

ANALISIS DAFO

DE LA MEDIACION CIVIL Y MERCANTIL HOY EN ESPAÑA:

POR UNA MEDIACIÓN EFICAZ

Pilar Berges Fantova
Licenciada en Derecho
Procuradora de lo Tribunales de Zaragoza
Mediadora

Zaragoza, septiembre de 2013

ANALISIS DAFO
DE LA MEDIACION CIVIL Y MERCANTIL HOY EN ESPAÑA:
POR UNA MEDIACIÓN EFICAZ

INDICE:

1. INTRODUCCION

2. ANALISIS DAFO DE LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL HOY EN ESPAÑA

2.1. FORTALEZAS

2.1.a. El concepto de Mediación

2.1.b. Fundamentos generales de la Mediación fácilmente aceptables

2.1.c. La regulación jurídica de la Mediación

2.1.d. Fundamento último de la Mediación está en la autonomía de la voluntad, en la libertad de pacto

2.1.e. Ejecutividad y efectos de los contratos resultantes de la Mediación: M. en evitación de procedimiento judicial y M. intrajudicial

2.1.f. Reduce la sobrecarga de asuntos de los órganos jurisdiccionales

2.1.g. La mediación no cierra definitivamente las puertas a la tutela jurisdiccional

2.1.h. La Mediación en general, y en familia en particular, permite considerar factores extra-jurídicos y evitar futuras controversias

2.1.i. Ya existe una cierta experiencia de la Mediación en materia familiar

2.1.j. Múltiples iniciativas de formación en Mediación

2.1.k. La aplicación de la LMCyM a los asuntos civiles y mercantiles en conflictos transfronterizos

2.1.1. Ambivalencia de la Mediación: ¿utopía o liberalismo individualista?

2.1.m. Control de calidad de la Mediación: Estándares y Códigos de Buenas prácticas

2.2. AMENAZAS

2.2.a. Planteamiento ideológico de algunas formulaciones de la Mediación

2.2.b. Omisión de los límites de la libertad de pactar

2.2.c. El Acuerdo como único criterio de Justicia

2.2.d. Consideraciones sobre la Mediación escolar

2.2.e. La Mediación no se presenta como integradora del saber jurídico

2.2.f. Minusvaloración del Derecho por algunos estilos de mediación

2.2.g. Recelo a la Justicia de algunos estilos de Mediación

2.2.h. La Mediación no puede pretender, o dar la apariencia de pretender, un debilitamiento del Poder judicial y del Derecho

2.2.i. No se aprovecha suficientemente la formación jurídica de los mediadores que la tengan, para que asesoren sobre la legalidad de los acuerdos

2.2.j. Déficit de neutralidad en ciertos estilos de mediación

2.2.k. La percepción de la Mediación con un proyecto de ingeniería social puede producir rechazo o desconfianza

2.2.1. Confusión entre Derecho y Moral

2.2.m. Valoración por la opinión pública de la Mediación en el ámbito civil y mercantil, por extrapolación de las escasas experiencias en la Mediación Familiar

- 2.2.n. Interpretaciones rígidas, maximalistas de la exigencia de formación continua de los mediadores
- 2.2.o. Formación profesional del Mediador: actual inseguridad jurídica
- 2.2.p. Indefinición sobre la especialización del Mediador
- 2.2.q. La actual falta del Registro Nacional de Mediadores

2.3. DEBILIDADES

- 2.3.a. Institución foránea: dificultades para su desarrollo en nuestra ordenamiento jurídico
- 2.3.b. Cultura española y europea continental no receptiva a Mediación
- 2.3.c. Posible utilización para fines dilatorios
- 2.3.d. Falta profundizar en la fundamentación de la relación entre Mediación y el principio constitucional de la tutela judicial efectiva
- 2.3.e. Experimentada Mediación intrajudicial en los servicios de Mediación familiar: habría que hacer mejoras y extraer enseñanzas para la generalidad de la Mediación intrajudicial

2.4. OPORTUNIDADES.

- 2.4.a. Novedad (en España)
- 2.4.b. Opinión pública negativa sobre la Justicia
- 2.4.c. Las tasas Judiciales para el acceso al control jurisdiccional
- 2.4.d. Hay un interés de muchos profesionales por la Mediación, en particular esto ocurre en profesiones de formación jurídica
- 2.4.e. Posibilidades que dan las nuevas tecnologías a la difusión y formación en Mediación

- 2.4.f. El individualismo
- 2.4.g. Principio de subsidiariedad
- 2.4.h. La Mediación es compatible con el pensamiento contemporáneo
- 2.4.i. Relación de la Mediación con el pensamiento moderno
- 2.4.j. El fomento de la Mediación a través de la derivación judicial
- 2.4.k. Se esta trabajando en la elaboración de protocolos de derivación judicial
- 2.4.l. El fomento de la Mediación a través de las cláusulas de sometimiento en contratos

3. CONCLUSION: POR UNA MEDIACIÓN EFICAZ

1. INTRODUCCIÓN

La matriz DAFO, o SWOT en inglés, fue creado por Albert Humphrey, un consultor americano, en los años 60. Fue un hallazgo importante para el mundo económico porque ha dado una nueva manera de tomar decisiones y estrategias fundadas en la realidad de la empresa y el mercado.

La fuerza de esta matriz es que toma en cuenta los elementos internos y externos a la empresa desde un punto de vista positivo y negativo, mediante el análisis de cuatro variables:

Debilidades: Las características del negocio o proyecto, que ponen el equipo en un desventaja frente a los otros.

Amenazas: Los elementos del entorno, que puede ser perjudiciales para el mismo.

Fortalezas: Las características intrínsecas, que dan una ventaja frente a los competidores.

Oportunidades: Los elementos extrínsecos que el negocio o proyecto puede utilizar para destacarse de los otros.



Esta matriz puede ser utilizada para todas las empresas y todos los proyectos cualquiera que sea su naturaleza, por ser un método de análisis sencillo que permite usarse en ámbitos distintos de lo empresarial y económico.

¿Por que no entonces analizar la Mediación Civil y Mercantil y su introducción en España a través de un DAFO?

¿Por que no emplear en la Mediación esta herramienta de análisis, para así lograr una Mediación eficaz?

2. DAFO DE LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL HOY EN ESPAÑA

2.1 FORTALEZAS

2.1.a. El concepto de Mediación

La Mediación es un procedimiento de solución de conflictos, alternativo a la vía judicial, en que las partes intervienen voluntariamente, y las propias partes llegan a un acuerdo con la intervención de un Mediador.

La fortaleza reside en el propio concepto de Mediación. Para ello con carácter previo, nos remitimos al concepto de Mediación que da el Preámbulo de la Ley de Mediación Civil y Mercantil.¹

¹ Resumiendo el Preámbulo dice que: la Mediación es una alternativa al proceso judicial o la vía arbitral, -de los que se diferencia,- que se construye en torno a la intervención de un profesional neutral, quien facilita la resolución de conflictos por las propias partes de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto.

Es una formula de auto-composición, un instrumento eficaz para resolución de controversias, cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible.

Es una institución ordenada a la paz jurídica, que contribuye a concebir a los Tribunales de Justicia, en este sector del ordenamiento jurídico, como último remedio en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, que puede ser un hábil coadyuvante para reducción de la carga de trabajo.

La Mediación tiene como ventajas la capacidad de dar soluciones prácticas efectivas y rentables a conflictos entre las partes.

Se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, quien intervendrá para que sean las propias partes las que solucionen la controversia. Así mismo, se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, que se plasmará en el acuerdo con el que puede terminar la Mediación. Pudiendo las partes voluntariamente hacer que tal acuerdo sea título ejecutivo, si solicitan su elevación a Escritura Pública, de tal forma que su ejecución podrá solicitarse directamente a los tribunales.

Tiene como ejes, de una parte la deslegalización o pérdida del papel central de la ley, en beneficio del principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto de conflicto y, de otra parte, la dejuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparativo.

Son principios informadores de la mediación: el principio de voluntariedad, libre disposición, neutralidad, confidencialidad e imparcialidad. Y esta última se garantiza en el deber del mediador de comunicar a las partes determinadas circunstancias.

Son reglas o directrices de las actuaciones de las partes: la buena fe, respeto mutuo, así como el deber de colaboración y apoyo al Mediador.

2.1.b. Fundamentos generales de la Mediación fácilmente aceptables

El fundamento de la Mediación está en la colaboración entre las partes, en el principio ganar-ganar. Estos principios de colaboración no son nuevos, siempre han sido un presupuesto de la actividad comercial entre las personas.

El que ante los conflictos la solución sea pacífica, supone una superación de planteamientos de la dialéctica marxista, supone no apelar a la lucha como forma de resolución de conflictos sociales.

Estos planteamientos tan generales, pueden ser en principio asumidos desde postulados diversos, desde el liberalismo económico, hasta la doctrina social de la Iglesia, pasando por los movimientos de cultura de la paz, impulsados por Organizaciones Internacionales como la ONU.

2.1.c. La regulación jurídica de la Mediación

Con la aprobación de la *LEY 5/2012, de 6 de julio, de Mediación Civil y Mercantil (LMCyM)*, se favorece el conocimiento, difusión y uso de la Mediación. Esta Ley transpone la *Directiva comunitaria 2008/52 CE* al ordenamiento jurídico español, regulándose así la Mediación, con carácter general, no sólo sectorial, y para todo el territorio nacional².

Antes de esta normativa genérica de la Mediación en el ámbito civil y Mercantil³, ya se habían aprobado en España numerosas normativas autonómicas, de carácter sectorial en materia de familia y consumo⁴ e incluso alguna de carácter general, por

Tiene un Procedimiento sencillo y flexible que permite sean los sujetos implicados en la mediación, quienes determinen libremente sus fases fundamentales. La norma se limita a establecer requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes pueden alcanzar, no siendo obligatorio la consecución del acuerdo, se considera la mera mejora de las relaciones un logro.

En cuanto la Mediación y proceso judicial, diremos que se facilita la aplicación dentro del proceso civil, mediante modificaciones procesales con posibilidad de que el juez invite a las partes a llegar a un acuerdo (mediación intrajudicial); así mismo se establece que puede oponerse la excepción declinatoria por el incumplimiento del compromiso de sometimiento a Mediación o bien por presentación de demanda estando en curso la mediación.

