TEJERNITA BLANCO, S. *Gestión de conflictos y procesos de mediación. MF1040_3*, Paraninfo, 2015, pp.147 y ss.

²²²⁴La Ley 5/2012 también ha seguido esta orientación regulando en su Título V la formalización del título ejecutivo y señalando que las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. Con la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.

²²²⁵En cuanto al seguimiento y supervisión de un caso de mediación, vid. ARAGÓN DE LA CALLE, M., PÉREZ CABALLERO, M^oL, QUINTANA GARCÍA, A., DEL REY GÓMEZ-MORATA, M. y RODRÍGUEZ GIL, E., “La mediación familiar en el contexto de los problemas sanitarios”, *Revista de Mediación*, Año 2, N^o 3, Marzo 2009, pp.16-27.

un simple proceso previo al proceso judicial. Para que se dé carácter ejecutivo al acuerdo es preciso que no sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud²²²⁶.

5.10.2. EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN FAMILIAR.

En anteriores capítulos (Cap.Tercero), señalamos que la entrada en vigor del RDL 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, supuso un marco general de aplicación para la mediación en los asunto civiles, entre los que se encuentran, las materias de derecho de familia y, en concreto las medidas que deben regir tras las crisis matrimoniales.

Antes esta ley, las posibilidades de acuerdo de los cónyuges se limitaban, una vez iniciada la crisis matrimonial a la formulación del Convenio Regulador que se acompaña a las demandas de divorcio o separación de mutuo acuerdo, y al posible acuerdo que pudieran llegar en el acto de juicio previsto en el art. 774.1 de la LEC, dónde podía incluirse el acuerdo de mediación al que una pareja hubiera llegado tras su ruptura, pero ambas posibilidades debían terminar con una sentencia que constituía el título ejecutivo necesario para la ejecución de las medidas en caso de incumplimiento. Las leyes autonómicas de mediación familiar, no preveían nada novedoso en este sentido, por lo que si llegado el momento de ratificar el convenio regulador, alguna de las partes no lo hacía, el acuerdo no tendría validez ejecutiva²²²⁷.

Sin embargo, como ya indicamos, con el RDL 5/2012, se introducen dos nuevos títulos ejecutivos, el Auto de homologación del Acuerdo de mediación (art. 25.4) y la escritura pública que recoge el acuerdo de mediación (arts. 25.1 y 23.3 in fine). Para el primero, es cierto que no era necesario reformar la LEC,

²²²⁶CALLEJO RODRÍGUEZ, C. Y MATUD JURISTO, M., “La mediación en asuntos civiles”, en RODRÍGUEZ-ARANA, J. Y DE PRADA RODRIGUEZ, M. (Dir.), *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, La Coruña, 2010, p.132.

²²²⁷GISBERT POMATA, M., “El acuerdo logrado en mediación civil y mercantil”, en GISBERT POMATA, M. Y DÍEZ RIAZA, S. (Eds.), *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Ob. cit., p. 244:“La falta de fuerza ejecutiva de lo decidido puede llevar a las partes –o a una de ellas– a ignorar lo acordado y actuar en la vía judicial como si el acuerdo nunca hubiese existido, por ejemplo, alegando las iniciales pretensiones y obviando la mediación. En estos casos la mediación no evitará el pronunciamiento judicial y servirá para dilatar y aumentar el coste y el tiempo empleado en la solución de la controversia”.

pues ya se preveía, el carácter de título ejecutivo del Auto de homologación, pero para la segunda hubo de reformarse por la Disp. final 2.ª RDL 5/2012 el art. 517.2.º LEC y desde la publicación de esta ley, es posible esta doble vía de formalización del acuerdo de mediación familiar como título ejecutivo.

Los problemas surgen de compatibilizar el régimen de ejecución del acuerdo de mediación con la necesidad del control judicial en relación a las materias no disponibles tales fundamentalmente las relativas a menores. El control judicial es necesario, atendiendo a lo establecido en los arts. 90 y 91 CC y el art. 777 LEC, así como la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal cuando se trate de medidas que afecten a menores (art. 749.2). No obstante, dicho control judicial, que en caso de acuerdo formalizado en un Convenio Regulador, se realiza mediante los trámites previstos en el art. 777 LEC, no aparece en la formulación del título ejecutivo notarial previsto en el art. 25 RDL 5/2012²²²⁸.

De este modo y respecto al auto de homologación del acuerdo, el art. 19.2 prevé su aprobación si no es contrario al “*interés general o de tercero*”, lo que incluye al interés del menor. Respecto a la intervención del Ministerio Fiscal cabría en todo caso su intervención en base al art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que prevé entre las misiones del Ministerio Público, la de intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación. En cuanto a su intervención entendemos que valdría que se le diera traslado del acuerdo, antes de la homologación, e informase por escrito.

La Sentencia del TS núm. 97/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 14 febrero, la cual analiza el valor de los convenios entre los padres respecto a las

²²²⁸Artículo 25: Formalización del título ejecutivo. “1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. 2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en este real decreto-ley y que su contenido no es contrario a Derecho. 3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento los requisitos que, en su caso, puedan exigir los Convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. 4. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

materias de orden público relativas a los menores y donde Tribunal Supremo limita la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de relaciones de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores, a los supuestos en que se lesione o se ponga en peligro al menor.

Por lo tanto, sin perjuicio de que el acuerdo alcanzado por los cónyuges relativo a materias no disponibles en principio, debe ser controlado por el juez, pero, si no lesionan o ponen en peligro al menor, debe declarar vinculantes dichos pactos y no podrá oponerse a los mismos²²²⁹.

Señala MORENO VELASCO, que dos son las circunstancias pueden ser, a mi juicio, justificativas de la intervención judicial y de la ineficacia de los pactos: en primer lugar, que lo pactado sea lesivo o perjudique a los menores en segundo lugar, que hayan cambiado, en el momento de tomar la decisión judicial las circunstancias que llevaron a los cónyuges a realizar los acuerdos prematrimoniales²²³⁰, refiriéndose al cambio de circunstancias que podían dar lugar a una modificación de medidas definitivas.

Así indica el autor que respecto a ejecutividad de las medidas relativas a menores de edad incorporadas a un Acuerdo de Mediación elevado a escritura pública, dos opciones, atendiendo a la Ley 5/2015:

- a) Entender que, sin perjuicio de lo que se pacte en el acuerdo de mediación, si hay medidas relativas a menores, respecto a éstas deberán incorporarse a un Convenio Regulador y pasar por el control judicial a través de los trámites del art. 777 LEC.
- b) Realizar el control judicial a posteriori a través de la oposición a la ejecución y mediante una interpretación amplia de las causas de oposición respecto a medidas que afectan a menores y al interés del menor.

No obstante, todo lo dicho, en el Capítulo 3 de esta tesis, profundizamos más detalladamente sobre la ejecución de los acuerdos alcanzados en mediación respecto a la ley 5/12 para asuntos civiles y mercantiles, que al ser de ámbito

²²²⁹Vid. MORENO VELASCO, V., “La ejecución del acuerdo de mediación en la relación a las materias no disponibles en las crisis matrimoniales. Una propuesta de solución”, *Diario La Ley*, Nº 7879, 2012, pp.106-109.

²²³⁰MORENO VELASCO, V. “La ejecución del acuerdo de mediación en la relación a las materias no disponibles en las crisis matrimoniales. Una propuesta de solución”, Ob. cit., pp.108.

estatal y más general, tiene carácter supletorio en todos aquéllos aspectos que no prevé la legislación autonómica al regular la mediación familiar.

5.11. LA REGULACIÓN JURÍDICA AUTONÓMICA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR. EL CASO DE ANDALUCÍA.

5.11.1. LA DISPERSIÓN LEGISLATIVA AUTONÓMICA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

Como hemos referido en algún capítulo anterior, ninguna norma con carácter estatal ha recogido expresamente la mediación familiar, si bien es cierto, que al no quedar excluida su aplicación en la Ley 5/2012 de 6 de julio, ésta puede servir en todos aquéllos aspectos donde no se vean afectadas las cuestiones de orden público, que como particularidades por razón de la materia, pueden tener los contenidos del Derecho de familia²²³¹. Sin embargo, en el marco de las Comunidades Autónomas, si existen textos normativos que regulan de forma específica desde hace mucho tiempo este procedimiento²²³².

Una vez que en la práctica, la mediación ya se encontraba bastante consolidada, hace más de treinta años, apareció la necesidad de regular su uso y establecer los criterios a cerca de quien podía ejercer como mediador²²³³. De esta manera, y al amparo del artículo 39 de la Constitución Española de 1978 y de las competencias asumidas en sus respectivos Estatutos, las Comunidades Autónomas españolas, empezaron a publicar leyes específicas sobre mediación familiar a

²²³¹BECERRIL RUIZ, D., “La familia del siglo XXI” en OROZCO PARDO G. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Coords.), *Tratado de mediación en la resolución de Conflictos*, Ob. cit., p.190: “En 1990, el Ministerio de Asuntos Sociales aprobó el “Programa para la mediación en la separación y el divorcio” que se empezó a aplicar al año siguiente en Madrid. En el caso concreto de Andalucía, en el año 2001, la Consejería de Asuntos Sociales, a través de la Dirección General de Infancia y Familia, elaboró el Primer Programa de mediación Familiar en Andalucía que en los años siguientes se extendió a todas las capitales de provincia andaluzas. El objetivo principal era evitar que los procesos de separación y divorcio de los padres incidieran negativamente en los hijos”.

²²³²En concreto existen trece comunidades autónomas que le han dado desarrollo: Andalucía, Aragón, Islas Canarias, Cantabria, Cataluña, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Comunidad de Madrid, Comunidad Valenciana, Galicia, Islas Baleares, Principado de Asturias y País Vasco. No tienen Ley de Mediación Familiar: Extremadura, Comunidad Foral de Navarra, Murcia, Ceuta ni Melilla.

²²³³BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Ob. cit., p.116.

nivel autonómico²²³⁴. Todas estas leyes surgieron de la experiencia práctica acumulada durante los últimos años, con una concepción amplia de la mediación familiar, entendiendo que no es sólo un instrumento para gestionar y solucionar los conflictos derivados de situaciones de separación, ruptura de pareja o divorcio, sino que existen otras situaciones que generan también conflicto en el seno de la estructura familiar y a las que se puede dar respuesta a través de este procedimiento, constituyéndose en una pieza clave para potenciar el bienestar del grupo familiar²²³⁵: Conflictos intergeneracionales padres e hijos adolescentes, qué hacer con las personas mayores de esta familia, problemas entre hermanos, es posible aplicarla a vecinos.

La competencia para promulgar una ley de mediación familiar la encuentran la mayoría de Comunidades Autónomas en la conjunción entre el artículo 39 de la Constitución Española (protección de la familia y la infancia) y las competencias autonómicas de carácter asistencial o de servicios sociales que sus respectivos estatutos de autonomía recogen²²³⁶. En algunos casos, con la finalidad expresa de protección de la familia, en concreto, en las Islas Baleares y Andalucía, si bien en esta última también su estatuto de autonomía recoge competencias para establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en materias de su competencia²²³⁷.

En total tenemos 13 leyes de mediación familiar en las distintas comunidades autónomas, aunque no tienen marco legal autonómico propio: Extremadura, Comunidad Foral de Navarra, Ceuta, ni Melilla²²³⁸.

²²³⁴ La primera es del año 2001.

²²³⁵ Vid. ALES SOLÍS, J., *Compendio legislativo sobre mediación familiar. Introducción y compilación*, Aconcagua, Sevilla, 2004, p.121.

²²³⁶ Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La distribución de competencias entre el estado y las comunidades autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis”, *Anales de Derecho*, Nº 23, Universidad de Murcia, 2005, pp. 103-128..

²²³⁷ Hay tres Comunidades Autónomas donde la justificación competencial de sus respectivas leyes es diferente. En Canarias la ley autonómica de mediación familiar se promulga en el ejercicio de las facultades que posee esta Comunidad Autónoma relacionadas con la administración de justicia. En Cantabria en base al “desarrollo legislativo en materia de ejercicio de profesiones tituladas”, así como en la competencia para establecer “procedimientos administrativos derivados de la especialidades de la organización propia”. Cataluña, finalmente, es un caso diferente, pues posee competencias para dictar normas procesales específicas que deriven de las particularidades de su derecho sustantivo. El artículo 148.1.20º de la Constitución Española posibilita que las Comunidades Autónomas asuman competencia exclusiva en materia de asistencia social.

²²³⁸ MARÍN HITTA, L., “¿Para qué una nueva Ley autonómica de mediación familiar?”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 8503, 2015, pp. 8-15.

Estas leyes son las siguientes:

1.- ANDALUCÍA. Ley de Ley1/2009, de 27 de febrero de Mediación Familiar de Andalucía²²³⁹ y Decreto 37/2012 de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley reguladora de la Mediación familiar en Andalucía. El organismo competente sobre temas de mediación es la Consejería de Igualdad de Junta de Andalucía. Dirección general de la infancia y familia²²⁴⁰

2.- ARAGÓN: Ley 9/2011 de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón. La mediación familiar depende del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia²²⁴¹. El mediador deberá poseer una titulación universitaria y acreditar la formación específica en mediación, en los términos que se establezcan reglamentariamente, debiendo acreditar una formación específica en mediación en los términos que reglamentariamente se establezcan.

3.- ISLAS CANARIAS. En esta comunidad, la mediación familiar se regula por la Ley 15/2003, de 8 de abril, reguladora de la actividad de la mediación familiar en Canarias²²⁴² y el Decreto 144/207 de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar. Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la ley 15/2003 de 8 de abril, de la mediación familiar. Los temas relacionados con la mediación familiar dependen de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad.

4.- CANTABRIA, Ley 1/2011 de 28 de marzo de mediación de Cantabria Consejería de Empleo y Bienestar social.

²²³⁹ ALÉS SIOLI, J., *Teoría, análisis y regulación en España*, Aconcagua, Sevilla, 2005, p.87.

²²⁴⁰<http://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadsaludypoliticassociales/areas/infancia-familias/mediacion-familiar.html>.

²²⁴¹<http://www.aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/Departamentos/SanidadBienestestarSocialFamilia/>.

²²⁴²Esta ley promueve la mediación familiar como un procedimiento extrajudicial y voluntario vinculado al departamento que tenga asumidas las competencias relacionadas con la Administración de Justicia. la ley tiene como finalidad el facilitar vías de diálogo y la búsqueda de acuerdos justos, duraderos y estables, con el objetivo de evitar contenciosos, poner fin a los que se inicien o reducir el alcance de los mismos.

5.-CATALUÑA. La Ley de la Comunidad Catalana m1/2000 de 15 de marzo, de Mediación Familiar²²⁴³. Posteriormente se dicta la Ley 15/2009 de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado, que se desarrolla, mediante el Reglamento aprobado por el Real Decreto 135/2012 de 23 de octubre. Departamento de justicia²²⁴⁴.

6.-CASTILLA-LA MANCHA, La Ley de Mediación de Castilla La Mancha 4/2005, de 24 de mayo²²⁴⁵. El organismo encargado de la mediación familiar es la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales²²⁴⁶.

7.-CASTILLA Y LEON. La Ley de Mediación de Castilla y León, Ley 1/2006, de 6 de abril y el Decreto 61/2011 de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo²²⁴⁷. La mediación familiar, depende de la Consejería de Familia e Igualdad de oportunidades²²⁴⁸.

8.- MADRID. Ley de Mediación de Madrid: Ley 1/2007, de 21 de febrero Consejería de Asuntos Sociales²²⁴⁹.

9.-COMUNIDAD VALENCIANA. La Ley de Mediación de Valencia, Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación familiar²²⁵⁰ y el

²²⁴³Regula la Mediación Familiar y crea el Centro de Mediación Familiar de Cataluña, que se encarga de organizar el servicio público de esta actividad y regula la intervención de los Colegios Profesionales, que se ocuparán de la formación de los mediadores, de la deontología profesional y del régimen sancionador.

²²⁴⁴<http://justicia.gencat/ca/ambits/mediacio>.

²²⁴⁵ Tiene por objeto la regulación de la mediación familiar como servicio social especializado en Castilla-La Mancha. Esta ley concibe la mediación como un servicio social público, compatible con su ejercicio en forma profesional y privada, constituyéndose como un método de resolución de conflictos familiares, en interés de los menores y de la familia. Esta caracterización justifica la atribución en esta Ley de ciertas funciones a la Consejería competente en materia de servicios sociales, a las que se unen las que son propias de los Colegios Profesionales..

²²⁴⁶ <http://www.castillalamancha.es/gobierno/sanidadyasuntossociales>.

²²⁴⁷Esta ley regula la mediación como un procedimiento voluntario y extrajudicial, sin atribuirle efectos procesales. Respecto a los aspectos integrantes en el proceso de mediación, se mencionan los psicológicos, sociales, jurídicos, pedagógicos y éticos, por lo que introduce, como novedad, la posibilidad de que los profesionales de la mediación se constituyan, si así lo estiman, equipo de personas mediadores que facilite la interdisciplinariedad. Otra novedad de esta Ley es que establece un catálogo de derechos y deberes de las personas que acuden a mediación y el papel relevante que jugará la Administración autonómica en los procedimientos de mediación.

²²⁴⁸ <http://www.jcyl.es/web/jcyl/Familia/es/Plantilla100/1205751016877/>.

²²⁴⁹http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_InfPractica_FA&cid=1354296475598&idConsejeria=1109266187278&idListConsj=1109265444710&idOrganismo=1109266227712&language=es&pagenome=ComunidadMadrid%2FEstructura&sm=1109266100977

Decreto 41/2007 de 13 de abril por el que se desarrolla la Ley²²⁵¹. La Generalitat Valenciana es la competente para el registro, autorización, inspección, seguimiento, sanciones, apoyo, colaboración con el mediador y designación de éste.

10.- GALICIA La Ley de Mediación de Galicia, Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de Galicia y el Decreto 159/2003 de 31 de enero, que regula la figura del mediador familia, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación de familia, que está promovida por la Junta de Galicia en beneficio de los hijos²²⁵². Se encarga de estos temas la Consellería de familia, juventud y voluntariado.²²⁵³.

11.-ISLAS BALEARES La Ley de Mediación de Islas Baleares 18/2006, de 22 de noviembre y Decreto 66/2008 de 30 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la ley. Consejería de Familia y Servicios Sociales. Dirección General Familia y menores. Servicio de Familia²²⁵⁴.

12.-PRINCIPADO DE ASTURIAS la Ley de Mediación Familiar de Asturias de 3/2007, de 23 de marzo. Consejería de Bienestar Social²²⁵⁵.

13.-PAIS VASCO Ley de Mediación de Euskadi, Ley 1/2008, de 8 de febrero: Consejería competente en materia de familia²²⁵⁶.

Todas las leyes autonómicas de mediación familiar, contemplan la creación de un registro de medidores y de entidades o equipos mediadores (compuestos por

²²⁵⁰Vid. ALÉS SIOLI, J. *La mediación familiar: teoría, análisis y regulación en España*, Ob. cit., p. 85. En la Ley se define la mediación como “un procedimiento extrajudicial y se constituye como un recurso complementario o alternativo a la vía judicial”.

²²⁵¹Para promover la mediación se crea el Centro de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana, dependiente de la Consejería competente en materia de familia e infancia. Los acuerdos pueden ser validados por un juez y son obligatorios para las partes. Igualmente regula los deberes y derechos de los medidores y establece los supuestos de gratuidad. Esta ley amplía su ámbito de actuación las situaciones de conflicto en materia de adopción y en empresas familiares.

²²⁵²La Consejería competente en materia de familia ejercerá las funciones necesarias para hacer efectiva la actividad de mediación familiar. El servicio era gratuito para las personas que reuniesen la condición de beneficiarios del derecho de asistencia jurídica gratuita igual que en la Comunidad Catalana, sin embargo el servicio sería abonado para los que no reuniesen esta condición.

²²⁵³<http://benestar.Xunta.Es/web/portal/mediación-familiar>.

²²⁵⁴<http://www.caib.es/govern/organigrama/area.do?coduo=3349&lang=es>.

²²⁵⁵<http://www.asturias.es/portal/site>><http://www.asturias.es/portal/site>.

²²⁵⁶No dispone de web.

profesionales de distintos ámbitos, abogados, psicólogos, trabajadores sociales), como un instrumento de conocimiento, control, ordenación, organización y publicidad de las apersonas mediadoras, según ha señalado PUGET²²⁵⁷. El funcionamiento y la regulación de cada registro varía en cada comunidad autónoma.

De lo anterior, deducimos la concepción positiva que tienen todas las Comunidades Autónomas de la mediación familiar, la falta de homogeneidad respecto al ámbito objetivo de la ley, el perfil del mediador y su formación específica, así como en la creación de un Registro de Mediadores en el que tengan que estar inscritos aquéllos que ejerzan su profesión en el ámbito público, que unas leyes contemplan y otras no. En todo caso y compartiendo la opinión de GARCÍA VILLALUEGA, la distinta forma de conceptuar y regular la mediación familiar, en las leyes autonómicas, enriquece si duda la institución pero desde mi punto de vista, creo que sería más conveniente la creación de un marco legislativo básico común en mediación familiar, que nos permitiese entenderla y aplicarla de igual manera en toda España y en toda Europa, y basada en la normativa y principios que se establecen en la Unión Europea²²⁵⁸.

Dado lo anterior, en referencia a la dispersión normativa autonómica en materia de mediación familiar, dedicaremos para terminar este estudio, el examen de una de las regulaciones jurídicas autonómicas; en este caso la regulación autonómica andaluza. A través de nuestro examen intentaremos observar las peculiaridades de una de las regulaciones más recientes de la mediación familiar a nivel autonómico, porque, la regulación andaluza se ha podido beneficiar tanto de las ventajas como de los posibles errores de las legislaciones autonómicas previas en esta materia en España.

Así, el análisis de la legislación andaluza de mediación, se ha producido un avance en la formación de los mediadores y su acceso al Registro de Mediación como evolución en las legislaciones autonómicas de mediación familiar.

²²⁵⁷PUGET, E.M., “Poderes Públicos y mediación Familiar” en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.), *Mediación Familiar*, Ob. cit., p.308.

²²⁵⁸GARCÍA VILLALUEGA, L., *Mediación en conflictos familiares: Una construcción desde el Derecho de familia*, Ob. cit., p.343,

5.11.2. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ANDALUCÍA. CARACTERÍSTICAS, OBJETO Y PRINCIPIOS.

Como la mayoría de las leyes de las Comunidades Autónomas, la Ley de mediación familiar andaluza 1/2009 reduce su ámbito de regulación a la mediación familiar al amparo de las competencias asumidas a través del Estatuto de Autonomía²²⁵⁹. Estudiaremos particularmente la mediación en esta comunidad por ser la nuestra y ejercer profesionalmente aquí, en Andalucía. En Andalucía, en el artículo 17 del Estatuto de Andalucía se garantiza la protección social, jurídica y económica de la familia y el artículo 61.4 establece que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, incluyendo las medidas de protección social y su ejecución. El artículo 150 del mismo Estatuto determina que la Junta de Andalucía podrá establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia.

En el ejercicio de tales competencias el Parlamento de Andalucía aprobó la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar de Andalucía, configurando a la mediación como: *“Un procedimiento de gestión de conflictos en el que las partes enfrentadas acuerdan voluntariamente que una tercera persona cualificada, imparcial y neutral les ayude a alcanzar por sí mismas un acuerdo, que les permita resolver el conflicto que las enfrenta, sin necesidad de someterlo a una autoridad judicial”*.

La citada Ley, tiene por objeto regular las actuaciones de mediación familiar incluidas en su artículo 1.2 cuando se desarrollen en el ámbito territorial de la comunidad autónoma de Andalucía. Su régimen jurídico ha sido desarrollado a través del Real Decreto 37/2012 de 21 de febrero que aprobó el reglamento correspondiente.

La mediación es un procedimiento que permite considerar las diversas dimensiones que concurren en los conflictos familiares donde coexisten aspectos legales y económicos con aspectos emocionales y afectivos; en ese aspecto, la LAMF es muy expresiva en su definición de la mediación; dice que es un:

²²⁵⁹RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., “La Mediación Familiar”, en MONEREO PEREZ, J.L., GONZALEZ DEL PATTO, R. y LOZANO MARTÍN, *Tratado de Mediación en la Resolución de Conflictos*, Ob. cit., p. 199.

“Procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre los miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asisten facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuada en torno al conflicto”.

Destaca también la creación y puesta en funcionamiento de un Registro de personas mediadoras como pieza clave de todo el sistema de mediación, mediante el que se proporciona seguridad jurídica al proceso de reconocimiento de la condición profesional de mediador, ofrece información de las personas inscritas y sirve de cauce para la gestión del turno de oficio indispensable para la mediación incluida en el beneficio de justicia gratuita.

Tres años después de la entrada en vigor de la Ley andaluza, se aprueba el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, que regula de forma detallada la organización y funcionamiento del Registro de mediación familiar de Andalucía, el procedimiento de inscripción y las causas de cancelación, el régimen de acceso y la publicidad de su contenido²²⁶⁰. Si analizamos los puntos de encuentro y diferencias entre legislación estatal y autonómica, encontramos, a primera vista, que por su propio enunciado la Ley estatal (la Ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles) tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que la autonómica al venir la primera referida no solo a supuestos de conflictos en el seno de la familia, como acontece en la andaluza, sino que incluye también supuestos de mediación en conflictos de otro orden como los pertenecientes al ámbito del derecho civil o mercantil²²⁶¹.

De esta forma, en Andalucía se solapan estos dos cuerpos normativos, aplicándose de forma preferente en nuestra Comunidad Autónoma la legislación dictada conforme a las competencias establecidas en el vigente Estatuto de Autonomía. Por ello, en Andalucía coexisten mediadores inscritos en el Registro estatal, con habilitación para mediar en asuntos civiles y mercantiles, con

²²⁶⁰En cuanto a la figura de la persona mediadora, el Reglamento también establece los requisitos de formación y experiencia profesional que resultan exigibles. Se regulan los turnos de intervención profesional y se detallan aspectos relacionados con la mediación gratuita. Asimismo, el Reglamento regula el proceso por el que ha de transcurrir la mediación desde la selección de la persona mediadora a la finalización del proceso con la redacción de la correspondiente acta.

²²⁶¹Ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

mediadores inscritos en el Registro autonómico, habilitados para mediar en asuntos familiares.

Esta coexistencia como hemos apuntado anteriormente puede crear algunos conflictos, por ejemplo cuando un asunto de naturaleza civil entra de plano en el ámbito de las relaciones de familia, y por tanto, cobren vigor las exigencias establecidas para los mediadores familiares en la legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía²²⁶². Esta cuestión podría ser causa de conflicto en tanto que los requisitos de formación no son los mismos en la legislación estatal y autonómica, por lo que en unos momentos en que inicia su andadura el nuevo modelo de mediación familiar sería necesario encontrar alguna fórmula que aclarara este punto de fricción anticipándose a posibles conflictos, contando para ello con la colaboración de los respectivos colegios profesionales.

Así, en el artículo 5 de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se señala que el profesional de la mediación deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación. En el capítulo II -artículos 3 a 7 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, se desarrollan estos requisitos de formación, estableciendo que esta formación específica se desarrollará tanto a nivel teórico como práctico, correspondiendo a este último, al menos, un 35 % de la duración mínima prevista en esta norma para la formación del mediador. Las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales.

5.11.2.1 Características fundamentales de la mediación familiar en Andalucía.

La Ley Andaluza de mediación familiar contempla una mediación con tres características fundamentales²²⁶³:

1.- Se lleva a cabo en el marco de un servicio que oferta y organiza la Administración pública competente, que es también la que determina las

²²⁶²Informe del Defensor del Menor Andaluz al Parlamento, 2013.

²²⁶³ RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., “La Mediación Familiar”, Ob. cit., p.199.

condiciones de prestación del servicio y las tarifas aplicables a la mediación²²⁶⁴. El acceso al servicio de mediación, según esta ley, no siempre es gratuito, pues depende de la capacidad económica de quienes lo soliciten²²⁶⁵.

2.- En la LAMF, se presenta la mediación como un procedimiento no jurisdiccional porque se lleva a cabo fuera del ámbito judicial y voluntario, porque no se contempla como un trámite previo, que necesariamente se haya de cubrir antes de acudir a la vía judicial. Esto no impide, tal y como prevén expresamente algunas leyes, que iniciado un procedimiento judicial, el juez recomiende, proponga o indique a las partes que se sometan a un proceso de mediación a fin de conseguir acuerdos que pongan fin al procedimiento judicial en marcha o lo agilicen, pero el juez, nunca solicita la mediación ni obliga a solicitarla²²⁶⁶.

3.- La mediación puede servir, en unos casos, para evitar el procedimiento judicial, en otros, para canalizar el procedimiento judicial por una vía rápida y menos traumática²²⁶⁷. La agilización del procedimiento judicial es uno de los resultados que pueden obtenerse, en particular, en los casos de separación y divorcio, pues los procedimientos para elaborar y presentar el convenio regulador, se pueden beneficiar del procedimiento de mutuo acuerdo, previsto en la LEC, procedimiento mucho más rápido que el contencioso, en tanto que el juez se limita a ratificar u homologar los acuerdos a lo que han llegado las partes²²⁶⁸. También puede ocurrir que iniciado el procedimiento contencioso, los cónyuges decidan someterse a mediación, bien por propia iniciativa o a propuesta del juez; en tal caso se suspenderá el curso del procedimiento judicial mientras la mediación

²²⁶⁴En este sentido, el artículo 4 de la LAMF, reconoce expresamente entre los derechos de las partes en conflicto, el de recibir prestación gratuita de la mediación de acuerdo con las condiciones fijadas en el artículo 27, así como el de acceder al recurso de mediación abonando las tarifas correspondientes cuando se superen los límites establecidos en dicho precepto. Correlativamente, entre los derechos de la persona mediadora se incluye el de percibir los honorarios o cuantías económicas que correspondan, pudiendo los colegios profesionales establecer honorarios orientativos en función de la complejidad y duración de la mediación. En todo caso, en los supuestos de mediación gratuitas, las tarifas se establecen reglamentariamente.

