

# Manual de Mediación Civil

Colección: **Sistema Adversarial Civil**

Directores: **Jaime Arellano y Leonel González**

Autores: **Helena Soletto y Marco Fandiño**



Global Affairs  
Canada

Affaires mondiales  
Canada



CEJA - JSCA



# MANUAL DE MEDIACIÓN CIVIL

---

## **Autores**

Helena Soleto • Marco Fandiño



© 2017 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA  
Rodó 1950, Providencia  
Santiago, Chile  
Tel. +(562) 274-2933  
Fax +(562) 341-5769  
[www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)

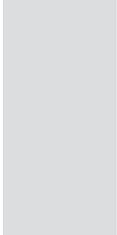
Equipo Editorial:  
Lorena Espinosa (Coordinadora de ediciones)  
Benjamín Sepúlveda

Manual de Mediación Civil  
Registro de Propiedad Intelectual: 276.358  
ISBN: 978-956-8491-40-6

Diseño de portada:  
Fanny Romero  
Eduardo Argañaras

Diseño  
Mito Impresores

Impreso en Gráfica LOM.



## PALABRAS DEL DIRECTOR

En los últimos treinta años, América Latina y el Caribe han emprendido numerosos cambios y transformaciones en sus sistemas de justicia. Inicialmente, estos cambios se manifestaron en el ámbito de la justicia penal, pero con el paso del tiempo la problemática del acceso a la justicia civil logró situarse en la agenda de los gobiernos y de los Poderes Judiciales.

Uno de los principales fenómenos regionales surgidos en esta materia ha sido la implementación de Mecanismos Autocompositivos de Solución de Conflictos (MASC), que se inició en el año 1991 en Colombia, continuó en 1995 en Argentina y, con posterioridad, se siguió difundiendo por la gran mayoría de los países de la región.

Inicialmente, el primer acercamiento a los MASC fue desde una perspectiva utilitarista, que permitiese solucionar la dramática situación de los tribunales civiles, incapaces de hacerse cargo de la gran cantidad de demandas presentadas. Los MASC pasaron a ser un filtro y, en ocasiones, lamentablemente una barrera para acceder a la justicia tradicional declarativa. Desde CEJA, consideramos que esta es una visión errónea, si se limita a emplear sus capacidades prejudiciales, sin aprovechar el enorme potencial de transformación de conflictos y generación de paz social que representan los MASC, previo a la judicialización, y en todas las etapas del proceso declarativo y su cumplimiento.

En la actualidad, en el contexto del proyecto: “Mejorando el Acceso a la Justicia Civil en América Latina”, financiado por Global Affairs Canada (GAC), CEJA ha reiterado la necesidad

de diseñar las reformas a los sistemas de justicia civil, partiendo por la identificación de las necesidades de justicia insatisfechas, que permitan realizar una oferta de servicios de solución de conflictos amplia y plural. De esta forma, los MASC son, en muchos casos, no sólo mecanismos idóneos –sino los más adecuados–, para la resolución de conflictos en etapa pre judicial, durante su judicialización, e incluso una vez impuesta sentencia judicial.

En esta ocasión, la profesora española Helena Soletó, profesora de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid, junto con el Coordinador de Estudios y Proyectos de CEJA, Marco Fandiño, desarrollaron un Manual de Mediación Civil, que tiene por objetivo profundizar de forma comprensiva en cuáles son las destrezas necesarias para intervenir en procesos de mediación, tanto desde la perspectiva de los abogados, como de los mediadores y los propios jueces.

Este trabajo busca generar información acerca de las habilidades necesarias y el modo de emplearlas, para intervenir efectivamente en conflictos a través de las herramientas que la mediación ofrece. De esta forma, esperamos contribuir a generar sistemas de justicia más permeables a los verdaderos conflictos que prevalecen en la población, con una capacidad holística de enfrentar el conflicto subyacente, y –muy importante–, integradores de las soluciones autocompositivas y declarativas.

JAIME ARELLANO  
*Director Ejecutivo*  
*Centro de Estudios de Justicia de las Américas*  
CEJA

# ÍNDICE

Palabras del Director .....	5
<b>CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>11</b>
1.1 Origen de los MASC: la adecuación del método de resolución de conflictos.....	11
1.2. Objetivos de los Mecanismos Adecuados de Solución de Conflictos.....	17
1.2.1. La resolución de conflictos adecuada aporta calidad al funcionamiento del sistema judicial.....	18
1.2.2. La resolución adecuada de conflictos desde la perspectiva del Acceso a la Justicia.....	24
1.2.3. Los MASC para favorecer la Cultura de Paz y no violencia.....	26
1.3. Evolución, actualidad y futuro de los MASC.....	27
<b>CAPÍTULO 2. LOS MÉTODOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS .....</b>	<b>31</b>
2.1. Autotutela, autocomposición y heterocomposición .....	31
2.2. Resolución basada en Poder, Derecho e Intereses .....	33
2.3. Espectro de Métodos Adecuados de Solución de Conflictos.....	36
2.3.1. Métodos autocompositivos de solución de conflictos para materias disponibles.....	37
2.3.2. Procedimientos específicos para ámbito familiar .....	44
2.3.3. Otros mecanismos .....	45
<b>CAPÍTULO 3. LA MEDIACIÓN .....</b>	<b>47</b>
3.1. Distinción de otros mecanismos .....	47