² Además de la Directiva, la Ley ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de Junio de 2002.

³ La transposición se hizo por el Real Decreto Ley 5/2012 de 5 de Marzo, que después se tramitó como Ley ordinaria, dando lugar a la LEY 5/2012 de 6 de julio Mediación Civil y Mercantil, que derogó el referido Dto. Ley.

lo que puede decirse que las CCAA han sido grandes impulsoras de la Mediación.

2.1.d. Fundamento último de la Mediación está en la autonomía de la voluntad, en la libertad de pacto

La Libertad de pactar está ampliamente regulada por el CC y hay una amplia doctrina y Jurisprudencia al respecto. En el Derecho Foral Aragonés se manifiesta en el principio general del derecho “standum est chartae”⁵.

Si la Mediación culmina en un Acuerdo⁶, este tiene naturaleza jurídica de un contrato, al que sería aplicable toda la Tª

4 NORMATIVA MAS IMPORTANTE DE CCAA SOBRE MEDIACIÓN

ARAGON

Ley 9/2011 de 24 de Marzo de Mediación familiar de Aragón.

ANDALUCIA

Ley 1/2009 de 27 de Febrero de Mediación familiar de Andalucía

ASTURIAS

Ley 3/2007 de 23 de marzo de del Principado de Asturias;

BALEARES

Ley 14/2010 de 9 de Diciembre de Mediación familiar de las Islas Baleares, que sustituya a la Ley de 2006;

CATALUÑA:

Ley 15/2009 de 22 de julio de mediación en el ámbito del Derecho Privado

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.

CANARIAS

Ley 15/2003 de 8 de abril de Mediación familiar, reformada por Ley 3/3005 de 23 de junio.

CANTABRIA

Ley 1 /2011 de 28 de Marzo, de Mediación familiar de Cantabria.

CASTILLA LA MANCHA

Ley 4/2005 de 24 de Mayo del Servicio social especializado en Mediación Familia de la comunidad Autónoma de castilla la Mancha

CASTILLA LEON

Ley 1/2006 de 6 de abril de mediación Familiar de Castilla León;

GALICIA

Ley 4/2001 de 31 de Mayo Reguladora de Mediación familiar de Galicia;

MADRID

Ley 1/2007 de Comunidad de Madrid;

NAVARRA

Ley Foral de 3/2011 de 17 de Marzo sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres y que incorpora la mediación familiar en el ordenamiento navarro.

PAIS VALENCIANO:

Ley 7 2001 de 31 de 26 de noviembre, reguladora de Mediación familiar de la Comunidad de Valencia.;

PAIS VASCO: Ley 1/2008 de Mediación familiar

Modificada por Ley 17/2012 de 23 abril de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

Decreto 246/2012 de 21 de Noviembre del Registro de Personas Mediadoras y de la preparación en mediación familiar requerida para la inscripción.

⁵ El principio “standum est chartae”, estar a lo pactado, es un principio del derecho foral aragonés.

⁶ Se dice que la Mediación no sólo tiene éxito cuando llega a un acuerdo que resuelva en todo o parte el conflicto, si no que ya es un logro, cuando se produce un mejor entendimiento del conflicto, una mayor comprensión de la posición e intereses de la otra parte, el diálogo, el acercamiento de posiciones y la disminución de la tensión.

Gral. de contratación, en cuanto a los vicios del contrato, anulabilidad, nulidad de pleno derecho, capacidad de las partes, representación... Corroboraría esto el que el art. 23.4. de la LMCyM dice que podrá ejercitarse la acción de nulidad del Acuerdo de Mediación.

2.1.e. Ejecutividad y efectos de los contratos resultantes de la Mediación: M. en evitación de procedimiento judicial y M. intrajudicial

Si la mediación no se realiza en un procedimiento judicial, sino precisamente en su evitación, este Acuerdo por sí sólo tendrá fuerza entre las partes, no tendrá fuerza "erga omnes"⁷. Y tal acuerdo de mediación, para llegar a ser título ejecutivo, habrá de solicitarse la elevación de este contrato a escritura pública, mediante la intervención de un Notario.

Si tal Mediación es intrajudicial, el Acuerdo tendría que ser homologado judicialmente, ya que se trata de una resolución extrajudicial del procedimiento, que ya prevé la LEC. Tal mediación se iniciará por las partes espontáneamente, o bien a sugerencia de Juez, por una derivación judicial⁸.

En el segundo caso, el Acuerdo de la Mediación, es necesariamente un título ejecutivo (título ejecutivo "judicial"). En el primer supuesto el Acuerdo de Mediación, puede serlo (título ejecutivo "no judicial"), si las partes lo elevan a Escritura pública.

2.1.f Reduce la sobrecarga de asuntos de los órganos jurisdiccionales

El incremento de litigiosidad, causado por la crisis y el incremento de la morosidad, por la confianza en la Justicia, ha hecho que ésta pueda llegar al colapso.

⁷ Art. 1.256 CC. La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso de que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.

⁸ En ese sentido son importantes los protocolos judiciales de derivación.

La Mediación aliviará el peso de trabajo⁹, porque ya no se dará lugar al inicio de un procedimiento judicial, o porque, iniciado éste, se reconducirá en un acuerdo extrajudicial.

2.1.g La mediación no cierra definitivamente las puertas a la tutela jurisdiccional

Frente a otras formas de resolución de conflictos alternativas a la tutela jurisdiccional, no la excluye totalmente, de tal manera que en caso de que no se llegue a una solución total del conflicto, nada impide el ejercicio de la tutela jurisdiccional.

Es por ello que la Mediación es la ADR¹⁰ más fácilmente aceptada, practicada y querida por los operadores jurídicos, quienes valoran en mucho la tutela jurisdiccional, y no pretenden al utilizar la Mediación sustituir al Poder Judicial si no descargarle de trabajo y complementarlo.

2.1.h La Mediación en general, y en familia en particular, permite considerar factores extra-jurídicos y evitar futuras controversias

La Mediación tratará de atender a factores e intereses psicológicos de las partes, que en el procedimiento judicial difícilmente pueden tener cabida.

Es adecuada para los asuntos comerciales pues permite el mantenimiento de las relaciones subyacentes.

En asuntos como los de familia y otros, la mediación puede resolver los conflictos, considerando aspectos que trascienden lo jurídico, reducir la tensión, atender a la protección de la infancia, etc. Y no excluye la tutela jurisdiccional pues tales acuerdos tienen que ser homologados judicialmente, a través de un procedimiento de mutuo acuerdo con la consiguiente aportación de un Convenio Regulador.

Por otra parte, nos podemos preguntar que: si el Convenio Regulador ya existía y se utilizaba, ¿qué aporta la Mediación Familiar?

⁹ El preámbulo de la Ley de Mediación C. y M. se refiere a ello en el Preámbulo.

¹⁰ ADR= Alternative Dispute Resolution

Aporta la intervención de profesionales que no tienen formación jurídica sino psicológica, el uso de las técnicas y herramientas de mediación; así como la intervención en principio más activa de las partes en la resolución del conflicto familiar, lo cual facilita, en principio, un cumplimiento mayor y sin incidencias del Convenio regulador de la Guarda y Custodia.

2.1.i. Ya existe una cierta experiencia de la Mediación en materia familiar

Como ya dijimos antes de esta normativa genérica de la Mediación en el ámbito Civil y Mercantil, ya se habían aprobado en España numerosas normativas autonómicas de la Mediación, sobre todo de Mediación Familiar y Consumo.

Esto supone una experiencia práctica en Mediación, la formación de profesionales de la Mediación y en fin la difusión de la cultura de la Mediación.

Si bien esta realidad es ambivalente, también tiene aspectos negativos que trataremos en el apartado de Amenazas.

2.1.j Múltiples iniciativas de formación en Mediación

Hay numerosas cursos y talleres de Mediación, presenciales y on-line, por diversos promotores que atienden a personas de formaciones dispares que aspiran dedicarse profesionalmente a esta actividad, de forma principal o al menos complementaria a otras profesiones.

2.1.k. La aplicación de la LMCyM a los asuntos civiles y mercantiles en conflictos transfronterizos

Lo cual es muy adecuado para unas cada vez más crecientes relaciones transfronterizas comerciales y de todo tipo, de una parte, dentro de la UE, por la libre circulación de mercancías, personas y capitales, y de otra parte, tanto en Europa como en el resto del mundo, por el fenómeno de la globalización.

La Mediación, por su flexibilidad, es adecuada para la resolución de los conflictos transfronterizos en un contexto de globalización.

2.1.1. Ambivalencia de la Mediación: ¿utopía o liberalismo individualista?

¿Como se explica la presencia de ambos elementos en principio contradictorios? ¿Es que bajo una apariencia utópica haya una postura netamente capitalista de privatización de la Justicia?

Según algunos autores¹¹ la explicación está en que estos aspectos acaban por entrelazarse, especialmente en años recientes, con las distintas ideologías *neo-privatistas* que se van extendiendo por Europa (más allá de EEUU, donde desempeñan un papel dominante desde hace tiempo). En lo relativo a la solución de las controversias, estas ideologías influyen en el sentido de alimentar la desconfianza hacia el uso de instrumentos jurisdiccionales sugiriendo, por el contrario, la oportunidad de valerse de métodos privados.

2.1.m. Control de calidad de la Mediación: Estándares¹² y Códigos de Buenas prácticas

Se trataría de no tanto de establecer farragosos mecanismos de control de calidad sino que fuese una Mediación de calidad. El objetivo tendría que ser lograr una calidad material, no tanto formal, lo cual es un medio para lo anterior. Los mecanismos deben ser efectivos, pero lo más simples posibles.

No entendemos necesario suscribir códigos de conducta o estándares muy diferentes de los ya existentes, y en el caso que se elaborara uno, sería deseable que fuese para toda

¹¹ Véase las opiniones de los autores ss:
Hernández García, Javier y Ortuño Muñoz, J.Pascual, "Documentos de trabajo 110/2007". Fundación Alternativas;
Ortuño y Hernández. "Documento de trabajo 110/2007". Fundación alternativas (pag.12);
Barona Vilar, Silvia. "Mediación Penal, Fundamento, Fines y Régimen Jurídico". "Tiran lo blanch", 2011 (pag.131);
Taruffo, Michele. Texto de la ponencia expuesto por el autor en el 9º Seminario sobre derecho y jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, los días 21-22 de julio de 2007.