²²⁶⁵Prestan este servicio los mediadores inscritos en el Registro que se crea para tal efecto, el Registro de Mediación Familiar de Andalucía (RMFA), quedando sujetos en el desarrollo de su función al control y supervisión de un órgano de la administración

²²⁶⁶El Reglamento de 2012 especifica que es un procedimiento que se iniciará a instancia de las partes interesadas, bien por iniciativa propia o en su caso, mediante propuesta del órgano judicial o de los servicios públicos competentes, atendiendo siempre al principio de voluntariedad en la materia.

²²⁶⁷ El artículo 2.1 de la LAMF, dice que la mediación tiene como finalidad que las partes en conflicto alcancen acuerdos equitativos, justos, estables y duraderos, contribuyendo así a evitar la apertura de procedimientos judiciales, o en su caso, contribuir a la resolución de los ya iniciados.

²²⁶⁸Tras el informe favorable del Ministerio Fiscal, siempre que haya hijos menores.

tiene lugar y si se consiguen los pactos necesarios, el procedimiento judicial pasará a los trámites del mutuo acuerdo²²⁶⁹.

5.11.2.2. Objeto de la mediación familiar en la Ley Andaluza de Mediación Familiar.

En el marco de la LAMF, los conflictos susceptibles de mediación son los que se producen en el seno de la familia²²⁷⁰. Pero esta ley, a diferencia de las de otras comunidades autónomas que tienen un concepto de familia más estricto, parte de un concepto de familiar en sentido amplio que abarca a las personas relacionadas por vínculos de parentesco, por vínculo conyugal, por vínculo convivencia similar al conyugal, e incluso a quienes, sin mantener ninguno de los vínculos mencionados, son titulares de potestades protectoras o tuitivas sustitutivas de la patria potestad²²⁷¹.

Los artículos 1 y 3 de la LAMF, dicen que pueden ser objeto de mediación familiar:

-Los conflictos entre cónyuges, surgidos con motivo de la separación, divorcio o nulidad matrimonial, relacionados con todas o con algunas de las cuestiones implicadas en la crisis matrimonial (guarda de los hijos, régimen de visitas del progenitor no custodio, atribución del uso de la vivienda familiar, liquidación del régimen económico matrimonial, pensiones alimenticias que procedan o la pensión compensatoria que corresponda al cónyuge que sufra un desequilibrio económico).

-Los conflictos que se produzcan en el seno de una pareja de hecho, cuando se produzcan el cese o la ruptura de la convivencia²²⁷².

²²⁶⁹Por ello, es por lo que algunas leyes de las CCAA apuntan de forma muy expresiva que la mediación pretende evitar la apertura de procedimientos judiciales contenciosos o poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance.

²²⁷⁰RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., “La Mediación Familiar”, Ob. cit., p.203.

²²⁷¹Esta circunstancia hace que el ámbito objetivo que se reconoce a la mediación sea de los más amplios dentro de las leyes que existen en la materia.

²²⁷²Pueden estar relacionados con la guarda de los hijos, el régimen de visitas, la liquidación de las relaciones económicas existentes hasta entonces, la atribución del uso de la vivienda, pensiones alimenticias o incluso las compensaciones e indemnizaciones que en su caso procedan a favor de alguno de los ex convivientes.

-Los conflictos que surjan en el ejercicio de la patria potestad y en el marco de las instituciones tutelares²²⁷³.

-Las cuestiones que puedan suscitarse en las relaciones de los menores de edad con sus parientes hasta el tercer grado, de consanguinidad o afinidad, y en especial, los conflictos derivados del régimen de visitas o de comunicación entre abuelos y nietos, que han planteado muchos problemas en la práctica, especialmente en el caso de separación o divorcio de los padres.

-Los conflictos que se produzcan en el marco de la obligación de alimentos entre alimentante y alimentista, por motivo de la forma de cumplimiento o las circunstancias de la prestación, así como los que ocasione el cuidado de personas en situación de dependencia²²⁷⁴.

-También es posible utilizarla en los conflictos que surjan entre familia acogedora, persona acogida y familia biológica, así como los que se produzcan entre la familia adoptante, el adoptado y la familia por naturaleza, cuando el adoptado, mayor de edad decida materializar el derecho a conocer sus orígenes.

El ámbito objetivo de la LAMF es más amplio que en las leyes de otras comunidades, aunque eso sí, al igual que el resto de leyes, la mediación queda excluida expresamente en los casos en los que exista violencia, amenaza para la vida o integridad física de alguna de las personas integrantes de la unidad familiar²²⁷⁵.

Si una vez iniciado el procedimiento de mediación, se puede intuir, a través de la información obtenida de la existencia de un hecho delictivo o de amenazas para la vida o integridad física de alguno de los participantes implicados, el mediador está obligado a suspender el procedimiento y a poner los hechos en conocimiento de la autoridad competente.

²²⁷³Estarán incluidos en este apartado los conflictos entre los padres, casados o no, entre sí, en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad o incapacitados producidos al margen de una situación de crisis de la pareja, los conflictos entre padres e hijos menores de edad (conflictos intergeneracionales), así como los que se produzcan en el marco de las instituciones tutelares entre las personas que desempeñan el cargo de tutor o curador o entre tutor o curador y la persona sujeta a tutela o curatela.

²²⁷⁴Ello, conforme a la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia.

²²⁷⁵Artículos 2.1 y 16.h de la LAMF.

5.11.2.3. Principios de la mediación familiar en Ley andaluza de mediación familiar.

En cuanto a los principios de la mediación familiar que recoge la Ley Andaluza de mediación familiar sigue la misma línea que las restantes leyes de las CCAA. La LAMF, consagra los principios que han de informar la mediación, muchos de ellos presidiendo la actuación del mediador.

a.-El principio de voluntariedad²²⁷⁶.

La decisión de someterse a un proceso de mediación corresponde adoptarla con plena libertad, a los propios implicados en el conflicto “...podrán iniciar todas las partes en conflicto, ya sea antes de la iniciación de las actuaciones judiciales, en el curso de las mismas o incluso una vez finalizadas” (Art.6 LAMF). Además, una vez iniciada la mediación, las partes pueden manifestar su voluntad de desistimiento en cualquier fase del procedimiento²²⁷⁷.

b.-Principio de imparcialidad²²⁷⁸.

El mediador no puede tener interés alguno, a favor o en contra, de una de las partes²²⁷⁹. La LAMF, impone al mediador, para garantizar la imparcialidad, el deber de declinar la designación que se hubiere hecho a su favor, y apartarse del proceso de mediación, cuando concurra alguna circunstancia o causa legalmente contemplada²²⁸⁰. En los supuestos establecidos, si el mediador no se abstuviera de

²²⁷⁶ Esta voluntariedad también alcanza a la persona del mediador, que si bien debe iniciar la mediación en los plazos establecidos y no puede declinar su nombramiento salvo que esté comprometida su imparcialidad, puede renunciar a iniciar un procedimiento de mediación, o continuarlo, desde el momento que aprecie falta de voluntad por alguna de las partes, o exista una imposibilidad manifiesta para llegar a un acuerdo, así como cuando concurra cualquier otra circunstancia que haga inviable el procedimiento de mediación (signos de violencia, falta de colaboración, falta de respeto a las condiciones establecidas o a los principios, etc.).

²²⁷⁷ Art. 15.b) y 25 d)LAMF La renuncia debe ser razonada y comunicada por escrito al órgano competente cuando la mediación sea gratuita.

²²⁷⁸Vid. ALES SOLÍS, J., *Compendio legislativo sobre mediación familiar. Introducción y compilación*, Aconcagua, Sevilla, 2004, p.78.

²²⁷⁹Art. 8 LAMF, dice que el mediador deberá ayudar a que las partes alcancen acuerdos mutuamente satisfactorios, sin tomar partido por ninguna de las partes. El Art. 16, por su parte, incluye entre los deberes del mediador, el de mantener la imparcialidad, preservando la igualdad y equilibrio de las partes durante el proceso de mediación.

²²⁸⁰Como motivos de abstención, el Art. 17 establece, haber realizado actuaciones profesionales a favor o en contra de alguna de las partes con anterioridad, la existencia de vínculo de parentesco por consanguinidad hasta el 4º grado o de afinidad hasta el 2º grado, amistad íntima o enemistad manifiesta entre el mediador y alguna de las partes, así como la existencia de un interés directo (económico o personal) en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pueda influir el resultado de la mediación.

intervenir, las partes en conflicto podrían promover la recusación en cualquier momento del procedimiento en los términos que reglamentariamente se establecen²²⁸¹.

c.- Principio de neutralidad.

El artículo 8 de la LAMF señala que el mediador no podrá imponer soluciones o medidas concretas y que respetará los distintos puntos de vista de las partes. La función del mediador²²⁸² no es dirimir el conflicto, sino abrir vías de comunicación entre las partes para conseguir que ellas mismas sean las que lleguen a soluciones pactadas²²⁸³.

d.- Principio de confidencialidad.

Este principio impide que la información obtenida a través de un proceso de mediación pueda ser revelada al exterior. El artículo 16 de la LAMF, impone al mediador el deber de mantener la reserva y el secreto profesional respecto de los hechos conocidos durante el curso de la mediación, lo que completa el artículo 9 disponiendo que no podrá desvelar durante el proceso de mediación e incluso una vez finalizado el mismo, ningún dato o hecho o documento del que conozca, relativo al objeto de la mediación, salvo autorización expresa de todas las partes que hayan participado²²⁸⁴.

La LAMF, parece dar a entender que el mediador puede ampararse en el secreto profesional para justificar su no concurrencia como testigo o perito, o bien

²²⁸¹El Art. 4.c) reconoce expresamente como derecho de las partes en conflicto, el de recusar al profesional designado para el proceso de mediación si se da alguna de las causas legales de abstención.

²²⁸²RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., “La Mediación Familiar”, Ob. cit., p.207: “El Art. 16 de la LAMF impone al mediador el deber de mantener la reserva y el secreto profesional respecto de los hechos conocidos durante el curso de la mediación, lo que completa el artículo 9, disponiendo que no podrá desvelar durante el proceso de mediación e incluso una vez finalizado el mismo, ningún dato, hecho o documento del que conozca relativo al objeto de la mediación, salvo autorización expresa de todas las partes que hayan participado”.

²²⁸³El Art. 16 de la LAMF impone al mediador el deber de mantener la reserva y el secreto profesional respecto de los hechos conocidos durante el curso de la mediación, lo que completa el artículo 9, disponiendo que no podrá desvelar durante el proceso de mediación e incluso una vez finalizado el mismo, ningún dato, hecho o documento del que conozca relativo al objeto de la mediación, salvo autorización expresa de todas las partes que hayan participado.

²²⁸⁴Las consecuencias de este principio son que el mediador, una vez finalizado el proceso de mediación, no podrá asistir ni representar a ninguna de las partes en un litigio posterior relacionado con ese proceso, debiendo comunicar al tribunal el haber ejercido de persona mediadora en caso de ser citado como testigo o perito.

la no revelación de datos que haya obtenido a través del proceso de mediación²²⁸⁵
²²⁸⁶. El deber de confidencialidad, no es absoluto, pues por una parte, cede y es sustituido por el contrario (el deber de información a las autoridades competentes), cuando a través de un proceso de mediación se infiera la existencia de hechos delictivos o de amenazas para la vida o integridad física de alguna de las partes o de cualquier persona que tenga o haya tenido algún tipo de relación con éstas, descendientes o ascendientes que integren el núcleo familiar, aunque no sean parte del proceso de mediación²²⁸⁷.

e.- Principio de prioridad del beneficio de menores y personas dependientes.

El artículo 7 de la LAMF consagra este principio, al igual que el artículo 21 del Reglamento de 2012, que establece que la persona mediadora debe procurar que en los acuerdos que se adopten, se priorice el interés superior del menor y el bienestar de las personas mayores, con discapacidad o en situación de dependencia. Este mismo artículo es el que determina que el mediador debe procurar que no se produzca un desequilibrio de poder entre las partes. La LAMF a diferencia de otras leyes, no formula de manera expresa el principio de igualdad como rector también de la mediación, pero según lo dicho, puede considerarse incluido en el artículo 7.

f.- Principio de Inmediación²²⁸⁸.

Todas las personas participantes en el proceso de mediación, están obligadas a asistir personalmente a las sesiones, sin que puedan valerse de personas intermedias o representantes²²⁸⁹. La LAMF, no prevé nada en este sentido, aunque el Reglamento de 2012 establece que, “*en los procedimientos administrativos que se regulan en el presente Reglamento, se podrán utilizar*

²²⁸⁵Vid. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., “La Mediación Familiar”, Ob. cit., p.208.

²²⁸⁶A diferencia de otras leyes de Comunidades Autónomas que se pronuncian en un sentido mucho más tajando, prohibiendo directamente al mediador actuar como testigo o perito.

²²⁸⁷El deber de confidencialidad no se infringe cuando la información que obtiene el mediador en el curso de la mediación se utilice con fines de investigación o de formación, siempre que no se aporten datos que permitan identificar a los protagonistas y con el consentimiento expreso de quienes estén directamente afectados.

²²⁸⁸Algunas leyes de mediación para situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, permiten la utilización de medios telemáticos, informáticos y electrónicos que faciliten la comunicación a distancia, siempre que se produzca con las debidas garantías de autenticidad e identidad.

²²⁸⁹Art. 10 y 5d) de la LAMF y Art. 23 del Reglamento de 2012.

*medios telemáticos, informáticos y electrónicos, adecuándose al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal*²²⁹⁰.

g. Principio de flexibilidad.

El procedimiento de mediación deberá de desarrollarse de una manera flexible, adaptándose a la situación concreta a tratar y a las circunstancias y disponibilidad de las partes en conflicto, si bien respetando las normas mínimas establecidas en la ley como garantía de calidad (art. 12 LAMF)

5.11.3. EL MEDIADOR EN LA LEY ANDALUZA DE MEDIACIÓN FAMILIAR Y SU FORMACIÓN.

Analizando la leyes españolas de mediación familiar, ALÉS SILOLÍ, ha manifestado que otorgan a la persona mediadora un papel fundamental, cuyo perfil profesional y requisitos define detalladamente, así como su actuación que ha de quedar sujeta a principios de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad²²⁹¹. Referente a este tema, LOPEZ SAN LUIS, considera que esta gracias a la ley andaluza, se ha permitido tener un cierto marco legal para regular el ejercicio de la mediación familiar, pues durante años, se ha permitido que profesionales de distintas disciplinas comenzaran el ejercicio de la mediación sin control alguno y sin formación especializada²²⁹².

5.11.3.1 El mediador en la Ley andaluza de mediación familiar.

Tanto la Ley andaluza de mediación familiar como el Reglamento, dedican una especial atención a la figura del mediador como pieza clave del

²²⁹⁰ Art. 4 del Reglamento de 2012.

²²⁹¹ Vid. ALÉS SIOLI, J., *La mediación familiar: Teoría, análisis y regulación en España*, Ob. cit., p.88.

²²⁹² LOPEZ SAN LUIS, R., “Reflexiones sobre la formación de los mediadores familiares en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J. y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial del conflictos en el siglo XXI*, Ob. cit., p.149.

procedimiento, aunque no tenga capacidad de decisión al respecto²²⁹³. Es importante destacar tanto el procedimiento de designación como los requisitos para el ejercicio de la mediación.

En cuanto al procedimiento, como norma general, la designación del mediador concreto, corresponde a los propios solicitantes de la mediación, pues la ley les reconoce expresamente el derecho a solicitar del Registro de Mediadores Familiares de Andalucía, el listado de personas mediadoras y elegir de común acuerdo al profesional que va a intervenir en su proceso de mediación. Sin embargo, cuando las partes implicadas, estando de acuerdo en someterse al proceso de mediación, no se ponen de acuerdo en la elección del mediador, la designación la hará el propio Registro y recaerá en la persona a la que corresponda según el turno de reparto establecido en la localidad en la que vaya a realizarse la mediación. Esto mismo ocurrirá en los supuestos en los que alguna de las partes tuviese reconocida el derecho de mediación gratuita.

Respecto a los requisitos para garantizar una eficaz y detallada prestación del servicio, la LAMF, reserva el ejercicio de la mediación familiar a profesionales que en la materia, considerando como tales a aquéllos que cumplen los requisitos que establece la propia Ley y el Reglamento: estar en posesión de titulación universitaria (título de grado o de FP superior, y suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada del procedimiento en el que se intervenga)²²⁹⁴. En la Ley para ejercer la mediación en el ámbito público, es necesaria la inscripción en el RMFA²²⁹⁵.

La inscripción en el RMFA supone la necesidad de acreditar una formación específica o la experiencia en el ámbito de la mediación que reglamentariamente se establece (art. 13 LAMF). El Reglamento de 2012 dispone que la formación específica será de posgrado, impartida y homologada por las Universidades y deberá consistir en superar un curso con una duración no inferior a 300 horas o su equivalente en el sistema Europeo de transferencia de Créditos (ECTS), de las cuales 60 tendrán carácter práctico, con un mínimo del 80% de la

²²⁹³RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., “La Mediación Familiar”, Ob. cit., p.205.

²²⁹⁴ La LAMF, por la reforma que operó el Decreto Ley 5/2014 de 22 de abril, ya no especifica las materias concretas a que han de venir referidas las titulaciones (art. 13).

²²⁹⁵ Aunque la Ley parece consagrar el carácter potestativo de la inscripción en el Registro, a efectos de publicidad e información y en su caso, a efectos del sistema de turnos, parece que el artículo 2 del Reglamento establece que para ejercer la mediación en el marco del servicio que oferta la Administración andaluza es requisito previo la inscripción en el RMFA.

asistencia y con el contenido que establezca la Consejería competente. Además habrá que acreditar una formación continuada con carácter trienal consistente en la realización durante ese periodo de nuevos cursos de formalización del al menos sesenta horas acumulables en materias relacionadas con la mediación familiar²²⁹⁶.

La LMFA, a diferencia de otras leyes, contempla expresamente los *equipos de personas mediadoras*. Estos son grupos de profesionales de la mediación, cualquiera que sea la fórmula que adopten al respecto, que se organizan al objeto de fomentar la colaboración interdisciplinar en el ejercicio de la mediación. Esta forma puede ser de gran utilidad dado que en los conflictos familiares hay implicadas cuestiones de muy diferente alcance que hacen aconsejable, cuando no necesario el recurso al conocimiento y experiencia de profesionales de ámbitos muy distinto, aunque la mediación implica la actuación individual de un profesional, porque el resto de los que integren el equipo de mediación, se limitan a prestar su apoyo al mediador principal cuando fuere preciso, de manera que éstos no van a tener relación alguna con las partes en conflicto²²⁹⁷. Para constituir un equipo de personas mediadoras es imprescindible que al menos tres de ellas, tengan titulaciones distintas, dentro de las establecidas en el artículo 13 de la LAMF.

5.11.2.3. La formación del mediador.

Las leyes autonómicas de mediación familiar hacen referencia a la formación específica como requisito previo a la inscripción en el Registro de Mediadores Familiares, que como veremos, tienen carácter administrativo y cuya gestión dependerá del órgano público al que se adscriba en cada comunidad²²⁹⁸. En cuanto a la formación específica de los mediadores familiares, el problema radica, fundamentalmente, en la disparidad de criterios por parte de los legisladores autonómicos a la hora de determinar la categoría de los cursos

²²⁹⁶Por Orden de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de 16 de mayo de 2013 se han establecido los contenidos mínimos de la formación específica de las personas mediadoras.

²²⁹⁷No obstante, el Reglamento de 2012 (artículo 23) permite al mediador, proponer, en cualquier momento del proceso, la presencia de otras personas cualificadas profesionalmente, previa aceptación de las partes.

²²⁹⁸LOPEZ SAN LUIS, R., “Reflexiones sobre la formación de los mediadores familiares en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, Ob. cit., p.155.

(máster, expertos, especialistas), los contenidos de los cursos, evaluación, duración de los mismos y sobre todo en la homologación.

La duración mínima de la formación específica del mediador que establece la Ley de mediación familiar andaluza, es de de 100 horas de docencia efectiva impartidas en centros o entidades de formación, públicos o privados, habilitados para dicha finalidad por la Administración pública con competencia en la materia. También prevé dicho reglamento estatal que los profesionales mediadores realicen actividades de formación continua en materia de mediación, de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de 20 horas.

Por su parte el artículo 13 de la Ley 1/2009, de mediación familiar en Andalucía (conforme a la modificación introducida por el artículo 8.1 de Decreto Ley 5/2014, de 22 de abril, sobre medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas) establece que la persona mediadora deberá ostentar una titulación universitaria, título de grado o de formación profesional superior y contar con la formación específica en los términos que reglamentariamente se determinen.

Y la determinación reglamentaria se establece en el artículo 5 del Decreto 37/2012, de 21 de febrero, que dispone una formación específica de postgrado en mediación familiar que deberá ser impartida por las Universidades o ser homologada por éstas. Esta formación consiste en un curso con una duración no inferior a 300 horas o su equivalente en el Sistema Europeo de Transferencia de Créditos (ECTS), de las cuales al menos 60 tendrán carácter práctico, con un mínimo del 80% de asistencia y con el contenido que se establezca por Orden de la Consejería competente en materia de familias.

A lo cual habría que añadir que las personas mediadoras inscritas en el Registro deberán acreditar una formación continua con carácter trienal, que consistirá en la realización durante ese periodo de nuevos cursos de formación de al menos 60 horas acumulables en materias relacionadas con la mediación familiar. Dicha formación podrá ser impartida por Universidades y Colegios Profesionales, así como por otras entidades públicas o privadas, previa aprobación por el Consejo Andaluz de Mediación Familiar de los planes de formación presentados por estas entidades.

En la misma línea que las restantes leyes, la Ley de Mediación Familiar Andaluza, parte de la diversidad de conflictos que se producen en el ámbito familiar en la actualidad, incluye no solo supuestos derivados de situaciones de separación, ruptura de pareja o divorcio, sino que contiene también otras situaciones generadoras de conflicto en el seno de la familia y a las que se puede dar respuesta con la mediación familiar tales como los conflictos intergeneracionales o la ayuda en la búsqueda de orígenes familiares a las personas adoptadas²²⁹⁹. Con ello se pone de relieve la dificultad de resolver estos conflictos por vía judicial y la conveniencia de arbitrar nuevos mecanismos que no sean de carácter estrictamente jurídico.

La adaptación de los cursos al Espacio Europeo de enseñanza superior, ha originado la reconversión de algunos en máster propios y otros en oficiales aumentando considerablemente la duración de los mismos. Además hay que tener en cuenta, atendiendo a la heterogeneidad de los cursos, si el alumno quiere formarse en mediación familiar o en otras materias, porque este tipo de mediación, es un área de conocimiento teórico-metodológica al que se puede acceder desde distintas disciplinas, que no es patrimonio de ninguna profesión, por lo que, sin perjuicio de que hay unas profesiones más afines que otras a la misma, es razonable que cualquier profesional que se acerque a la mediación familiar, tenga una formación universitaria que acredite conocimientos suficientes sobre el hecho familiar, la conflictividad familiar, métodos y técnicas de resolución de conflictos con sus implicaciones jurídicas, psicológicas, sociales y culturales²³⁰⁰.

5.11.4. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN LA LEY ANDALUZA DE MEDIACIÓN FAMILIAR.

El procedimiento que establece la LAMF, en consonancia con el principio de voluntariedad, es que para iniciar el proceso de mediación es necesaria una petición de las partes en conflicto que puede formularse por todas ellas, actuado

²²⁹⁹ ALÉS SIOLI, J., *La mediación familiar: teoría, análisis y regulación en España*, Ob. cit., p. 87.

²³⁰⁰ Vid. LOPEZ SAN LUIS, R., “Reflexiones sobre la formación de los mediadores familiares en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, Ob. cit., p.156.

conjuntamente o a instancia, solo de alguna de ellas; aunque en este último caso, el artículo 20 de la LAMF, señala que la aceptación o consentimiento de las otras partes ha de acreditarse con posterioridad, dentro del plazo señalado, que es el de un mes a contar desde que se solicita la mediación²³⁰¹.

Se presenta una solicitud y una vez designada la persona mediadora, bien por las partes o por el órgano encargado del Registro de Mediadores, se convoca a las partes a una reunión inicial, en la cual les informara de sus derechos y deberes, de los principios rectores de la mediación, de las características del proceso, de su duración, de los honorarios profesionales y en su caso, de la necesidad de recibir asesoramiento jurídico o sobre la conveniencia de la intervención de otro profesional para la redacción del acuerdo que se alcance²³⁰².

En la reunión inicial, las partes expondrán las cuestiones en conflicto y los motivos que les llevan a la mediación, planificándose las sesiones que se consideren necesarias. Se levanta acta de la reunión inicial, que se firmará por el mediador y las partes²³⁰³. Posteriormente las partes acuden a las sesiones previstas y lo han de hacer personalmente²³⁰⁴. Las sesiones se hacen bajo la dirección del mediador y de cada una de ellas se puede redactar a petición de cualquiera de las partes el documento justificativo de asistencia²³⁰⁵.

Si alguna de las partes no acudiera a alguna de las reuniones por causa justificada, deberá señalarse una nueva sesión por una sola vez en los diez días siguientes. Si el proceso de mediación no pudiera llevarse a cabo por inasistencia justificada de alguna de las partes, se levantará acta y se dará por terminada, comunicándolo a las partes, a la Delegación provincial de la Consejería y al órgano encargado del Registro de Mediadores familiares de Andalucía.

La duración del procedimiento va a depender de la naturaleza, complejidad y conflictividad de las cuestiones, objeto de debate. Precisamente a la vista de estas circunstancias, el mediador, como indica el artículo 26 del Reglamento de 2012, realizará un previsión razonable de su duración. No obstante, para evitar que se utilice como elemento dilatorio (sobre todo en casos de separación y

²³⁰¹Vid. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. “La Mediación Familiar”, Ob. cit., p.210.

²³⁰² Artículo 22 LAMF y Artículo 24 del Reglamento de 2012.

²³⁰³ Artículo 23 LAMF y Artículo 4 del Reglamento de 2012.

²³⁰⁴ Artículo 10 LAMF y Artículo 23 del Reglamento de 2012.

²³⁰⁵Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., “La mediación familiar”, en YZQUIERDO TOLSADA, I. (Dir.), *Tratado de Familia*, Vol. II, Las crisis Matrimoniales, Thomsom-Aranzadi, Madir, 2011, pp.743-836.

divorcio) la LAMF fija un plazo de 3 meses a contar desde que se levante el acta inicial. Se puede proponer la prórroga de este plazo, si se aprecia la necesidad de ampliarlo por la complejidad del asunto o por otras cuestiones, por un nuevo periodo de 3 meses.

Si en el plazo previsto, se consiguieran los acuerdos pretendidos, terminará el proceso de mediación. Se levantará acta final, que será firmada por las partes y el mediador. Los acuerdos que se alcancen serán vinculantes, validos y obligatorios para las partes.

5.12. IDEALIDAD Y REALIDAD EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR: PERSPECTIVAS DE FUTURO.

Desde la perspectiva de la Mediación, hemos considerado, que todo conflicto o disputa es el resultado del intento continuado y frustrado de instaurar un nuevo orden por parte de quienes perciben que sus objetivos son incompatibles entre sí. Esta idea de instauración de un nuevo orden es primordial para comprender la práctica mediadora, ya que el objetivo último de ésta consiste precisamente en canalizar la energía que las partes emplean en este intento esta vez en una dirección adecuada que les permita la consecución de buenos acuerdos y el nuevo orden deseado.

El orden en fin, es condición imprescindible para constituir una sociedad, desde la más simple a la más compleja y en consecuencia cada agrupación humana crea mecanismos de pacificación en favor de una convivencia ordenada y armónica. Conocemos o al menos nos resultan familiares los propios de nuestras sociedades, sin embargo existe una gran variedad de mecanismos de pacificación dentro de la complejidad cultural de nuestra especie e igualmente interesantes.

El llamado por URY, "*tercer lado*", ha sido relegado y olvidado en nuestras sociedades complejas; sin embargo, es fundamental recuperar la introducción de un tercero que facilite el paso desde el enfrentamiento a la cooperación. La cooperación es fundamental a la hora de recuperar la armonía. Es la actitud idónea para encontrar soluciones a la disputa y restaurar la situación de

orden. El orden es fundamental en una relación porque fundamenta la estructura que la define.

La mediación acude en definitiva a la necesidad de establecimiento de un nuevo orden, lo cual no implica una nueva estructura. Más bien al contrario, la idea es que la afiance, modificando el código normativo que regule demandas antes no atendidas. Se trata en definitiva de que el conflicto no represente una amenaza para una empresa, una familia, una relación amistosa, etc. sino que sea una oportunidad de crecimiento y fortalecimiento de estas estructuras.