3.2. Principios de la mediación .....	49
3.2.1. Principios relativos al procedimiento .....	49
a) Voluntariedad .....	49
b) Flexibilidad .....	52
c) Confidencialidad .....	54
3.2.2. Principios relativos al mediador .....	56
d) Imparcialidad .....	56
3.3. Relación con el sistema de justicia. ....	58
3.3.1. La mediación conectada al Tribunal .....	61
3.3.2. La mediación no conectada al Tribunal .....	62

## **CAPÍTULO 4. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN .....** 65

4.1. La variabilidad de la mediación .....	65
4.1.1. Variabilidad en la organización de sesiones .....	66
a) Organización de sesiones .....	66
b) Entrevistas individuales o caucus .....	67
4.1.2. Variabilidad en la participación de las partes .....	68
a) La participación de los abogados .....	68
b) Participación de terceros .....	69
4.1.3. Variabilidad en el uso de estrategias y técnicas .....	70
a) Clasificación de los estilos de mediación .....	70
b) Estilos facilitativo y evaluativo.....	73
c) Conclusión: estilo ADECUADO de mediación.....	75
4.2. Técnicas .....	76
4.2.1. Técnicas básicas comunicativas .....	76
a) Escucha activa .....	76
b) Síntesis .....	77
c) Reenmarcación.....	78
d) Parafraseo .....	79
e) Preguntas.....	79
4.2.2. Técnicas estructurales.....	80
f) Reformulación .....	80
g) Normalización.....	81
h) Reconocimiento del otro.....	81
i) Reciprocación .....	82
4.2.3. Técnicas estratégicas .....	82
j) Enfoque a futuro .....	83

k) Empoderamiento.....	83
l) Realce de lo positivo.....	84
m) Proactividad .....	84
n) Agente de realidad.....	84
4.3. Procedimiento de mediación facilitativa .....	84
4.3.1. Fase previa .....	85
a) Sesión informativa en mediación intrajudicial o derivada por entidades públicas .....	85
b) Mediación por voluntad de las partes.....	86
4.3.2. Fase inicial .....	87
4.3.3. Fase de mediación .....	87
a) Recopilación de información .....	88
b) Estructuración del debate.....	88
c) Exploración de los intereses .....	89
d) Generación de opciones .....	90
e) Evaluación de opciones .....	92
f) Concreción de acuerdos .....	93
4.3.4. Instrumentalización del acuerdo .....	94
La documentación de la mediación.....	96

## **CAPÍTULO 5. LA ADECUACIÓN AL CONFLICTO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN..... 97**

1.1. El juicio de adecuación por los operadores privados .....	99
1.1.1. Operadores competentes .....	99
1.1.2. Indicadores de adecuación .....	99
1.2. El juicio de adecuación por los operadores procesales: la derivación .....	100
1.2.1. Operadores competentes. La mediación intrajudicial .....	100
La mediación intrajudicial .....	101
1.2.2. Indicadores de adecuación y selección .....	103
1.2.3. Voluntariedad vs Obligatoriedad de la derivación.....	104
a) La invitación a mediación.....	105
b) La posibilidad de la obligatoriedad del intento de mediación .....	106

1.2.4. Mediación y proceso .....	109
a) Caducidad y prescripción .....	109
b) Declinatoria .....	110
c) Suspensión .....	110
d) La vinculación del Juez a los acuerdos de mediación .....	111
e) Ejecución .....	112
f) Costos de la mediación .....	113
g) Costas .....	114
<b>CAPÍTULO 6. DESTREZAS PRÁCTICAS PARA LOS INTERVINIENTES EN MEDIACIÓN .....</b>	<b>115</b>
6.1. Las partes .....	115
6.1.1. Las partes, protagonistas de la mediación.....	115
6.1.2. Ventajas de la mediación .....	116
6.1.3. La información a las partes .....	117
a) El consentimiento informado.....	117
b) Información procedimental .....	119
c) Informaciones estratégicas .....	119
6.2. Los abogados .....	120
a) Cuándo es adecuada la mediación .....	121
b) Cuándo puede ser menos adecuada la mediación.....	123
c) Herramientas para evaluar el estilo del mediador .....	124
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>127</b>
<b>DOCUMENTOS INSTITUCIONALES.....</b>	<b>135</b>

# CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

## 1.1 ORIGEN DE LOS MASC: LA ADECUACIÓN DEL MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Podríamos señalar que la resolución a través del acuerdo de las partes, o incluso el arbitraje, se remontan a una época anterior a la del proceso. Sin embargo, si nos centramos en el Estado de Derecho moderno, habremos de acudir a las corrientes de pensamiento jurídico originadas en los años 70 en Estados Unidos, si bien en el tiempo ya existen prácticas de mediación en los tribunales en Canadá, Estados Unidos, Japón y países del norte de Europa<sup>1</sup>.

En el año 76 se organizó el congreso “Conferencia nacional sobre las causas de insatisfacción popular con la Justicia” por varias instituciones judiciales y la abogacía<sup>2</sup>, llamado así en honor al profesor Roscoe Pound, quien con este título realizó un famoso discurso en la apertura del congreso de la abogacía americana en 1906<sup>3</sup>. El discurso de Pound constituía un balance de las insuficiencias de la Justicia de la época, transcurridos

---

<sup>1</sup> Vid. GARTH, B. G. y CAPPELLETTI, M., “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective” *Buffalo Law Review* (1978).