¹² En este sentido hay que destacar como, impulsada por GEMME, la asociación de Magistrados por la Mediación, se esta constituyendo en varias CCAA, una plataforma, que ha venido en llamarse "Punto Neutro para la Mediación", que con la participación del CGPJ, Colegios Profesionales, Universidad y profesionales mediadores, está trabajando sobre: Deontología, estándares y códigos de buenas practicas en Mediación.
Los otros 2 grupos de trabajo han sido: la Difusión y Protocolos de Derivación.

España, así como el Organismo de control o de acreditación tuviese este ámbito de actuación.

Entendemos que en último término lo decisivo para que haya una Mediación de calidad es la responsabilidad del Mediador y su talla ética, además de profesional¹³.

¹³ "Abordaremos el tema de los estándares y buenas prácticas profesionales. Para ello tomaremos algunos ejemplos procedentes de distintos países y entidades que nos pueden ayudar a esclarecer el asunto y a comprender la utilidad de los estándares, en especial, para quien tiene que contratar un servicio de mediación.

En el año 2000, se definieron los *CDRC Standards of Practice for California Mediators*, con el propósito de proveer un modelo de conducta, inspirar la excelencia en la práctica, guiar a participantes, educadores, gestores políticos, juzgados, gobiernos, organizaciones y demás en el establecimiento de políticas y prácticas relacionadas con los programas de mediación, proveer fundamentos éticos y competenciales para los programas de certificación y acreditación y promover la comprensión y confianza de la ciudadanía hacia la mediación. El proceso de acreditación lo solicita el candidato o candidata y suele comprender ejercicios de role-playing, exámenes orales y escritos que cubren un amplio espectro de conocimientos, autoinformes, portafolios, evidencias, informes de los usuarios, evaluación externa de la práctica, etc. Merece la pena resaltar que el hecho de tomar parte en un proceso de evaluación asegura, de entrada, un retorno o feed-back que indica aspectos a mejorar y orienta las necesidades de desarrollo profesional. Igualmente, merece la pena conocer la propuesta de *Montana Mediation Association Standards of Practice: Mediator Qualifications for Full Membership* (MtMA, 1998) y la de la *Association for Conflict Resolution* (ACR, 2011), esta última más reciente.

Australia es uno de los países que mayor interés ha demostrado a la hora disponer de un sistema nacional de acreditación de mediadores. El *National Mediator Accreditation System* elaborado por NADRAC, ha supuesto años de diálogo entre organizaciones, grupos profesionales, agencias gubernamentales y no gubernamentales, educadores, investigadores, consumidores y mediadores que representan el campo divergente de la mediación. Los estándares son, ante todo, operativos, eso es, medibles, reflejan reglas, principios, criterios o modelos mediante los cuales evaluar la calidad y eficiencia. Según indica NADRAC (2008), dichos estándares pueden expresarse en formas variadas que incluyen: códigos de conducta, cotas o puntos de referencia, directrices, modelos y ejemplos, cartas de servicios, o competencias y criterios para su aprobación, selección, aval o acreditación. El principal objetivo de la acreditación es regir la relación entre los participantes en la mediación, los colegas de profesión, los tribunales y el público en general. También Canadá, Holanda, Bélgica, Inglaterra y Gales, Austria y Sud-África se encuentran entre los países que han elaborado estándares de mediación, aunque éstos no siempre se han extendido a nivel estatal.

A la hora de definir estándares de buena práctica profesional de la mediación en España, el proceso a seguir sería similar al que se ha llevado a cabo en otros países, con la enorme ventaja de que en nuestro contexto la apuesta por una formación inicial de calidad es muy superior. Primero, se debe partir de una definición de competencias para someterla al análisis y validación por parte del mayor número de agentes implicados. Luego se han de establecer niveles de desarrollo para cada estándar y definir buenas prácticas²¹. A continuación se tienen que diseñar las acciones, instrumentos y criterios de evaluación, que han de consensuarse. Para acabar, se tiene que establecer el sistema de acreditación y la institución encargada de llevarla a cabo.

En las distintas normativas autonómicas se menciona la creación de "consejos asesores", "observatorios" y demás mecanismos que de algún modo tienen la función de velar por la calidad de la mediación. Aunque tal vez sería más efectivo, sobre todo a largo plazo, crear un "Instituto de Mediación" que, siendo una organización independiente y sin ánimo de lucro en donde se implican "pro-bono" miembros destacados de distintos sectores del ámbito de la mediación, se encargase de todo lo relacionado con la calidad de la mediación y su evaluación. Tal entidad, actuaría de portal y referente frente al gobierno, la ciudadanía y los propios mediadores, aglutinaría inquietudes, promovería investigaciones y estudios, evaluaría servicios, asesoraría."

M. Carme Borque. "La Mediación como disciplina y profesión".

Por otra parte, el ejercicio de la Mediación por profesionales que son de Colegiación obligatoria conllevaría que les fuesen exigidas a esos profesionales las normas deontológicas de los mismos, y en consecuencia se tendría un plus de control de la calidad de la Mediación, que recaería sobre los respectivos Colegios profesionales.

2.2. AMENAZAS

2.2.a. Planteamiento ideológico de algunas formulaciones de la Mediación

La Mediación con éxito concluye en un acuerdo, un contrato, una expresión de la autonomía de la libertad, del principio de "standum est chartae". Como hemos dicho, nada de ello es ajeno a nuestro derecho.

Pero en ciertos estilos de Mediación, parece subyacer un concepto de contrato que trasciende el derecho privado y se extiende al Dcho. Público, en concreto al Derecho Político y Constitucional, el contrato se considera como base del orden político y social¹⁴ al modo de la Teoría del Contrato Social de Rousseau.

La Constitución Española de 1978 no proclama ni se fundamenta en tales principios y valores por lo que no puede exigirse ni esperarse sea por todos compartidos¹⁵.

Incluso para lo que son principios y valores constitucionales, como dice el TC, el respeto que se exige no

¹⁴ Esta perspectiva con ecos de Rousseau, no es nueva, ya se ha querido difundir en planteamientos filosóficos y políticos del currículo aragonés de Educación para la Ciudadanía. Pero como esta asignatura tales postulados filosófico-políticos son controvertidos y no son comúnmente aceptados. Por otra parte, la Educación para la Ciudadanía va a desaparecer con la aprobación de la nueva ley educativa, (LOMCE) cuyo Proyecto de Ley esta en el trámite parlamentario de su aprobación.

¹⁵ Constitución Española 1978:

Art. 1 España se constituye en Estado social democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político.

Art 10 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

Por ello se dice que la Constitución fue fruto del consenso y de la transacción de posturas distintas en cuestiones diversas (la forma de gobierno, la organización territorial, la laicidad, sistema económico,....

es de la esfera íntima de la conciencia, como si de un código moral se tratase¹⁶.

¹⁶ "En nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de "democracia militante" en el sentido que él le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos." (St TC de 12 de marzo de 2003).

2.2.b Omisión de los límites de la libertad de pactar

Igualmente, se percibe en estos estilos de Mediación, postulados filosóficos en que lo decisivo para la obligatoriedad de los pactos, -y por elevación las normas jurídicas- es el consenso entre las partes. No se destaca suficientemente lo obvio: incluso en materias de derecho dispositivo, la libertad de pacto tiene unos límites: ley, moral y buenas costumbres¹⁷.

La autonomía de la voluntad tiene que someterse al Derecho y son fuentes del Derecho la Ley, la costumbre y los Principios generales del Derecho, los cuales son conceptos jurídicos indeterminados, que nos remiten a los principios de nuestro ordenamiento jurídico tales como la Justicia.

2.2.c El Acuerdo como único criterio de Justicia

Sin duda es propio de nuestra época, que la valoración del acuerdo y el consenso sea tan alta, que pudiera parecer el único y primer criterio de justicia de las normas jurídicas. Lo cual ha de matizarse y precisarse, si queremos ser fieles a nuestra Carta Magna, al resto del Ordenamiento jurídico y a nuestra tradición jurídica.

La Constitución de 1978, en cuanto a un criterio de Justicia de la normas jurídica, parece adoptar un criterio mixto: Un doble criterio iusnaturalista y iuspositivista, pues exige el cumplimiento de la Ley y el derecho a los particulares y al Estado, si bien establece una limitación en la Justicia, el interés general, el cumplimiento de los derechos humanos, ampliamente enumerados y garantizados a través del Recurso de amparo al TC, que puede denunciar su vulneración por las Adm. Públicas por el Defensor del Pueblo u homónimos autonómicos.

Por otra parte, cualquiera que sea el criterio de Justicia que se adopte, ningún ordenamiento jurídico puede mantener esos postulados sin poner en riesgo la paz social.

El consenso, el pacto, siendo deseable, no puede ser la base de la imperatividad de las normas. Por que si fuese así, la obligatoriedad cesaría para los individuos que no participaron, al menos indirectamente, en su aprobación.

¹⁷ Art. 1.255 CC. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público

Por igual razonamiento las Constituciones no serían vinculantes para las personas que no pudieron participar en su referéndum de ratificación. Las Leyes tampoco vincularían a los ciudadanos si no participaran en la elección de las asambleas legislativas que las aprobaron.

Esos presupuestos llevados al extremo harían que, por el constante relevo generacional, se produjese una también constante inestabilidad política e inseguridad jurídica, siendo el ordenamiento jurídico tan cuestionado por tal número de individuos, que se haría incluso imposible exigir su cumplimiento por medios coactivos.

2.2.d Consideraciones sobre la Mediación escolar

En tal sentido la formación de la Mediación entre iguales, a niños en edad escolar, entendemos que no se ha de hacer con las premisas citadas, puesto que aunque aparentemente inocuas en su generalidad, en su concreción rigurosa, pueden no serlo.

En la Mediación escolar también hay que tener en cuenta que no debería utilizarse en los casos en los que proceda un proceso disciplinario y que en ningún caso se ha de menoscabar la autoridad-obediencia, que están ya muy debilitadas en nuestra cultura.