La generación de un nuevo código normativo entre quienes se hallen en disputa es tarea de los propios involucrados desde la perspectiva de la mediación. Tarea no sólo posible sino deseable porque se parte de la base de que cada individuo posee capacidad legislativa y regulativa y en ese sentido lo adecuado es que la utilice en la gestión y resolución de sus propios conflictos²³⁰⁶. Puesto que todos estamos dotados de recursos para llegar a buenos acuerdos, el mediador se constituye como el canal a través del cual se facilita que esto pueda llevarse a cabo. El modo cómo encauce la negociación estará condicionado por el modelo teórico de mediación que éste elija²³⁰⁷.

Existe un extenso abanico de modelos teóricos de mediación y cada uno pone a disposición de la práctica mediadora una serie de estrategias, técnicas y tácticas propias que están diseñadas para ayudar al mediador a guiar la negociación. Las estrategias hacen referencia a las orientaciones básicas que están presentes a lo largo de todo el proceso de mediación. Las técnicas son las herramientas específicas de las que dispone el mediador para modular el diálogo entre las partes. Finalmente las tácticas agrupan a las acciones dirigidas a resolver situaciones problemáticas generadas durante el proceso. Pero además de estos recursos y podría decirse que por encima de ellos, cada modelo teórico de mediación ofrece un modo particular y coherente de cómo se entiende la relación, el conflicto y la negociación o lo que es lo mismo: de cómo se entiende el concepto de "orden". Este modo de entender el concepto de orden que es propio de cada modelo teórico se halla en correspondencia isomórfica con los principales

²³⁰⁶BUSH, R. A. B. Y FOLGER, J. P., *La promesa de la mediación. Como afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, Ob. cit., p.75.

²³⁰⁷MEDINA DÍAZ, F. J., *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Pirámide, Madrid, 2005, p. 115.

modos de ordenar una sociedad que se han dado a lo largo de la historia de nuestra cultura occidental: el modo clásico, el moderno y el postmoderno.

Partiendo pues del hecho de que cada modelo teórico hereda una concepción de orden propia de una sociedad se sigue que también hereda el modo (afrontar los conflictos para restaurar la armonía social²³⁰⁸. Esta circunstancia es o al menos debería ser decisiva en la praxis de la mediación. El que las partes formulen sus propios acuerdos no coloca al mediador en un papel meramente testimonial. No debe confundirse la intervención en la toma de soluciones con la intervención en el proceso de negociación para que este discurra por cauces concretos.

Cuando un mediador guía el proceso de negociación a partir de estos presupuestos inevitablemente parte considera que la toma de soluciones debe estar encaminada a que las partes constituyan el nuevo orden bajo los parámetros estructurales de la "*sociedad abierta*", es decir, hacia una asociación que basa la relación de sus integrantes en función del intercambio, en la cual los vínculos no son religiosos ni afectivos sino que se conciben como asociaciones flexibles y móviles que se asumen de forma voluntaria. Late bajo esta idea el sustrato del liberalismo según el cual todo lo que impida o frene la libertad individual debe ser suprimido, ya que la libertad es la condición natural del hombre.

La "*sociedad abierta*" o simplemente "*sociedad*" aparece como resultado de las teorías contractualistas de los siglos XVII y XVIII y se fundamenta, no en función de una identidad natural y por tanto eterna, sino en función de una construcción artificial útil para la convivencia. Es dinámica, se entiende como un orden abierto y la justicia en ella se concibe como el hecho de dotar a los individuos de igual dignidad. Es por ende, individualista.

Aceptar que el otro tiene razones y necesidades igualmente válidas y comprenderlas produce un clima de empatía en el que es más fácil resolver el conflicto. Con estos nuevos sistemas de resolución de conflicto, se pretende estimular la libre determinación y la autonomía, para incrementar la capacidad de ver la propia situación más claramente y de tomar decisiones por uno mismo²³⁰⁹. El reconocimiento es la práctica a través de la cual los participantes asimilan la

²³⁰⁸GIMÉNEZ ROMERO, C., "Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural", *Revista Migraciones*, Universidad Pontificia de Comillas, 2001, p.28.

²³⁰⁹PARKINSON, L., *Mediación familiar*, Ob. cit., p.112.

legitimidad del otro, a respetarlo en la misma medida en que ya han aprendido a valorarse y respetarse a sí mismos.

Es decir, que aunque la mediación busca soluciones de carácter personal y privado ante los conflictos, la circunstancia de que los participantes se vean "*obligados*" a formular nuevas normas se proyecta en el ámbito público con un mayor ejercicio de las capacidades de realizar intercambios y pactos con otros individuos básicos para una sociedad de iguales.

La mediación es por tanto un canal útil de transformación de la conducta hostil²³¹⁰ a la cooperativa para que sea posible analizar y dar solución a un problema. Cuando las personas perciben sus capacidades, entonces se produce este cambio. Es la vía que obliga al diálogo, al análisis de los objetivos y los recursos para llegar a ellos, al respeto hacia las necesidades de la otra persona con la que se está en conflicto y en definitiva, al nacimiento de individuos.

Como corolario sólo resta añadir que los resultados de la mediación avalan progresivamente la tesis según la cual se cumplen mejor y con más constancia los acuerdos formulados por los propios participantes en la disputa que los impuestos por un tercero. Se comprueba así que tiene mayor sentido atenerse a un orden pactado que acatado. Por tal razón, cuando el conflicto no reviste el carácter de delito, es decir, cuando únicamente se trata de crear nuevos órdenes de relación interpersonal entonces la mediación juega con ventaja frente al proceso sancionador.

Con ello no se está cuestionando la necesidad de dicho proceso, que si bien resultaría inútil en una sociedad utópica, se hace imprescindible como uno de los mecanismos reguladores de una sociedad real. Pero lo que resulta más discutible es que después de la aplicación de una sanción, el individuo tenga una mayor madurez personal y ciudadana

Por otra parte, la sanción marca al sujeto como culpable y no como responsable. A los culpables sólo les queda el expiar su culpa; esta es una dimensión estática en la cual aparte de "*pagar*", el individuo no está obligado necesariamente a aprender o a mejorar; normalmente si se produce ese aprendizaje o esa mejora suele ser de nuevo por el miedo a tener que "*pagar*" de nuevo. Pero

²³¹⁰SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós mediación, Buenos Aires, 2008, pp.15-16.

si a las personas se les descarga de la culpa para convertirlas en responsables de sus propios actos, entonces toman conciencia de la capacidad para regular sus propias acciones.

La mediación trata de proteger el abuso de la vía judicial, reservándola únicamente para aquellos casos en los que sea necesaria. Con su concurso, los seres humanos pueden ejercitar la autonomía de la voluntad y con ella su derecho a la dignidad y el ejercicio de la responsabilidad de una forma mucho más completa que mediante la vía judicial.

La mediación intenta desarrollar la responsabilidad en las partes en disputa, con el fin de que hagan suyo el "*desorden*" inherente al conflicto y la formulación de un orden adecuado. Por ello, donde ésta sea la clave para resolver una disputa, la mediación tiene un papel decisivo, aparte de las bondades por las que habitualmente se la caracteriza. La creación de nuevos órdenes de relación, nos va a impulsar a forzar nuestros recursos intelectuales y éticos como ciudadanos participativos y nos pone progresivamente "*mayoría de edad*", tan deseada por Inmanuel Kant²³¹¹.

²³¹¹Vid. KANT, I. *En defensa de la Ilustración*, trad. de J. Alcoriza, Alba, Barcelona, 1999, pp.282-285.

CONCLUSIONES.

En el apartado de conclusiones a una tesis doctoral, se ha de poner claramente de manifiesto, tanto la *originalidad* del trabajo, como aquellas *aportaciones* que al objeto de estudio, se consideran han quedado expuestas a lo largo de los capítulos que constituyen el contenido de la tesis. Como queda establecido en el artículo 23 del, *Reglamento de Estudios de Doctorado* de la Universidad de Jaén, justificar la originalidad y las aportaciones hechas en una tesis doctoral, han de valorarse como el resultado por el cual, el doctorando o doctoranda, evidencia haber adquirido durante el proceso de investigación, un conjunto de “capacidades y destrezas”, necesarias para enfrentarse y desenvolverse en las distintas tareas implicadas en la investigación universitaria. En atención a estos requerimientos y otros también detallados en la normativa universitaria, como son la interdisciplinariedad y la actitud crítica, exponemos a continuación los puntos en los que la tesis doctoral, según consideramos, habría cumplido con los requisitos de originalidad y aportaciones a la teoría y práctica de la mediación y la mediación familiar:

PRIMERA.- En la tesis se ha optado, desde su inicio, por entender la mediación en un “*sentido restringido*”. Dentro de los llamados, “nuevos métodos de resolución de conflictos”, ADR (*Alternative dispute resolution*), en donde se incluye la mediación, según la noción restringida de la mediación, ésta solo es posible en el marco de una sociedad igualitaria, en las que las partes del proceso mediador son titulares de los mismos derechos y libertades que cualquier otra persona, incluida la figura del “mediador”, cuya asistencia “neutral” y sin capacidad de decisión sobre el proceso de mediación, tiene como fundamento el que se trata de otro ciudadano, que disfruta de iguales derechos y libertades que las partes en conflicto, solamente distinguible de las partes, por no tener interés en el conflicto y por estar capacitado técnicamente para asesorar en el proceso de mediación y su resolución (habilidades y técnicas de mediación, tanto jurídicas, como sociales, y psicológicas). Según consideramos, partir de un sentido o noción restringida de la mediación, nos ha posibilitado encontrar el fundamento de la mediación en la democracia participativa y en la teoría de los derechos

fundamentales. Además, la relación entre la mediación y el derecho a “la tutela judicial efectiva”, nos ha permitido comprobar, a través de la ponderación y argumentación judicial y el efecto irradiador para la interpretación de los derechos fundamentales, que el proceso judicial y la labor del juez, está siendo cada vez más receptivo a interpretaciones sustantivas de los conflictos. Por eso, hemos tomado a los derechos fundamentales en su *relación especial* de fundamentación de la mediación en sentido restringido.

SEGUNDA.- La anterior “relación especial” entre mediación y derechos fundamentales, también ha sido objeto de discusión en la tesis. La razón estriba en que, en las teorías y práctica de la mediación, la opción por un “sentido restringido” de la mediación y su relación con los derechos, no es la más común. Por el contrario, debido a la pretensión de hacer de la mediación una “teoría general” aplicable a cualquier tipo de sociedad, se suele recurrir a una primera justificación histórica de la mediación en la que, por lo general, se entiende el proceso igualitario de comunicación y diálogo entre las partes en conflicto, así como la figura del mediador neutral y sin capacidad decisoria, como características ya reconocibles en otros períodos y sociedades históricas, distintas de la actual sociedad democrática. Sin dejar de lado el interés de esta justificación histórica, nuestra opción por partir de un modelo *restringido* de mediación, tiene como fundamento en que solo se hacen comprensibles las características propias de la mediación como método o institución de resolución de conflictos, siempre que se desarrolle en el marco de un contexto social y jurídico en el que, la igualdad en derechos de las partes y la neutralidad del mediador, son un “prerrequisito” para diferenciar la mediación de cualquier otra fórmula del pasado o actual, en la que, solamente se puede percibir que, un “tercero”, intenta mediar entre las partes de un conflicto, sin decidir en lugar de éstas. Cuando la descripción de la mediación es esta última, nada se dice sobre si la mediación se realiza en una sociedad que reconoce y aplica jurídicamente la igualdad general de los ciudadanos, o si el “mediador neutral”, pertenece a una jerarquía social concreta o, por el contrario, es reconocible en igualdad de derechos y obligaciones equiparable al de las partes en conflicto. Si observamos este mismo análisis en el proceso de mediación familiar, no es igual entender la mediación sobre la base de una “estructura social-familiar jerarquizada”, que hacerlo en el contexto de

igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges y de reconocimiento como sujetos de derechos y libertades del resto de los miembros de la unidad familiar.

TERCERA.- Otro factor básico que justifica nuestra opción por un sentido restringido de mediación, proviene del análisis de los distintos tipos de conflictos que se pueden dar en una sociedad (estructurales, culturales, personales). El habernos detenido en la teoría del conflicto (*conflictología*), nos ha permitido comprender que en la mediación, debido a que las partes en conflicto han de estar presentes en el diálogo mediador y aunque se plantea como un método de resolución de cualquier tipo de conflicto (*macro*, o internacional; *meso*, o comunitario y grupal; *micro*, o familiar), no obstante, resulta necesario delimitar y asesorar a las partes (mediador) respecto de los elementos del conflicto que son susceptibles de mediar y concluir en un acuerdo viable y, aquellos otros elementos (estructurales, de naturaleza social y cultural), en los que la mediación sólo puede contribuir a “tomar mejor conciencia” de su existencia, como señalan autores como GALTUNG o COBB, lo cual también es posible valorar como un éxito en el camino del desarrollo de la paz. Aplicada esta misma idea a la mediación familiar, debido a la importancia social y jurídica de la “institución familiar”, en el proceso de mediación familiar confluyen esos mismos elementos estructurales y personales del conflicto. Aunque los conflictos personales se presentan más claramente en la mediación familiar, con la finalidad de que ninguna de las partes se sienta perdedor (*ganar/ganar*, en lugar de, *perder/ganar*, como principio de la mediación), la mediación familiar tiene como reto específico el desarticular las *emociones negativas* de las partes, pero sin dejar de lado que las causas de dichas emociones pueden ser más estructurales de lo percibido por las partes.

CUARTA.- La mediación, hemos señalado antes, forma parte de los llamados, “nuevos métodos alternativos de resolución de conflictos”, ADR, conjuntamente con la negociación, la conciliación y el arbitraje. En la tesis hemos defendido que la “alternatividad” de los métodos ADR, y especialmente de la mediación, no ha de ser comprendida en términos de concebir a la mediación como el único medio, democrático, igualitario y neutral, de resolución de conflictos. Por el contrario, hemos optado por argumentar que la mediación es mejor considerarla como una *nueva institución jurídico-social*. De esta manera, concebimos la mediación como

una fase de resolución de conflictos, que ha de colaborar activamente con el “proceso judicial”. No en vano, la admisión de la mediación en muchos ámbitos del Derecho (mediación civil, mercantil y familiar, mediación laboral, mediación penal), ha de ser valorada desde la necesidad de agilizar, hacer más participativo y argumentativo, al propio “proceso judicial” de resolución tradicional de conflictos. Por eso, la diferencia entre la mediación como “método de autocomposición”, o resolución autónoma por las partes del conflicto, frente al proceso judicial, visto como “método heterocompositivo” (*iudex dixit -el juez decide-*), hemos tratado de hacerla menos tajante, intentando que uno y otro método se acerquen lo más posible, con la perspectiva de que la mediación y sus elementos autocompositivos, paulatinamente, contribuyan a la reforma democrática del proceso judicial y de la heteronomía general del Derecho. Por lo que se refiere a la mediación familiar, dado que la familia nuclear moderna se funda en la autonomía del “contrato de matrimonio”, siendo los cónyuges los que plantean normalmente el conflicto, cuando las partes consigan llegar a un acuerdo de mediación, dentro de los márgenes propios del derecho dispositivo y con respeto a los derechos fundamentales implicados en la mediación familiar (*Drittwirkung*: derechos de los cónyuges, los menores, las generaciones familiares), el Derecho civil y el juez civil tienen como reto principal el valorar a la mediación familiar como una instancia colaborativa y no como un mero trámite sujeto a revisión. En el ámbito familiar, una mejor formación jurídica del mediador en su tarea de asesoramiento, también es otro reto que, por ejemplo, la Ley andaluza sobre mediación familiar, intenta subsanar. Respecto de la formación en técnicas y habilidades de mediación de los agentes jurídicos (abogados, fiscales, jueces), la tarea ya ha sido asumida por el Consejo General de la Abogacía.

QUINTA.- Puesto que la formación en mediación resulta básica para los agentes jurídicos, junto a las conclusiones anteriores, debemos añadir una cuarta conclusión: *La necesidad de los estudios interdisciplinares en mediación*. Por esta razón, en la tesis también hemos abordado sustantivamente los elementos básicos de la teoría social y psicológica de la mediación. Para nosotros han sido básicos el estudio de las habilidades y técnicas psico-sociales que debe tener el mediador en conflictos, así como su “influencia”, por lo general positiva, entre las partes del

conflicto. Es justo concluir que los elementos básicos de la mediación y la mediación familiar, han sido desarrollados por teóricos y prácticos de la mediación pertenecientes a otras disciplinas sociales ajenas al Derecho. El tratamiento de las emociones en la mediación familiar, se debe fundamentalmente a psicología familiar. La sociología es clave para el análisis de los conflictos internacionales y comunitarios. El trabajo social, de manera específica, hace una labor importante en los centros educativos y en los centros de menores. Por lo tanto, un mediador de formación jurídica, debería tener conocimiento de las distintas propuestas y avances sobre mediación provenientes de otras disciplinas sociales.

SEXTA.- De los cinco apartados de conclusiones anteriores, en las que hemos pretendido describir la “originalidad” y las consiguientes “aportaciones” hechas en la tesis a la teoría de la mediación y la mediación familiar, podemos resumir que las aportaciones fundamentales de la tesis han sido las siguientes; a) la delimitación de la mediación al marco de la democracia y la teoría de los derechos fundamentales; b) la consideración de los conflictos mediables y aquellos otros que implican a la propia estructura social y cultural, desbordando a la mediación y al propio Derecho, pero a cuya toma de conciencia contribuye la mediación; c) Una valoración concreta de la “alternatividad” de los ADR y la mediación en particular, viéndolos como métodos colaborativos con el proceso judicial, más que como métodos enfrentados; d) la necesaria formación interdisciplinar de los mediadores. Establecidas estas cuatro conclusiones básicas, que son también de aplicación a la mediación familiar, no obstante, en la segunda parte de la tesis, cuando el estudio de la mediación familiar ha sido su objeto principal, llegamos a la conclusión de que; es la propia institución familiar la que jurídica y socialmente se está adaptando mejor a la mediación. Por contra, al menos en el caso estudiado de España, la tarea legislativa estatal sobre mediación familiar está todavía por hacer. Analizando el nuevo concepto de familia que se ha implantado en España, más amplio y que implica a más derechos de igualdad que modelos del pasado reciente, se hace necesario una legislación estatal que armonice en nuestro país la regulación jurídica de la mediación familiar y su encaje en el proceso civil. Muchas Comunidades Autónomas tiene sus leyes propias sobre mediación familiar, pero, siendo el mismo “modelo de familia” para todo el Estado español,

solo se pueden dar pasos en la “integración colaborativa” de los ADR, y en concreto la mediación familiar, si disponemos de un marco jurídico y procesal común o estatal sobre mediación familiar. Ello fomentaría la cultura jurídica de la mediación y la formación interdisciplinar de todos los agentes implicados en la mediación familiar.

SÉPTIMA.- Como última y conclusión más general de la tesis, consideramos que a lo largo del trabajo, hemos pretendido mantener una *tensión teórica* entre, por un lado, las propuestas más voluntaristas e idealistas de las teorías de la mediación, sus técnicas y su definición en ocasiones como “un arte” y, por otro lado, la visión más formal y abstracta del Derecho y la ciencia jurídica en su acercamiento y regulación de la mediación. La presencia de “dos culturas” respecto de la mediación y la mediación familiar, no es algo exclusivo del estudio de la mediación. Se dan en otros ámbitos de problemas que el Derecho y otras ciencias sociales comparten como objeto de estudio y práctica. Acercar esas “dos culturas” hacia un entendimiento recíproco, es decir, las necesidades y expectativas spico-sociales concretas de las personas y las expectativas generales que el Derecho puede garantizar, no es una simple tarea complementaria, como si de departamentos estancos se tratara. Por eso, la referida *tensión conceptual* que hemos asumido en la tesis, nos ha servido para concluir que; el futuro de la mediación ha de andar de la mano del futuro del Derecho. A la espera de que, lo que de momento se concibe como *tensión*, pueda ir adquiriendo una forma más dialogada y pacífica de resolver cualquier conflicto, no obstante, un Derecho democrático y una mediación colaborativa, al menos, deben servir para evitar cualquier tentación de (no) solución violenta de las disputas; sean familiares, comunitarias o internacionales.

BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV., *¿Qué tan alternativas son las justicias alternativas?*, Universidad de Medellín, Medellín, 2007.

ABA CATOIRA, A., “El concepto jurisprudencial de límite a los Derechos Fundamentales”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1998.

ACEVEDO BERMEJO, A., *El divorcio sin pleito: el abogado y la mediación familiar*, Tecnos, Madrid, 2009.

ACLAND, A., *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Paidós, Barcelona, 2004.

ADORNO, T.W., *Introducción a la sociología*, trad. de Eduardo Rivera López, AEP DESENVOLUPAMENT COMUNITARI-ANDALUCÍA ACOGE, *Mediación Intercultural. Una propuesta para la formación*, Popular, Madrid, 2002.

ADROVER BIOSCA, S. y VIDAL FERNÁNDEZ, F. (Directores), *Infancia en España. Nuevos desafíos sociales, nuevas respuestas jurídicas*, Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, Madrid, 2009.

AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los Derechos Fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 14, 1993.

AGUILAR IDAÑEZ, M^a. J., “Trabajo Social Intercultural. Una aproximación al perfil del trabajador social como educador y mediador en contextos multiculturales y multiétnicos”, *Revista Portularia*, Nº 4, Universidad de Huelva, Huelva 2004.

AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Trotta, Madrid, 2015.

AGULLÓ TOMÁS, M.S. Y SANCHEZ MORENO, E., “El orden social”, en ALVARO ESTRAMIANA, J.L.(Ed.). *Fundamentos sociales del comportamiento humano*, UOC, Barcelona, 2003.

ALAEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

ALARCÓN CAÑUTA, M., “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación”, *Revista ARS BONI ET AEQUI*, N°2, Año11, 2015.

ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación de la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ALBACAR LOPEZ, J.L. y SANTOS BRIZ, J., en Código Civil Doctrina y Jurisprudencia, Tomo IV, Trivium, Madrid, 1991.

ALBADALEJO, M., *Derecho civil, I. Introducción y parte general*, Bosch, Barcelona, 2002.

ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil Tomo IV, Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 2002.

ALBERDI I. (Dir), *Informe sobre la situación de la familia en España*, Ministerio de Asuntos sociales, Madrid, 1996.

ALBERDI, I., *La nueva familia española*, Taurus, Madrid, 1999.

ALCACER GUIRAO, R., “La mediación penal y la atenuante de reparación”, en MARTINEZ ESAMILLA, M. y SANCHEZ ALVAREZ, MP. (Coord), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria : un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios diversos de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1985.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribuciones al estudio de los fines del proceso*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

ALCOVER. C., “La mediación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial” en GONZALO, M. (Dir.), *Métodos alternativos de Resolución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson, Madrid, 2006.

ALEMÁN MONTERREAL, A., “La autonomía de la voluntad y la eficacia de los acuerdos mediados en el Anteproyecto y en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en LÓPEZ SAN LUIS, R. (Coord.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, Granada, 2011.

ALEMÁN PAEZ, F., “Configuración de los medios extrajudiciales de composición de conflictos colectivos en la negociación colectiva más reciente”, *Relaciones laborales*, Vol. II, 1993.

ALES SIOLI, J y MATA CHACÓN, J.D., “Manual práctico para mediadores”, Atelier, Barcelona, 2016.

ALÉS SIOLI, J., “Introducción a la Mediación Familiar”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo III, Dykinson, Madrid, 2011.

ALES SIOLI, J., *Compendio legislativo sobre mediación familiar. Introducción y compilación*, Aconcagua, Sevilla, 2004.

ALÉS SIOLI, J., *La mediación familiar: teoría, análisis y regulación en España*, Aconcagua Libros, Sevilla, 2005.

ALÉS SIOLI, J., *Teoría, análisis y regulación en España*, Aconcagua, Sevilla, 2005.

ALEXY, R., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº11, Enero-Junio 2009.

ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge Malem, Gedisa, Barcelona, 1997.

ALEXY, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, 1986.

ALFARO AGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en *Anuario de derecho Civil*, Vol. 46, Nº 1, 1993.

ALFONSO RODRIGUEZ, E., “La Mediación familiar en España: Concepto, caracteres y principios informadores”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de La Laguna, Nº25, Mayo 2008.

ALGUACIL GOMEZ, J., “La democracia participativa como estrategia para la gestión relacional”, *Revista intervención social*, Vol.13, Nº3, 2004.

ALLEWELDT, F. (Coord.), *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union*, Civil Consulting, Berlin, 2009.

ALMIRÓN D. P., “Mediación en ámbito vecinales y comunitarios” en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.

ALONSO PÉREZ, M., “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil”. *Actualidad Civil*. Nº1, 5 al 11 de enero de 1998.

ALVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A. y NUÑO GOMEZ, L. (Dirs.), *Estudios interdisciplinares sobre la Igualdad*, Instituto de Derecho Público, Portal del Derecho, Madrid, 2009.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER,S., “El menor infractor y la claves para su tratamiento rehabilitador”, *Revista Dereito* Vol.21, Nº2. Julio/Diciembre, 2012.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Política criminal de menores”, en *Cuadernos de política criminal*, Nº 88, Instituto universitario de criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 2006.

ÁLVAREZ HERNANDO, J. y PRIETO ESCUDERO, E., “Nueva regulación de la mediación por medios electrónicos”, *Iuris, Actualidad y práctica del derecho*, Nº 212, 2014.

ALVAREZ MORENO, M.T., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la Propuesta de Directiva al Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista del Poder Judicial*, primer trimestre de 2005.

ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “Aproximación a la mediación prejudicial que viene”, *Diario La Ley*, N° 7088, 8 de enero de 2009.

ALVENTOSA DEL RIO, J., “Mediación Familiar en España”, *Revista bolivariana de Derecho*, N° 8, Julio 2009.

ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R. y SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación en el ámbito escolar”, en SOLETO MUÑOZ, H. Y OTERO PARGA, M. (Coord.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R., “Dinámicas del conflicto en el entorno familiar”, en SORIA, M.A, VILLAGRASA, C. y ARMADANS (Coord.), *Mediación Familiar*, Bosch, Barcelona, 2008.

ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R., *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., MERINO ORTIZ, C., FERNÁNDEZ VILLANUEVA, I., RUIZ GARCÍA, M.J., “La intervención en conflictos mediante procesos adaptativos: Valores de la mediación e intuicionismo ético”, *Anuario de mediación y solución de conflictos*, N°3, 2015.

ANCHEZ GUTIÉRREZ, D., *Terapia familiar. Modelos y Técnicas. El manual moderno*, México, 2000.

ANDALUCÍA ACOGE. *El acercamiento al otro. Formación de Mediadores interculturales*, Consejería de Asuntos Sociales-Junta de Andalucía, Sevilla, 1996.

ANDERLINI, S. CONAWAY, C. and KAYS, L., “Justice, Governance and Civil Society: Transitional Justice and Reconciliation” en SMITH, D. y HUNT, S.

(Eds.), *Inclusive Security, Sustainable Peace: A Toolkit for Advocacy and Action, International Alert and Women Waging Peace*, Londres y Washington DC, 2004.

ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, *Actualidad Jurídica*, Nº 12, 2005.

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Kant, Rawls y la moralidad del orden internacional”, *Revista de Ciencias Sociales*, Chile, Universidad de Valparaíso, Nº 47, 2002.

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.

ARAGÓN DE LA CALLE, M., PÉREZ CABALLERO, M^ªL, QUINTANA GARCÍA, A., DEL REY GÓMEZ-MORATA, M. y RODRÍGUEZ GIL, E., “La mediación familiar en el contexto de los problemas sanitarios”, *Revista de Mediación*, Año 2, Nº 3, Marzo 2009.

ARANDA TORRES, C., “¿Es posible una comprensión universalista de la cultura? Las paradojas del concepto de interculturalidad”, en, GUERRRO VILLALBA, J.A. (Ed.), *Estudios de mediación intercultural*, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2006.

ARECES PIÑOL, M.T., “Las uniones de hecho: evolución jurisprudencial de los votos particulares en la sentencias del Tribunal constitucional”, en MARTINELL, J.M. y ARECES PIÑOL, M.T. (Coord.), *Uniones de Hecho*, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Economía de la Universidad de Lérida, Lérida, 1998.

ARÉCHAGA, P., BRANDONI, F. Y RISOLÍA, M. (Comp.), *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación pena*, Galerna, Buenos Aires, 2005.

ARES DE GIORGIANO, C., “La mediación y el ciudadano. Responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas”, en RUBIO CARRACEDO, J.,

ROSALES, J y TOSCANO MENDEZ, M. (Dir.) *Democracia, ciudadanía y Educación*, Akal, Madrid, 2009.

ARÍAS RODRÍGUEZ, J.M., “Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista Poder Judicial*, Nº 88, 2009.

ARMADANS I TREMOLOSA, I., “El conflicto familiar”, en SORIA, M.A., VILLAGRASA, C. y ARMADANS, I. (Coord.), *Mediación Familiar*, Bosch, Barcelona, 2008.

ARMENTA DEU, T., “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, *Poder Judicial*, Nº 41-42, 1996.

ARMENTA DEU, T., “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, en DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, MARTÍNEZ SIMANCAS Y SÁNCHEZ (Dir.), *Estudios sobre el Derecho Procesal*, Vol. IV, Madrid, 1996.

ARROYO JIMÉNEZ, L., “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Nº2, Mayo 2009.