<sup>2</sup> Los co-organizadores fueron Judicial Conference of the United States, Conference of Chief Justices y American Bar Association.

<sup>3</sup> Conferencia del Decano de la Universidad de Nebraska (posteriormente de Harvard), Roscoe Pound, en la reunión anual de la Abogacía estadounidense (ABA), titulada “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, ABA Reports, 1906, 29, disponible en <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>. Pound tenía en aquella época 36 años, y su descripción de los distintos factores de insatisfacción, que incluían el comportamiento, en su opinión, excesivamente confrontativo (al estilo del deporte) de los abogados. Esta cuestión entre otras produjo un enorme revuelo entre la abogacía congregada, contraria o favorable a su visión.

130 años desde la independencia de Reino Unido<sup>4</sup>. El juez Burger, presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, dirigió la conferencia durante tres días para un grupo de cerca de 200 profesionales: magistrados de tribunales federales y estatales, fiscales, abogados, profesores de Universidad y otros expertos, teniendo como objetivo reflexionar desde el año 1976 sobre la situación de la Justicia para el año 2000. Se refiere este juez a datos como la población del país en 1906, comparada con la de 1976, y frente al probable aumento de la litigación, plantea si el sistema de Justicia podrá asumir los retos del futuro y propone que se realice una “anticipación sistemática” de soluciones, tal como se hace en ámbitos empresariales.

Burger adelantó que probablemente habría “otros mecanismos y procedimientos mejor adaptados para satisfacer las necesidades de los individuos”, y se refirió concretamente a mecanismos flexibles para las reclamaciones menores, así como al arbitraje y a mecanismos más adecuados para los conflictos de familia (“Debemos estudiar si podemos gestionar estas cuestiones de gran sensibilidad e intimidad fuera de la formal y potencialmente traumática atmósfera de los tribunales”)<sup>5</sup>. Además, en esta conferencia fue abordada por varios expertos la posibilidad de complementar el sistema de Justicia con otros mecanismos, además de buscar medidas para hacer más rápida y barata la Justicia.

Concretamente, el profesor Sander, en su conferencia “Varieties of Dispute Processing” describe el modelo de Justicia que se ha convertido en el paradigma del siglo XXI en los países avanzados, el tribunal multipuertas. El profesor Sander se refirió a la creciente presión a la Administración de Justicia por diferentes

---

<sup>4</sup> Actas de la conferencia nacional sobre insatisfacción popular con la Administración de Justicia (Pound Conference) en Saint Paul, Minnesota, 7 a 9 de abril de 1976, National Center for State Courts, pág. 3 y ss. La conferencia también se produjo en el mismo lugar que la original conferencia de Pound.  
<http://ncsc.contentdm.oclc.org/cdm/ref/collection/ctadmin/id/1245>

<sup>5</sup> BURGER, W. E., Agenda for 2000 A. D. -Need for Systematic Anticipation, Conferencia Inaugural de la Conferencia Pound en Saint Paul, Minnesota, 7 de abril de 1976, pág. 26 y ss.

factores: apunta que en tiempos anteriores la policía, la familia, la escuela, la iglesia ocupaban un espacio de resolución de conflictos que han dejado vacante, la complejidad de la sociedad moderna y su problemática, el crecimiento del gobierno a todos los niveles y las expectativas que se han creado, entre otros.

Ante esta probabilidad de aumento del número de conflictos que ingresan al sistema judicial, el objetivo sería buscar mecanismos para reducir la litigiosidad, ya sea a partir de una normativa reductora o bien a través de mecanismos alternativos. Se refería en primer lugar a que se pueden prevenir conflictos a través de la normativa material (como por ejemplo al establecer un sistema no culpable de accidentes o descriminalizar conductas). Igualmente, a través de la norma material es adecuado disponer normativamente de forma clara las consecuencias de una conducta, versus establecer un sistema de fuerte discrecionalidad para poder reducir la litigiosidad. Esta propuesta de Sander es defendida por la doctrina de Análisis Económico del Derecho<sup>6</sup>. En segundo lugar, Sander apunta que existe una rica variedad de procedimientos que, en solitario o combinadamente, pueden ofrecer una resolución de conflictos más “efectiva”. Para ello, señala que es preciso conocer las características de los mecanismos de resolución de conflictos, tales como son la resolución del tribunal, arbitraje, mediación, negociación y varias mezclas de estos y otros instrumentos, y que podemos desarrollar criterios racionales para establecer qué clases de conflicto se resuelven por diferentes procedimientos, y decidir con criterio qué asuntos deben quedarse en los tribunales para ser resueltos, y cuáles deben ser procesados de otra forma.

Sander también apunta que si se establece un sistema adecuado de procesamiento de los conflictos es posible que aumente la cantidad de conflictos procesados, pues probablemente muchos de ellos no se manifestaban en un sistema inadecuado.

---

<sup>6</sup> Como ejemplo, PASTOR PRIETO, S., “Eficiencia y medios alternativos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 11, 2007 (Monográfico Medios alternativos de solución de controversias, HEREDIA CERVANTES coord.), págs. 49 a 78.