2.2.e La Mediación no se presenta como integradora del saber jurídico

Si la mediación con éxito concluye en un contrato, tendría que remitirse a la Teoría de la Contratación. Tampoco se alude a los límites a la libertad de pactar o a la aplicación del imperio de la Ley, básico en el Estado de Derecho¹⁸.

Código Civil: TÍTULO II. De los contratos CAPÍTULO PRIMERO. Disposiciones generales :

Art. 1.254 CC. El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

Art. 1.258 CC. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley

La formación para la mediación no niega esto, pero no lo resalta suficientemente¹⁹. Si queremos una mediación eficaz el Mediador tendrá que integrar el saber jurídico con las técnicas de Mediación y, de igual manera, con otros saberes (económicos, científicos...), según la mediación de que se trate.

2.2.f. Minusvaloración del Derecho por algunos estilos de mediación

En ocasiones incluso se percibe en algunos mediadores cierto recelo y minusvaloración a lo jurídico²⁰.

Esta actitud no es muy generalizada, pero resulta preocupante en esta sociedad en que se regulan todos los ámbitos de la vida, y que por ende la libertad contractual está tan limitada, no se tenga en cuenta que también el ejercicio de la mediación se tendrá que desarrollar dentro de estos límites²¹. La Mediación, que nació en el movimiento americano de las ADR (Alternative Dispute Resolution) que fue antinormativista y antijudicial, ya ha superado estos planteamientos²². Carecería de sentido que en la Mediación en España perviviese este aspecto ya superado y que las referencias a la "deslegalización" y "desjuridificación" sean tomadas literalmente²³.

2.2.g Recelo a la Justicia de algunos estilos de Mediación

Lo anteriormente expuesto se relaciona con una la falta de valoración de los tribunales, del ejercicio de la tutela jurisdiccional.

La difusión de la Mediación como opuesta o contraria a la solución de conflictos jurisdiccionales, no es realista ni

¹⁹ No solo la Ley de Mediación no niega esto sino que implícitamente lo reconoce al decir en el art. 23.4, que la acción de anulación de los acuerdos se podrá ejercitar por las causas que invalidan los contratos.

²⁰ Esto se percibe en la preferencia de las formas verbales sobre las escritas, no explicitar los límites a la libertad de contratar...

²¹ Ni que decir tiene que tales sutiles actitudes no resultan gratas a los juristas, que de uno otro modo se acercan a la Mediación, y causan el consiguiente recelo ante la Mediación.

²² "La Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles en España". Silvia Barona Vilar, Editorial Tirant lo Blanch. Explica la ADR, su nacimiento, evolución...

²³ El preámbulo de la Ley de Mediación Civil y Mercantil se refiere en el punto III del Preámbulo como ejes de la Mediación a la "desjuridificación" y la "deslegalización".

acertada si fomenta un rechazo ácrata a los tribunales, si encumbra el consenso de las partes sin referencia ninguna a la justicia y al sometimiento al derecho.

No se trata de que la soluciones auto-compositivas sean superiores a las heterocompositivas, se trata de que los individuos deben ser agentes activos de la resolución de sus conflictos por si, -si fuere posible o subsidiariamente a través de un 3º y descargar a un poder del Estado de esta tarea donde la autonomía de la voluntad lo permite-, de tal forma que se reserve a esos otros supuestos o bien por haber fracasado lo intentos auto-compositivos.

De igual manera los prejuicios²⁴ ante los Tribunales, así como la magnificación de sus deficiencias, incapacidades y sentencias extravagantes, no pueden presentarse como argumento para la apología de la Mediación, como superación de la tutela jurisdiccional.

2.2.h La Mediación no puede pretender, o dar la apariencia de pretender, un debilitamiento del Poder judicial y del Derecho

El que el individuo tenga como alternativa a la tutela jurisdiccional la mediación para la solución de conflictos jurisdiccionales, no quiere decir que el sistema de la Mediación sea alternativo al sistema jurisdiccional, pues no se trata de dos sistemas en pugna o paralelos, en este sentido es más propio decir que son complementarios.

Recordemos que la Constitución proclama el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24) y la función de juzgar y ejecutar lo juzgado, corresponde a Jueces y Tribunales.

Aun no pretendiéndose, existe un riesgo que hay que evitar de acabar haciendo de la Mediación un poder paralelo al Judicial, con menos garantías procesales, de no aplicación del imperio de la Ley, pero igualmente reglamentado.

2.2.i No se aprovecha suficientemente la formación jurídica de los mediadores que la tengan, para que asesoren sobre la legalidad de los acuerdos

²⁴ Se refiere a la Justicia como una forma de resolución de conflictos no pacífica, relacionándolo con el autoritarismo, la violencia y las guerras. Discrepamos de ello, esto no obedece a la realidad, son más bien prejuicios de una visión distorsionada de la justicia por una ideología.

El control de legalidad de los acuerdos en los que concluye la Mediación, no puede ser sólo a posteriori, por el Notario cuando se acuda a éste para elevar a escritura pública los contratos.

2.2.j Déficit de neutralidad en ciertos estilos de mediación

La Ley de Mediación es neutral, pero en los cursos de formación de Mediadores y en ciertos artículos se plantean explícitamente posicionamientos que distan de ser neutrales²⁵.

La difusión de una Mediación desde unas premisas ideológicas, será rechazada por quienes no las compartan. Sería preciso que la Mediación se libere de cierto lastre ideológico, pues se trata de aspectos no esenciales y que se centre más en las técnicas de Mediación.

Difícilmente puede ser real la neutralidad del mediador si los planteamientos filosóficos de la Mediación que adoptemos no lo son suficientemente.

En este sentido, compartimos que no existe Mediación sino Mediadores y que es legítima la pluralidad de estilos de Mediación de los Mediadores.

2.2.k. La percepción de la Mediación con un proyecto de ingeniería social puede producir rechazo o desconfianza

Si bien la dinámica de los hechos apoya lo anterior, entre los teóricos de la Mediación los hay que abiertamente mantienen tesis contrarias, al proponer uniformizar la Mediación de tal forma que la Mediación sea instrumento de un "cambio social" que opere "en la fibra humana antes que en el tejido económicamente imperante". Así, la mediación dicen contribuirá "a la transformación cultural y social en aras de una humanidad verdaderamente más justa y pacífica"²⁶.

²⁵ A título de ejemplo: el relativismo moral; la negación de valores absolutos como la Verdad, el Bien...; equiparación de todo tipo de familias; crítica a la Moral Católica; desaprobación genérica todo lo cristiano; crítica de la cultura tradicional como patriarcal y autoritaria, como vinculada a las guerras y la solución judicial de conflictos; equiparación entre autoridad y autoritarismo.

²⁶ "Por el hecho de tratarse de un campo relativamente nuevo, el ámbito de la mediación y todo lo que le atañe aún sigue definiéndose. Los expertos, además, consideran que la mediación en España aún no ha alcanzado su pleno desarrollo y que su aplicación es a todas luces insuficiente. Hoy en día, es un lugar común el decir que "no hay mediación sino mediadores", aludiendo al hecho de que falta orquestar el ejercicio de la mediación armonizando las composiciones de intérpretes solistas. Así pues, el futuro inmediato de la mediación depende, en buena medida, de la posibilidad de crear una identidad común que

Otras citas²⁷ pueden traerse a colación, por lo clarificadoras de los objetivos últimos de la Mediación, para algunos. Está claro que este Proyecto suscita gran entusiasmo de algunos pero repele a muchos.

En cualquier caso es preferible que se manifieste sinceramente el proyecto a que éste se lleve a cabo oculta y taimadamente.

2.2.1 Confusión entre Derecho y Moral

Estos planteamientos de índole moral, quasi religiosos²⁸ serán muy respetables, pues son expresión de la libertad ideológica y religiosa, como derecho humano que son, por su referencia a lo sagrado y por ser manifestaciones del espacio íntimo de la conciencia de persona²⁹.

permite discriminar entre una mediación madura, compleja y de calidad opuesta a una mediación desmañada, simple y expeditiva." M.C.Boqué. 2012 "La mediación como disciplina y como profesión"

²⁷ "A modo de conclusión, insistiremos en que, hoy en día, en el colectivo mediador existe suficiente masa crítica para dar pasos firmes y serenos de cara a la consagración de la mediación como disciplina. Si queremos evitar que la mediación se extienda como una mancha de aceite, que se desliza superficialmente en todas direcciones pero que no acaba de penetrar, debemos fijar el corpus de conocimientos propio de la mediación. Dado que la crisis actual del patrón judicial como fórmula universal de solución de conflictos queda fuera de duda, la mediación, como nueva estrategia de ingeniería social, encuentra el terreno abonado para enraizar, germinar, florecer y fructificar. Cualquier paso en esta dirección es, pues, decisivo, más aún si se parte del convencimiento de que la mediación todavía no ha alcanzado su máximo potencial." M.C.Boqué. 2012 "La mediación como disciplina y como profesión"

Más explícita es otra cita:

«Nos lanzamos la mediación como aquel producto bueno, bonito y barato que aligera los tribunales del amontonamiento de casos pendientes prometiendo, a su vez, una solución a los conflictos rápida y a medida del consumidor ¡y todo a un módico precio! Si así lo hiciésemos, habríamos encontrado, a lo sumo, una fórmula para metamorfosarse la forma pero no el fondo de nuestras sociedades litigantes, o lo que es lo mismo, una manera de cambiar para seguir igual. Debe quedar bien sentado desde el principio que la acción mediadora es triple: primero, se trata de una práctica frente al conflicto en la que aquello que predicamos es también lo que hacemos, no caben duplicidades, ya que nos comprometemos libremente; en segundo lugar, la mediación no se halla sujeta a preconcepciones, o sea, que permite y facilita la innovación axiológica y la responsabilidad ética; finalmente, toma el hecho de vivir y convivir en paz como objetivo teleológico de nuestras comunidades, superando las intervenciones paliativas dirigidas únicamente a mantener el orden social» M.C.Boqué, 2003.