ASENCIO MELLADO, J. M., “La reforma de los procesos matrimoniales por la Ley 15/2005 de 8 de Julio”, *Práctica de Tribunales*, Nº 23, Madrid, 2006.

ASIS ROIG, R., “Prólogo” al libro de VENEGAS GRAU, M. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

ASTOR, H., “Mediator neutrality: Making sense of theory and practice”, *Social and legal studies*, Vol.16 (2), 2007.

ATIENZA, M., "Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución", *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº2, 1979.

ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1989.

AUERBACH, J., *Justice without law: resolving disputes without lawyers*, Oxford University Press, New York, 1983.

AYALA CORAO, C., “El sistema interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos”. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas Derechos y Libertades*, Año 5, Nº 8, Enero/Junio, 2000.

BADENES PLÁ, N., *Doble dependencia: abuelos que cuidan nietos en España*. Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

BAHR, H. y DECHAUX, J-H, STIEHR, K., “Evolución de los vínculos Familiares: padres e hijos adultos”, en LANGLOIS, S, y DEL CAMPO URBANO S. (Edit.), *¿Convergencia o divergencia? Comparación de tendencias sociales recientes en las sociedades industriales*, Fundación BBV, Madrid, 1995.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Derecho Constitucional. Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 2003.

BALAGUER CALLEJÓN, M^aL., *Igualdad, y Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 2010.

BARALLAT LÓPEZ, J., “La mediación en el ámbito penal”, *Revista Jurídica de Castilla-Léon*, Nº29, Arbitraje y Mediación, Enero de 2013.

BARBERIS, M., *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008.

BARONA VILAR, S., “Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 18, Nº 1, 2011.

BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje”, en GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, N., SANZ HERMIDA, A. y ORTIZ PRADILLO, J.L. (Coords.), *Mediación: un método de ¿conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.

BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia. Tirant lo Blanch, 2013.

BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos, "Alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BARREAU DE QUEBEC, *La médiation familiale. Guide du médiateur*, Avocat. Quebec, 1986.

BARRERA ALGARÓN, E., MALAGÓN BERNAL, J. Y SARASOLA SÁNCHEZ SERRANO, J., "Mediación intergeneracional y personas mayores", *Revista de Trabajo Social Portuaria, Universidad de Huelva, Vol.7, Huelva, 2007*.

BARRERA ALGARÓN, E., MALAGÓN BERNAL, J. Y SARASOLA SÁNCHEZ SERRANO, J., "Trabajo Social, su contexto profesional y el Síndrome de Burnout" en *Revista Comunitaria: International Journal of Social Work and Social Sciences*, N°9, 2015.

BARROSO, I., HERMOSO, B. y MORENTE, F., "La mediación institucional ante el conflicto social: ¿Articulación o desarticulación de la participación ciudadana?", en MORENTE MEJÍAS, F. (Coord.), *Mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid, Dykinson, 2010.

BARUCH BUSH, R. A. Y FOLGER, J. P., *La promesa de la mediación. Como afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, trad. de Pedro Barria, Granica, Buenos Aires, 1996.

BARUCH BUSH, R. y GANONG POPE, S., "La mediación transformativa: Un cambio en la calidad de la interacción en los conflictos familiares", *Revista de Mediación*, Año 1, N°2, Octubre de 2008.

BATESON, G., *Espíritu y Naturaleza*, Amorroutu, Buenos Aires, 1993.

BAUMAN, Z., *El arte de la vida*, trad. de Dolors Udina, Paidós, Barcelona, 2008.

BAZÁN, L. y Otros, *Mediación: una transformación en la cultura*, Paidós, Madrid, 1996.

BECEDONIZ, C. y otros, *La convivencia sin violencia. Recursos para educar*. Mad-Eduforma, Sevilla, 2005.

BECERRIL RUIZ, D., “La familia del siglo XXI” en OROZCO PARDO G. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Coord.) *Tratado de mediación en la resolución de Conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.

BECERRIL RUIZ, D., “Sociología y conflicto social”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

BECERRIL, D. y RUIZ BENÍTEZ, B., *Redes familiares en Andalucía*, Instituto de Estadística de Andalucía, Sevilla, 2008.

BECK C.J. y SALES B.D., “A critical reappraisal of divorce mediation research and policy”, *Psychology, Public Policy and the Law*, 6 (4), 2000.

BECK, U., *La sociedad del riesgo, Hacia una nueva modernidad*, trad. de Jorge Navarro, Paidós, Barcelona, 1998.

BECK, U., *La sociedad del riesgo global*, trad. de Jesús Alborés Rey, Siglo XXI, Madrid, 2009.

BECK-GERNSHEIM, E., *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Paidós, Barcelona, 2003.

BELLOSO MARTÍN, N., “Del estatuto del Mediador a una ética de la mediación”, en LAUROBA LA CASA, M^a E. Y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Huygens, Barcelona, 2014.

BELLOSO MARTÍN, N., “La formación en mediación: algunas perplejidades de los formadores en mediación y diversas inquietudes de los alumnos que se forman en mediación”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J, VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XX*, Reus, Madrid, 2010.

BELLOSO MARTÍN, N., “Mediación familiar: experiencias en Latinoamérica”, en Congreso Internacional de Mediación Familiar 31 de mayo y 1 de junio de 2004, Valladolid, 2004.

BELLOSO MARTÍN, N., “Mediación penal: ¿Beneficios reales o potenciales?” en Una mirada hacia la Justicia Restaurativa: Recuperando el derecho perdido, *Revista Criminología y Justicia*, N°4, 2011.

BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización. La Directiva europea 52/2008/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista Electrónica de Direito Processual, Revista Semestral da Pós-Graduacao Stricto Sensu, en, Direito Processual da Universidade Estadual de Rio de Janeiro – UERJ*, Río de Janeiro, Año 2, Enero-Diciembre de 2008.

BERCOVITCH, J., “International Mediation and Dispute Settlement: Evaluating the Conditions for Successful Mediation”, *Negotiation Journal*, N° 7, 1991.

BERGALLI, R. y RIVERA BEIRA, I. (Coords.), *Jóvenes y adultos. El difícil vínculo social*, Anthropos, Barcelona, 2007.

BERMAN, M., *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*, trad. de Andrea Morales Vidal, Anthropos, Barcelona, 2013.

BERNAL PULIDO, C., “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°26,1989.

BERNAL SAMPER, T., “Actuación de los abogados en los procedimientos matrimoniales”, *Anuario de Psicología Jurídica*, N°5, 1995.

BERNAL SAMPER, T., “La mediación Familiar: situación en España”, *Infancia y Sociedad*, N°16, 1992.

BERNAL SAMPER. T., *La mediación familiar. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Colex, Madrid, 2013.

BERNAL, T., *La mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Colex, Madrid, 1998.

BERNARDO PANIAGUA, J.M., “Más allá de las apariencias. Crítica y prospectiva de las construcciones mediáticas de la violencia de género”, en PANIAGUA, B., MARTÍNEZ GARCÍA, E. y MONTIEL ROIG, G. (Coords.), *Retos de la Comunicación ante la Violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BERROCAL LANZAROT, A. I., “Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre”, *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 6, 2005.

BERTALANFFY, L., *Teoría General de los sistemas. Fundamento, desarrollo, aplicaciones*, trad. de Juan Almela, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

BERZOSA FRANCOS, M^a V. “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, en PICÓ I JUNOY, J., *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, Barcelona, 2001.

BETTI, E., *Teoría General del negocio jurídico*, trad. de A. Martín Pérez, Comares, Granada, 2000.

BILBAO UBILLOS, J.M., “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, en *Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (coord. por Urías Martínez, J., Carrasco Durán, M., Terol Becerra, M. y Pérez Royo, F.J.), Vol.1, 2006.

BILBAO UBILLOS, J.M., “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, en *Teoría y realidad constitucional*, Nº 18, UNED, 2006.

BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

BILBENY, N., *Reglas para el diálogo en situaciones de conflicto*, Catarata, Barcelona, 2016.

BIZQUERRA ALZINA, R., “Emoción y Conflicto”, *Centre d'Estudis Jurídics Europeus i Mediaci*, N°3, WP 3/2010 de 25 de Octubre.

BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y Consumidores*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2005.

BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica*, Reus, Madrid, 2009.

BLANCO-GARCÍA, I., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid, Civitas, 1986.

BLANKERBURG Y TANIGUCHI, “Informal Alternatives to and within Formal Procedures”, en *Justice an Efficiency*, Atti dell'8° Congresso mondiale di Diritto processuale, Anversa, 1989.

BLASCO GASCÓ, F., CAPILLA RONCERO, F., LOPEZ LOPEZ, A., MONTES PENADÉS, V., ROCA Y TRIAS, E. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R., *Derecho civil, Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

BLAZQUEZ MARTÍN, D., “Los derechos (humanos) de las personas mayores”, en BLAZQUEZ MARTÍN, D. (Dir.), *Los derechos de las personas mayores. Perspectivas sociales, jurídicas políticas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2006.

BOBBIO, N., *El tercero ausente*, Cátedra, Madrid, 1997.

BOBBIO, N., *Ni con Marx ni contra Marx*, trad. de Lia Cabbib Levi e Isidoro Rosas Alvarado, México FCE, 1999.

BODAS MARTÍN, R., “Las garantías éticas del proceso”, en AA.VV., *Ética del juez y garantías procesales*, Centro de documentación judicial, Madrid, 2005.

BODELÓN, E., “La transformación feminista de los Derechos”, en BENGOCHEA GIL, Mª A. (Edit.), *La Lucha por la Igualdad efectiva de mujeres y Hombres. Reflexiones y aportaciones de la Ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo*, Instituto de Derechos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2010.

BOER CUEVA, A., “En busca de la justicia transicional mediante el mantenimiento de paz. A gendered analysis”, *Relaciones Internacionales*, Nº 28, Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales (GERI) – UAM. Febrero-Mayo 2015.

BOLAÑOS CARMONA, M.J., “Los dilemas en mediación o cómo crear relaciones beneficiosas”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J. L. (Dir.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.

BOLAÑOS CARTUJO, I., “Cuando el divorcio conyugal supone un divorcio paterno-filial: Del juzgado a la mediación”, Monográfico sobre Mediación *Trabajo Social hoy, Revista del Colegio de Trabajadores Sociales de Madrid*, 2005.

BOLAÑOS CARTUJO, I., “El mediador familiar” en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo III, Dykinson, Madrid, 2011.

BOLAÑOS CARTUJO, I., “Mediación familiar en contextos judiciales” en POYATOS GARCÍA, A., *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Nau Libres, Valencia, 2003.

BOLAÑOS CARTUJO, I., *Hijos alineados y padre alienados. Mediación familiar en las rupturas conflictivas*, Reus, Madrid, 2008.

BONANATE, L., “El papel de los Estados en el desarrollo internacional de los derechos humanos: Derechos, deberes, obligaciones”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas Derechos y Libertades*, Año 5, Nº8, Enero/Junio, 2000.

BOQUÉ TORREMORREL, C., *Cultura de mediación y cambio social*, Gedisa, Barcelona, 2003.

BOQUÉ TORREMORREL, M^aC., *Tiempo de Mediación*, Ceac, Barcelona, 2005.

BOROWSKI, M., “La restricción de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº59, Mayo-Agosto 2000.

BORRAJO INIESTA, I., DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1995.

BORRAJO, E. (Ed.), *Política social y familia en España*, Fundación Alfredo Brañas. Colección Derecho 4/1992, Galicia Editorial, La Coruña, 1992.

BOUCHÉ PERIS, H., HIDALGO MENA, F. (Dirs.), *Mediación y Orientación Familiar I y II*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Fundación UNED, 2007.

BOURDIEU, P., *Las estrategias de la reproducción social*, trad. de Alicia Beatriz Gutiérrez, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

BOWEN, M., *De la familia al individuo*, trad. de Beatriz E. Anastasi de Lonné, Paidós, Barcelona, 1991

BRESSER-PERERIRA, L., “Ciudadanía y res-publica: La aparición de los derechos republicanos”, *Revista instituciones y desarrollo*, N°8/9, 2001.

BRETT, J., BARSNESS, Z. Y GOLDBERG, S., “La eficacia de la mediación. Un análisis independiente de casos gestionados por cuatro importantes proveedores de servicio”, en BURS, M.I. (Coord.), *Suplemento de Resolución de Conflictos (R.C.)*, La Ley, Buenos Aires, 1997.

BRONFENBRENNER, U., *La ecología del desarrollo humano*, trad. de Alejandra de Voto, Paidós, Barcelona, 1987.

BROWN, L.D., “Divorce and family mediation: History, review, future directions”, *Conciliation Court Review*, Vol. 20 N° 2, Dic., 1982.

BROWN, L.D., *Managing Conflict and Organizational Interfaces*. Addison-Wesley, Reading, Massachusetts, 1983.

BURGUIÈRE, A. y otros, *Historia de la Familia*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

BUSCH, A., BARUCH B. Y FOLGER J., *La promesa de la Mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y del reconocimiento de los otros*. Traducción de Anibal Leal, Granica, Buenos Aires, 1996.

BUTT GRIGGS, T., CAMPOS VIDAL, F. y VELASCO RAMÍREZ, C., “Grupo PNPM sobre localidad y código de las buenas prácticas en la mediación”, en LAUROBA LA CASA, M^a E. Y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Huygens, Barcelona, 2014.

BUTTS GRIGGS, T. “La mediación en Norteamérica”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coord.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

CABALLERO GRANDE, M.J., “Convivencia escolar. Un estudio sobre buenas prácticas”, *Revista Paz y Conflictos*, N°3, 2010.

CABANILLAS SÁNCHEZ A., “La revisión de la aplicación de las normas en el arbitraje de derecho o del pronunciamiento de los árbitros en el arbitraje de equidad”, en BERCOVITZ-CANO R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Tecnos, Madrid 1991.

CABRILLO RODRÍGUEZ, F. y CACHAFEIRO BARRO, M.L., “Estrategias nupciales” en GARRIDO MEDINA, L. Y GIL CALVO, E., *Estrategias familiares*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

CALAMANDREI P., *Instituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Podova, 1943.

CALAMENDREI, P., “Aspectos sociales y políticos del proceso civil”, en, ANDRÉS IBAÑEZ, P. Y MOVILLA ALVAREZ, C. (Coords.), *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986.

CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2009.

CALCATERRA, R., *Mediación Estratégica*, Gedisa, Barcelona, 2002.

CALDERER PEREZ, N., “Mediación Intergeneracional”, en POYATOS GARCÍA, A (Coord.), *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Nau Llibres, Valencia, 2003.

CALDERÓN CONCHA, P., “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, *Revista Paz y Conflictos*, N°2, 2009.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C. Y MATUD JURISTO, M., “La mediación en asuntos civiles”, en RODRÍGUEZ-ARANA, J. Y DE PRADA RODRIGUEZ, M. (Dir.), *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, La Coruña, 2010.

CALVO RODRÍGUEZ, A., *Problemas de convivencia en los centros educativos. Análisis e intervención*, EOS, Gabinete de Orientación Psicológica, Madrid, 2003.

CALVO SÁNCHEZ ,M., *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2009.

CALVO SÁNCHEZ, M., “La abstención y recusación en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”, *Diario la Ley*, N° 2, 2005.

CALVO SOLER, R., “Dos debates y una propuesta para la distinción entre negociar y argumentar”, *Doxa*, N°31, 2008.

CAMPIONE, R., *La teoría social de A. Giddens. Una lectura crítica desde la teoría jurídica*, Dykinson, Madrid, 2005.

CAMPO IZQUIERDO, A. L., “Ley nacional de Mediación: Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo”, *Proceso civil, Cuaderno jurídico*, N°108, 2012.

CAMPO IZQUIERDO, A., “La mediación Familiar como complemento del Proceso Judicial de Familia”, *Revista de Derecho de Familia*, N°26, Valladolid, Enero a marzo, 2005.

CAMPOS ZAMORA, F.J., “La eficacia de los Derechos Fundamentales entre sujetos de Derecho privado sobre la doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte”, *Revista Judicial de Costa Rica*, N° 119, junio 2016.

CANO PAÑOS, M. A., *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, Atelier, Barcelona, 2006.

CAPPELLETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement”, *Modern Law Review*, 1993.

CARBAJO GONZÁLEZ, J., “El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil”, *La Ley*, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 4, 2000.

CARBALLO MARTINEZ, G., *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

CARBONELL BENITO, G., “El interés del menor: criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor del Menor y del Ministerio Fiscal”, en VALLÉS, A., *La protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

CARBONELL, F., “Desigualdad social, diversidad cultural y educación” en AJA E., CARBONELL F., COLECTIVO IOÉ (C. PEREDA, W. ACTIS I M.A. DE PRADA), FUNES J., VILA I., *La inmigración extranjera en España. Los retos educativos*, Fundació “la Caixa”, Barcelona, 1999.

CARCOVA, C., *La opacidad del Derecho*, Trotta, Barcelona, 2006.

CÁRDENAS, E., *La mediación en conflictos familiares*, Editorial Lumen/Humanitas, Buenos Aires, 1998.

CARNELUTTI, F., *Estudios sobre el proceso civil*, Bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1961.

CARNELUTTI, F., *Sistema di Diritto processuale civile*, Tomo I, Nº14, 1936.

CARNEVALE, P. Y PRUITT, D., “Negotiation and Mediation”, *Annual Review of Psychology*, Nº 43, 1992.

CARNEVALE, P.J., “Strategic Choice in Mediation”, *Negotiation Journal*, 2, 1986.

CARNEVALE, P. e ISEN, A., “The influence of positive affect and visual access on the discovery of integrative solutions in bilateral negotiation”. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Nº 37, 1986.

CARRASCAL GUTIÉRREZ, A., “La mediación internacional en el sistema de Naciones Unidas y en la Unión Europea: evolución y retos de futuro”, *Revista de Mediación*, Año 4, Nº 8, 2º semestre, 2011.

CARRASCO PERERA, A., “Artículo 1809”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Elcano, 2001.

CARRASCO PERERA, A., “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, Nº11, Mayo-Agosto, 1984.

CARRERAS JIMENEZ, M., “Cuando el Derecho se convierte en política: reflexiones sobre Critical Legal Studies”, *ISEGORÍA, Revista de Filosofía Moral y Política*, Nº 21, 1999.

CARRETERO MORALES, E., “Comentarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Riedpa. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, Nº 1, 2011.

CARRETERO MORALES, E., “El estatuto del mediador Civil y Mercantil”, *Revista de Mediación*, Vol. 7, 2014.

CARRETERO MORALES, E., “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.

CARRINO, A., “Solidaridad y Derecho. La sociología jurídica de los Critical Legal Studies”, *Doxa*, Nº12, 1992.

CARRIÓ, C.R., “Sobre la Administración de Justicia y el derecho a la jurisdicción”, *Anuario de Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, N°5, 1988-1989

CASANOVAS ROMEU, P., “Ética en la mediación y ética de la mediación: la redefinición del espacio público”, en LAUROBA LA CASA, M^a E. Y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Huygens, Barcelona, 2014.

CASAS BAAMONDE, M.^aE., “Los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales en el derecho español”, en AA.VV., *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, SIMA, Madrid, 1999.

CASO SEÑAL, M., “Reflexiones desde una toga”, *Apuntes de Psicología* 18 (2-3), Colegio Oficial de Psicólogos y Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000.

CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil, español común y foral*, T. 5. Vol. I (Relaciones conyugales), Reus, Madrid, 1994.

CASTAÑO JIRALDO, J., “Por qué son mal llamadas las justicias alternativas: La mediación un mecanismo adecuado para la resolución de conflictos”, en, AA.VV., *¿Qué tan alternativas son las justicias alternativas?*, Universidad de Medellín, Medellín, 2007.

CASTELL, M. y SUBIRATS, M., *Mujeres y Hombres ¿Un amor imposible?*, Alianza Editorial, Madrid, 2007.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Problemas que presenta el tratamiento legal y jurisprudencial de la violencia de Género”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2014.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación con víctimas especialmente vulnerables. Violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación en violencia de género, una solución o un problema” en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ? conflictos*, Colex, Madrid, 2010.

CASTILLEJO MANZANARES, R., *Guarda y custodia de hijos menores Las crisis matrimoniales y de parejas hecho Procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Madrid, 2007.

CASTILLEJO MANZANARES, R., *Guarda y custodia de hijos menores Las crisis matrimoniales y de parejas hecho Procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Madrid, 2007.

CASTRODEZA, C., *La darwinización del mundo*, Herder, Barcelona, 2009.

CATTANI, A., *Los usos de la retórica*, Alianza, Madrid, 2003.

CAUDAL , S., *Les principes en droit*, Editorial Económica, Paris. 2008.

CAVA, M.J., “La utilidad de la mediación como estrategia de resolución y prevención de conflictos en el ámbito escolar”, *Información Psicológica*, Nº 95, 2009.

CAVA, M.J., MUSITU, G Y MURGUI, S., “Familia y violencia escolar: el rol mediador de la autoestima y la actitud hacia la autoridad institucional”, *Psicothema*, Vol. 18, Nº 3, 2006.

CAVAS MARTÍNEZ, F., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La distribución de competencias entre el estado y las comunidades autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Nº 23, 2005.

CAZORLA GONZÁLEZ SERRANO, M^ªC., *La mediación familiar como solución en los conflictos de crisis de pareja*, Thomson-Aranzadi, Cizu Menor (Navarra), 2016.

CENDRERO MELGUIZO, T., *Mediación familiar: experto en gestión de conflictos*, Formación Alcalá, Alcalá la Real (Jaén), 2006

CEREZO ABAD, M., “El fiscal como defensor del interés social”, *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, N °62, Madrid, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965.

CEREZO GOMEZ, S., “Mediación familiar e intergeneracional en la atención domiciliaria a personas en situación de dependencia y sus familias”, *Documentos de Trabajo social* N° 52, 2013.

CERVELLÓ DONDERIS, V., “Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico”, *Revista penal*, N°31, Año 2013.

CERVELLÓ DONDERIS, V., *Otros tipos de mediación*, Alfa Delta Digital, Valencia, 2008.

CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994.

CHEKLAND, P., *Pensamiento de sistema, práctica de sistemas*, Limusa, México, 1971.

CHIARLONI. S., “La conciliazione delle dispute”, *Riv. Ital. Dir. Proc.*, N° 3, 1996.

COBAS COBIELLA, M.E., “Autonomía de la voluntad y mediación. Algunas notas sobre la cuestión”, en ORTEGA GIMÉNEZ, A Y COBAS COBIELLA, M.E. (Coord., *Mediación civil, familiar, penal e hipotecaria. Cuestiones de actualidad*, Economist & Jurist, Difusión Jurídica, Madrid, 2013.

COBB, S. y RIFKIN, J., “Neutrality as a discursive practice: The construction and transformation of narratives in community mediation”, *Law, politics and society*, N°11, 1991.

COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, trad. de María Natalia Prunes y Cecilia Sobrom, Gedisa, Barcelona, 2016.

COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, trad. de María N. Prunes y Cecilia Sobrom, Gedisa, Barcelona, 2016.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., “La mediación en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores y su reglamento”, en MARTINEZ ESCAMILLA, M, y SANCHEZ ALVAREZ, M^ªP., *Justicia restaurativa y mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011.

COHEN R, Y AHEARN F., *Manual de la atención de salud mental para víctimas de desastres*, Harla, México, 1989.

COMAS ARNAU, D., “La formación de mediadores”, *Drogodependencias. Guía para programas de formación de Mediadores*, Instituto de la Juventud, Madrid, 1989.

CONCLUSIONES APROBADAS EN EL ENCUENTRO DEL CGPJ, Proyecto Piloto para Mediación Familiar y Penal, celebrado en coordinación con la Fiscalía General del Estado, Barcelona, Noviembre de 2006.

CONFORTI, F., *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España*”, Tecnos, Madrid, 2016.

CONFORTI, F., “Análisis jurisprudencial de Sentencia sobre Confidencialidad en Mediación”, *Revista de mediación*, Nº 175, Vol. 8, 2013.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ESCUELA JUDICIAL, *Alternativas a la judicialización de los conflictos. La mediación*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

CONSTATINO, C. A., *Diseño de sistemas para enfrentar conflictos: una guía para crear organizaciones productivas y sanas*, Granica, Barcelona, 1997.

COOB, S : “Una perspectiva narrativa en mediación “, en FOLGER, JOSEPH P. y JONES, TRICIA S. (Coords.) *Nuevas direcciones en mediación*, Paidós. Mediación, Buenos Aires, 1997.

COOB, S., “La pragmática del “potencialismo del protagonismo” en *La mediación: una perspectiva narrativa. Curso sobre Negociación y resolución de conflictos*, Universidad de California, Santa Bárbara, 1995.

COOB, S., “Neutrality as a discursive practice: The construction an transformation of narratives in community mediation”, en SARAT, A./ SILBEY, S. (Coomps.), *Studies in Law, politics and society*, Vol.11, CT. JAI Press, Greenwich,1991.

CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del Proceso penal*, Aranzadi, Madrid, 1999.

COROMINAS, J. Y PASCUAL, J., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid, Gredos, 1980-1991.

CORREAS, O., “Legalidad, seguridad y derechos humanos”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas Derechos y Libertades*, Año V, Nº 8, Enero/Junio de 2000.

COSER, L.S., *The functions of social conflict*, The Free Press, New York, 1964.

COUTURE, E., *Estudios de derecho procesal civil. El juez, las partes y el proceso*. Tomo IV, Thomson Reuters Puntolex, Buenos Aires, 2010.

COUTURE, E., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

COY FERRER, A., “La mediación en los procesos de separación y/o divorcio”. *Apuntes de Psicología, Número especial: 30 años de Apuntes de Psicología*. Vol. 30 (1-3), 2012.

CRUZ BLANCA, M.J., “Incorporación de la perspectiva de género en el ordenamiento jurídico español. Especial mención al Derecho Penal”, en FERNANDEZ PANTOJA, P. Y CRUZ BLANCA, M^aJ. (Coord.), *Igualdad de Oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2007.

CRUZ BLANCA, M^a J., *Derecho penal de menores*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 2002.

CRUZ MARQUEZ, B., “La mediación en la LO 5/2000, conciliación y reparación del daño”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N^o7-14, 2005.

CRUZ VILLALÓN, J., “Derechos fundamentales y Derecho Privado”, en *Academia Sevillana del Notariado*, Madrid, 1988.

CRUZ, J., *Metafísica de la familia*, Eunsa, Navarra, 1995.

CUCARELLA GALIANA, L., “Consideraciones procesales en torno a la mediación familiar”, *Anuario de Justicia alternativa*, N^o 4, 2003.

CUCARELLA GALIANA, L., “Justicia restaurativa y menores infractores de la ley penal”, en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P.M y SOLETO MUÑOZ, H. (Direc.), *Sobre mediación penal*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012.

CUCARELLA GALIANA, L., “Principios relativos a las partes en la mediación”, *Práctica de Tribunales*, Año 9, N^o 98-99, 2012.

CUGAT MAURI, M., “Nuevas huidas al Derecho penal y quiebra de los principios garantistas”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.) *In Memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

DAHRENDORF, R., *El conflicto social moderno*, trad. de Francisco Ortiz Chaparro, Mondadori, Madrid, 1990.

DAHRENDORF, R., *Las clases sociales y sus conflictos en la sociedad industrial*, trad. de Manuel Troyano de los Ríos, Rialp, Madrid, 1962.

DAHRENDORF, R., *Oportunidades vitales: Notas para una teoría social y política.*, trad.de R. García Cotarelo, Espasa Calpe, Madrid, 1983.

DALLOS, R., *Sistema de creencias familiares*, Paidós, Barcelona, 1996.

DAMASKA, M.R., *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

DAMIÁN MORENO, J., “Mediación, sí y justicia para todos”, *Diario La Ley*, Nº 6644, Año XXVIII, Ref. D-31, 5 Febrero de 2007.

DANIELS, H., “Mediation: An expansión of the socio-cultural gaze”, *History of human Sciences*, Nº 28 (2), 2015.

DAPENA, J. y MARTÍN, J., *La mediación penal juvenil en Cataluña*, Dirección General de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil, Barcelona, 1998.

DARHRENFORF, R., *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, trad. de Francisco Ortiz, Mondadori, Madrid, 1990.

DE ANDRÉS SANZ, A., “La mediación intrajudicial. Su importancia”, *Tribuna Social Hoy*, 2005.

DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., “La mediación en la resolución de conflictos”, *Revista Educar*, Nº 32, Año 2003.

DE ASIS GONZÁLEZ CAMPO, F., “Mediación electrónica y proceso: Régimen jurídico y oportunidades a la vista de la Ley 18/2011 y la ley 5/2012”, en LAUROBA LA CASA, Mª E. Y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Huygens, Barcelona, 2014.

DE ASIS ROIG, R., “La ley de Igualdad en el Discurso de los Derechos Humanos” en GOMEZ CAMPELO, E. y VALBUENA GONZÁLEZ, F., *Igualdad de Género: Una visión jurídica plural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008.

DE ASIS ROIG, R., *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.

DE ASIS ROIG, R., *Jueces y Normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

DE ASIS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000.

DE ASIS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001.

DE ASIS, R., BARANCO AVILÉS. M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A., “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de la Personas con Discapacidad en el Derechos español”, en CUENCA GÓMEZ, P. (Ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.

DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en *Anuario de Derecho Civil*, N°4, 1982.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE DIEGO VALLEJO, R. y GILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Madrid, Pirámide, 2009.