Los criterios que podrían ayudar, según Sander, a elegir qué mecanismo utilizar podrían ser:

### **La naturaleza del conflicto**

Los problemas policéntricos no son adecuados para un sistema de heterocomposición ya que no son adaptables a una solución todo o nada. Por ejemplo, si un testador deja una colección de cuadros a dos museos, una solución mediada o negociada será mucho más adecuada para acomodar los intereses de los dos museos que una solución impuesta externamente. También se refiere a asuntos que podría desempeñar otra entidad distinta al tribunal, por ejemplo, el divorcio de mutuo acuerdo ante autoridad administrativa.

### **Relación entre las personas en disputa**

La situación es diferente si las personas tienen una relación a largo plazo o su relación es puntual. En el primer caso debería ser más fácil que busquen su propia solución debido a que existirá un mayor interés en recuperar el vínculo.

### **Cuantía del asunto**

Sander considera que los conflictos de menor cuantía no deberían ocupar el tiempo del tribunal en muchos casos, y que se podría favorecer la conciliación y establecer un sistema de filtrado para determinar qué asuntos tienen que ser oídos por el tribunal.

### **Costo**

Considera que es difícil valorar los costos de los procedimientos judiciales, pero aún más valorar los costes intangibles de la inadecuación del procedimiento de resolución. Asume que cuanto mayor formalidad procedimental, mayor costo.

### **Rapidez**

Se refiere a la falta de datos existentes, aunque Sander cree que se asume correctamente que el arbitraje es más rápido que la

litigación, si bien cree que puede incidir la complejidad de los asuntos, el mayor número de “jueces” en el arbitraje y la posibilidad de mayor cooperación de los litigantes en el arbitraje.

El profesor Sander considera que en su tiempo ya existían diferencias sustantivas en el procesamiento de conflictos: tribunales especiales de familia, tribunales administrativos para impuestos, o incluso en el ámbito penal la desviación de delitos menores a mediación, y considera que ya es el tiempo adecuado para acudir a un mayor número de procedimientos alternativos.

La idea principal que aporta Sander es la del sistema flexible y variado de resolución de conflictos, que se organizarían a través del filtrado de casos en virtud de la adecuación del procedimiento de resolución al conflicto, concretamente apunta que “podríamos tener una visión del futuro para el año 2000 en el que no veríamos simplemente un tribunal sino un centro de resolución de conflictos, en el que el ciudadano primero sería canalizado a través de un agente que cribaría el asunto y lo dirigiría al procedimiento o secuencia de procedimientos más adecuado a su tipo de caso. El directorio de la entrada del centro podría señalar que el funcionario que hace la evaluación y el filtrado de asuntos está en la sala 1, Mediación en la sala 2, Arbitraje en la 3, Procedimiento de determinación de hechos en la 4, Panel de evaluación de asuntos de mala praxis en la 5 y Tribunal Superior en la 6. Con este modelo se podría estar seguro de una cosa: habría amplias oportunidades de participar. Finalmente, las facultades de Derecho deberían diversificar su casi exclusiva preocupación por el proceso judicial y empezar a exponer a los estudiantes al amplio grupo de procedimientos de resolución de conflictos”.

Esta descripción constituye el concepto básico de tribunal multipuertas o *multidoor courthouse*, que a partir de la Conferencia Pound de 1976 cobró protagonismo absoluto en la organización de la Justicia en Estados Unidos, Canadá y los países anglosajones, y que en el siglo XXI es asumido internacionalmente como un modelo a desarrollar. El valor excepcional de la conferencia de Sander estriba en la introducción del concep-

to de adecuación del procedimiento a la clase de conflicto, por una parte, y en la construcción ideal de un sistema de procesamiento de los conflictos, el tribunal multipuertas.

En primer lugar, el concepto de adecuación del procedimiento al conflicto es consustancial desde el inicio de los tiempos a la resolución de conflictos, y la aportación de Sander va más allá de la comprensión contemporánea del procesamiento de las disputas, ofreciendo una visión arriesgada al afirmar que el proceso no será siempre la vía adecuada, cuestión muy discutida desde las mentalidades jurídicas tradicionales.

En segundo lugar, en este concepto aportado por Sander de tribunal multipuertas, cada puerta sería una forma de resolución de conflictos. Para que un sistema multipuertas sea tal, es preciso que se diseñe un procedimiento de entrada de asuntos al tribunal y que éstos sean seleccionados antes de ser repartidos por un oficial del juzgado y sean enviados a la “puerta” más adecuada desde el inicio, pudiendo ser estas puertas mediación, jurisdicción, evaluación de experto, arbitraje, conciliación. Hoy en día, el sistema multipuertas está consolidado en muchos países de América y Europa, donde los sistemas más conservadores han iniciado la introducción de la mediación vinculada a los tribunales, dibujando un diseño por el momento si no multipuertas, bipuertas. Aunque no se organice formalmente un sistema multipuertas, la existencia de al menos un servicio de mediación estructurado y vinculado a los tribunales puede entenderse como un sistema bipuertas.

En América Latina, por ejemplo, las llamadas Casas de Justicia<sup>7</sup> surgieron para mejorar las brechas de acceso a la justicia por motivos principalmente geográficos y poder acercar las instituciones del sistema de justicia a las poblaciones más alejadas. En muchos casos, en el diseño de estas Casas de Justicia se incorporó la lógica del Tribunal Multipuertas, sin perjuicio de que CEJA ha constatado en algunos casos la inexistencia de

---

<sup>7</sup> CEJA ha constatado la existencia de Casas de Justicia en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Paraguay y República Dominicana.

jueces dentro de las Casas de Justicia o un rol bastante debilitado de los mismos<sup>8</sup>.