²⁸ "Se propone "imaginar futuros "probables, posibles y preferibles" incluso estudiar los escenarios aparejados a esta tres "PS" es una manera de dar forma al presente por que aquello que prevemos que puede suceder, igual que aquello que tal vez podría acaecer o lo que en realidad debería ser, marcan nuestro modo de vivir hoy, Es en el presente cuando se han de construir pasarelas de transición hacia el futuro y es ahora cuando se ha de orientar los pasos haciendo un horizonte en que la mediación forme parte del ideario social". M.C.Boqué 2012 "La mediación como disciplina y como profesión".

²⁹ Esto evoca el Humanitarismo y recientemente a una visión de los Derechos humanos, sacralizados (Marcel Gauchet), convertidos en Religión Laica en dogma incuestionable (Lévinas) una como ideología consensual, que ya no se reconoce en el derecho natural.

Si bien no por ello se puede esperar que tales objetos de la Mediación se suscriban totalmente por todos los mediadores, entre lo que necesariamente habrá quienes tengan otra moral.

Nos recuerda esto que existiendo una relación entre Moral y Derecho³⁰, hay una distinción entre estos dos ámbitos, en una sana laicidad.

Nuestras tradiciones filosóficas tienen bases más sólidas para esta relación entre Moral y Derecho y habría que apoyarse en ellas y no desdeñarlas para evitar el riesgo de retroceder.

Por otra parte, añadiremos que las posturas que no parten del legado histórico y que quieren construir ex novo una sociedad están más ligadas a cambios revolucionarios.

2.2.m Valoración por la opinión pública de la Mediación en el ámbito civil y mercantil, por extrapolación de las escasas experiencias en la Mediación Familiar

Puede que en la difusión de la Mediación, nos encontremos a personas con prejuicios contra la Mediación, y que tales prejuicios estén causados por una experiencia personal o cercana en materia de Mediación familiar, que les ha hecho asociar ambas cuestiones y trasladar la valoración de custodia compartida a la Mediación.

Desde esta perspectiva, la Mediación familiar ha sido y está siendo instrumento para la implantación de la custodia compartida³¹, por lo que las personas que se posicionen en

En este sentido nos podemos referir a las meta religiones (Steiner) sustitutivas de las religiones tradicionales, -a las que atacan,- cuyo paradigma es el marxismo, y que tienen como notas: pretensión de totalidad; lenguaje propio; imágenes emblemáticas .

³⁰ Kant estudia ampliamente la relación entre Moral y Derecho.

Por otra parte, la Teología católica también ha estudiado esta temática. Para el Ius naturalismo, el Derecho Natural, la Ley Natural -a la que se llega por la recta razón- es la que legitima o deslegitima el Derecho Positivo.

³¹ Esto más que hipotético es incontrovertido:

En la Ley 2/2010 ley 26 de Mayo (de Custodia compartida Aragonesa) de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, dice la Exposición de Motivos que la Mediación familiar fomentará el ejercicio consensuado de la responsabilidad parental, dando un mandato al Gobierno para que en 3 meses presenten Proyecto de Ley sobre la Mediación familiar.

En Navarra, la Mediación y la custodia compartida han sido regulados en una misma Ley:

contra de la Custodia compartida, es previsible tengan un recelo a la mediación en general.

Siendo que Aragón es la CA³² donde la custodia compartida es preferente a falta de pacto, salvo que el Juez acuerde motivadamente la custodia individual por ser lo más conveniente, es previsible que haya bastantes personas con un prejuicio negativo hacia sobre la Mediación.

Esto habrá de remediarse con una adecuada difusión de la mediación y sobre todo haciendo y ofertando una mediación no sólo neutral sino además respetuosa con la moral individual. Esto es un reto para los Mediadores.

2.2.n Interpretaciones rígidas, maximalistas de la exigencia de formación continua de los mediadores

En derecho comparado, vemos ejemplos de cómo la formación continua del mediador viene impuesta como autorregulación, como un derecho suave, soft law. Se considera un medio para la consecución de un fin: la competencia, el control de calidad, una mediación eficaz; de tal manera que no se establecen exigencias de un nº de horas mínimo de formación de reciclaje profesional³³.

Ley Foral de 3/2011 de 17 de Marzo sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres y que incorpora la mediación familiar en el ordenamiento navarro.

³² Ley de custodia compartida de Aragón. Ley 2/2010 ley 26 de Mayo (de Custodia compartida Aragonesa) de Igualdad en las relaciones familiares antela Ruptura de la convivencia de los Padres

Regulación en el derecho común: Hasta ahora, artículo 92 del Código Civil sólo contempla la custodia compartida si existe acuerdo entre los padres o, 'excepcionalmente', si lo reclama uno de ellos y existe un informe fiscal favorable.

El Ministerio de Justicia está dando los últimos retoques a una reforma del Código Civil que, si bien no llega a custodia compartida preferente, como manifiesta el propio Ministro, Alberto Ruiz Gallardón eliminara esa 'excepcionalidad' de la custodia compartida, "suprimi(ra) cualquier criterio rígido como el actual, pero tampoco establece(ra) un criterio rígido alternativo. Se trata de un cambio de filosofía por el que se le dará amplia libertad al juez para que, analizados todos los informes, determine qué es lo mejor para el interés del menor, por encima del interés de los padres". La Comisión General de Codificación ha entregado en Mayo de 2013 al Ministerio su propuesta para reformar en tal sentido los artículos del Código Civil que regulan la custodia En un plazo muy breve, el Gobierno podrá aprobar el proyecto de Ley y remitirlo a informes del CGPJ y del Consejo Fiscal a lo cual seguirá la tramitación parlamentaria", En este contexto, la (STS 323/2012, de 25 de Mayo, esta siendo utilizada para preparar una opinión publica favorable.

³³ Así por ejemplo en las NORMAS DE CONDUCTA PARA MEDIADORES (2005) de la AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION ; AMERICAN BAR ASSOCIATION y de la ASSOCIATION FOR CONFLICT RESOLUTION (ACR) se trata en la norma NORMA IV. COMPETENCIA 1. Un mediador sólo debe actuar cuando posea las competencias necesarias para satisfacer las expectativas de las partes...2. Un mediador debe asistir a programas de formación y actividades relacionadas con la mediación a fin de mantener y mejorar sus conocimientos y habilidades relacionadas con este campo. 3. Un mediador ha de proveer a las partes toda la información pertinente a su formación, entrenamiento, experiencia y marco teórico para la realización de la mediación.

En España la Mediación, en el nivel estatal, la Ley 5/2012 de transposición de la Directiva 2008/52³⁴, establece una exigencia difusa y vaga; lo cual contrasta con las diferentes leyes autonómicas, la mayor parte sobre mediación familiar, en las que se impone una formación rigurosa y extensa en contenidos y duración.

Esta cuestión es controvertida³⁵. Ahora es un momento para el debate, momento de aportar ideas, de aunar criterios sobre la formación continua que garantice una Mediación eficaz de Calidad.

Para unos, la formación continua tiene que concretarse reglamentariamente³⁶.

Para otros, la formación continua "informal" es éticamente obligada en cualquier profesión, también la de mediador. Pero en cuanto a la formación continua "formal" sería preferible que se regulase de forma que la formación continua pueda valorarse al cubrir unas plazas de Mediadores en Centros Públicos de Mediación, pero no ser requisito sine qua non, a lo más fuese un mérito, no el único, ni siquiera preferente.

En ese contexto, nos preguntamos ¿Queda justificado que se exija su concreción necesariamente en un cierto nº mínimo de horas de formación o de asistencia a congresos? ¿Como exigir esto cuando no se precisan para actividades de igual o mayor dificultad, como son la renovación anual del turno de oficio

³⁴ 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, recomienda a los Estados miembros que promuevan la formación inicial y permanente de los mediadores y establezcan mecanismos eficaces de control de calidad de la prestación de servicios de mediación

³⁵ Por ahora, al parecer el borrador del Reglamento de Mediación apuesta por una mínima formación. Entendemos que estas posturas más flexibles y menos maximalistas son las más oportunas.

³⁶ (En los PNJ de Mediación se ha posicionado de la siguiente forma:
MALLORCA "Se recomienda que, para el mantenimiento de las competencias asociadas a la practica profesional de la mediación, se procure participar, al menos, en un curso o seminario de actualización y reciclaje profesional durante el periodo de un año".
NAVARRA "...formación continua, será requisito para ser considerada persona mediadora. La persona que anuncie y ofrezca su actividad profesional como mediadora deberá asistir a cursos de formación continua, al menos con una frecuencia bienal, así como participar en grupos profesionales, jornadas, seminarios o talleres que favorezcan la actualización de sus conocimientos con frecuencia anual..... adecuadas alrededor de unas 20 horas anuales.
ASTURIAS "Formación continúa Tras la formación requerida para obtener una capacitación profesional, es vital continuar la misma a través de cursos, talleres, mesas redondas, seminarios etc., de especialización que pueden desarrollarse de forma presencial y/o en la modalidad on line, si bien, en todo caso, nuestro criterio es exigir un alto grado de presencialidad. Dicha formación podría tener una duración de unas 60 horas repartidas a lo largo de 3/4 años. "

de Abogados de oficio? ¿Resulta justificado en un contexto de crisis, imponer a los mediadores reiterados cursos de reciclaje, con lo gravoso que resulta en cuanto a gasto de dinero y de horas de trabajo? ¿Cómo exigirla cuando mucha de esta formación podía condensarse en menos horas lectivas, sin menoscabo de su nivel teórico-práctico? Y admitiendo la fijación de una cantidad mínima ¿Cuál es la cantidad mínima idónea? Surge la cuestión de ¿Qué cantidad fijará el Reglamento de Mediación en preparación³⁷?

2.2.o. Formación profesional del Mediador: actual inseguridad jurídica

A la espera de la aprobación del Reglamento de Mediación, existe preocupación entre los Mediadores por la validez de los títulos de formación de mediadores, tras la aprobación.

Sería conveniente que este Reglamento, o legislación de desarrollo de la Mediación, estableciese disposiciones transitorias o adicionales sobre la cuestión, que faciliten con carácter general la convalidación de los títulos existentes de forma automática. Y en todo caso posibilitara la convalidación con un breve y gratuito curso complementario.