DE DREU, C. K.W, HARINCK, F. y VAN VIANNEN, A.E.M., “Conflict and performance in groups and organizations”, en COOPER C.I. Y ROBERTSON, I. (Eds) *International review of industrial and organizational psychology*, Vol. 14, Wiley, New York, 1999.

DE ESTEBAN ALONSO, J., *Constituciones Españolas y Extranjeras*, Taurus, Madrid. 1979.

DE HOYO ALONSO-MARTINEZ, P., “Notas sobre la mediación en conflictos políticos”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J,

VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dirs.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010.

DE LA FUENTE ROBLES, Y. y VERA MARTÍNEZ, J.J., “Menores en conflicto social y la Ley Penal del Menor”, en DE LA FUENTE ROBLES, Y. y MARTÍN CHAPARRO, M^ªP. (Dir.), *Menores en riesgo. Reflexiones teóricas y ámbitos de intervención desde la perspectiva de género*, Litorialia, Fundación Eurolingua, Jaén, 2005.

DE LA OLIVA SANTOS, A., “Mediación y justicia: síntomas patológicos”, *Otrosí*, octubre-diciembre, 2011.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Ceura, Madrid, 1991.

DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., “Mediación civil y mercantil: La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año 88, Nº 733, 2012.

DE LAMA AYMÁ, A., *La protección en los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant monografías 390, Valencia, 2006.

DE LAS HERAS HERRERO, P., “Mediación familiar intraprocesal: Respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005”, *REDUR*, Nº 5, diciembre 2007.

DE LAS HERAS MONTOYA, C., “Mediación e intervención con menores infractores”, en LÓPEZ SAN LUIS (Ed.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, Granada, 2011.

DE LUCAS, J., “El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo”, en DE LUCAS, J. (Coord.), *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

DE PRADA DE PRADO, J., “La mediación como estrategia de resolución de conflictos en el ámbito escolar”, *Documentación Social*, Nº148, 2008.

DE TORRES PEREA, J.M., *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009.

DE VEGA GARCÍA, P., “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Nº 6. 1994.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “El derecho fundamental a la no discriminación en las relaciones *inter privatos* (su incidencia en la disciplina del error matrimonial)”, en *Revista Aranzadi Civil*, Nº 3, 1997.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *El error en el matrimonio*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1997.

DEBATE GENERAL DE LA 66ª ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (Nueva York, 22 de septiembre de 2011).

DEL CAMPO URBANO, S., *Familias: Sociología y política*. Ed. Complutense, Madrid, 1995.

DEL CAMPO URBANO, S., *La “nueva” familia española*, Ed. EUDEMA, Madrid. 1991.

DEL REAL ALCALÁ, J. A., *El derecho a la identidad cultural: ¿Derechos de las personas o derechos de los pueblos?*, Thompson Reuters, Navarra, 2014.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, I., “El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad”, *Revista La Ley*, Nº 6520 de 6 de julio de 2006.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., Y PARRA LUCÁN, M., *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005.

DELGADO PEREZ, M., “Cambios en las pautas de reproducción”, en GARRIDO MEDINA, L. y GIL CALVO, E. (Edit.), *Estrategias familiares*, Alianza Universidad, Madrid, 2002.

DIAZ AZNARATE, M^aT.. “Flexibilidad interna y externa en el modelo de relaciones laborales español. ¿Un espacio para la mediación?”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Coord.). *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007.

DIAZ LOPEZ, J., “Identidades en conflicto: la mediación intercultural y la cultura dialógica en las sociedades multiculturales avanzadas”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J, VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua. <http://www.rae.es/>.

DIEZ PICAZO, L., “Protección Jurídica de la Familia”, *Anales de moral social y económica*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982

DIEZ PICAZO, L., *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

DIEZ PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV. Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2002.

DIEZ-PICAZO GIMENÉZ, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Navarra, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Vol. I, Introducción. Teoría del Contrato*, Civitas, Cizur Menor, 2007.

DÍEZ-PICAZO, L.M., *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991.

DOMINGUEZ IZQUIERDO, E., “La protección penal reforzada de la mujer en la Ley integral contra la violencia de género y el principio de igualdad”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (Coord.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dyckinson, Madrid, 2009.

DOMINGUEZ IZQUIERDO, E., “Principio de Igualdad y aspectos penales de la Ley Integral de la violencia de Género, en FERNANDEZ PANTOJA, P. Y CRUZ

BLANCA, M^aJ. (Coord.), *Igualdad de Oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Universidad de Jaén, Jaén, 2007.

DORAL GARCÍA, J. A., *El negocio jurídico ante la jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1994.

DUFFY, K., *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, Paidós, Barcelona, 1996.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1995.

EDELMAN J. Y CRAIN, M., *El tao de la negociación*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

ELOSEGUI, M y MARCUELLLO, A.C., “Sexo, género, identidad sexual y sus patologías”, en *Cuadernos de Bioética*, N° 39, 1999.

ELOSEGUI, M y MARCUELLLO, A.C., *Diez temas de género*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2002.

ENGHAAS-KNOBLOCH, E. y VOLMERG, B., “Towards a social psychology of peace”, *Journal of peace research*, Vol. 25, 1988.

ENRIQUE ARRIVI, C., “La relevancia del interés del menor en la mediación familiar”, en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.), *Mediación Familiar*, Dykinson, Madrid, 2012.

ENTELMAN, R., “El litigio”, *Revista Libra* N° 3, Buenos Aires, 1993.

ENTELMAN. R., *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2009.

ERNOUT, A. y MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Éditions Klincksieck, París, 1979.

ESCARTIN, M.J., “Consideraciones acerca de la familia”, *Revista Alternativas*, N°1. Escuela Universitaria de Trabajo Social, Universidad de Alicante, 1992.

ESCHWEILER, P., *Mediation aus richterlicher Sicht*, FPR, 1996.

ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, F., “Las cláusulas instrumentales confirmatorias, derogatorias o modificativas del derecho dispositivo, en *Centenario del Derecho notarial*, Sección 2ª, Vol. I, Madrid, 1962.

ESCRIVÁ-IVARS, J., *Matrimonio y mediación familiar: principios y elementos esenciales del matrimonio para la mediación familiar*, Rialp, Madrid, 2001.

ESPÍN ALBA, I., “Mediación familiar y violencia de Género: encuentros y desencuentros” en PEREZ VALLEJO, A. (Coord., *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, Diagnóstico y prospectiva*, Atelier, Madrid, 2009.

ESPLUGUES, C., “Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de mediación de 2012”, en ETXEBARRÍA, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

ESQUINAS VALVERDE, P., “La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución de conflictos en el sistema judicial de adultos: ¿una posibilidad también en España?”, *Revista Penal Doctrina*, N° 18, 2006.

ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ESSOMBA, M.A., *Liderar escuelas interculturales e inclusivas. Equipos directivos y profesorado ante la diversidad cultural y la inmigración*, Graó, Barcelona, 2006.

ESTANCONA PÉREZ, A., “Análisis del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Anuario de Mediación y Resolución de Conflictos*, Reus, Madrid, 2014.

ESTEBAN SOTO, Y., “*Las Microtécnicas de la Mediación*”, en SOLETO MUÑOZ, H. Y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

ESTIRADO DE CABO, C., “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento”, *Estudios de Derecho Judicial*, Nº 136, 2007.

ESTLUND, D.M. y NUSSBAUM, M. (eds.), *Sex, Preference and Family: Essays on Law and Nature*, Oxford University Press, 1998.

ESTRADA ALONSO, E., *Uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, Civitas, Madrid, 1991.

ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE SEGURIDAD: UNA RESPONSABILIDAD DE TODOS. <http://www.lamoncloa.gob.es/>.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., “Justicia restaurativa y fines del Derecho Penal”, en MARTINEZ ESCAMILLA, M, y SÁNCHEZ ALVAREZ, M^a.P., *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011.

ETXEBERRÍA, J. F., “Análisis de la normativa autonómica sobre mediación en asuntos de derecho privado y la incidencia en ella de la normativa estatal”, en DE LA CUESTA, J. L. Y ETXEBERRIA, J. F. (Dirs.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

ETZIONI, A., *La nueva regla de oro*, Paidós, Barcelona, 1999.

EXPOSITO JIMÉNEZ, F., “Técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas”, en OROZCO PARDO, G y MONEREO PEREZ, J., *Tratado de Mediación en la Resolución de Conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.

FABREGA RUIZ, C. y HEREDIA PUENTE, M., “La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia”, *Revista Bajo Estrados*, Colegio de Abogados de Jaén, Nº 22, Enero-Marzo 2010.

FABREGAT ROSAS, A., “Interacción Familiar”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2011.

FAJARDO MARTOS, P., “Estrategia y mediación. Análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que regulan la mediación”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006.

FARRÉ SALVÁ, S., *Gestión de conflictos. Taller de mediación: un enfoque socio-afectivo*, Ariel, Barcelona, 2006.

FELSTEINER, W. y WILLIAMS, L., “Mediations as an alternative to criminal prosecution”, *Law and Humans Behaviors*, Nº 2, 1978.

FEMENIA, N.PH.D., “Un marco ético para encuadrar la mediación”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.) *Mediación Familiar*, Tomo III, Dykinson, Madrid, 2011.

FERNANDEZ BALLESTEROS GONZÁLEZ, E.C., “Principios de la mediación: Rol y técnicas de la mediación”, en GORJÓN GOMEZ, F. y LOPEZ PELÁEZ, A. (Coord.), *Estado del Arte de la Mediación*, Aranzadi, Cizu Menor (Navarra), 2013.

FERNANDEZ DE LOS RIOS, M., “Génesis y dinámica del conflicto laboral: aportaciones de un modelo multidimensional y multisistémico”, *Revista de Psicología del Trabajo*, Nº2 (3), 1996.

FERNANDEZ GARCÍA, I., “Los programas de ayuda para la mejora de la convivencia en instituciones educativas.”, *Revista Bordón*, Nº 60 (4), 2008.

FERNANDEZ MILLÁN, J.M. y ORTIZ GAMEZ, M.M., *Los conflictos. Cómo desarrollar habilidades como mediador*, Pirámide Psicología, Madrid, 2006.

FERNANDEZ PALOMARES, F., *Sociología de la educación*, Parson, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ, I.; VILLOSLADA, E. y FUNES, S., *El conflicto en el centro escolar. El modelo del alumno ayudante como estrategia de intervención educativa*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Iurgium, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ-CABALLERO PÉREZ, M., “El Eneagrama, una herramienta para la mediación”. *Revista de Mediación*, Nº 9 (1), 2016.

FERNANDEZ-CARRIÓN, M.H., “La mujer en la sociedad red”, en GONZALO AIZPURO, P. (Coord.), *Familias y relaciones diferenciales: Género y Edad*, Editum. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2009.

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., “Mediación, Conciliación y Arbitraje en el Ordenamiento Laboral Español. La solución extrajudicial de conflictos laborales en Castilla y León. El acuerdo interprofesional sobre procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales (ASACL)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 35, Enero 2015.

FERRÁ SALVÁ, S., *Gestión de conflictos. Taller de mediación: un enfoque socio-afectivo*, Barcelona, Ariel, 2006.

FERRAJOLI, L., “El Derecho penal mínimo”, *Poder y Control*, Nº 0, 1986.

FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2006

FERREIRA, A., *Interacción Familiar*, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1963.

FERREIRAS, J.M., “Mitos familiares”, en BATESON, G. y FERREIRA, A., *Interacción familiar*, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1971.

FISAS, V., *Introducción al estudio de la paz y los conflictos*, Lerna, Barcelona, 1987.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2001, de 5 de abril de la, sobre la “*Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*”. “

FISHER, R., “Intergroup conflict”, en DEUTSCH, M. y COLEMAN, P (Comps.), *The handbook of conflict resolution*, Jossey-Bass Publisher, San Francisco, 2000.

FISHER, J., URI, W. y PATTON, B., *¡Obtenga el sí: El arte de negociar sin ceder*, trad. de Aida Santapau, Gestión, Madrid, 2000.

FISHER, R., KOPELMAN, E. y KUPFER, A., *Más allá de Maquiavelo*, Granica, Barcelona, 1996.

FLAQUER, L. e IGLESIAS, DE USSEL, J., *Parejas y matrimonios: actitudes, comportamientos y experiencias*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1994.

FLAQUER, L., “Las funciones sociales de la familia”, *Documentación social, Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*. Nº 98, dedicado a la Familia, Enero-Marzo 1995.

FLAQUER, L., *El destino de la familia*, Ariel, Barcelona, 1998.

FLETCHER, G. P., *Las víctimas ante el Jurado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

FODDAI, M^a A., “Conciliación y mediación: ¿Modelos diferentes de resolución de conflictos?”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J, VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial del conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010.

FOLADORI, H.C., “El poder en la familia”, *Pepsic. Periódicos electrónicos de Psicología*, N°9, México, 2007.

FOLBERG H.J. y TAYLOR A., *Mediation*, Jossey- Bass Publishers, San Francisco, 1984.

FOLBERG, J. y TAILOR, A. *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio* trad. de Blanca Mendoza, Limusa, México, 1992.

FOLGER, J. y BUSH, A., “Ideología, orientaciones respecto al conflicto y discurso de la mediación”, en FOLGER, J. y JONERS, T., *Nuevas direcciones en mediación*, Paidós-Mediación, N°7, Buenos Aires, 1997.

FOLGER, J. y TAILOR, A., *Mediación y Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa, Buenos Aires, 1992.

FOLGER, J., “La mediación transformativa: preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas”, *Revista de mediación*, Año 1, N°2, Octubre de 2008.

FONSECA GONZÁLEZ, R., “El deber de oír a los hijos” en AA.VV., *La Tutela de los Derechos del Menor*, Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1984.

FONT I MAS, M., “La ley de mediación aplicable en supuestos interterritoriales e internacionales”, en GRASA HERNÁNDEZ, R., BLANC ALTEMIR, A. Y DIAGO DIAGO, P. (Dirs.), *La aplicación de la mediación en la resolución de conflictos en el mediterráneo. (Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo)*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Vicesecretaría General Técnica Área de Documentación y Publicaciones Imprenta de la Oficina de información Diplomática, Valencia, 1995.

FOSAR BENLLOCH “Las uniones libres”, en *Estudios de Derecho de Familia*, T. III, Barcelona, 1985.

FOSAR BENLLOCH, E. *Estudios de Derecho de Familia. Las uniones libres. Evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España*, T. III, Bosch, Barcelona, 1985.

FRANCO CONFORTI, O., “Mediación electrónica”, *Mediatio, Revista de Mediación*, Nº 2, 2012.

FREEMAN, J. y LANGBEIN, L., “Regulatory Negotiation and The Legitimacy Benefit”, *New York University Environmental Law Journal*, 2000.

FREIJANES BENITO, A., “La protección de los derechos de los menores en casos de divorcio y separación”, en RODRÍGUEZ TORRENTE, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, UPCO, Madrid, 1998.

FREIXES SANJUAN, T., *Constitución y derechos fundamentales*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

FREUND, J., *Sociología del Conflicto*, Ediciones Ejercito, Madrid, 1995.

FRIED SCHNITMAN, D., *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos*, Granica, Buenos Aires, 2000.

FRIEDAN, B., *La mística de la feminidad*, Universidad de Valencia-Instituto de la Mujer, Cátedra, Madrid, 2009.

FUENMAYOR CHAMPIN, A., “Derechos fundamentales y familia cristiana” en Actes du IV Congrès International de Droit Canonique, publié par /Herausgegeben von/ A cura di Eugenio Corecco, Niklaus Herzog, Angelo Scola, Friburgo, 1981.

FUENTE NORIEGA, M., “Algunas consideraciones en torno a la intervención judicial en cuestiones relativas a menores sujetos a patria potestad”, *1º Congreso Nacional de Derecho Civil sobre la Tutela de los Derechos del Menor. La tutela de los Derechos del menor*, Junta de Andalucía, Córdoba, 1984.

FULLEDA, A., “La mediación familiar como cambio social”, Comunicación presentada en el I Congreso Internacional de Mediación celebrado en Las Palmas de Gran Canarias los días 20-22 de marzo de 2003.

GAETA GONZÁLEZ, L Y GALVANOVSKIS KASPARANE, A., “Asertividad: un análisis teórico-empírico”, *Enseñanza e Investigación en Psicología*, Vol. 14, Nº2, Julio-Diciembre, Ciudad de México, 2009.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 32, 2009.

GALTUNG, J., “Cultural violence”, *Journal of Peace Research*, Vol. 27, 1990.

GALTUNG, J., “Violence, peace and peace research”, *Journal of Peace Research*, Vol. 3, 1969.

GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, trad. de Teresa Toda, Bakeaz-Gernika y Gogoratz, Bilbao-Gernika, 2003.

GAMERO CASADO, E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., (Coord.), *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones Públicas*, Consejo Andaluz de relaciones labores, Monografías de temas laborales, Nº 27, Sevilla, 2006.

GARBERI LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004.

GARBERI LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008.

GARCÍA ALVAREZ, P. Y CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA ALVAREZ, R., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles: guía para abogados”, *Diario La Ley*, Nº 7828, 29 de marzo de 2012, Madrid, 2012.

GARCÍA ALVAREZ, R., “Mediación y Abogados: un nuevo paradigma profesional”, en *Otrosí*, Nº 11, julio-septiembre de 2012.

GARCÍA AMADO, J.A., “Ponderación y subsunción: ¿Son intercambiables y se eligen a conveniencia?”, en ORTEGA GARCÍA, R.(Coord.), *Teoría del Derecho y argumentación jurídica*, Tirant lo Blanch, México D.F., 2013.

GARCÍA CORREA, A., “Un aula pacífica para una cultura de paz”, *Revista de Escuelas Normales*, Nº 1, 1998.

GARCÍA DE ENTERRRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la administración*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.

GARCÍA DEL POYO, R., “La mediación electrónica”, *Revista jurídica de Castilla y León, Ejemplar dedicado a Arbitraje y Mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades*, Nº 29, 2013.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M^a.A., “La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Nº 7, Septiembre, 2014.

GARCÍA FIGUEROA A., *Principios y positivismo jurídico*, CEC, Madrid, 1998.

GARCÍA GARCÍA, L., “En los conflictos familiares ¿por qué deberíamos acudir a la mediación como alternativa en la resolución de conflictos familiares y matrimoniales?”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº 14, Enero 2002.

GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación Familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Dykinson, Madrid, 2003.

GARCÍA LONGORIA SERRANO, M. P. y SÁNCHEZ URIOS, A., “La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares”, *Porturaria*, Nº 4, 2004.

GARCÍA MUÑOZ, V., *La violencia hacia las mujeres*, Parlamento Europeo, Dirección General de Estudios, Luxemburgo, 1998.

GARCÍA PASCUAL, M^a C., *Legitimidad democrática y poder judicial*, Ediciones Alfons El Magnanim, Valencia, 1997.

GARCÍA PRESAS, I., *La Mediación Familiar: una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*, La Ley, Madrid, 2009.

GARCÍA RAGA, L., “Escuelas de Mediación”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo III, Dykinson, Madrid, 2011.

GARCÍA RIVAS, N., “Aspectos críticos de la legislación penal del menor”, en *Revista penal*, La ley, Nº 16, 2005.

GARCÍA TOMÉ, M., “La Mediación Familiar en los conflictos de pareja”. *Documentación Social*, Nº148, 2008.

GARCÍA TOMÉ, M., “Técnicas de Mediación Familiar”, *Curso de Mediación Familiar*, Universidad Pontificia de Salamanca, Instituto Superior de Ciencias de la Familia, 1999-2000.

GARCÍA TORRES, J.A. y JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986.

GARCÍA VALVERDE, M^aD., “La mediación en los mecanismos de solución autónoma de conflictos de origen estatal”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Coord.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007.

GARCÍA VILLALUEGA, L., *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006.

GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Coord.), *Mediación, Arbitraje y solución extrajudicial de conflictos en el Siglo XXI. Arbitraje y Resolución de Conflictos*, Reus, Zaragoza, 2010.

GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012.

GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La mediación a debate en Europa: ¿Hacia la voluntariedad mitigada?”, *Anuario de mediación y solución de conflictos*, Nº3, 2015,

GARCÍA VILLALUENGA, L., “La mediación familiar. Introducción a la mediación civil (especial referencia a la mediación familiar)”, *Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, 2008.

GARCÍA VILLALUENGA, L., “La mediación familiar”, en YZQUIERDO TOLSADA, I. (Dir.), *Tratado de Familia*, Vol. II, Las crisis Matrimoniales, Thomsom-Aranzadi, Madrid, 2011.

GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en Conflictos Familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*, Reus, Madrid, 2006.

GARCÍA, R. “La mediación en asuntos civiles y mercantiles: guía para abogados”. *Diario La Ley*, Nº 7828, 29 de marzo de 2012, La Ley, Madrid, 2012.

GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M. P. y SANCHEZ URIOS, A., “La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares”, *Portularia*, Nº 4, 2004.

GARCÍA-LONGORIA Y SERRANO, M^a P., “Actualidad de la Mediación Familiar en España y México”, en GORJÓN GOMEZ, F. y LOPEZ PELÁEZ, A. (Coord.), *Estado del Arte de la Mediación*, Aranzadi, Cizu Menor (Navarra), 2013.

GARCÍA-MINA FREIRE, A. (Coord.), *Nuevos escenarios de violencia*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2008.

GARCIANDÍA, P., *Materiales para la práctica de la mediación. Esquemas, cuestiones y formularios para el ejercicio de una profesión en alza*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizu Menor (Navarra), 2013.

GARRIDO GÓMEZ, I., “Los planos de la igualdad material en el contexto de una comprensión compleja de la igualdad”, en *Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, Derechos y Libertades*, Nº 20, Época II, Dykinson, Madrid, 2009.

GARRIDO GOMEZ, M^a I., *La función de los jueces: Contexto, Actividades e Instrumentos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

GARRIDO GÓMEZ, M^aI., *La política social de la familia en la Unión Europea*. Dykinson, Madrid, 2000.

GARRIDO MEDIANA, L. y GIL CALVO, E., “El concepto de estrategias familiares”, en, GARRIDO MEDIANA, L. y GIL CALVO, E. (Eds.), *Estrategias familiares*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

GARRIDO MEDINA, L. y GIL CALVO, E. (eds.), *Estrategias familiares*, Alianza, Madrid, 2002.

GARRIDO SOLER, S. y MUNUERA GÓMEZ, P., “Contra la neutralidad. Ética y Estética en el modelo circular narrativo de Mediación de conflictos”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 17, 2014.

GAY, P., *Freud. Vida y legado de un precursor*, trad. de Jorge Piatigorsky, Paidós, Barcelona, 2010.

GELBENZU MENDIZÁBAL, E., y SALABERRIA IRIZAR, K., “Intervención en el proceso de separación conyugal: un caso de mediación familiar”, *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 8, 1998.

GIDDENS, A., *La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración*, trad. José Luis Etcheverry, Amorrortu, Buenos Aires, 1995.

GIDDENS, A., *Política, sociología y teoría social. Reflexiones sobre el pensamiento social clásico y contemporáneo*, trad. de Carles Salazar Carrasco, Paidós, Barcelona, 1997.

GIL CALVO, E., “La estrategia progenitora”, en GARRIDO MEDINA, L. Y GIL CALVO, E. (eds.), *Estrategias familiares*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

GIL GIL, J. (Coord.), *Los procedimientos negociados de solución de conflictos laborales*, La ley, Madrid, 2008.

GIMÉNEZ ROMERO, C., "Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural", *Revista Migraciones*, Nº 10, 2001.

GIMENEZ ROMERO, C., "La naturaleza de la mediación intercultural", *Revista Migraciones*, Nº 2, Universidad Pontificia de Comillas, Santander, 1997.

GIMENEZ-SALINAS, E., "Penas privativas de libertad y alternativas", *Revista Eguzkilo*, Nº 7, San Sebastián, 1993.

GIMENO SENDRA, "Los procedimientos penales simplificados. Principios de oportunidad y proceso penal monitorio", *Justicia*, Nº2, 1987.

GIMENO SENDRA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V., MORENO CATENA, V. y ALMAGROA NOSETE, J., *Derecho Procesal, Tomo I (Vol.II) Proceso Civil (2)* Valencia, 1986.

GIMENO SENDRA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V., MORENO CATENA, V. y ALMAGRO NOSETE, J. *Derecho procesal, Tomo I (Vol.II) Proceso Civil (2)*, Valencia, 1986.

GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2010.

GIMENO Y VIZCARRO, V., "La mediación en el ámbito penal-juvenil", *Anuario de Justicia Alternativa*, Nº 2, Febrero 2001.

GIMENO, A., "La empresa familiar: la familia empresaria", en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.) *Mediación Familiar*, Tomo III, Dykinson, Madrid, 2011.

GIMENO, A., *La familia: el desafío de la diversidad*, Ariel, Barcelona, 1999.

GINSBERG, R.B., "American Bar Association delegation visits the people's Republic of China", *American Bar Association Journal*, 64, 1978.

GISBERT POMATA, M., "El acuerdo logrado en mediación civil y mercantil", en Gisbert Pomata, M. y Díez Riaza, S. *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

GOMEZ COLOMER, J.L., *Violencia de Género y Proceso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

GÓMEZ CABELLO, M^a. Del C., “Los aspectos jurídicos de la mediación” en *Noticias Jurídicas*, abril-junio 2007.

GOMEZ CAMPELO, E. y VALBUENA GONZÁLEZ, F. (Coord.), *Igualdad de Género: una visión jurídica plural*, Universidad de Burgos, Burgos, 2008.

GOMEZ DEL PRADO, J.L., *Operaciones de mantenimiento de la paz: presencias en el terreno de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1998.

GÓMEZ GARCÍA, J.A., *El historicismo filosófico-jurídico de F.C. von Savigny*, UNED-Publicaciones, Madrid, 2001.

GÓMEZ LARA, C., *Teoría General del Proceso*, Oxford, México, 2000.

GOMEZ SOLÍS, M., “La concepción formal, material y pragmática de la argumentación jurídica y su aplicación en el análisis de sentencias”, *Revista de la Judicatura de la Corte*, N°28, 1992.

GOMEZ, P., "Propuestas y reflexiones éticas acerca del ejercicio de la mediación en Chile como forma de resolución no adversarial de los conflictos", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, 1999.

GOMEZ-BENOECHEA, B. (Coord.), *Violencia Intrafamiliar. Hacia unas relaciones familiares sin violencia*, Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, Madrid, 2009.

GOMEZ-SALVAGO SANCHEZ, C., *La forma voluntaria del contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GONZÁLEZ BENÍTEZ, I., “Las crisis familiares”, *Revista Cubana Medicina General Integral*, N° 16, 2000.

GONZALEZ CANO, M^a I., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos” en SOLETO MUÑOZ, H. Y OTERO PARGA, M. (Coord.),

Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente, Tecnos, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ CANO, M^ªI., “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores”, en *Tribunales de justicia: revista española de derecho procesal*, La ley, Nº 7, 2000.

GONZÁLEZ CAPITEL, C., *Manual de Mediación*, Atelier, Barcelona, 2001.

GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO, N. (Dir.), *Un método de solución de conflictos: Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ GRANDA, P., “Protección judicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico”, *InDret*, Nº 4. 2007.

GONZÁLEZ MARTÍN, L., “Espacio abierto La mediación civil y mercantil: una necesidad y una obligación legal en el espacio de la unión europea. La importancia de la figura del profesional de la mediación”, *Revista de Mediación*, Año 5, Nº 9, 1er semestre, 2012.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ PILLADO, E., “El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre”, *Actualidad Civil*, Nº 4, Año 2005.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. “Mediación: una aproximación desde el Derecho y la psicología”, en, GONZALEZ-CUELLAR SERRANO (Dir.). *Mediación, un método de ? de conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: “La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema”, *Revista del Notario del siglo XXI*, Nº 38, julio-agosto 2011.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “La caracterización del conflicto colectivo de trabajo y los instrumentos para su solución”, en GONZÁLEZ

POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.) *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2001.

GORDILLO SANTANA, L., “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de la mediación penal”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, REDUR, N° 4, 2006.

GORDILLO SANTANA, L., “*La justicia restaurativa y la mediación penal*”, Iustel, Madrid, 2007.

GOTTHEIL, J y SCHIFFRIN, A. (Comps.), *Mediación: Una transformación de la cultura*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

GOTTHEIL, J., “La Mediación y la salud del tejido social”, en GOTTHEIL Y SCHIFFRIN (Comps.), *Mediación una transformación de la Cultura*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

GRANADOS PÉREZ, F., “Mediación y Administración de Justicia”, en *Cuadernos de Derecho Judicial V*, Consejo General del poder Judicial, 2005.

GRANADOS ROMERA, M^aI., “Configuración jurídica de la mediación en los procedimientos de solución extrajudicial de origen convencional” en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Coord.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007.

GRECO, S., “Herramientas para la mediación. Secuencia Comunicacional”, en *Libra*, N° 6, Buenos Aires, 1997.

GROVER DUFFY, K. y otros, *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, Paidós, Barcelona, 1996.

GUARDIOLA LAGO, M.J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, N°12, 2009.

GUASP, J., *EL arbitraje en el Derecho español*, Instituto de Estudios Políticos, Barcelona, 1956.

GUERRERO VILLALBA, J.A., *Estudios sobre la mediación intercultural*, Universidad de Almería, Almería, 2006.

GUERRRERO, E., SERRANO MOLINA, A., y GARABANDAL, M., “La situación de riesgo”, en MARTINEZ GARCÍA, C. (Coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento Familiar y acogimiento residencial*. Dykinson, Madrid, 2007.