## 1.2. OBJETIVOS DE LOS MECANISMOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Existen diversos objetivos que pueden incidir en la implementación de MASC desde diversas ópticas. Esto va asociado a los tipos de conflicto en los que se quiere tener incidencia así como también al resultado esperado con su funcionamiento. Al dictarse una ley (o al no hacerlo) siempre se encuentra una intencionalidad política si lo analizamos desde la perspectiva de las políticas públicas<sup>9</sup>. En este caso, analizaremos cuáles son los objetivos que se han esgrimido por los tomadores de decisiones y autoridades públicas a la hora de implementar este tipo de mecanismos.

Por ejemplo, en uno de los momentos previos a la mayor proliferación de leyes de MASC en América Latina, 2002, se realizó la REMJA<sup>10</sup> en Trinidad y Tobago en la que se distinguieron cuáles son los objetivos que pueden perseguir los mecanismos autocompositivos de solución de conflictos. En dicho foro se estableció que los objetivos principales de los MASC pueden ser:

- La descongestión de los despachos judiciales
- La mayor celeridad en el conocimiento y resolución de las contiendas
- El necesario mejoramiento del acceso a la justicia en la población.

<sup>8</sup> CEJA, Coord. FANDINO, M. "Guía para la implementación de mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la Justicia. Santiago de Chile, 2016 (p. 73 y ss.).

<sup>9</sup> Para profundizar acerca de las diversas intencionalidades al implementar los MASC, vid. PEÑA, C. "Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos de conflictos".

<sup>10</sup> Cuarta Cumbre de Ministros de Justicia o Procuradores Generales de las Américas sobre Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos convocada por la Organización de Estados Americanos.

A efectos de este manual, proponemos agrupar los dos primeros objetivos de la clasificación mencionada y agregar un tercer objetivo que ha venido cobrando fuerza en el último tiempo. De esta forma, los principales objetivos en la implementación de MASC serían:

- Aportar calidad al funcionamiento del sistema de justicia (ayudando a la celeridad y descongestión de los sistemas).
- Mejorar el Acceso a la Justicia de la población.
- Favorecer la cultura de paz y la no violencia.

De todas formas, queremos advertir que estos suelen ser los mecanismos más invocados desde una perspectiva de política pública. Con el desarrollo académico de los mismos, han nacido nuevos objetivos más comprensivos y respetuosos con la filosofía de los MASC, como por ejemplo el objetivo de poner fin al conflicto subyacente entre las partes y el de reestablecer la comunicación y el diálogo entre las partes.

### **1.2.1. La resolución de conflictos adecuada aporta calidad al funcionamiento del sistema judicial**

La evolución jurídico política de muchos países en los últimos años va encaminada a la consolidación de los pilares del servicio de Justicia, y tanto ciudadanos en general, como usuarios y operadores jurídicos exigen un mayor nivel de calidad de la justicia, la cual se encuentra frecuentemente cuestionada por la ciudadanía. Y es en este marco en el que surge la conveniencia de acudir a métodos adecuados de resolución de conflictos, que van a ofrecer una mayor satisfacción al ciudadano, que se siente escuchado, retoma responsabilidad sobre su conflicto y verá cumplido el acuerdo con mayor facilidad.

Partiendo de un diferente desarrollo histórico jurídico de la justicia en democracia de los distintos países en el mundo, observamos que el ciudadano de los países desarrollados y en vías de desarrollo tiene unas expectativas en relación con la justicia mucho más amplias y exigentes que las existentes en la segunda mitad del siglo XX. Dicha época fue la época de construcción en Europa de los pilares básicos de las democracias

modernas, que incluirían un sistema de Justicia independiente, mientras que los países más avanzados, como los anglosajones, ya contarían con unas instituciones democráticas consolidadas y un sistema de Justicia avanzado.

Por otro lado, en América Latina y el Caribe, después de las dictaduras militares y los conflictos armados presentes en la mayoría de países, se inició un proceso de restablecimiento del sistema democrático, que incluyó entre sus esfuerzos el fortalecimiento del sistema judicial, el debido proceso y el acceso a la Justicia para consolidar el Estado de Derecho.

Ya entrados en el siglo XXI, la sociedad de los países avanzados exige a sus Estados y a sus funcionarios que la Justicia no sea sólo justa y transparente, sino que eleva sus exigencias de calidad.

El ciudadano contemporáneo espera principalmente que la Justicia sea rápida, con un coste adecuado y de eficaz cumplimiento.

Los propios Estados son conscientes de este reto, y además de ellos mismos varias instituciones gubernamentales y no gubernamentales se han ocupado de la cuestión.