Esta nueva normativa clarificará los niveles de formación en Mediación. A modo de ejemplo, podrían ser: Inicial, de mera difusión; formación básica (30-60 h.); formación profesional, de capacitación profesional para ser mediador, y a su vez en general 100h.; 70% presencial, 50% practica, y especifica 40 h para cada materia de especialización³⁸.

³⁷ Según dice Boque en su artículo: "Como cualquier profesional del nuevo milenio, el mediador debe formarse a lo largo de la vida para mantenerse actualizado y aumentar sus competencias. A diferencia de la formación inicial, los cursos de formación permanente se centran en temáticas muy específicas que focalizan y analizan con detalle diferentes aspectos de la mediación complementado y enriqueciendo, así, el bagaje de la persona mediadora. Conviene "clarificar la diferencia entre estos cuatro vocablos: certificación, acreditación, registro y directorio, estando los dos primeros preferentemente relacionados con el desarrollo competencial y los dos segundos con la promoción profesional" M.C.Boqué 2012 "La mediación como disciplina y como profesión".

³⁸ El Punto Neutro de Mediación de Mallorca ha sugerido lo siguiente:

NIVELES DE FORMACIÓN: Se considera importante diferenciar niveles distintos de formación, partiendo de diferentes contenidos, intensidad y duración de la formación y objetivo a lograr.

1.- Iniciación a la Mediación: implica un primer acercamiento ... actividades de DIVULGACIÓN...ej. Jornadas de uno/dos días, mesas redondas, seminarios etc.,... Organizadoras Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio, Universidades, y otras Instituciones públicas y/o privadas como Asociaciones.

2.- Formación básica: 30/60 horas;... un ámbito más amplio y un contenido ya más estructurado, ... formación dirigida a: colectivos de profesionales en el sector privado y público; papel en Mediación de abogado de parte, experto, perito etc.,

3.- Formación profesional: El objetivo capacitar para ejercer como Mediadora.

2.2.p. Indefinición sobre la especialización del Mediador

La especialización de la Mediación, que todavía no está suficientemente definida, sin duda tiene que venir dada principalmente por la formación previa a la de Mediador: Psicología, Derecho, Ciencias Económicas...

La especialización del mediador, cuando trabaje en una Institución de Mediación, se puede hacer de manera análoga a las especialidades en los turnos de oficio de los colegios de abogados: hace falta una formación genérica para todos y una formación específica para cada sección. Si bien pueden estar exentos quienes posean una formación universitaria en esa materia específica.

Para asuntos especialmente complejos sería conveniente la mediación multidisciplinar.

En cuanto al Registro de Mediadores, éste puede recoger la especialización como forma de garantizar la transparencia.

Será en cualquier caso, y en último término, la responsabilidad del Mediador asumir los asuntos para los que esté formado y sea capaz de una Mediación satisfactoria, siendo ésta una obligación de carácter deontológico.

2.2.g. La actual falta del Registro Nacional de Mediadores

Entendemos se debe crear ya el Registro de Mediadores, en el que puedan inscribirse los que tienen los requisitos legales oportunos para ser Mediadores, dando publicidad de qué titulación superior es la que les habilita para serlo.

3.A.- Módulo de formación general 100 horas (70% presenciales y un 30% on line). En la presencialidad distinguimos entre sesiones teóricas y prácticas que podrían distribuirse en un 50%. Sus contenidos :a) Conocimiento del conflicto: tipología, componentes, intereses, necesidades, maneras de afrontarlo. b) Introducción a las ADR c) Conocimientos jurídicos d) Conocimientos psicológicos e) Técnicas y herramientas en el ámbito de la comunicación, negociación y mediación La formación práctica es básica e imprescindible, de forma que se trabajaría con los métodos habituales de simulaciones, rol play, visionados comentados etc,

3.B.- Módulos de formación específica: 40/50 horas, cter optativos, de distintos ámbitos : Civil y Mercantil; M. familiar; Mediación Penal; M. comunitaria e intercultural ; M escolar,

3.C.- trabajo o proyecto fin de curso y/o algún sistema de evaluación; prácticas supervisadas por Mediadores de cierta experiencia. Deseable las prácticas mediante convenios con Instituciones, Centros de Mediación y/o profesionales.

4.- Formación continua ...

Tal Registro haría posible el ejercicio de la profesión en todo el territorio nacional, como establece la Ley³⁹, y la libre circulación de profesionales. A tal fin podría contribuir la existencia de un único Registro nacional, gestionado por el Ministerio de Justicia, sin necesidad de estar integrados en una Asociación nacional o Colegio nacional o territorial de Mediadores, quienes por lo demás podrían estar asociados a los colegios profesionales que les corresponda según las otras actividades que realicen.

2.3. DEBILIDADES

2.3.a. Institución foránea: dificultades para su desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico

La mediación es una institución de origen anglosajón, y en este contexto se ha desarrollado con éxito. Si comparamos el contexto jurídico y político anglosajón⁴⁰ y español, veremos que son diferentes, y prescindir de esta consideración, no sería un buen punto de partida si se quiere que la institución de la Mediación pueda tener éxito en nuestro país y pueda ser útil para la solución de conflictos alternativa a la vía judicial.

³⁹ Art. 11.2 de la Ley de Mediación dice que el Mediador estar en posesión de un Título oficial Universitario o de formación profesional Superior y contar con formación específica para ejercer la mediación... que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

⁴⁰

-Recordemos que el sistema anglosajón es desde el punto de vista jurídico un sistema de Common Law, la fuente del derecho es la Jurisprudencia.

Frente a ello, nuestro ordenamiento jurídico tiene como principal fuente la Ley. (Así el CC dice son fuentes del Derecho la Ley, costumbre y los principios generales del Derecho. La jurisprudencia no es fuente del derecho, es fuente indirecta, pues la Jurisprudencia complementara el ordenamiento jurídico con las Sentencias reiteradas del TS.

-Tengamos en cuenta que en el mundo anglosajón en la actividad de las Administraciones públicas se aplica el Common Law, no hay como en el sistema continental un derecho especializado, el derecho Administrativo. En correspondencia en el sistema anglosajón tampoco existe una jurisdicción especializada como es la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

-Por otra parte España, Francia, Italia... tienen un gran desarrollo normativo, existe un gran intervencionismo en múltiples facetas de la vida, que viene a ser consecuencia de su propio modelo constitucional como Estado social, que permanece con pocas variaciones, cualquiera que sea el color político de quien gobierne.

-El desarrollo normativo se ve además en el caso de España incrementado por la propia organización territorial del Estado, un Estado unitario fuertemente descentralizado: el Estado de las Autonomías.

-Las dos razones expuestas, hacen que haya una inflación normativa, difícilmente cognoscible por los ciudadanos. ¿Como pueden las personas adoptar un protagonismo en la solución de sus conflictos, con la intervención de un Mediador, pactando un acuerdo si no conocen saben las limitaciones que la Ley les impone?

2.3.b. Cultura española y europea continental no receptiva a Mediación

Algunos han dicho que la receptividad de la mediación dependería de elementos culturales, y en tal sentido que nuestra sociedad no sería tan receptiva como las sociedades orientales, tales como la china o la japonesa, donde la filosofía confuciana constituye desde siempre la base de la tradicional predisposición a la mediación.

En los ordenamientos occidentales el fundamento cultural de las tendencias favorables a las ADR es mucho más reciente y, desde ciertos puntos de vista, mucho menos sólido.

Se concluirá por ello que hay que ser muy cautos a la hora de presentar la mediación como "vía maestra" que las partes deberían seguir para solucionar sus conflictos.

Se podría replicar que en nuestra cultura desde los años 60 los valores tradicionales están en declive y lo emergente son otros valores que sí serían receptivos a la mediación.

Estos valores no tienen una solidez de una presentación sistemática, pero son los dominantes en los mass media y la educación.

2.3.c. Posible utilización para fines dilatorios

En la Mediación, al margen o antes del procedimiento judicial, la Ley de MCyM quiere limitar esta posibilidad, poniendo un límite temporal a su realización.

Para la Mediación intrajudicial, creemos sería de aplicación el art. 19 de la LEC, que regula la suspensión del proceso a fin de llegar a una solución negociada, a solicitud de todas las partes, para evitar el uso indebido. Se establece un límite temporal máximo de 60 días.

Persiste el riesgo, en la Mediación intrajudicial, de su utilización simulada por el demandado a los solos fines de demorar y alargar el procedimiento, posponiendo un previsible fallo adverso. Es probable que se produzca con el consiguiente perjuicio de la parte demandante, que tras haber abonado unas cuantiosas tasas judiciales, que acoja ingenuamente a la mediación, solicitada por la parte demandada, ante la expectativa de resolver el litigio y la devolución parcial de las tasas.

Entendemos que si este uso dilatorio da lugar a daños y perjuicios para la parte demandante, pudiera reclamarse estos a la parte demandada causante de los mismos, a través de una ulterior reclamación.

2.3.d Falta profundizar en la fundamentación de la relación entre Mediación y el principio constitucional de la tutela judicial efectiva

El art. 24 de la Constitución establece que tal función es un monopolio de los Jueces y Tribunales, a quienes les corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado. ¿Cómo se hace esto compatible con la Mediación?

Entendemos que la compatibilidad es posible pero no con cualquier mediación, si bien no hemos encontrado un desarrollo teórico consistente que aborde la cuestión. Sería deseable lo haya para evitar los recelos a la mediación en el mundo jurisdiccional.

Sin un estudio en profundidad del tema es difícil contestar a las preguntas tales como: ¿la Mediación aspira a ser un medio de tutela de derecho o una mera forma de resolución de conflictos?⁴¹

Y si la Mediación es tutela de derechos, ¿podrá en una reforma constitucional equipararse al derecho a tutela judicial? o bien entre tanto ¿podrá serlo comprendiéndola dentro de una interpretación amplia del art. 24 de la Constitución? ¿Cómo podrá la Mediación ser medio para tutelar derechos equiparable al ejercicio de las acciones jurisdiccionales en los casos de gran desigualdad de las partes de la controversia?