GUILARTE GUTIERREZ, V., “La mediación familiar: panacea cuestionable”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº 6, Enero 2000.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La mediación familiar: Panacea cuestionable”, *Revista de derecho de familia*, Nº 6, 2000.

GUILLÉN, C., “Gestión de conflictos y mediación”, en R. GUIL (Ed.) *Psicología Social para Psicopedagogos*, Kronos, Sevilla, 2004.

GUILLERMO PORTELA, J., “Características de la mediación” en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coord.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

GURRUTXAGA ABAD, A. (Edit.), *Retratos del presente. La sociedad del siglo XXI*, Agitalpen Zerbitxua Servicio Editorial, Bilbao, 2007.

GUTIÉRREZ HERNAN, E. y CORZÓN PEREIRA, F., “Aspectos Psicosociales” en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.) *Mediación Familiar*, Dykinson, Madrid, 2012.

GUTIÉRREZ, J., “Prólogo”, en GALTUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, trad. de Teresa Toda, Bilbao-Gernika, Bakeaz-Gernika y Gogoratz, 2003.

HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

HABERMAS, J., *El Estado-nación europeo y las presiones de la globalización*, Akal, Madrid, 2000.

HABERMAS, J., *Ensayos políticos*, trad. de Ramón García Cotarelo, Península, Barcelona, 1988.

HABERMAS, J., *La inclusión del otro*, trad. de Juan Carlos Velasco, Paidós, Barcelona, 1999.

HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa* (Tomo I), trad. de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1987.

HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.

HARTO DE VERA, F., “La mediación y la investigación para la paz: la búsqueda de alternativas pacíficas a los conflictos en la arena internacional, *Política y sociedad*, Vol.50, Nº1,2013.

HAYNES, J.M., *Fundamentos de la mediación familiar. Manual práctico para mediadores*, Gaia, Móstoles, 2012.

HELD, D., *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, trad. de Sebastián Mazzuca, Paidós, Barcelona, 1997.

HÉRITIER, F. en *Masculino/femenino. El pensamiento de la diferencia*, Ariel, Barcelona, 1996.

HERNANDEZ RAMOS, C., “Modelos aplicables en mediación intercultural”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Barataria*, Nº 17, 2014.

HERRERA DE LAS HERAS, R., “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo”, *Revista de Derecho*, Vol.XXV, Nº1, Julio 2012.

HERRERA MORENO, M., “La “conciliación menor-victima” en el ámbito de la desviación juvenil: reflexiones en torno a la controvertida plasmación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero”, en *Anuario de justicia de menores*, Sevilla, Astigi, Nº. 1, 2001.

HERRERA MORENO, M., “Rehabilitación y restablecimiento social. Valoración del potencial rehabilitador de la justicia restauradora desde planteamientos de la teoría jurídica terapéutica. Las penas y las medidas de seguridad”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, N°14, 2006.

HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima (Compendio de Victimología)*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.

HERRERA SANTI, P., “Rol de género y funcionamiento familiar”, *Revista Cubana Medicina General Integral*, N° 16, 2000.

HESSE, K., *Derecho constitucional y Derecho privado*, trad. de I. Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1995.

HIDALGO MENA, F.L., “Intervención para el cambio”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.) *Mediación Familiar*, Tomo III, Dykinson, Madrid, 2011.

HIDALGO MENA, F.L., “Mediación familiar: un proceso para la reestructuración de la organización familiar en situación de conflicto”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. e HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo III, Dykinson, Madrid, 2011.

HIDALGO MENA, F.L., “Técnicas de Mediación Familiar”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo III, Dykinson, Madrid, 2011.

HINOJAL LÓPEZ, S., “Los menores ante la mediación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 5, 2005.

HOBBS, T., *El Leviatán, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad. de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 2006.

HOCKER, J. y WILMOT, W., *Interpersonal conflict. Dubuque, William C. Brown Company Publishers*, 1985.

HONHOLTZ, R., “Neighborhood justice systems: Work, structure and guiding principles”, en, LEMMON J.A. *Community mediation. Mediation Quarterly*, 5, Jossey-Bass, San Francisco, 1984.

HORKEIMER, M., “Familia y Autoritarismo”, en AAVV, *La Familia*, Península, Barcelona, 1972.

HORKHEIMER, M., *Teoría tradicional y teoría crítica*, Traducción, José Luis López y López de Lizaga, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000.

HORKHEIMER, M. y ADORNO, T., *La sociedad: Lecciones de Sociología*, Proteo, Buenos Aires, 1969.

HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.

HUSSEIN, K. GNISCI, D. y WANJIRU, J., “Security and Human Security: An Overview of Concepts and Initiatives – What are the Implications for West Africa?”, *Organisation for Economic Co-operation and Development*, December, Paris, 2004.

IANNITELLI, S., LLOBET E, M. y TEJERO, E., “La mediación comunitaria como práctica de creatividad social y de construcción de ciudadanía”, *Documentación social*, N°148, 2008.

IBÁÑEZ VALVERDE, V., “La Mediación Familiar Intrajudicial”, *Papeles del Psicólogo*, N° 73, 1999.

IGARTÚA MIRÓ, M^aT., “Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras las Ley 3/2012 de 6 de julio”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 6, 2012.

IGLESIAS CABERO, M., “Solución extrajudicial de los conflictos colectivos de intereses”, *Documentación Laboral*, N°3, 1992.

IGLESIAS DE USEL, J., “Vivienda y familia”, en GARRIDO MEDINA, L. y GIL CALVO, E., *Estrategias familiares*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

IGLESIAS DE USSEL, J, y FLAQUER, L., “Familia y análisis sociológico: el caso de España”, *Reis*, N°61,1993.

IGLESIAS DE USSEL, J., “Crisis y vitalidad en la familia”, en Monográfico “Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones”, *Revista de Occidente*, N° 199, Diciembre de 1997.

IGLESIAS DE USSEL, J., “La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares”, *Seminario Hispano Francés celebrado en Madrid en diciembre de 1987*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1988.

IGLESIAS GARZÓN, A., *Jueces y leyes, entre el absolutismo y la codificación*, Dykinson, Madrid, 2012.

INFORME del Defensor del menor Andaluz al Parlamento de 2013.

INFORME del Secretario General de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25 de junio de 2012:“Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución Informe del Secretario General” Sexagésimo sexto período de sesiones. Naciones Unidas. A/66/811.

INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES, *La mediación como instrumento de gestión de conflictos en el ámbito de las personas mayores autónomas y dependientes*, Gobierno de España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad. 2006.

IRIARTE SANCHEZ, J., “Regulación de los delitos cometidos dentro de la familia”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2011.

ISUSKO ORDEÑANA G., *La conciliación y la Mediación en cuanto instrumentos extra-jurisdiccionales para solventar el conflicto laboral*, Granada, Comares, 2009.

JIMENEZ BAUTISTA, F., “La Mediación Intercultural”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J.L.(Dir.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.

JIMÉNEZ BLANCO, A. y GARCÍA TORRES, J., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.

JIMÉNEZ CAMPO, J., “Jurisprudencia constitucional”, en ARAGÓN REYES, M. (Coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001.

JIMÉNEZ MUÑOZ, B., “En defensa de la mediación familiar en violencia de género”, *Revista Derecho de Familia*, Nº 39, 2008.

JOHANSEN BERTOGLIO, O., *Introducción a la Teoría General de Sistemas*, Limusa, México, 1982.

JOHNSTONE, G., “Restorative Justice Ideas, Values, Debates”. *Internet Journal of Criminology* © 2011, Routledge, London and New York, 2011.

JORGE MESAS, L. F., y GONZÁLEZ VIDASOA, F., “La mediación. 1ª experiencia de adultos en España”, *Revista del Poder Judicial*, Nº 39–40, 2ª época, 1995.

JOURNAL OF DISPUTE RESOLUTION. <https://law.missouri.edu/journal/>

JULIO ESTRADA, A. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

JULIO ESTRADA, A., *La eficacia de los Derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

KANOWITZ, L., *Cases and Material on Alternative Dispute Resolution*, American Casebook Series, West Publishg Co., St. Paul Minn, 1985.

KANT, I., *En defensa de la Ilustración*, trad. de Javier Alcoriza, Alba, Barcelona, 1999.

KATZ, L.V., “Compulsory alternative dispute resolution and voluntarism: two headed monster or two sides of the coin?”. *Journal of Dispute Resolution*, N°1, 1993.

KAVANAGH, A. y OBERDIEK, J.(Eds.), *Arguing About Law*, Routledge, London and New York, 2009.

KELLY, J.B y WHITE, J.M., *Family Theories: An introduction*, Sage, Londres, 1992.

KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.

KENNEDY, G. BENSON, J. y McMILLAN, *Cómo negociar con éxito*, Deusto, Bilbao, 1982.

KENNY, D.A., “Reflections on mediation”, *Organizational research methods*, Vol. 11, N°2, 2008.

KRAMER, S. *The summerians: Their history, cultura, and character*. University of Chicago Press, Chicago, 1963.

KRASSEL, K. y PRUITT, D. “Conclusion: a research perspective on the mediation of social conflict,” en KRASSEL, K. y PRUITT, D (Eds.), *Mediation Research*, Jossey-Bass, San Francisco, 1989.

KRESSEL, K. y PRUITT, D.G. “Themes in the mediation of social conflicts”, *Journals of Issues*, N° 41, 1985.

KRITZ, N., *War Crimes Tribunals and truth Commissions: Some Thoughts on Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights*, Agencia para el Desarrollo Internacional de Estados Unidos, Conferencia para la Promoción de la Democracia, los Derechos Humanos, y la Reintegración en Sociedades Posconflicto, Washington D.C. 30-31 Octubre, 1997.

KUHN, T.S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contín, FCE, Madrid, 1987.

KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, trad. de Carme Castells, Piados, Barcelona, 1996.

LABRADOR FERNÁNDEZ, J. “Diversidad. El reto de nuestra convivencia”, en ADROHER BIOSCA, S. y VIDAL FERNÁNDEZ, F. (Dir.) *Infancia en España, Nuevos desafíos sociales, nuevas respuestas jurídicas*. Universidad Pontificia de Comillas, Santander, 2009.

LABURTE-TOLRA, P y WARNIER, J., *Etnología y Antropología*, Akal, Madrid, 1998.

LACA AROCENA, F., “Actitudes y comportamientos en las situaciones de conflicto” *Revista Enseñanza e Investigación en Psicología*, Vol. 10, Nº. 1, Enero-Junio de 2005.

LACRUZ BERDEJO J.L., *Nociones de Derecho Civil patrimonial e introducción al Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, T. IV*, Dykinson, Madrid, 2002.

LACRUZ, J. L., y OTROS., *Derecho de Obligaciones, Vol. I*, Dykinson, Madrid 2002.

LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho Civil I, parte General, Vol. II*, Dykinson. Madrid. 2002.

LALAGUNA, E., “La libertad contractual”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. II, octubre 1972.

LANTARÓN MARTIN, D., *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

LAPASIO CAMPOS, L. y RAMÓN MARQUÉS, E., “La mediación: historia y modelos”, en SORIA, M.A, VILLAGRASA, C. y ARMADANS (Coord.), *Mediación Familiar*, Bosch, Barcelona, 2008.

LAPESA, R. *Diccionario de Autoridades*. Instituto de Investigación. Real Academia Española de la Lengua. <http://www.rae.es/recursos/diccionarios>.

LARRAURI PIJOAN, E., ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? *Revista de Derecho Penal y Criminal*, Nº 12, 2003.

LARRAURI PIJOÁN, E., “Justicia restauradora y violencia doméstica. Los derechos humanos de la mujer”, *Cursos de derechos humanos, Vol. III*. Universidad del País Vasco, Donostia-San Sebastián ,2007.

LARRAURI, E., “Tendencias actuales de la Justicia Restauradora”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.), *In Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

LASARTE GONZÁLEZ, C., *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil, T. II, Derecho de obligaciones*, Marcial Pons, Barcelona, 2003.

LASHERAS HERRERO, P., “Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005”. *REDUR*, Nº 5, Diciembre 2007.

LATOUCHE, S., *El planeta de los naufragos. Ensayo sobre el postdesarrollo*, trad. de Emma Calatayud, Acento Editorial, Madrid, 1993.

LATOUR, B., *Nunca fuimos modernos*, trad. de Víctor Goldstein Siglo XXI, Buenos Aires, 2007.

LAUROBA, M. E., “La construcción institucional y jurídica de la mediación”, en CASANOVAS, P., MAGRE, J. y LAUROBA, M. E. (Dirs.), *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Huygens, Barcelona, 2010.

LEDERACH, J.P., *La imaginación moral. El arte y el alma de la construcción de la paz*, trad. de Teresa Toda, Bakeak Gernika Gogoratuz, Bilbao-Guernika, 2007.

LEDERACH, J.P., *La regulación del conflicto: interpersonal y de grupos reducidos* manuscrito inédito, Universidad de Colorado, 1984.

LEDERACH, J.P., *Preparing for peace. Conflict transformation across culture*, Syracuse, Syracuse University Press, 1995.

LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, en MARTINEZ DÍE, R. *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en Agosto de 1999, Civitas, Madrid, 2000.

LEWIN, K., “*La Teoría del campo y la experimentación en psicología social*”, en CARTWRIGI, D. (Comp), *Kurt Lewin: La Teoría del campo en la ciencia social*, Paidós, Buenos Aires, 1951.

LIBRO BLANCO de Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Instituto de Mayores y Servicios Sociales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad. 2005.

LIBRO VERDE SOBRE EL ACCESO DE LOS CONSUMIDORES A LA JUSTICIA. (COM (93) 576 final de 16 de noviembre de 1993).

LIBRO VERDE SOBRE LAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL Y MERCANTIL, Bruselas, 19 de abril de 2002.

LIONETTI DE ZORZI, J., “Negociación y Retórica: por qué argumentar y cómo hacerlo”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Nº 15, 2012.

LIPCHIK, E., *Terapia centrada en la solución: más allá de la técnica*, Amorrortu. Buenos Aires, 2004.

LLAMAS COMBO, E. (Coord.), *Nuevos conflictos del derecho de Familia*, La Ley, Madrid, 2009.

LÓPEZ AGUILAR, J.F., *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Print, Madrid, 1990.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El principio de oportunidad”, *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y Tribunales, Consejo General del Poder Judicial*, 2002, www.poderjudicial.es.

LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J., “El acuerdo de Mediación”, *Diario La Ley*, Nº 8477, Sección Doctrina, Febrero de 2015.

LÓPEZ GONZÁLEZ, R. Y MARÍN LÓPEZ, J.J., *Legislación sobre mediación familiar*, Tecnos, Madrid, 2003.

LOPEZ GUERRA, L., “La legitimidad democrática del juez”, *Cuadernos de Derecho Público*, Nº1 Mayo agosto, 1997.

LOPEZ JACOISTE, JJ., “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1986.

LOPEZ LOPEZ, A., *Derecho de Familia. Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº61 1993.

LÓPEZ LOPÉZ, M^a T., *Familia y dependencia: nuevas necesidades, nuevas propuestas*, Cinca, Madrid, 2005.

LOPEZ MARTÍN, R. (Coord.), *Las múltiples caras de la mediación: y llegó para quedarse*, Universidad de Valencia, Valencia, 2007.

LOPEZ PELÁEZ, P., “La educación en valores: Mediación y menores de edad” en GORJÓN GOMEZ, F. y LOPEZ PELÁEZ, A. (Coord.), *Estado del Arte de la Mediación*, Aranzadi, Cizu Menor (Navarra), 2013.

LOPEZ SAN LUIS, R., “Reflexiones sobre la formación de los mediadores familiares en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J, VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial del conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “Estado social y Sujeto Privado.” *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 25, Nº1, 1996.

LOPEZ-ARIAS TESTA, M., *Malos tratos en la situación familiar, en La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial. LO 14/1999 de protección de las víctimas de malos tratos*, Colex e Icse, Madrid, 1999.

LOPEZ-BARAJAS PEREA, I., “La efectividad de la Justicia: una exigencia constitucional. Los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos”, *Revista de Derecho Político*, Nº 85. UNED, septiembre-diciembre, 2012.

LORCA NAVARRETE, A., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “ley del divorcio” del 2005: con especial referencia a la mediación familiar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005.

LOREDO COLUNGA, M., “La imparcialidad en el proceso civil: el derecho a recusar (artículos 99, 101 y 107 a 128 LEC)”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Revista para el Análisis del Derecho, InDret*, Barcelona, Julio 2009.

LORENTE ACOSTA, M. Y OTROS, “Síndrome de agresión a la mujer, síndrome de maltrato a la mujer”, *Revista Electrónica Código Penal y Criminal*, Nº2, 2000.

LOSANO, M., “Las teorías del solidarismo y su influencia en la formulación de los derechos fundamentales económicos”, en LOSANO, M. (Ed.), *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis*, Dykinson, Madrid, 2011.

LOURIDO RICO, A. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, Traducción de Luis Lloredo Alix, Comares, Granada, 2004.

LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez. Violencia institucional de Género*, Nº48, 2014.

LOZANO MARTÍN, A.M., “La mediación aplicada al ámbito educativo” en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J.L.(Dir.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.

LOZANO, F., “La mediación como alternativa a la resolución violenta de conflictos” en GOMEZ BENGOCHEA, B. (Coord.), *Violencia intrafamiliar. Hacia unas relaciones familiares sin violencia*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009.

LUHMANN, N., *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, trad. de Josexo Berian y José M^a García Blanco, Trotta, Madrid, 1998.

LUJÁN ALCARAZ, J., “Los medios de solución extrajudicial de conflictos y negociación colectiva”, *Actualidad Laboral*, N° 5, 2006.

LUKÁCS, G., *Historia y consciencia de clase*, trad. de Manuel Sacristán, Sarpe, Madrid, 1984.

LUQUIN BERGARECHE, R., “Contestación al cuestionario presentado a los participantes de la mesa redonda “Problemas de la implantación de la mediación intrajudicial en los juzgados de Familia”. Síntesis y Valoraciones sistematizadas”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Alternativas a la judicialización de los conflictos. La Mediación*, Centro de Documentación Judicial, Madrid. 2007.

LUQUÍN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson, Pamplona, 2007.

LUQUIN BERGARECHE, R., “Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: algunos factores de eficacia de la mediación en los conflictos intrafamiliares”. *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. CGPJ, Madrid, 2008.

M. MORÁN, G., “La mediación en EEUU”, en, SOUTO GALVÁN, E., (Dir.), *La mediación. Un instrumento de conciliación*, Dykinson, Madrid, 2010.

MACHO GÓMEZ, C., “Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el Comercio Internacional”, *Revista UC3M*, Vol.5, N°2, 2013.

MAESTRES TIBAU, A., “La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales”, *Revista Jurídica de Catalunya*, N°4, 1985.

MAGRO SERVET, V., “La mediación penal en los juzgados y Tribunales”, *Revista Práctica de Derecho*, Nº 184, Mayo 2016.

MÄHLER, H.G., *Mediation-Seminare in der Bundes-republik*, FamRZ, 1989.

MALIK LIÉBANA, B. y HERRAZ RAMOS, M. (Coord.), *Mediación intercultural en contextos socioeducativos*, Aljibe, Málaga, 2005.

MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII, Vol. 2º, Reus, Madrid, 1969.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Comares, 2007.

MANZANOS, C., “Génesis de los conflictos, sociedad del miedo e industrialización del control”, *Revista Documentación Social*, Nº 161, 2011.

MARCOS ARANDE, R., *La negociación y la mediación en los conflictos sociales*, Trama, Centro de Iniciativas de Cooperación al desarrollo, Universidad de Alcalá, Madrid, 2005.

MARCUSE, H., *El hombre unidimensional*, trad. de Antonio Elorza, Ariel, Barcelona, 1981.

MARÍN HITTA, L., “¿Para qué una nueva Ley autonómica de mediación familiar?”, *La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº8503, 2015.

MARLOW, L., *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, Granica, Barcelona, 1999.

MARQUES, C., *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

MARQUEZ ALGARA, M^a G., *Mediación y Administración de Justicia. Hacia la consolidación de una justicia participativa*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2004.

MARSAL, S., “La mediación en la acción social”, *Revista de Educación Social*, Nº 2, 2004.

MARSHALL, T.H., “Ciudadanía y clase social”, en MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, trad. de Pepa Linares, Alianza, Madrid, 2007.

MARTÍ, C., “Entorno a los principios de la mediación”, en *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011

MARTÍN CASAL, M., “La mediación familiar: Concepto y Principios Generales en las iniciativas legislativas Españolas”, *Rivista di Diritto della Famiglia e delle successioni in Europa*, Nº 4, Oct-Dic., 2001.

MARTÍN DIZ, F., “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, *La Ley*, Nº 6480, 11 de mayo de 2006.

MARTÍN DIZ, F., “La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTIN DIZ, F. (Coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho Penal: estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011.

MARTIN DIZ, F., “Reflexiones sobre violencia de género y mediación penal: ¿es una alternativa viable?”, *Revista Derecho en libertad*, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, Nº3, 2009.

MARTIN DIZ, F., *La Mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2010.

MARTIN GONZÁLEZ, E, DEL ALAMO GUTIÉRREZ, C. y GONZÁLEZ CORCHUELO, C., “Mediación Familiar intrajudicial: reflexiones y propuestas desde la práctica”, *Revista de Mediación*, Año 2, Marzo 2009.

MARTÍN LOPEZ, E., *Familia y Sociedad. Una introducción a la sociología de la familia*, Instituto de Ciencias de la familia, Universidad de Navarra, Rialp, Madrid, 2000.

MARTÍN MUÑOZ, A., “Las familias en crisis: Derechos y obligaciones parentales”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.), *Mediación Familiar*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2011.

MARTÍN NÁJERA, T., “La mediación intrajudicial”, *Cuadernos de Derecho Judicial V*, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

MARTÍN NÁJERA, T., PEREZ SALAZAR, M. Y UTRERA GUTIÉRREZ, J.L. “Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados que conocer de los procesos de familia”. *Revista Mediación*. Año 2, Nº4. Octubre 2009.

MARTIN SANCHEZ, M., *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MARTÍN SANTISTEBAN, S., “La aplicación de los principios *unidroit* de los PDCE como *lex contractus* en la práctica judicial y arbitral”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J y VAZQUEZ DE CASTRO, E.(Coor.), *Mediación, Arbitraje y solución extrajudicial de conflictos en el Siglo XXI. Arbitraje y Resolución de Conflictos*, Reus, Zaragoza, 2010.

MARTÍN SERRANO, M., *La mediación social*, Akal, Madrid, 1997.

MARTÍN, J.A., *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1998.

MARTINEZ AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho Civil a finales del siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1991.

MARTINEZ BELTRAN, J., *La mediación en el proceso de aprendizaje*, Madrid, Bruño, 1994.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (Dir.), *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2008.

MARTINEZ DE MURGÍA, B., *Mediación y resolución de conflictos: Una guía introductoria*, Paidós, Barcelona, 1999.

MARTINEZ ESCAMILLA, M., “La mediación penal en España: Estado de la Cuestión” en MARTINEZ ESCAMILLA, M, y SÁNCHEZ ALVAREZ, M^aP. (Eds.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011.

MARTINEZ GARCÍA, C., *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Generalitat de Catalunya, Dykinson, Madrid, 2007.

MARTINEZ PECINO, R., *Efectividad de la mediación en conflictos laborales*, Sevilla, Centro Andaluz de Relaciones Laborales, 2007.

MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2000.

MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología Jurídica y Argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

MEAD, M. *Sexo y temperamento en tres sociedades primitivas*, Paidós, Barcelona, 2006.

MEGÍAS GOMEZ, J. y OTROS, *Curso sobre resolución alternativa de Conflictos*, Generalidad Valenciana y el Consejo General del Poder Judicial en el seno del Plan temporal de Formación de Jueces y Magistrados, 1997.

MEGÍAS GÓMEZ, J.F., “Resolución alternativa de conflictos”, *Curso sobre resolución alternativa de conflictos*, Generalitat Valenciana, Consellería de Bienestar Social, Valencia, 1997.

MEIL LANDWERLIN, G., “Padres e hijos en la España actual”, *Colección Estudios Sociales Fundación Obra social. La Caixa*, Nº 19, Barcelona, 2006.

MEJÍAS GOMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho Editores, Madrid, 2009.

MELCHIN, K. R y PICARD, CH. A., *Transforming conflict through insight*, University of Toronto Press, Toronro, 2009.

MÉNDEZ, M., SERRANO, G. Y CUESTA, M., “La influencia de la presión temporal en la elección de estrategias de Mediación”, *Psicothema*, Vol. 8, Nº 1, 1996.

MENDOZA, X., “Las transformaciones del sector público en las sociedades avanzadas. Del Estado del bienestar al estado relacional”, *Papers de Formació*, Nº 23, Diputació de Barcelona, Barcelona, 1996.

MERELLES PEREZ, M., *La mediación como herramienta en el proceso de ejecución civil*, Ley 57, Málaga, 2016.

MERINO ORTIZ, C. y ROMERA ANTÓ, C., “Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: Dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo”, *Eguzkilor*, Nº 12, San Sebastián, Diciembre 1998.

MERTON, R., “Estructura social y anomia: Revisión y ampliación”, en, ANSHEN, R.N., (Dir.), *La familia*, trad. de Jordi Solé Tura, Península, Barcelona, 1998.

MIDORI, S y BROWN, J., *La práctica de la terapia familiar. Elementos clave en diferentes modelos*, Desclée de Brower, Bilbao, 1998.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J., “La Doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 20, UNED, 2007.

MINUCHIN S. y FISHMAN, H., *Técnicas de terapia Familiar*, Paidós, Barcelona, 1997.

MINUCHIN, S., *Calidoscopio familiar*, Paidós, Barcelona, 1984.

MINUCHIN, S., *Familias y Terapia Familiar*, Gedisa, Barcelona, 1999.

MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982.

MIRALLES GONZÁLEZ, I. La familia: entre autonomía y soberanía. *Revista Jurídica de Calatunya*, Vol.95, Nº1, 1996.

MNOOKIN, R. H., *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos: cómo plantear la negociación para generar beneficios*, Gedisa, Barcelona, 2003.

MOIX, M., *Introducción al trabajo social*, Trivium, Madrid, 1991.

MOLINA LOPEZ, R., “El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español)”, *Nuevo Foro Penal*, Nº 72, Enero-Junio 2009.

MONEREO ATIENZA, C., *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Comares, Granada, 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MONEREO PEREZ, J.L., “Teoría General del Conflicto Laboral”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Coords.), *Tratado de mediación en la resolución de conflicto*, Tecnos, Madrid, 2007.

MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MONTERO AROCA, V. y CAPILLA RONCERO, F., *Derecho civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

MONTES PENADÉS, V., “Composición y Jurisdicción en el Convenio arbitral”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. Y MENDEZ GONZÁLEZ, FF. (Coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albalalejo García*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad, y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

MONTES, V.L. (Coord.), *Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia 1993.

MONTESINOS SANCHEZ, N., “Familia y derecho: aproximación a la configuración jurídica y social del modelo familiar”, en MARTINELL y ARECES, (Edits.), *Uniones de hecho: XI Jornades Juridiques*, Edicions de la Universitat de Lleida, Lleida, 1998.

MONTESQUIEU, C. L., *Del espíritu de las leyes*, trad. de Demetrio Castro Alfín, Istmo, Madrid, 2002.

MONTOYA SANCHEZ, M., “Mediación y Terapia o la forma de tratar integralmente el conflicto de Familia”, *Revista de Trabajo Social*, N° 9, 2010.

MOORE, Ch., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, trad. Aníbal Leal, Buenos Aires, Granica, 2010.

MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ. H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Tecnos, Madrid, 2011.

MORENO MARTÍN, F., “La mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto”, en, GONZALEZ-CUELLAR SERRANO (Dir.), *Mediación, un método de ? de conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.

MORENO VELASCO, V., “La ejecución del acuerdo de mediación en la relación a las materias no disponibles en las crisis matrimoniales. Una propuesta de solución”; *Diario La Ley*, N° 7879, 2012.

MORENO VIDA, M^{AN}., “La negociación directa para la solución de conflictos colectivos. La negociación colectiva y la mediación, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Coord.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007.

MORENTE MEJÍAS, F. (Dir.), *El laberinto social de la delincuencia*, Dykinson. Madrid, 2008.

MORENTE MEJÍAS, F. (Dir.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Dykinson. Madrid, 2010.

MORILLAS FERNANDEZ, M., “Derecho de Familia y Mediación Familiar” en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J.L.(Dir.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.

MORIN, E., *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa, Barcelona, 2009.

MOSCOVICI, S., *Psicología de las minorías activas*, Morata, Madrid, 1981.

MOTA LOPEZ, R., “Los nuevos contextos de maltrato: el maltrato a los mayores”, en GOMEZ-BENGOECHEA, B. (Coord.), *Violencia intrafamiliar. Hacia unas relaciones familiares sin violencia*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009.

MUNDUATE JACA, L. y MEDINA DIAZ, F.J. (Coord.), *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Pirámide, Madrid, 2006.

MUNDUATE L. Y MARTINEZ, J.M. *Conflicto y Negociación*, Eudema, Madrid, 1998.

MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEXEIDO, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia proceso*, La Ley, Madrid, 2013.

MUNNÉ, M. Y MAC-CRAGH, P., *Los 10 principios de la cultura de la mediación*, Editorial Graó, Barcelona, 2006.