Las instituciones que promueven la calidad de la Justicia defienden la medición de diferentes parámetros de especial relevancia, revisando cuestiones estructurales como la independencia, la calidad de la formación, la inversión en justicia, uso de tecnología y los medios materiales y personales en proporción con la población, la riqueza del país y la cantidad de litigios. Además de parámetros estructurales, se estudian otros relativos al desempeño, y que se relacionan más directamente con la satisfacción o insatisfacción del usuario: tiempo en la resolución, coste, eficacia de las resoluciones, etc.<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Entre estos principios de trabajo del CEPEJ sobre eficiencia de los procedimientos judiciales están el acceso a la justicia, la duración razonable del proceso, la eliminación de retrasos indebidos, la reducción del coste de los procesos, la ejecución de las decisiones de manera efectiva y en un plazo

Los estudios realizados son de tipo cuantitativo y o cualitativo; mientras que instituciones como el CEPEJ recogen datos de más difícil acceso, como tiempos de duración reales de los procesos, litigiosidad, presupuesto de Justicia, rendimiento etc.<sup>12</sup>, otras instituciones como el Banco Mundial en Doing Business<sup>13</sup> o proyectos como el Rule Law Index del World Justice Project han llevado a cabo estudios comparativos que se basan en la percepción de personas, ya sean usuarios de la justicia –profesionales o no– o la población en general<sup>14</sup>.

En Europa, desde 2002 funciona en el marco del Consejo de Europa la CEPEJ, Comisión para la Eficacia de la Justicia del Consejo de Europa. Esta entidad estudia la eficacia de la Justicia de los diferentes países del COE, que incluye además de los del continente europeo, Turquía y Rusia, con un total de 47 miembros. Son miembros observadores Canadá, EE.UU., México el Vaticano, Japón e Israel<sup>15</sup>. Esta organización, en la que participa también la UE, focaliza su trabajo en la calidad de la justicia, evaluando cuestiones genéricas (presupuesto, organización de tribunales, número de jueces y fiscales, eficacia general) y sobre todo, como elementos de especial relevancia, la gestión de los tiempos y la ejecución efectiva de las resoluciones, por ser las lacras de la eficacia de la justicia, pero también analiza el desarrollo de la mediación, instrumento de calidad para la justicia que el Consejo de Europa pretende que

---

de tiempo razonable. Resolution Res(2002)12 Establishing the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ).

<sup>12</sup> Así, el estudio de la OCDE, “Judicial performance determinants: a cross-country perspective”, PALUMBO, GIUPPONI, NUNZIATA y MORA-SANGUINETTI, *OECD Economic Policy Papers*, junio de 2013, centrado en Italia y España, y sobre datos del CEPEJ. Accesible en <http://www.oecd.org/eco/growth/FINAL%20Civil%20Justice%20Policy%20Paper.pdf>

<sup>13</sup> La metodología del estudio se basa en la respuesta a encuestas y en estudios de casos. Vid. pág. 92 y 119 <http://espanol.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>

<sup>14</sup> Vid. la metodología del informe del Rule of Law index del World Justice Project: [http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/media/rolindex2016\\_methodology.pdf](http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/media/rolindex2016_methodology.pdf)

<sup>15</sup> <http://www.coe.int/en/web/about-us/our-member-states>

los Estados desarrollen en prácticamente todos los ámbitos de la Justicia<sup>16</sup>.

En relación con la situación actual de la justicia civil, en el informe del CEPEJ de 2016, se apunta que la mayor problemática es la tardanza en la resolución y se indica que el “atasco” de casos en los tribunales se ha incrementado como consecuencia de la crisis económica. Por ejemplo, el tiempo de duración media en la primera instancia de un pleito litigioso de divorcio es en países como Italia de cerca de 500 días, cuando la mayoría de los países del COE está más cerca de 300 días. Además, se observa el incentivo en el uso de ADR, sobre todo la mediación y conciliación<sup>17</sup>. En general, se observa en los estudios más recientes que la insatisfacción con la Justicia civil se centra principalmente en la tardanza y la ineficacia de las resoluciones<sup>18</sup>, factores que tienen un efecto negativo demostrado en la economía de los países<sup>19</sup>.

En América Latina, en las últimas dos décadas se produjo un impulso muy fuerte en la transformación de los sistemas de justicia penal, pasando de sistemas de carácter inquisitivo hacia modelos de corte acusatorio, en los que se vieron reforzadas las garantías judiciales, la protección y acceso de las víctimas así como la eficiencia de los sistemas penales<sup>20</sup>. En el ámbito de los sistemas de justicia civil no existió un compromiso claro por parte de los gobiernos o de las agencias de cooperación internacional de realizar un proceso de transformación seme-

<sup>16</sup> [http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/default\\_en.asp](http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp)

<sup>17</sup> Informe del CEPEJ de octubre de 2016, con datos de 2014. <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2016/publication/CEPEJ%20Study%2023%20report%20EN%20web.pdf>

<sup>18</sup> Entre ellos el informe del CEPEJ de 2016, el informe del Banco Mundial Doing Bussines, el Informe de la OCDE Judicial performance..., cit.

<sup>19</sup> MORA SANGUINETTI, J., “Evidencia reciente sobre los efectos económicos del funcionamiento de la justicia”, *Banco de España, Boletín económico* 39, enero 2016.

<sup>20</sup> LANGER, M., *Revolución en el Proceso Penal latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia*. CEJA, 2007, accesible en [http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/revolucionenprocesopenal\\_Langer1.pdf](http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/revolucionenprocesopenal_Langer1.pdf)

jante al acaecido en materia penal. Por el contrario, se inició un proceso de promulgación de leyes que tenían por objetivo habilitar el uso del arbitraje, la mediación y la conciliación principalmente en materias civiles. Este proceso se inició en Colombia en el año 1991 y continuó en Argentina en 1995. A continuación, Ecuador, Costa Rica y Bolivia dictaron sus leyes en 1997, Panamá en 1999, Honduras en 2001 y El Salvador y Paraguay en 2002<sup>21</sup>.