2.3.e Experimentada Mediación intrajudicial en los servicios de Mediación familiar: habría que hacer mejoras y extraer enseñanzas para la generalidad de la Mediación intrajudicial

⁴¹ ¿Sirve para tutelar los derechos o solamente para alcanzar un acuerdo entre intereses no calificados jurídicamente?.

Según Taruffo es impropio decir que la mediación sirva para "hacer justicia" o que la misma constituye una "justicia alternativa", al menos mientras al término "justicia" se le atribuya una connotación jurídica. Se trata más bien de un método encaminado a sanear un conflicto a través de la armonización de los intereses que están en juego.

Taruffo, Michele. Texto de la ponencia expuesta por el autor en el 9º Seminario sobre derecho y jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, los días 21-22 de julio de 2007

Conocida la experiencia en la mediación intrajudicial familiar, se habrían de mejorar varias cuestiones:

- la comunicación del Mediador con el Juzgado, sobre la marcha de la mediación, para no demorar la reanudación del procedimiento judicial si fuese necesario
- el letrado designado por el turno de oficio tendría que continuar asesorando a su cliente sobre el Pacto de relaciones antes de su firma.

Sería bueno que los Mediadores a los que se derivasen asuntos estuviesen especializados. Por ejemplo, en mediadores de familia y mediadores de los restantes asuntos civiles o mercantiles. Estos últimos, a nuestro entender, tendrían que ser mediadores necesariamente con formación jurídica.

Para los asuntos de especial complejidad, habría que posibilitar la co-mediación, con la designación de uno o varios Mediadores especialistas en Economía, Ingeniería... además del mediador Jurídico.

2.4. OPORTUNIDADES.

2.4.a. Novedad (en España)

Actualmente al menos en nuestro entorno más próximo, percibimos que lo nuevo es sinónimo de bondad y buena carta de presentación, frente a lo viejo o lo antiguo que es sinónimo de obsolescencia e ineficacia. Sociológicamente, lo nuevo es un "Valor". Esto, a lo que se ha llamado "hodiernismo", sin perjuicio de la valoración que tengamos de ello y de que sea un fenómeno espontáneo o inducido, es un hecho que el marketing de cualquier producto tiene que tenerlo en cuenta, si quiere conseguir el éxito, tiene que presentarse como novedoso, lo sea o no.

En España la institución jurídica de la Mediación es nueva, por ello la Mediación goza de buena prensa. Seguro que si hiciésemos una encuesta sobre la Mediación, tras una breve explicación de lo que es, tendría un muy alto porcentaje de valoración.

2.4.b. Opinión pública negativa sobre la Justicia

La sociedad tiene en gran medida sobre la Justicia una mala opinión. Es un tópico (inducido) el mal estado de la Justicia, en el que se mezcla en un "*totum revolutum*": su falta de independencia e intromisiones políticas en la composición del CGPJ; las ocasionales Sentencias extravagantes; la lentitud de la Justicia, ya sea por masificación o por ralentizaciones interesadas de las partes con todo tipo de argucias procesales.

Incluso muchas veces se argumenta el mal estado de la Justicia en las sentencias del Tribunal Constitucional, olvidando que no es este propiamente un órgano jurisdiccional⁴².

Muchas veces diríase que los periodistas no saben transmitir a la opinión pública que el poder Judicial es uno de los tres poderes del Estado y el único que controla a los otros dos restantes. Tal vez tampoco el propio Poder Judicial haya comunicado este mensaje de forma eficaz.

En este estado de cosas, un sistema alternativo de solución de conflictos alternativo a la tutela jurisdiccional, como es la Mediación, será bien recibido.

2.4.c. Las tasas Judiciales para el acceso al control jurisdiccional

La nueva regulación de las Tasas judiciales⁴³, llevada a cabo por el Ministro Sr. Gallardón, ha supuesto un incremento sobre las Tasas Judiciales precedentes, las personas físicas empiezan a estar obligadas y desaparecen las exenciones de las personas jurídicas de pequeña magnitud, en la que se amparaban la mayoría de las PYMES, de tal forma que las cuotas tributarias resultan muy incrementadas.

⁴² El TC es un órgano de control de constitucionalidad de las leyes, de resolución de los conflictos entre el Estado y las CCAA y de estas entre sí y garantía de los derechos a través del Recurso de Amparo, sin ser una 4ª Instancia. Tampoco sus Magistrados son propiamente tales y no provienen necesaria ni mayoritariamente de la Carrera Judicial, carecen de la independencia de los Jueces, al resultar elegidos por cada uno de los partidos, resultan adscritos por tanto a sus consignas.

⁴³ Ley 10/2012 de Noviembre regulan tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencia Forense. Modificada por Decreto Ley 3/2013 de 22 de Febrero.

La regulación precedente de la tasa para el ejercicio de la potestad jurisdiccional estaba en Ley 53/21012 de 30 de diciembre de Medidas fiscales administrativas y de orden social.

Los conflictos, que en momentos de crisis aumentan, necesitaran ser resueltos por mecanismos alternativos a los jurisdiccionales que resulten más económicos. Antes del gasto cierto de la Tasa judicial que conlleva el acudir a la vía jurisdiccional, hay que intentar la negociación y/o la mediación que pueden dar lugar a soluciones, a acuerdos extrajudiciales.

Incluso se ha dicho -y resulta muy verosímil- que el estímulo de la Mediación, no es una consecuencia no prevista ni valorada en la nueva regulación de las Tasas Judiciales, sino más bien lo contrario, el incremento de las tasas judiciales tiene como uno de sus fines el contribuir a la implantación de la Mediación.

2.4.d. Hay un interés de muchos profesionales por la Mediación, en particular esto ocurre en profesiones de formación jurídica

Recientemente se suceden en ámbitos Jurídicos conferencias, cursos de formación de Mediadores y abundante literatura sobre Mediación⁴⁴.

Entendemos que en la actual coyuntura, en que a la crisis económica hay que añadir el declive del soporte papel en publicaciones jurídicas por su rápida obsolescencia, el hecho de que, a pesar de todo ello, se publiquen libros sobre esta materia tan cambiante, supone que las Editoriales han apreciado un gran interés por la materia y una expectativa de ventas importante.

Esto obedece al gran interés que tienen por la Mediación, una buena parte de los profesionales liberales, quienes -ante el descenso de ingresos e incremento de presión fiscal- quieren diversificar sus actividades para rentabilizar los gastos fijos de sus despachos.

⁴⁴ Bibliografía reciente sobre Mediación, sin pretender ser exhaustivo es la siguiente: :
"La Mediación. Resolución pacífica de conflicto. Régimen jurídico y eficacia procesal". Editorial la Ley-Wolters Kluwer de Frederic Munne Catarina y Antonio Vidal Teixido
"Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles" de Angel Bonet Navarro, Adolfo Calatayud Sierra, Juan Francisco Herrero Perzagua y Javier López Sánchez, Editorial Aranzadi. Thomson Company;
"Mediación y arbitraje electrónico" Esther Vilalta Editorial Aranzadi-Thomson Company;
"Ley de Mediación civil experiencia de una magistrado de familia, Régimen jurídico del Mediador" de Teresa Martín Nájera y José Arsuaga Cortazar de Editorial Sepin.
"Problemas actuales, reto y oportunidades" de Ignacio Saez Hidalgo y Alberto Dorrego de Carlos, Editorial Sepin.
"Mediación en asuntos civiles y mercantiles" en España de Silvia Barona Vilar Editorial Tirant lo Blanch.

La Mediación se presenta como una posibilidad entre otras, atractiva y factible para un gran espectro de profesiones tales como Abogados, Procuradores, Psicólogos, Economistas, Ingenieros, Arquitectos,...

2.4.e. Posibilidades que dan las nuevas tecnologías a la difusión y formación en Mediación

Las nuevas tecnologías permiten facilitar la formación, con cursos on line⁴⁵. Pero sobre todo son importantes para acceder a la información: como medio de conocer novedades bibliográficas y publicaciones periódicas, acceder a revistas electrónicas, a bases de datos de bibliotecas y hemerotecas relacionados con la mediación,...

Y sobre todo porque permiten foros de debate permanente entre mediadores. En este sentido es muy recomendable la suscripción a los foros de difusión profesional, listas de correo, blogs y páginas web vinculadas o relacionadas con la teoría y la práctica de la mediación.

También se puede asistir virtualmente a encuentros profesionales como jornadas y congresos, a los que por razones económicas y/o profesionales no se pueda asistir presencialmente.

2.4.f. El individualismo

El hombre contemporáneo es individualista, tiene desafección del Estado, de las instituciones, de los partidos políticos, de las Iglesias; en tal sentido ha disminuido el sentido de autoridad y de obediencia⁴⁶.

⁴⁵ Existe un amplio consenso sobre que la formación de Mediación íntegramente "on line" no es completa, y que debe tener o completarse con un mínimo de formación presencial.

⁴⁶ "En pleno siglo XXI, las demandas sociales ante ciertos conflictos no se han visto, por desgracia, cubiertas por los mecanismos tradicionales demasiado centrados en una parte del problema y que, quizás por lentos, litigantes y meramente sancionadores, se han vuelto insatisfactorios y, en parte, inefectivos. Paralelamente a la crisis del sistema judicial, se detecta una mayor toma de conciencia, tanto de organismos como de individuos, acerca de las potencialidades del proceso de mediación a la hora de dar respuesta a un amplio abanico de situaciones y conflictos, a veces completamente nuevos e imprevistos y, en consecuencia, faltos de regulación. La mediación, en realidad, trata de conjugar la cohesión social con el reconocimiento a la diversidad individual mediante un proceso dialéctico que cuenta con la implicación de los actores. Por ello, no es de extrañar que en un mundo globalizado y fugaz la mediación gane cada vez más adeptos y encuentre nuevos filones de intervención e, incluso, nuevos mercados".

(María Carme Borque, obra citada).

Este individualismo y ese recelo a los poderes del Estado, obedece a distintas formas de pensar. No sólo desde planteamientos ácratas de derechas -ultraliberalismo- sino también desde postulados anarquistas, antisistemas, pasando por la nueva izquierda, el individuo que quiere ser más protagonista de la resolución de sus conflictos y hacerlo de una manera más informal y flexible, que con el sistema jurisdiccional.