MUNUERA GÓMEZ, M.P., *Nuevos retos en mediación Familiar. Discapacidad, Dependencia Funcional, Salud y Entorno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MUNUERA GOMEZ, M^a.P., “Mediación familiar: salud y dependencia funcional”. *I Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Cambios sociales y perspectivas para el siglo XXI*, UNIA, Sevilla, 2011.

MUNUERA GÓMEZ, M^aP., ALEMÁN BRACHO, C. y GÓMEZ GÓMEZ, F., “Transformación de los conflictos en la relación intergeneracional para potenciar la solidaridad familiar”, *Crisis y Cambio: propuestas desde la sociología, Libro de Actas del XI Congreso Español de Sociología (FES)*, 2014.

MUNUERA GOMEZ, P. y ALEMÁN BRACHO, C., “Mediación para mejorar la atención de las personas que se encuentran en situación de dependencia”, en el *III Congreso Anual de la Red Española de Política Social Los actores de las políticas sociales en un contexto de transformación*, Universidad de Navarra, 24, 25 y 26 de noviembre de 2011.

MUNUERA GÓMEZ, P. y RONDÓN GARCÍA, L.M., *Mediación y Resolución de Conflictos con Personas en Situación de Dependencia*, en ALEMÁN BRACHO, C., y OTROS, *Dependencia y Servicios Sociales*. Aranzadi, Navarra, 2010.

MUNUERA GÓMEZ, P., “El modelo circular narrativo de Sara Coob y sus técnicas”, *Revista de Trabajo Social Portuaria*, Universidad de Huelva, Vol. VII, Nº1-2, 2007.

MUNUERA GOMEZ, P., “Mediación en situaciones de dependencia: conceptos claves y marco jurídico”, *Acciones e Investigaciones sociales*, Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 2006.

MUÑOZ CUESTA, F. J., "La Mediación Penal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº.829, 1-2, 2011.

MUÑOZ DE BENAVIDES, C., “La nueva ley para la resolución voluntaria de conflictos”, *Diario La Ley*, Nº 7840, 2012.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, M^aC., “La igualdad entre las mujeres y los hombres en la Unión Europea”, en FERNANDEZ PANTOJA, P. Y CRUZ BLANCA, M^aJ. (Coords.), *Igualdad de Oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Universidad de Jaén, Jaén, 2007.

MUÑOZ, C., “La nueva ley para la resolución voluntaria de conflictos”, *Diario La Ley*, Nº 7840, Madrid. 2012.

MURDOCK, G.P., *Social Structure*, Mac Millan, Nueva York, 1941.

MUSITU OCHOA, G. y CAVA CABALLERO, MJ., *La familia y la Educación*, Octaedro, Barcelona, 2001.

MUSITU, G., ROMAN, J.M. y GRACIA E., *Familia y educación. Practicas educativas de los padres y socialización de los hijos*, Labor Universitaria, Barcelona, 1988.

MUSITU, G., ROMAN, J.M. y GUTIÉRREZ, M., *Educación familiar y socialización de los hijos*, Idea Book, Barcelona, 1993.

NADAL SANCHEZ, H. *Mediación: De la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

NADER, L., “Styles of court procedure: to make the balance”, *Law in culture and society*, Aldine, Chicago, 1969.

NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

NASH, M. y MARRE, D., *Multiculturalismos y Género: un estudio interdisciplinar*, Bellaterra, Barcelona, 2001.

NASH, M., *Mujer, familia y trabajo en España*, Anthropos, Barcelona, 1983.

NAVARRO GÓNGORA, I., *Técnicas y programas en Terapia Familiar*, Paidós, Barcelona, 1992.

NAVARRO VALS, J., “Las uniones de hecho en el Derecho Comparado”, en MARTINELL y ARECES (Edit.), *Uniones de hecho: XI Jornades jurídiques*, Universitat de Lleida, Lleida, 1998.

NAVARRO VIÑUALES, J. y otro, *El Nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Civitas, Madrid, 2006.

NINO, C., “Justicia”, en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F.J., *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000.

NOVEL MARTÍ, G., *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Reus, Barcelona, 2010.

O’CALLAGHAN X., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Edersa, Madrid, 1997.

OATLEY, K. KELTNER, D, Y JENKINS, J., *Understanding Emotion*, London, Blackwell Publishing, 2006.

OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Coord.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007.

ORTEGA GUTIÉRREZ, D., *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española. Un avance hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Dykinson, Madrid, 2009.

ORTEGA PÉREZ, C.A., *Toma de decisiones y resolución creativa de conflictos*, Formación Alcalá, Alcalá la Real (Jaén), 2006.

ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 1999

ORTIZ COBO, M., “Escuela e Interculturalidad: construcción de la mediación intercultural escolar”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PEREZ, J.L. (Coord.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007.

ORTIZ PRADILLO, J.C. “Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, N° 2135, Octubre 2011.

ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estudio Doctrinal. Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, N° 2135, Madrid, Octubre de 2011.

ORTIZ PRADILLO, J.C., *Estudio Sistemático de la Mediación Familiar: Propuestas de Actualización y Mejora*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, 2016.

ORTUÑO MORENO, J.P. y HERNANDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos de resolución de conflictos. (ADR): La mediación en las jurisdicciones Civil y Penal*. Madrid, Fundación Alternativas, 2007

ORTUÑO MUÑOZ, J. P., “La mediación familiar”, *Revista de ciencias y orientación familiar*, N° 24, 2002.

ORTUÑO MUÑOZ, P., “La aprobación judicial de los acuerdos en la mediación familiar”, *Revista Apuntes de Psicología*, Colegio Oficial de Psicólogos (Andalucía Occidental) y Universidad de Sevilla, Vol. 18, N° 2-3, 2000.

ORTUÑO MUÑOZ, P., “La Mediación en el ámbito familiar”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº29, Enero de 2013.

ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del Derecho de familia)”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº 7, 2000.

ORTUÑO MUÑOZ, P., “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19 de abril de 2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas”, *Iuris-La Ley*, Nº 77, noviembre 2003.

ORTUÑO MUÑOZ, P., “Separación, Divorcio y Nulidad: El convenio regulador”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dirs.), *Mediación Familiar*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2011.

ORTUÑO MUÑOZ, P., y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Documentos de Trabajo*, Nº 110, Laboratorio de Alternativas, 2000.

OSBORNE VERDUGO, R., “A vueltas con la ley integral de violencia de género: ¿Es la vía penal el único camino?”, *Cuadernos de Información económica*, Nº 212, 2009.

OSTEN, P., “Court based mediation in Germany and transposition of the mediation directive 2008/52 EC”, en GEMME, Karlsruhe, 2009.

OSTERMEYER, M., “Realizar la mediación” en AA.VV., *La mediación y sus contextos de aplicación*, Paidós, Barcelona, 1996.

OTERO PARGA, M., “La ética del mediador”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.

OTERO PARGA, M., “Las raíces históricas y culturales de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. Y OTERO PARGA, M. (Coord.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

OVEJERO VERNAL, A., *Técnicas de negociación: Cómo negociar eficaz y exitosamente*, McGraw-Hill, Madrid, 2004.

OYHARNARTE, M., “Los nuevos paradigmas y la medicación”, en GOTTHEIL, J y SCHIFFRIN, A. (Comps.), *Mediación: Una transformación de la cultura*, Paidós, Barcelona, 1996.

PABÓN DE ACUÑA, J.M., "La llamada Drittwirkung de los derechos fundamentales", *El Poder Judicial*, Vol.III, 1983.

PACHECO GUEVARA, A., “Justicia gratuita y tutela judicial efectiva”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Justicia Gratuita ,Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995.

PANIAGUA FERNANDEZ, R. y MOTA LÓPEZ, R., “Malos tratos familiares hacia personas mayores. Factores de riesgo y estrategias para la intervención”, en GARCÍA-MINA FREIRE (Coord.), *Nuevos escenarios de Violencia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2008.

PANIZO ORALLO, S, GARCÍA CANTELO, G., GIRALT, N. y TAMAHO HAYA, S., *¿Crisis de sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y la familia*, CEU Ediciones, Madrid, 2009.

PANIZO ORGALLO, S., “¿Tienen futuro el matrimonio y la familia? Ensayo filosófico-jurídico”, en PANIZO ORALLO, S, GARCÍA CANTELO, G., GIRALT, N. y TAMAHO HAYA, S., *¿Crisis de sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y la familia*, CEU Ediciones, Madrid, 2009.

PARDAVILA, B., “La mediación familiar”, *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, Nº 18, 2006.

PARKINSON, L., *La Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Gedisa, Barcelona, 2005.

PARKINSON, L., *Mediación familiar*, Gedisa, Barcelona, 2005.

PARSONS, T., *El sistema social*, trad. de José Cazorla y José Jiménez Blanco, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

PASABAN, E. y DEL CARPIO A., *Objetivo: Confianza*, Conecta, Barcelona, 2012.

PASCUAU LIAÑO, M., *Código Civil y Ordenamiento Jurídico (Otra reflexión sobre el devenir del Derecho Civil)*, Comares, Granada, 1994.

PASTOR ALVAREZ, M^a.C., “Algunas notas sobre las recíprocas concesiones en el contrato de transacción”, en *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

PASTOR RAMOS, G., *La familia en España. Sociología de un cambio*, Sígueme, Salamanca, 2002.

PASTOR RAMOS, G., *Sociología de la Familia: Enfoque institucional y grupal*, Sígueme, Salamanca, 1988.

PASTOR SELLER, E., “La mediación como herramienta de intervención social”, en GORJÓN GOMEZ, F. y LOPEZ PELÁEZ, A. (Coord.), *Estado del Arte de la Mediación*, Aranzadi, Cizu Menor (Navarra), 2013.

PATTERSON J, GARWICK A., *Levels of meaning in family stress theory, Fam Process*, N° 33, 1994.

PAZ LLOVERAS, E. y Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital (Coord. Científico), “Libro Blanco sobre mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos. Proyecto i + Confianza: Autorregulación y Sistemas Extrajudiciales Off-Line y On-Line de Solución de conflictos para entornos de Comercio Electrónico”. *Estudio comparado, demostración y promoción de su uso en la industria*, AENOR, Madrid, diciembre 2002.

PECES-BARBA, G. y DORADO PORRAS, J., “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en, PECES-BARBA, G./FERNÁNDEZ, E./DE ASÍS ROIG, R. (Dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II (Siglo XVIII), vol. I: *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, Dykinson, Madrid, 2001.

PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, BOE, Madrid, 1995.

PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

PEDRAZ PEÑALVA, E., *Arbitraje, Mediación y Conciliación, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

PEÑA GONZALEZ, C., “Los sistemas alternativos de resolución de conflictos”, *Revista de Estudios Sociales*, N° 88, Corporación de Promoción Universitaria (CPU), Santiago de Chile, 1996.

PEÑA GONZÁLEZ, C. “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, N° 1 y 2, 1997.

PERELLÓ SCHERDEL, C., “La figura de la mediación en los conflictos interpersonales”. *Mediación y Resolución de Conflictos. Educación Social*, Fundación Pere Tarrés. Institut de Formació, Educación Social, N° 8, 1998.

PEREZ CASAJÚS, L., *Mediación y Resolución de conflictos*, Gobierno de Navarra, Departamento de educación, Navarra, 2009.

PÉREZ DAUDI, V., “La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil”, en *Revista de Derecho Mercantil*, N° 283, Civitas, Madrid, 2012.

PÉREZ GIMÉNEZ, M^a. T., “La mediación familiar: perspectiva contractual”, *Aranzadi Civil*, N° 22, 5 diciembre de 2008.

PÉREZ LUÑO, A.E., “El consentimiento de los menores: Título II. Principios de la Protección de Datos. Artículo 6”, en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010.

PEREZ LUÑO, A.E., “Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías”, *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, Universidad de Alcalá, N° 2, Alcalá de Henares, 2010.

PEREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984.

PEREZ MARTÍN, A., *Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex nova, Valladolid, 1998.

PÉREZ SALAZAR, B., “Levadura crítica y el arte de amasar la paz”, *Revista de economía institucional*, Nº 19, 2008.

PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., RIOS MARTIN, J.C. (Dir.). *La mediación civil y penal: un año de experiencia*. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2008.

PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999.

PEREZ TESTOR, C. DAVINS, M., CASTILLO, J.A. SALAMERO, M., “Violencia en la pareja”, en GOMEZ-BENGOECHEA, B. *Violencia intrafamiliar. Hacia unas relaciones familiares sin violencia*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009.

PEREZ VALLEJO, A.M^a., “Resolución extrajudicial de conflictos: mecanismos de conexión e interacciones jurisdiccionales”, en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J., VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial del conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010.

PÉREZ, V., “La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil”, *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 283, Civitas, Madrid, 2012.

PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “Notas sobre el Estatuto Jurídico del mediador en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, en PETIT LAVALL, M^aV., CUÑAT EVO, V., *Estudios de Derecho mercantil, Liber Amicorum, Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., *El Estatuto del mediador. Tratado de Mediación en la Resolución de Conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.

PERIS RIERA, J.M., “El modelo de Mediación y Reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto en la L.O. 5/2000”, *Diario La Ley*, Tomo 2, 2001.

PICAZO GIMÉNEZ, MARTÍNEZ SIMANCAS Y SÁNCHEZ (Dir.), *Estudios sobre el Derecho Procesal*, Vol. IV, Madrid, 1996.

PICONTÓ NOVALES, T., *En las fronteras del Derecho. Estudios de casos y reflexiones generales*, Dykinson, Madrid, 2000.

PILLADO GONZÁLEZ, E y FARIÑA RIVERA, F. (Coord.), *Mediación Familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos desde la justicia terapéutica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PINO ARTACHO, J. DEL., “El conflicto en la teoría sociológica” en PINO ARTACHO, J. DEL (Dir.), *El conflicto social*, Universidad de Málaga, Málaga, 1988.

PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “Las uniones extramatrimoniales” en Derecho de Familia, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. X, CGPJ, Madrid, 1993.

PORTALIS, J. E. M., *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Civitas, Madrid, 1997.

PORTILLA CONTRERAS, G., “La influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho penal: La defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de intereses penales”, en [] , J.A., DEL REAL ALC [] , J.A., RUIZ RUIZ, R. (Eds.), *La democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002.

POYATOS GARCÍA, A. (Coord.), *Mediación Familiar y social en diferentes contextos*, Nau Llibres y Universitat de Valencia, Valencia, 2006.

POZUELO PÉREZ, L. “El futuro del Derecho penal juvenil: de un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos. Recensión a Miguel Ángel Cano Paños en El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España”, *Revista Indret*, Barcelona, febrero de 2009.

PRAT WESTERLINDH, C., “La reparación y la mediación. Alternativas a la prisión”, *Secc. Sumario*, Id. VLex: Vlex KC433, Enero 2004.

PRATS ALBENTOSA, L., *Bases de la nueva regulación del derecho matrimonial español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

PRESNO LINERA, M., “El derecho europeo de familia”, *Revista Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2008.

PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 1985.

PRIETO NAVARRO, E., “Algunas consideraciones sobre la relaciones entre Derecho e integración social en el último Habermas”, *Doxa*, Nº 15-1, 1994.

PRIETO SANCHIZ, L. *Sobre principios y normas*, Tecnos, Madrid, 1993.

PROGRAMA de Gotemburgo sobre prevención de conflictos violentos de 16 de junio de 2001. Unión Europea. Consejo Europeo (2001).

PROPUESTA DE DIRECTIVA 2004/0251 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2004

PROTOCOLO para la implantación de la Mediación Familiar intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de procesos de familia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Mayo. 2008.

PRUITT, D.G. y RUBIN, J.Z., *Social conflict. Escalation, stalemate and settlement*, Random House, New York, 1986.

PUY MUÑOZ, F., “La expresión “Mediación Jurídica”. Un análisis tópico”, en SOLETO MUÑOZ, H. Y OTERO PARGA, M. (Coord.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

QUADRA SALCEDO, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1981.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos”, en *Política criminal y un nuevo Derecho penal, libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997.

QUINTANA, A., “El papel de las instituciones de mediación”, LawyerPress emprende. [http:// www.lawyerpress.com/news/2013_04/2704_13008.htm](http://www.lawyerpress.com/news/2013_04/2704_13008.htm). (abril de 2013)

QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal, Parte general*, Aranzadi, Elcano, 2002.

RABBIE, J.M. y WILKENS, C., “Intergroups competition and its effect on intra and intergroups relation”, *European journal of social psychology*, N°1, 1971.

RAFFERTY, A. y GRIFFIN, M.A., “Organizational change”, en BARLING, J. y COOPER, C.L. (Eds.), *The SAGE handbook of organizational behavior*, SAGE publications, London, 2008.

RAMIRO AVILÉS, M.J., “Ideología y utopía: Una aproximación a la conexión entre las ideologías políticas y los modelos de sociedad ideal”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 128, 2005.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, N°3, 2014.

RAMOS MÉNDEZ, F., “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito patrimonial”, *Justicia*, Vol. IV, 1994.

RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, Atelier, Barcelona, 2010.

RAMOS PEREZ, M.E., “Los conflictos: claves para su comprensión”, *Cuadernos de Trabajo social*, N°16, 2003.

RAMOS PÉREZ, M.E., “Teoría sobre conflictos y su influencia en las escuelas de mediación”. Conferencia pronunciada en el, *I Seminario Internacional Complutense de Mediación*, Madrid, Mayo 2010.

RAMOS PEREZ, M^a E., “Técnicas de negociación: el proceso”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.) *Mediación Familiar*, Tomo III, Dykinson, Madrid, 2011.

RAMOS, M^a E., “Teorías del conflicto” en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.) *Mediación Familiar*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2011.

RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*, trad. M.D. González, FCE, México, 1979.

RAWLS, J., *El liberalismo político*, trad. de Antoni Domènech, Crítica, Barcelona, 1996.

REDORTA, J., “Análisis de Conflictos por patrones: La nueva herramienta CAT.©”, *Revista democracia digital e governo Eletrônico*, Vol.1, N° 10, 2014.

REDORTA, J., “La justicia del futuro”, *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la justicia*, GEMME, Barcelona, 2009.

REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos. La tipología de los conflictos como herramienta de mediación*, Paidós, Barcelona, 2007.

REDORTA, J., OBIOLS, M. y BISQUERRA, R., *Emoción y Conflicto. Aprenda a manejar las emociones*, Paidós, Barcelona, 2006.

REHER, D.S., *La familia en España. Pasado y presente*, Alianza Universidad. Alianza Editorial S.A., Madrid, 1996.

REINOLDS, W. y TONRY, M., “Professional mediation services for prisoner’s complaints” *American Bar Association Journal*, 67, 1981.

RENÉS ARELLANO, P. y DE LEÓN SANCHEZ, B., “La mediación como estrategia que facilita la gestión de los conflictos en las diversas instituciones sociales: el centro escolar”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J, VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-Dir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial del conflictos en el siglo XX*, Reus, Madrid, 2010.

REQUENA Y DIEZ DE REVENGA, M., “Formas de Familia en la España contemporánea”, en GARRIDO MEDINA, L. Y GIL CALVO, E., *Estrategias familiares*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

REVERTE NAVARRO, A., “Comentario al artículo 1255 del Código Civil”, en ALBALADEJO, M., y DIAZ ALABART, S. (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1º A, Edersa, Madrid, 1993.

REVILLA GONZÁLEZ, J. “La mediación Penal”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.) *Mediación y Resolución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

REY MARTINEZ, F., “La ley contra la violencia de género y la igualdad constitucional”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

RIBOTTA, S., *John Rawls. Sobre (des)igualdades y justicia*, Dykinson, Madrid, 2009.

RICOY CASAS, R., *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.

RIDAO RODRIGO, S., “Técnicas de mediación. Reflexiones sobre su aplicación en contextos comunicativos interculturales”, *Aposta. Revista de ciencias sociales*, Nº 47, Octubre, Noviembre y Diciembre, 2010.

RIGBY, L., “Alternative Dispute Resolutions”, *Loussiana Law Rewiew*, Vol. 44, Nº 6 Symposium: Family Law July, 1984.

RIOS ENRICH, M., “La mediación en la justicia juvenil”, *Revista IURIS*, Nº 4, CEJFE, Departamento de Justicia, Barcelona, 1994.

RIOS GONZÁLEZ, J.A., *Los ciclos vitales de la familia y la pareja*, CCS, Madrid, 2005.

RIOS GONZALEZ, J.A., *Manual de Orientación y Terapia Familiar*, Instituto Ciencias del Hombre, Madrid, 1994.

RIOS MARTÍN, J., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A y SEGOVIA BERNABÉ, J., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de*

diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano, Colex. Madrid, 2008.

RÍOS SALMERÓN, B., “Soluciones pactadas de conflictos de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 3, 1997.

RIOS, J., PASCUAL, E., SEGOVIA, J.L., ETXEBARRIA, X. y LOZANO, F., *Mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.

RIPOLL-MILLET, A., *Estrategias de Mediación en Asuntos Familiares*, Reus, Madrid, 2011.

RIPOL-MILLET, A., *Familias. Trabajo social y mediación*, Paidós, Barcelona, 2001.

RIVERA, J., *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

RIVERO HERNANDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.

ROBBINS, S.P., “Conflict management and conflict resolution are not synonymous terms”, *Management Review*, Winter, 1978.

ROBLES MOCHÓN, G., “El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.CE)”, en AA.VV., *El libre desarrollo de la personalidad. Art. 10.1 de la Constitución* (Coord. SAN MIGUEL, L.G.), Alcalá de Henares, 1995.

ROCA I TRIAS, E., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado”, *Revista Jurídica de Calatunya*, Nº4, 1994.

ROCA I TRIAS, E., “Familias, familia y Derecho de Familia”, *Anuario de Derecho Civil*, T.XLIII, F.IV, 1990.

ROCA TRIAS, E. y SEIJAS QUINTANA, J.A. (Ed.), *Jurisdicción Familiar: XX años de Asociación Española de Abogados de Familia*, Dykinson, Madrid, 2013.

ROCA TRÍAS, E., “Tu voluntad es mi ley. Los cambios en el Derecho de familia en los últimos cuarenta años”, en *El Derecho en la facultad. Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

ROCA TRIAS, E., *Familia y Cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

RODOTÁ, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, trad. de Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2010.

RODRIGO, M. y PALACIO, J., “Familia como contexto del desarrollo humano”, en RODRIGO, M. y PALACIO, J., *Familia y Desarrollo humano*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

RODRIGUEZ DE LLAMAS, S. y BERNABÉ AROLAS, S., *Características generales de la mediación*, Alfa Delta Digital, Valencia, 2009.

RODRIGUEZ DE LLAMAS, S., *Mediación familiar: fundamentos y modelos jurídicos*, Universidad de Valencia, Valencia, 2003.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, G., “¿Comunidad? Mediación comunitaria, habitar efímero y diversidad cultural”, *Revista Polis*, N°20.Vol. I. 2008.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *Justicia Gratuita: Un imperativo constitucional*, Comares, Granada, 2000.

RODRÍGUEZ MATEOS, P., “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. *Revista española de Derecho Internacional*, N°2,1992.

RODRIGUEZ PALOP, Mª E., *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y Justificación*, Dykinson, Madrid, 2010.

ROGEL VIDE, C., “Mediación y transacción en el Derecho Civil”, en GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J, VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Co-

Dir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial del conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010.

ROJAS MARCOS, L., *La Familia: De las relaciones tóxicas a las relaciones sanas*. Grijalbo, Barcelona, 2014.

ROJAS MARCOS. L., *Las semillas de la Violencia*, Espasa Calpe, Madrid, 1996

ROMERO NAVARRO, F. (Coord), *La mediación familiar. Una visión plural. Diversos campos de aplicación*, Gobierno de Canarias, Consejería de Presidencia y Justicia, Gran Canaria, 2005.

ROMERO NAVARRO, F., “La mediación familiar, un nuevo ritual para la separación y el divorcio en las sociedades actuales”, *Estructura y cambio social. Homenaje a Salustiano del Campo*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2001.

ROMERO NAVARRO, F., “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 40, 2001.

ROMERO, F., *La mediación familiar, un nuevo ritual para la separación y el divorcio en las sociedades actuales*, en *Estructura y cambio social*, CIS, Madrid, 2001.

ROMERO,C., “La familia como sistema: dimensiones para su estudio en clave sistémica”, en GERVILLA CASTILLO, E. (Coord.) *Educación familiar: nuevas relaciones humanas y humanizadoras*, Narcea, Madrid, 2002.

RONDÓN GARCÍA L.M., *Bases para la mediación familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RONDÓN GARCÍA, L. y MUNUERA GOMEZ, P., “Mediación familiar: un espacio de intervención para trabajadores sociales”, *Trabajo Social*, Nº 11, 2009.

RONDÓN GARCÍA, L., “El Trabajo Social en el Medio Multiétnico”, *Revista Área Social* Nº 8, Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007.

RONDÓN GARCÍA, L.M. y otra, *Cambios sociales y perspectivas de la mediación para el siglo XXI. I Congreso Internacional en Mediación y Conflictología*, Publicaciones de la Cátedra UNESCO Interculturalidad y Derechos Humanos, Sevilla, 2011.

RONDÓN GARCÍA, L.M., “Modelos de mediación en el medio multiétnico”, *Trabajo Social*, N° 13, Bogotá, enero-diciembre, 2011.

ROONEY, E., “Engendering transitional justice: questions of absence and silence”, *International Journal of Law in Context*, Vol. 3., N° 2, 2007.

ROSANVALLON, P., *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, trad. de Herber Cardoso, Paidós, Barcelona, 2010.

ROSSELL, T., *La entrevista en trabajo social*, Euge, Barcelona, 1993.

ROUSSEAU, J.J., *El contrato social o principios de derecho político*, trad. de María José Villaverde, Tecnos, Madrid, 1995.

ROUSSEL, L., “Mariages et divorces, contribution à un analyse systematique des modèles matrimoniaux” ,*Population*, Noviembre-Diciembre, 1980.

ROUSSEL. L., “La famille en Europe Occidentale: divergences et convergences”. *Infancia y Sociedad*. N°16, 1992.

ROXIN, K., *Política Criminal y estructura del delito. Elementos del Delito en base a la política criminal*, trad. de Bustos Ramírez, J. y Hormazábal Malareé, H. Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona,1992.

ROZEBLUM DE HORWITZ, S., *Mediación. Convivencia y resolución de conflictos en la comunidad*, Graó, Barcelona, 2007.

RUBIN, J. y BROWN, B., *Social Psychology of bargaining and negotiations*, Academie Press, Nueva York, 1975.

RUBIN, J., PRUITT, D. y HEE,S., *Social conflict: escalation, stalemate and settlement*. McGraw-hill, New York, 1986.

RUBIN, J.Z., “Conflict from a psychological perspective”, en, HALL, L. (Ed.), *Negotiation. Strategies for mutual gain*, London, Sage Publications, 1993.

RUBIN, J.Z., “Prólogo”, en BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, trad. de Anibal Leal, Granica, Buenos Aires, 2008.

RUBIO CARRACERO, J., “La construcción de la ciudadanía activa y del espacio público democrático”, *Cuadernos de Pedagogía*, Nº 275, 1998.

RUBIO CARRACEDO, J., ROSALES, J y TOSCANO MENDEZ, M. (Dir.), *Democracia, ciudadanía y Educación*, Universidad Internacional de Andalucía-Akal, Madrid, 2009.

RUBIO GARRIDO, T., Cosa Juzgada y Tutela judicial efectiva, *Derecho Privado y Constitución*, Nº16, Enero-Diciembre 2002.

RUBIO LLORENTE, F, y JIMÉNEZ CAMPO,J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

RUIZ BECERRIL, D., *Después del Divorcio. Efectos de la ruptura matrimonial en España*, CIS, Madrid, 1999.

RUIZ GONZÁLEZ F., “Estrategia Española de Seguridad”, *Documentos FUNCIVA*, Fundación ciudadanía y Valores, Junio de 2011.

RUIZ JIMÉNEZ, J., “La convención de los derechos de la infancia y de la juventud, cara al nuevo milenio: exigencias y problemas”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas Derechos y Libertades*, Año V, Enero/Junio. 2000. Nº 8, Madrid, 1993.

RUIZ MARÍN, Mª J., *Mediación y protección de menores en derecho de familia*, Madrid, Consejo General de Poder Judicial, 2005.

RUIZ RUIZ, R., *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contra mayoritaria*, Thomson Reuters, Navarra, 2016.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., “La Mediación Familiar”, en MONEREO PEREZ, J.L., GONZALEZ DEL PATTO, R. y LOZANO MARTÍN, M., *Tratado de Mediación en la Resolución de Conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.

SAAVEDRA LOPEZ, M., “Jurisdicción”, en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. (Dirs.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000.

SAEZ RODRÍGUEZ, C., “La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal”, en GOMEZ CAMPELO, E. y VALBUENA GONZÁLEZ, F. (Coords.), *Igualdad de Género: Una visión jurídica plural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008.

SAEZ RODRÍGUEZ, C., *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.

SAEZ VALCARCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dir.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos*, Consejo General del Poder Judicial-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

SALA FRANCO, T., “La solución extrajudicial de los conflictos colectivos en la reforma laboral de 2012”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, Nº 215, 2014.

SALEM, G., *Abordaje terapéutico de la Familia*, Masson, Barcelona, 1990.

SALVADOR CODERCH, P., “Asociaciones, democracia y Drittwirkung”, en SALVADOR CODERCH, P. (Coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997.

SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVI, Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, 2013.

SAN MARTIN LARRINOA, M. B., *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos (del presente francés al futuro español)*, Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Julio de 1997.