Es importante mencionar que las primeras leyes incluían entre sus objetivos la descongestión de los despachos judiciales civiles, como por ejemplo la legislación colombiana y argentina. De esta forma, se consolidó en América Latina una visión de los MASC como fórmulas destinadas a descongestionar los ineficientes sistemas de justicia civil y comercial.

### ***Organismos que promueven la calidad en la justicia a través del uso de los MASC***

A continuación, se identificará cómo algunos de los principales organismos a nivel internacional especializados en el estudio y la evaluación del funcionamiento de los sistemas judiciales reconocen la necesidad de incorporar los Mecanismos Apropriados de Solución de Conflictos como una posibilidad para mejorar la calidad en el funcionamiento de la Justicia.

Por ejemplo, en el marco de la CEPEJ se ha creado una lista de pilares del funcionamiento de justicia, materias que marcan la calidad de la justicia, enmarcadas en cinco grupos de requisitos: 1. Estrategia y políticas, 2. Procesos de trabajo y operaciones, 3. Acceso a la justicia. Comunicación con usuarios y público, 4. Recursos humanos e independencia de los Jueces y 5. Medios económicos. Cada uno de estos títulos globales incluye diversos parámetros, siendo común a todos la necesidad de evaluar el resultado. En cada uno de ellos, excepto en el correspondiente a los medios económicos, se hace referencia a los ADR: la existencia de políticas de ADR, conocimiento por

---

<sup>21</sup> Idem.

los jueces de los ADR, regulación material y procedimental relativa a ADR y control de eficacia de ADR<sup>22</sup>.

Entre los elementos de calidad del International Consortium for Court Excellence también se hace referencia a ADR y mediación: los procedimientos de mediación son una política a estimular, y además, el sistema de calidad desarrollado por la entidad es también aplicable a las ADR, ya que en este ámbito, de acuerdo con el consorcio, “existe un vínculo suficiente a través de la gestión judicial o la supervisión”<sup>23</sup>.

Por otra parte, en el estudio del Banco Mundial Doing Business, en el que se evalúan los factores que facilitan la inversión en negocios en los países de todo el mundo, se ha incluido por primera vez en 2016 la medición de la calidad de los métodos ADR<sup>24</sup>. Se apunta, al ilustrar sobre la conveniencia de estos métodos para favorecer la inversión, que

*“Los métodos ADR no deben verse como algo que puede sustituir a los procesos judiciales tradicionales, sino como una herramienta que puede ayudar a los tribunales para resolver los conflictos de una manera oportuna, con un coste eficaz y transparente. Los mecanismos de ADR pueden mejorar la eficiencia en el sistema judicial en su conjunto, ayudando a reducir la acumulación de casos y atascos. Se pueden reducir los retrasos cuando éstos son causados por procedimientos formales complejos o insuficiencia de medios judiciales y reducir los altos costos en que son conducidos los procedimientos formales, tasas judiciales y*

<sup>22</sup> Checklist for promoting the quality of justice and the courts, adoptada por el CEPEJ en su reunión plenaria 11 (Estrasburgo, 2-3 Julio 2008) CEPEJ (2008) 2.

<sup>23</sup> The international framework for court excellence, marzo de 2013, National Center for State Courts, Estados Unidos (por uso y protección de los miembros del International Consortium for Court Excellence). <http://www.courtexcellence.com/~media/Microsites/Files/ICCE/The%20International%20Framework%20E%202014%20V3.ashx>

<sup>24</sup> *Doing business 2016*, Banco Mundial, pág. 92 y ss. <http://espanol.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>

*retrasos en los tribunales. Las economías con un sistema integrado de tribunales y ADR tienden a tener un Poder Judicial más creíble, beneficiando a los tribunales, a las partes involucradas y la economía en su conjunto.*

*Cuando se utiliza como una alternativa al proceso judicial, los ADR tienen su propio conjunto de beneficios. Se da a las partes un mayor control sobre la resolución de conflictos y en la mayoría de los casos aumenta su satisfacción con los resultados”<sup>25</sup>.*

### **1.2.2. La resolución adecuada de conflictos desde la perspectiva del Acceso a la Justicia**

Se ha publicado mucho acerca del Acceso a la Justicia y es posible rescatar una serie de definiciones que permiten delimitar este concepto. Inicialmente, el Acceso a la Justicia se vinculó fuertemente a la posibilidad de que las personas sin recursos puedan contar con un abogado de confianza. Más adelante el Acceso a la Justicia se relacionó con la mejora en el funcionamiento de los tribunales y finalmente, con la aparición de los derechos colectivos y el establecimiento de mecanismos para su protección como las acciones de clase.

Llegados a este punto es importante rescatar algunas definiciones funcionales del Acceso a la Justicia como la que hacen Garth y Cappelletti al referirse al “derecho humano más fundamental, el requisito básico en un sistema legal igualitario, moderno, que pretenda garantizarlos y no solamente reclamarlos”<sup>26</sup>. Con el paso del tiempo se ha venido consolidando la idea de un concepto amplio de Acceso a la Justicia. Por ejemplo, Birgin y Kohen<sup>27</sup> mencionan que el Acceso a la Justicia puede ser considerado desde varios aspectos como “el acceso propiamente dicho, la disponibilidad de un buen servicio de justicia, la posibilidad

---

<sup>25</sup> *Doing Bussines 2016*, Banco Mundial, pág. 96.