Entendemos que para que no se llegue a un desencanto, la Mediación tiene que hacerse siguiendo un principio de voluntariedad de su utilización, voluntariedad en la elección del mediador; además el Mediador deberá asesorar en el sentido de que la libertad de pactar para resolver conflictos no es ilimitada, que hay hitos jurídicos y éticos en los que habrá que moverse.

2.4.g. Principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad postula que el Estado tiene que actuar cuando entes inferiores no actúan o son insuficientes, y no actuar en el caso contrario.

Si entendemos este principio referido al Estado, en sus tres poderes, incluido el poder judicial, se fundamentaría la Mediación, la negociación,...

Este principio de subsidiariedad fundamentaría la Mediación desde planteamientos que no cuestionan la autoridad⁴⁷, lo cual nos parece una base muy sólida y coherente si pretendemos construir una cultura de la Paz.

2.4.h La Mediación es compatible con el pensamiento contemporáneo

La Mediación es compatible y a veces tiene como presupuesto la Filosofía contemporánea y lo que de ello ha llegado a la cultura popular. De una forma difusa, se aceptan las tesis del existencialismo, de primar la experiencia, y se rechaza el pensamiento sistemático.

⁴⁷ En la Doctrina Social de la Iglesia (DSI) se ha venido formulando el principio de subsidiariedad del Estado, de tal manera que no se cuestiona el principio de autoridad, la obediencia, salvo casos extremos de Objeción de Conciencia.

En este sentido existe una coincidencia entre posturas individualistas y colectivistas y utópicas, entre derechas e izquierdas, en un rechazo de las normas morales y jurídicas, en el recelo al Estado,...

Un segundo aspecto, procede de la idea de que las técnicas de ADR representan una especie de "justicia co-existencial" a la que hay que dar prioridad frente a las formas de "justicia conceptual" típica del proceso.

En efecto, tendría la doble ventaja de *superar el conflicto en lugar de profundizarlo*, como acontece a menudo con el proceso, y la adicional de *hacer "justiciables" aquellas controversias que, de otra forma, quedarían irresueltas* porque difícilmente se llevarían ante un tribunal.

De este modo, se obtendría la tutela de derechos sin acceso a los remedios jurisdiccionales habituales, y las alternativas desempeñarían una función supletoria de la jurisdicción, contribuyendo a que todo el mundo pudiera disponer de alguna forma de solución de las controversias.

2.4.i. Relación de la Mediación con el pensamiento moderno

Hoy hay fe en la capacidad del individuo para resolver los conflictos sin intervención del Estado, lo que se explica en el contexto del pensamiento moderno, en que hay un declive del principio de autoridad y jerarquía.

También supone superación de la pasividad frente al conflicto y posibilita el implicarse activamente en la solución. Lo cual, en el ámbito civil en cuestiones de derecho dispositivo, es posible⁴⁸.

2.4.j. El fomento de la Mediación a través de la derivación judicial

⁴⁸ En este sentido, D. Josep Redorta (mediador español) viene a decir que: la opción a realizar cuando se apuesta por el desarrollo de los ADR es ideológica, se trata de un cambio de mentalidad o, cuando menos, de la forma de entender la función de la justicia en una "sociedad democrática avanzada"; frente a un mundo "jerarquizado", que identifica como autoritario, hoy se quiere caminar a un mundo más igual, en el que se intentan resolver los conflictos desde un plano horizontal, flexible e igual, al que la mediación contribuirá. Refiere como "La mediación ha nacido como alternativa a la lucha por la victoria" (Andrea Graciosi), del gana-pierde se pasa al tod@s ganan. Actualmente, diagnostica que estas aspiraciones utópicas se frenan con el rechazo a lo desconocido, especialmente cuando se ostenta una situación de privilegio en el sistema que se pretende modificar. Este cambio exige un cambio de modelo de Estado, en el que los órganos estatales vayan disminuyendo su poder frente a los ciudadanos.

Si nos fijamos en la mecánica que actualmente se lleva en la Mediación familiar, se podría concluir que en el ámbito civil y mercantil la derivación judicial a la Mediación podría tramitarse de forma similar.

Así, en un procedimiento judicial civil iniciado, el Juez si considera que es oportuna la Mediación, ofrecerá a las partes la Mediación. Este ofrecimiento lo hará en una resolución, que revestirá generalmente forma de Providencia⁴⁹, en la que señalará fecha para la sesión informativa y citará a las partes, a través de sus representantes procesales. En el servicio de Mediación familiar, se les informa que pueden acudir con sus Letrados si lo desean. Tal resolución se dictará en igual fecha que el Decreto de admisión a trámite de la demanda⁵⁰.

La decisión del Juez de derivar a la Mediación no es arbitraria. Tiene cierta discrecionalidad, pero sin duda hay elementos reglados. En la práctica, esta resolución no se motiva, lo cual no quiere decir que no sea fundada.

2.4.k. Se esta trabajando en la elaboración de protocolos de derivación judicial⁵¹

En este sentido los protocolos de derivación a la Mediación, que se establezcan facilitarán unos criterios uniformes para

⁴⁹ Una PROVIDENCIA real puede estar redactada de la siguiente manera:

"Examinados los presentes autos, atendiendo a las circunstancias concurrentes, y estimando posible que las partes lleguen a un acuerdo, en aplicación de lo dispuesto por el art. 14.2 de la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón, y art. 78.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, se acuerda la asistencia de los litigantes XXX y YYY a una sesión informativa sobre la mediación familiar.

A este fin, se cita a los interesados, mediante su representación procesal, para que el día -- a las -- HORAS, se personen en el Servicio de Mediación, ubicado en edificio de juzgados de Zaragoza, ----.

Hágase saber a los interesados que a dicha sesión informativa previa pueden asistir con sus respectivos abogados.

Remítase la documentación necesaria al Servicio de Mediación, así como la que indicado servicio pudiere solicitar."

⁵⁰ Simultáneamente, se realiza el señalamiento de la vista, por tramitarse los procedimientos de familia como juicios verbales.

⁵¹ En la elaboración de tales protocolos esta trabajando GEMME a través de los PNM, y en su Congreso de Madrid, el 26 y 27 septiembre 2013, recogerá todas las aportaciones y podrá hacer propuestas para el Reglamento de Mediación, que esta elaborando el Ministerio de Justicia, así como para la práctica de los Jueces.

En este sentido son interesantes son interesantes las iniciativas como el Convenio del CGPJ y la Cámara de Comercio, Industria y Navegación para que los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona deriven a esta la mediación en algunos supuestos)

que los jueces identifiquen los supuestos en que proceden, sin perjuicio del principio de independencia judicial.

En todo caso, tales protocolos resultarán útiles, promoviendo, en mayor o menor medida, la mediación, según los postulados de los que partan, pero dando la deseable seguridad jurídica. La naturaleza jurídica que para tales protocolos se establezca determinará su obligatoriedad y, en consecuencia, su eficacia.

2.4.1 El fomento de la Mediación a través de las cláusulas de sometimiento en contratos

Puede ser un efectivo mecanismo de difusión de la Mediación la inclusión en los contratos de una cláusula de Sometimiento a la Mediación para el caso de discrepancias y conflictos.

En este sentido, sería útil que Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, Administradores de Fincas,... incluyeran esta cláusula de sometimiento en los contratos tipo.

La mediación puede no sólo solucionar sino también prevenir el conflicto, ayudando a resolver disputas, que todavía se están gestando, aclarando cuestiones interpretativas del contrato, resolviendo incidencias...

3. CONCLUSION: POR UNA MEDIACIÓN EFICAZ

Del análisis de la Mediación a través de esta técnica DAFO, se concluye la bondad y posibilidades de la Mediación civil y mercantil en España, y que los aspectos negativos constatados son más de carácter extrínseco que intrínseco a la Mediación, o, al menos, no en aspectos sustanciales.

En consecuencia, la eficacia de la Mediación y el éxito de su difusión radican en que se fundamente en postulados más pragmáticos y menos ideológicos, liberándose de determinadas premisas, de tal forma que no se suscite el rechazo de nadie.

Y esto, entendemos, se puede hacer integrando las técnicas de la Mediación con todo el saber jurídico sobre la autonomía de la voluntad y la teoría general de la contratación, teniendo en cuenta que la libertad de contratar esta limitada por los principios de Legalidad y de Justicia⁵².

La Mediación es una alternativa no jurisdiccional a la solución de conflictos. Esto no quiere decir que el sistema de la Mediación esté en pugna con el sistema Jurisdiccional. En este sentido, es más propio decir que es un complemento y un elemento cooperador. Precisamente, la mediación es de los sistemas de resolución de conflictos más respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que no cierra las puertas a la posibilidad de acudir a los Tribunales.

Por otra parte, apostamos más por una Mediación que evite el juicio que por una mediación intrajudicial, pues será más ágil, evitará duplicidades de trabajo, es más informal, más acorde con la filosofía de empoderamiento de los individuos en la resolución de sus conflictos, en controversias de derecho dispositivo.

Se tendría que evitar acabar haciendo de la Mediación un método de resolución de conflictos paralelo al Judicial, con menos garantías procesales, debilitándose el imperio de la Ley, pero igualmente reglamentado y burocratizado.

Como hemos visto no es ésta un cuestión pacífica. El reglamento de la Mediación tendrá que desarrollar y concretar la exigencia legal de formación continua de los mediadores acogiendo planteamientos como los expuestos. A nuestro

⁵² El límite a la contratación según nuestro CC son la Ley, la moral y las buenas costumbres.

parecer una rigidez y pormenorización de la formación continua suscitaría recelo entre los mediadores y no por ello redundaría en mayor calidad.

Es urgente que vea la luz un Registro Nacional de Mediadores, con publicidad de su titulación y especialización, que dé cauce a la libre circulación de profesionales en toda España.

En resumen, del análisis DAFO de la aplicación de la Ley de Mediación civil y mercantil y de sus perspectivas futuras concluimos que es más lo positivo que lo negativo y, dentro de lo negativo, se aprecia que obedece más a elementos extrínsecos.

Y estos elementos negativos extrínsecos, una vez identificados y constatados, pueden ser corregidos o minimizada su influencia.

Esperamos haber hecho alguna aportación que pueda contribuir a ello.

Zaragoza, septiembre de 2013