SANCHEZ AGESTA, L., “La ordenación de la familia en la Constitución de 1978”, en PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS. M., *Protección jurídica de la familia*, Anales de moral social y Económica, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos (Conferencia de julio de 1980), Madrid, 1982.

SANCHEZ DOMINGO, R., “La pervivencia del androcentrismo: apuntes histórico-jurídicos sobre la lucha equiparadora de derechos” en GOMEZ CAMPELO, E. y VALBUENA GONZÁLEZ, F., *Igualdad de Género: Una visión jurídica plural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008.

SANCHEZ GONZÁLEZ, S., “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”. *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 12/13, 2003.

SANCHEZ MARTÍNEZ, O., “Las transformaciones de la familia tradicional y la igualdad sexual”, *Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos: Derechos y Libertades*, Nº 23, Época II, Junio 2010, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2010.

SANCHO GARGALLO, I., “Legalidad, Oportunidad y Transacción Penal en el Procedimiento Abreviado, Consejo General del Poder Judicial, 2002.

SANTOR SALCEDO, H., *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*, Madrid, La Ley, 2006.

SANTORINI, G. *Teoría de la democracia. (ed. Original en inglés de 1987. Theory of Democracy revisited)*, Alianza, Madrid, 1988.

SANTOS URBANEJA, F., “¿Qué significa el interés del menor?”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº 15, abril 2002.

SARIEGO MORILLO, J.L., "Mediación intrajudicial o mediación extrajudicial". *Apuntes de Psicología*. Nº 18 (2-3), Colegio Oficial de Psicólogos y Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000.

SASTRE PELÁEZ, F.L., "Principios Generales y definición de la mediación familiar: Su reflejo en la legislación autonómica", *Diario La Ley*, Nº 5478, Tomo II, Año XXII, 8 de febrero de 2002.

SCHELLING, T.C., *The strategy of conflict*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1980.

SCHIFFRIN, A., "La mediación: Aspectos generales", en, GOTTHEIL, J y SCHIFFRIN, A. (Comps.), *Mediación: Una transformación de la cultura*, Paidós, Buenos Aires, 1996

SCHUTTE, B., "What makes a great mediator?", *U.K. mediation journal*, 2015 (Issue, 1).

SCHVARSTEIN, L., "La mediación en contexto", en GOTTHEIL, J y SCHIFFRIN, A. (Comps.), *Mediación: Una transformación de la cultura*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

SERRANO CASTRO, F., "La mediación familiar intrajudicial", en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Alternativas a la judicialización de conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007.

SERRANO SARMIENTO, A., TORMO IRÚN, M^a P. y GRANADOS ALÓS, L., "Las aulas de convivencia, una medida de prevención a la violencia escolar", *Criminología y Justicia*, Nº1, Septiembre 2011.

SERRANO, G., LÓPEZ, C., RODRIGUEZ, D. y MIRÓN, L. "Características de los mediadores y éxito en la mediación", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 16, 2006.

SERRANO, J.L., "La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 4, 2001.

SESMA BASTIDA, B., *Procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos laborales: marco normativo y convencional*, Universidad de la Rioja, Logroño, 2003.

SHONHOLTZ, R., “Neighborhood justice systems: Work, structure and guiding principles”, en LEMMON J.A., *Community mediation. Mediation Quarterly*, 5, Jossey-Bass, San Francisco, 1984.

SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

SLAIKEV, K.A., *Para que la sangre no llegue al río: una guía práctica para mediar disputas*, Gránica, Buenos Aires, 1996.

SLIM, H., *Una guía hacia la mediación. Haciendo posible la paz en los conflictos violentos*, Escola Cultura de Pau, Centro para el Diálogo Humanitario, Ginebra, 2007.

SODRÉ, M., “Red y participación activa”, en SIERRA CABALLERO, F. y FÁVARO GARROSSINI, D., *Comunicación y ciudad. La mediación social en la nueva cultura urbana*, Gedisa, Barcelona, 2016.

SOLETO MUÑOZ, H. “La mediación en asuntos civiles y mercantiles: la Ley 5/2012”, en SOLETO MUÑOZ, H (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013.

SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coord.), *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007.

SOLETO MUÑOZ, H. y RUIZ LÓPEZ, C., “Elementos esenciales del derecho colaborativo”, *Anuario de mediación y solución de conflictos*, N°3, 2015.

SOLETO MUÑOZ, H., “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España” en ECHANO BASALDUA Y OTROS, “Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos”, *Cuadernos penales José María Lidón*, N° 9, Deusto Digital, Bilbao, 2013.

SOLETO MUÑOZ, H., “La nueva normativa de mediación y la oportunidad de impulsar una práctica colaborativa del Derecho”, *El Notario*, S.XXI, Nº18, 2012.

SOLETO MUÑOZ, H., *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.

SOLETO, H., “La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil”, *Diario La Ley*, Nº 7834, Madrid, 2012.

SOLETO, H., “Mediación Laboral. Mediación Comunitaria”, en SOLETO MUÑOZ, H. Y OTERO PARGA, M. (Coord.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

SORIANO JIMÉNEZ, JC., “Proceso y manejo del conflicto”, *Revista llegó para quedarse*, Nº 19, Diciembre, 2010.

SOTO MOYA, M., “Aspectos jurídicos de la gestión de conflictos familiares en países con experiencia mediadora”, en GARCÍA GARNICA, M^aC. (Dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2009.

SOUTO GALVÁN, E., *Mediación Familiar*, Dykinson, Madrid, 2013.

SRIRAM, Ch., “Justice as Peace? Liberal Peacebuilding and Strategies of Transitional Justice”, *Global Society*, Vol. 21, Nº 4, 2007.

STANDLEY, K., *Cases & Material on Family Law*, Blackston Press book, Oxford, 2005.

STIGLITZ, J.E., *El precio de la desigualdad*, trad. de Alejandro Pradera, Taurus, Madrid, 2012.

SUARES, M., “El modelo circular narrativo en Mediación Familiar”, *Revista de la Asociación Proyecto Hombre*, Nº66, 2008.

SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós mediación, Buenos Aires, 2008.

SUARES, M., *Mediando en sistemas familiares*, Paidós, Buenos Aires, 2005.

SUQUET CAPDEVILA, J., “La mediación electrónica como método de resolución de controversias ente empresarios y consumidores”, en LAUROBA LA CASA, M^aE. y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación es Justicia, El impacto de la ley 5/2012 de Mediación civil y mercantil*, Huygens, Barcelona, 2014.

TABERNER GUASP, J., *Familia y Educación. Instituciones reflexivas en una sociedad cambiante*, Tecnos, Madrid, 2012.

TALBOT, A., *Settling thing: six case studies in environmental mediation*. Conservation Foundation, Whashington, 1983.

TAMARIT SUMALLA, J.M^a Y OTROS, “La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en ECHEBURÚA, E. (Coord.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

TAMAYO HAYA, S., “Artículo 23”, en GARCÍA VILLALUENGA, L., ROGEL VIDE, C. (Dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012.

TARUFFO M., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009.

TARUFFO, M., “La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?”, en, ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (Coord.), *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996.

TARUFFO, M., “Una alternativa a las alternativas, patrones para la solución de conflictos”, en, AA. VV., *Consideraciones sobre la prueba pericial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

TASCÓN LOPEZ, R., “La solución extrajudicial de conflictos laborales en el modelo español: a medio camino entre el *desideratrum* legal y el ostracismo social”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, Universidad de Valladolid, N°10, 2009.

TAYLOR, A., *The handbook of family Dispute Resolution*, Jossey-bass, San Francisco, 2005.

TEJERINA, B., *La sociedad imaginada. Movimientos sociales y cambio cultural en España*, Trotta, Madrid, 2010.

TINOCO PASTRANA, A., “Consideraciones sobre la tutela de la víctima en la justicia de menores”, en *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Instituto universitario de criminología de la Universidad Complutense, N°85, 2005.

TOBIO SOLER, C., “¿Qué conciliación? Una propuesta integral”, en PEREZ DE LA FUENTE, O., *Mujeres: Luchando por la Igualdad. Reivindicando la diferencia*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2010.

TODOROV, Tz., *La vida en común*, Traducción de Héctor Subirats, Taurus, Madrid, 1995.

TOFIGHI, D. y THOEMMES, F., “Single-level and multilevel mediation analysis”, *Journal of early adolescence*, Vol. 34 (1), 2014.

TOREGO SEIGO, J.C., *Mediación de conflictos en centros educativos*, UNED, Madrid, 2001.

TORREGO SEIGO, J.C. (Coord.), *Modelo integrado de mejora de convivencia: estrategias de mediación y tratamiento de conflictos*, Graó, Barcelona, 2006.

TORRERO MUÑOZ M., “La mediación familiar: una alternativa a la resolución de los conflictos familiares”, *Actualidad Civil*, N° 23, 5 a 11 de junio de 2000.

TORRERO MUÑOZ, M., *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*, Editorial Práctica del Derecho, Valencia, 1999.

TORRES DEL MORAL, A., *Derecho a la tutela judicial efectiva (Remisión)*, en *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007.

TORRES DEL MORAL, A., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional (AAVV)*, Colex, Madrid, 2007.

TORRES ESCÁMEZ, S., “Un apunte sobre la situación de la mediación familiar en España”, en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, N°246, Enero 2002.

TORRES FERNANDEZ, E., “¿Cabe la Mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?”, en LOPEZ SAN LUIS, R. (Ed.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, Granada, 2011.

TORRES FERNÁNDEZ, E., “La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad”, en *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Instituto universitario de criminología de la Universidad Complutense, N° 79, Septiembre de 2002.

TORRES GÁMEZ, A., “Mediación intrajudicial civil. Reflejo jurisprudencial”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N°3, 2015.

TORRES OSORIO, E. *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Vitor Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.

TOURAINÉ, A., *¿Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*, PPC Editorial, Madrid, 1997.

TOUZARD, H., *La Mediación y la Solución de los Conflictos*, Herder, Barcelona, 1980.

TRIGO SIERRA, E. y MOYA FERNÁNDEZ, A.J., “La mediación civil y mercantil en España y en el derecho comparado: A propósito del Real Decreto Ley 5/2012”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 32, 2012.

TSCHIRGI, N., “Post-Conflict Peacebuilding Revisited: Achievements, Limitations, Challenges”. *WSP International/IPA Peacebuilding Forum Conference*, Nueva York, 7 de Octubre de 2004.

URY, W. L., *Alcanzar la paz: Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, trad. de Jorge Piatigorsky, Paidós, Barcelona 2005.

UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “La mediación familiar como instrumento para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares: la experiencia de los juzgados de familia de Málaga.”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Alternativas a la judicialización de conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007.

UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “Nueva perspectiva en la gestión judicial de los conflictos familiares”, *Revista de Estudios Jurídicos, Centro de Estudios jurídicos*, Madrid, 2007.

UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., *Guía para un buen divorcio*, La Ley 57, Málaga, 2016.

UTRERA JIMÉNEZ, J., “La mediación familiar como instrumento para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares. La experiencia de los juzgados de familia de Málaga”, *Estudios de Derecho Judicial*, N°111, 2006.

VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A., “Aspectos sobre la seguridad en la contratación electrónica” en CUENA CASAS M, ANGUITA VILLANUEVA, L. y ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013.

VALDÉS DEL-RE, F., (Dir.), *Conciliación, Mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

VALENCIA AGUDELO, G.D., GUTIÉRREZ LOAIZA, A. y JOHANSSON, S., “Negociar la paz: una síntesis de los estudios sobre la resolución negociada de conflictos armados internos”, *Estudios Políticos*, N°40, 2012.

VALERO, J. Y COBAS, M.E., “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión”, *Diario La Ley*, N° 7987, 2012

VALLÉS, A. (Dir.), *La Protección del Menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Manuales de metodología jurídica. Vol. II. Metodología de las leyes o de las normas*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004.

VAN DE VLIERT, E., “Escalative intervention in small groups conflicts”, *Journal of applied behavioral science*, Nº 21 (1), 1985.

VAN-DER HOFSTADT, C. J., *Habilidades de comunicación aplicadas (Guía para la mejora de las habilidades de comunicación personal*, Promolibro, Valencia, 1996.

VARGAS CABRERO, B., “El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor”, en RODRÍGUEZ TORRENTE, J. y ADROHER BISOCA, S. (Dirs.), *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998.

VARGAS ISLA, L.E., “Las relaciones de poder en la familia”, *Educación y Comunicación*, Anuario 1997.

VARGAS PAVEZ. M., “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación” *Revista de Derecho*, Vol. XXI, Nº 2, 2008.

VARGAS, J. E., “Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial”, *Revista Sistemas Judiciales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Nº 2, 2002.

VARONA MARTINEZ, G., *La Mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E. y FERNÁNDEZ CANALES, C., “El actual marco normativo de la mediación electrónica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 731, 2012.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Las nuevas previsiones de mediación electrónica”, en BLASCO GASCÓ, F. (Dir.), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T. II, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VAZQUEZ FLAQUER, I., “La mediación en la separación, el divorcio, la nulidad matrimonial y en la relaciones de pareja de hecho”, en BOUCHÉ PERIS, J.H. y HIDALGO MENA, F. (Dir.) *Mediación Familiar*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2011.

VAZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Presunción de inocencia, mediación y conformidad”, en CARBONELL MATEU, J.L. (Dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. Tomas vives Antón*, T II, Cuadernos Penales José María Lidón, Deusto-Digital, Valencia, 2009.

VEGA SANCHEZ, Y, MONTERO BONILLA, C, PEREZ ANGULO, A. y TEJERINA BLANCO, S., *Gestión de conflictos y procesos de mediación*, Paraninfo, 2015.

VELA SANCHEZ, A., *Las familias mono parentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Comares, Granada, 2005.

VELASQUEZ, S. *Violencias cotidianas, violencia de género*, Paidós, Buenos Aires, 2003.

VENEGAS GRAU, M. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Marcial Pons, Madrid, 2004.

VIDAL FERNÁNDEZ, F., “Los nuevos aceleradores de la violencia modernizada”, en GARCÍA-MINA FREIRE, A. (Coord.), *Nuevos escenarios de violencia*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2008.

VIDAL TEIXIDÓ, A., "Los códigos de buenas prácticas", en E. LAUROBA, I. BARRAL E y VIOLA, I., *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Vol. 1, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009.

VIDAL, A., “Los códigos de buenas prácticas”, En *Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011.

VILLAGRASA ALCAIDE, C. y VALL RIUS, A., “La mediación familiar en Cataluña: Análisis sistemático de la Ley 1/2001, de 15 de marzo”, *Diario La Ley*, Tomo 5, 2001.

VILLAGRASA ALCAIDE, C. Y VALL RIUS, A. “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, en *La Ley*, N°3, 2000.

VILLALVA, C., “Conflictos y resolución de conflictos: el papel de la mediación” en MORENTE MEJÍAS, F. (Dir.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Dykinson, Madrid, 2010.

VILLANUEVA LUPIÓN, C., “El principio de Igualdad entre hombres y mujeres y el Derecho Civil”, en FERNANDEZ PANTOJA, P. Y CRUZ BLANCA, M^ªJ. (Coord.), *Igualdad de Oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Universidad de Jaén, Jaén, 2007.

VINYAMATA CAMP, E., *Aprender Mediación*, Paidós, Barcelona, 2006.

VINYAMATA CAMP, E., *Conflictología. Curso de resolución de conflictos*, Ariel, Barcelona, 2009.

VINYAMATA CAMP, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación, negociación* Areu, Barcelona, 1999.

VIOLA DE MESTRE, I., “La Mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la ley 5/2012 de 6 de julio)”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Agosto-Septiembre, 2012.

VIOLA DEMESTRE, I., “La confidencialidad en el procedimiento de mediación”, *IDP, Revista de internet, Derecho y Política*, N°11, 2010.

VIVANCOS COMES, M., “Promoción de la igualdad y atención a la dependencia”, en ALVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dirs.), *Estudios interdisciplinarios sobre la igualdad*, Iustel, Madrid, 2009.

VIVAS TESÓN, I., “La horizontalidad de los derechos”, en *XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Murcia, 2008.

VV.AA., *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

VV.AA., *Alternativas a la judicialización de los conflictos. La mediación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

WALSH, F., “El concepto de resiliencia familiar: crisis y desafíos”, *Revista Sistemas Familiares*, Buenos Aires, Marzo 1998.

WATZLAWICK, P., *Teoría de la comunicación humana. Interacciones, patologías y paradojas*, trad. de Noemí Rosenblatt, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1971.

WATZLAWICK, P., BEAVIN, J. y JACKSON, D., *Teoría de la Comunicación Humana*, Herder, Barcelona, 1981.

WERNER, L., *International Politics: foundations of the Systems*. Minneapolis. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1974.

WHATLING, T. *Mediación, habilidades y estrategias*, Colecc Sociocultural, Madrid, 2013.

WOLLSTONCECRAFT, M. *Vindicación de los Derechos de la mujer*, Edición de Isabel Burdiel, Cátedra, Madrid, 2000.

WORCHEL, S. y LUNDGREN, Sh., “La naturaleza y la resolución del conflicto”, en, DUFFY, K. G, GROSCHE, J.W. y OLCZAK, P.V. (Eds.), *La mediación y sus contextos de aplicación*, trad. de M^a Ángeles Caroz, Paidós, Barcelona, 1996.

WRIGHT MILLS, C., *La imaginación sociológica*, trad. de Florentino M. Torner, FCE, México, 2000.

ZAMBELLI, S., “Democracia e internet. Apuntes para la reflexión”, en, COTARELLO, R. y OLMEDA, J.A. (Eds.), *La democracia del siglo XXI. Política, medios de comunicación, internet y redes sociales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

ZAPATERO GOMEZ. J, SAEZ VARCÁRCEL, R. Y ORTUÑO MUÑOZ, P. en “Conclusiones” de SAEZ VARCÁRCEL, R. Y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dirs.), Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, L., “El menor en las crisis familiares”, en LAZARO GONZALEZ y MAYORAL NARROS, *Jornadas sobre derecho de los menores*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003.

ZEHR,H., *Retributive Justice, Restorative Justice, alternative justice paradigm*, New Perspectives on Crime and Justice, Mennonite Central Committee Office of Criminal Justice, Akron, September, 1985.

LEGISLACIÓN.

CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2000/C 364/01).

CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS de 26 de junio 1945. (BOE N°275, de 16 de noviembre de 1990).

CARTA EUROPEA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (DOCE n° C 241, de 21 de Septiembre de 1992).

CONVENCIÓN sobre los derechos de los niños de 20 de noviembre de 1989. BOE N° 313, de 31 de diciembre de 1990.

CONVENIO para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 28 de enero de 1981. BOE núm. 274, 15 de noviembre de 1985.

DECISIÓN MARCO del Consejo de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI).

DECISIÓN MARCO del Consejo de Europa relativa al Estatuto Europeo de la Víctima en el proceso penal, de 15 de marzo de 2001.

DECRETO 135/2012 de 23 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009 de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. DOGC. Nº 6240 de 25 de octubre de 2012.

DECRETO 19/2007, de 23 de enero, por el que se adoptan medidas para la promoción de la Cultura de Paz y la Mejora de la Convivencia en los Centros Educativos sostenidos con fondos públicos. BOJA Nº 25 de 2 de febrero de 2007.

DECRETO 279/2006, de 4 de julio, sobre derechos y deberes del alumnado y regulación de la convivencia en los centros educativos no universitarios de Cataluña (DOGC06/07/2006).

DECRETO 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. BOJA Nº46 de 7 de marzo de 2012.

DECRETO 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

DIRECTIVA 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles. DOL 136 de 24 de mayo de 2008.

DIRECTIVA 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo

DIRECTRICES de las Naciones Unidas para una mediación eficaz. UNAD. ONU. Nueva York. Septiembre de 2012.

LEY 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LEY 1/2006 de 6 Abril reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma Castilla y León.

LEY 1/2007 de 21 de febrero reguladora de la Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Madrid.

LEY 1/2008 de 8 Febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma País Vasco.

LEY 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

LEY 1/2011, de 28 de Marzo, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma Cantabria.

LEY 10/2012, de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

LEY 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

LEY 136/3 Diario Oficial de la Unión Europea de 24 de mayo de 2008.

LEY 14/2010 de 9 de diciembre de Mediación Familiar de las Islas Baleares.

LEY 15/2003 de 8 Abril, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma Canarias.

LEY 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

LEY 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

LEY 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña.

LEY 15/2011 de 1 de abril de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Generalitat Valenciana.

LEY 18/2006 de 22 de Noviembre reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

LEY 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

LEY 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo-ciegas.

LEY 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias.

LEY 3/2007 de 23 de marzo reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

LEY 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

LEY 30/1981 de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

LEY 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

LEY 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

LEY 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social.

LEY 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

LEY 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia

LEY 4/2001 de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Galicia.

LEY 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia.

LEY 4/2005 de 24 Mayo reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma Castilla La Mancha.

LEY 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

LEY 42/2003 de 21 de noviembre, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

LEY 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

LEY 5/2012, de 6 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

LEY 50/1981 de 30 de diciembre que promulgó el Estatuto del Ministerio Fiscal

LEY 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

LEY 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

LEY 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

LEY 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje.

LEY 7/2001 de 26 Noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma Valenciana.

LEY 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, del Parlamento de Cataluña

LEY 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón.

LEY de Registro civil de 8 de junio de 1957, modificada por la Ley 19/2015 de Reforma de Administración de Justicia y Registro Civil.

LEY ORGÁNICA 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

LEY ORGÁNICA 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

LEY ORGÁNICA 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

LEY ORGÁNICA 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

LEY ORGÁNICA 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. BOE N° 106, de 4 de mayo de 2006.

LEY ORGÁNICA 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad Penal de los menores.

LEY ORGÁNICA 6/2007 de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional.

LEY ORGÁNICA 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia.

ORDEN JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación.

ORDEN PRE/446/2008, de 20 de febrero, por la que se determinan las especificaciones y características técnicas de las condiciones y criterios de accesibilidad.

REAL DECRETO 1109/2015 por el que se desarrolla la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. BOE N° 312 de 30 de diciembre de 2015.

REAL DECRETO 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

REAL DECRETO 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

REAL DECRETO 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.

REAL DECRETO 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

REAL DECRETO LEY 17/1977 de 4 de marzo sobre relaciones de trabajo.

REAL DECRETO LEY 7/2011 de 10 de junio de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

REAL DECRETO-LEY 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

RECOMENDACIÓN (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 DE Junio de 1985, sobre la posición de la Víctima en el marco del Derecho penal y el proceso penal.

RECOMENDACIÓN (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de SEPTIEMBRE DE 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización.

RECOMENDACIÓN 98/257/CE sobre procedimientos extrajudiciales.

RECOMENDACIÓN de la Comisión 81/679/CEE, de 29 de julio de 1981, relativa al Convenio del Consejo de Europa sobre protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

RECOMENDACIÓN N° (99)19 sobre Mediación penal dentro del proceso penal del Consejo de Ministros de la Unión europea de 15 de septiembre de 1999.

RECOMENDACIÓN N° R (81) 7, del Comité de ministros del Consejo de Europa, a los Estados miembros sobre medidas para facilitar el acceso a la justicia, adoptada el 14 de mayo de 1981).

RECOMENDACIÓN R (2006)8 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 14 de junio de 2006 sobre la asistencia a víctimas de delitos

RECOMENDACIÓN R (94) 8 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 8 de septiembre de 1994 sobre la independencia, la eficacia y la función de los Jueces que consagra como una verdadera obligación judicial, el estimular a las partes para obtener un arreglo amistoso de la controversia.

RECOMENDACIÓN R (95) 5 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de febrero de 1995 sobre la mejora del funcionamiento de los sistemas judiciales que indica a los Jueces que traten de estimular los arreglos amistosos.

RECOMENDACIÓN R (98) 1, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Mediación Familiar, aprobada por el Consejo de Ministros de 21 de enero de 1998.

RECOMENDACIÓN R (99) 19 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 15 de septiembre de 1999 sobre la mediación penal y su desarrollo.

RESOLUCIÓN 1999/26 de 27 de julio de 1999 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre desarrollo y aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho penal.

RESOLUCIÓN 2000/14 de 7 de julio de 2000 del Consejo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre principios básicos sobre la utilización de programas de justicia reparativa.

RESOLUCIÓN de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (sistema extrajudicial).

RESOLUCIÓN de 24 de febrero de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 2009.

RESOLUCIÓN de la Asamblea General de la ONU 40/33 de 29 de noviembre de 1985 sobre Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores.

RESOLUCIÓN de la Asamblea General de la ONU 40/34 de 29 de noviembre de 1985 Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder.

RESOLUCIÓN de la Asamblea General de la ONU 45/110 de 14 de diciembre de 1990 sobre Reglas mínimas de la Organización de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad.

RESOLUCIÓN del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (2000/C155/01). D.O. nº C155 de 6 de junio de 2000.

JURISPRUDENCIA

AAP de Madrid de 16 de octubre de 2007.

AAP de Madrid, de 22 de enero de 2008.

ATC 102/2004, de 13 de abril de 2004.

ATC 42/1996, de 14 de febrero de 1996.

STC 217/1991 de 14 de noviembre.

STC 1/1998 de 12 de enero.

STC 101/1993 de 22 de marzo.

STC 106/1996 de 12 de junio.

STC 106/1999 de 14 de junio.

STC 109/2006 de 3 de abril.

STC 11/1981 de 8 de abril.

STC 11/1988 de 2 de febrero.

STC 11/2008, de 21 de enero.

STC 113/2008 de 29 de septiembre.

STC 117/1998, de 2 de junio.

STC 12/1998 de 15 de enero.

STC 120/1983 de 15 de diciembre.

STC 121/2007 de 21 de mayo.

STC 13/2006 de 16 de enero.

STC 133/1989 de 19 de Julio.

STC 135/2010 de 2 de diciembre.

STC 138/1988 de 16 de septiembre.

STC 140/1993 de 19 de abril.

STC 144/2011 de 26 de septiembre.

STC 145/2012 de 2 de julio.

STC 153/2006 de 22 de mayo.

STC 155/2011 de 17 de octubre

STC 159/1989 de 6 de octubre

STC 159/1990 de 18 de octubre.

STC 160/1993 de 17 de mayo.

STC 161/2003, de 15 de septiembre.

STC 171/2007 de 23 de julio.

STC 177/1988, de 10 de octubre.

STC 18/2002 de 28 de enero.

STC 180/2006 de 19 de junio.

STC 183/2001 de 17 de septiembre.

STC 185/2007 de 10 de septiembre.

STC 187/2005 de 4 de julio.

STC 19/1981 de 8 de junio.

STC 197/1998, de 13 de octubre.

STC 199/2006, de 3 de julio.

STC 202/2002 de 28 de octubre.

STC 204/1997 de 25 de noviembre

STC 205/2007 de 24 de septiembre.

STC 21/2008 de 31 de enero.

STC 217/1991 de 14 de noviembre.

STC 218/2005 de 12 de septiembre.

STC 219/1994 de 28 de octubre.

STC 219/1999 de 18 de julio.

STC 220/1993 de 30 de junio.

STC 234/2007 de 5 de noviembre

STC 237/1991 de 12 de diciembre.

STC 238/2006 de 17 de julio.

STC 239/1993 de 12 de julio.

STC 241/1999 de 20 de diciembre.

STC 289/2006 de 9 de octubre.

STC 292/2000 de 30 de noviembre.

STC 297/2005 de 21 de noviembre.

STC 3/1988 de 21 de enero.

STC 30/1984, de 6 de marzo.

STC 311/2000 de 8 de diciembre.

STC 32/2004 de 8 de marzo.

STC 334/2006 de 20 de noviembre.

STC 352/2006 de 14 de diciembre.

STC 355/1993 de 29 de noviembre.

STC 4/1988 de 22 de enero.

STC 4/1996 de 16 de enero.

STC 47/1982 de 12 de julio.

STC 5/1988 de 21 de enero.

STC 53/2007 de 12 de marzo.

STC 55/2000 de 28 de febrero.

STC 56/2001 de 26 de febrero

STC 6/1988 de 21 de enero.

STC 61/2008 de 26 de mayo.

STC 65/1993 de 1 de marzo.

STC 66/2008, de 29 de mayo.

STC 69/2001 de 17 de marzo.

STC 71/1991 de 8 de abril.

STC 73/2000, de 14 de marzo.

STC 74/1982 de 7 de diciembre

STC 76/1990 de 26 de abril.

STC 79/2006, de 13 de marzo.

STC 81/1992 de 28 de mayo.

STC 86/2005 de 18 de abril.

STC 87/2006 de 27 de marzo.

STC 88/1985 de 19 de julio.

STC 90/1999, de 26 de mayo.

STC 90/2012 de 7 de mayo.

STC 95/2003 de 22 de mayo.

STC 99/1985 de 30 de septiembre.

STS 113/1998, de 1 de junio.

STS 122/1998, de 15 de junio.

STS 129/1989 de 9 de octubre.

STS 135/2001 de abril de 2001.

STS 197/1991 de 9 de octubre

STS 229/1997 de 16 de diciembre.

STS 235/2012 de 16 de abril

STS 25/ 1985 de 21 marzo.

STS 27/1993 de 22 de mayo.

STS 276/2012 de 2 de abril.

STS 312/2006 de septiembre

STS 325/1993, de 8 de noviembre.

STS 47/1983 de 31 de mayo.

STS 65/2007, de 27 de marzo.

STS 774/2006 de 7 de julio

STS 776/1987 de 27 noviembre.

STS 92/1993 de 21 de julio.

STS 97/2005 de 14 febrero.