<sup>26</sup> GARTH, B. G.y CAPPELLETTI. M., “Access to Justice...”, cit.

<sup>27</sup> BIRGIN, H. y KOHEN, B. “Acceso a la Justicia como garantía de igualdad”. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2006.

de sostener el proceso completo u el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos”.

De esta forma, se ha ido consolidando una idea de Acceso a la Justicia que no solamente se limite a la resolución judicial de los conflictos, sino que también incluya la solución extrajudicial de los mismos y que atienda a la educación en derechos como una herramienta básica indispensable para poder resolver los conflictos con posterioridad.

Un aspecto de vital importancia en las políticas públicas de Acceso a la Justicia en los países de América Latina fue el surgimiento en 2008 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condiciones de vulnerabilidad<sup>28</sup>. En este instrumento se profundiza acerca de cuáles son los principales principios de actuación que deben estar presentes en las políticas judiciales con la finalidad de mejorar el Acceso a la Justicia de aquellos grupos que presenten algún grado de vulnerabilidad. De esta forma, se indican cuáles pueden ser algunas de las causas de vulnerabilidad como: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

En la actualidad existe bastante consenso acerca de que los Mecanismos Autocompositivos de Solución de Conflictos son una excelente posibilidad para resolver los problemas de acceso a la Justicia. En primer lugar, los MASC se caracterizan por dar la oportunidad de que las personas puedan expresarse y poner fin por sus medios a la solución del conflicto, lo que hace que exista una mayor accesibilidad a las soluciones alcanzadas que en los sistemas heterocompositivos. Además, con carácter general, suelen ser mecanismos más eficientes en términos de recursos económicos y tiempos de demora en comparación a los procedimientos judiciales.

---

<sup>28</sup> En el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

### 1.2.3. Los MASC para favorecer la Cultura de Paz y no violencia

Se ha constatado que en las sociedades contemporáneas las personas tendemos al individualismo así como a la búsqueda de soluciones unilaterales de los problemas en contraposición a la búsqueda de soluciones colaborativas y participativas para los mismos. Es interesante mencionar al profesor noruego Nils Christie, quien se refiere a la segmentación de la población en cuanto a espacios y roles (la limitación de las relaciones humanas a aquellas personas con la que compartimos determinado espacios y en los que la relación se limita al rol que cada uno desempeña) y en cuanto a castas (Christie se centra sobre todo en la segmentación en cuanto a la edad, pero también en cuanto a sexo, religión, raza, etc.). Este fenómeno genera según Christie una: “despersonalización de la vida social”. Los individuos se relacionan en menor medida en tejidos sociales estrechos donde se enfrentan con todos los roles significativos de las demás personas significativas; y ello genera una situación con cantidades limitadas de información respecto de los demás. Sabemos menos sobre las otras personas y tenemos posibilidades limitadas tanto de comprender como de predecir sus comportamientos. Si surge un conflicto, nuestra capacidad para hacer frente a la situación es menor”<sup>29</sup>. En ese sentido, la resolución colaborativa de conflicto genera la posibilidad de abrir espacios en la sociedad en los que existan mayores situaciones de diálogo y, por lo tanto, evitar la consolidación de posturas más individualistas y estratificadas.

Una de las principales ventajas que aportan los MASC es que sus soluciones están basadas en el acuerdo de las partes, a diferencia del proceso judicial en el que la decisión judicial es impuesta a las partes y suele basarse en la concesión de la pretensión a una de las partes y la denegación de la pretensión a la otra parte. Por otro lado, al iniciarse un proceso compositivo –como veremos más adelante al profundizar en el caso de la

---

<sup>29</sup> CHRISTIE, N. “Los conflictos como pertenencia”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/10/doctrina44215.pdf> (Última visita 22-01-2017), del original “Conflicts as property”, *The British Journal of Criminology*, vol. 17, N° 1, enero de 1977.

mediación— una de las principales actividades que se realizan es reestablecer la comunicación entre las personas que han sufrido el conflicto. De esta forma, a través del diálogo entre las partes se inicia un proceso de negociación que puede terminar en un acuerdo.

Además, muchos países de América Latina han sufrido largos conflictos armados internos y violentas dictaduras militares, lo que en algunas situaciones ha generado que la violencia se considerase un mecanismo natural entre la población<sup>30</sup>. De esta forma la resolución colaborativa de conflictos ha sido identificada como un gran aporte para favorecer un cambio de paradigma en cómo la población se relaciona con las situaciones de violencia y se evita la escalada de conflictos. Principalmente, esto ha generado la proliferación de experiencias relacionadas con Justicia Restaurativa y Círculos de Paz en países como Costa Rica y México, entre otros.

De todas formas, la naturalización de la violencia como método de resolución de conflictos también tiene un impacto en el ámbito civil. En varios países se ha constatado un fenómeno de *penalización* de conflictos que inicialmente tienen su origen en una problemática de carácter civil. Esto sucede, por ejemplo, en aquellos conflictos de carácter vecinal (ruidos, olores, uso de espacios comunes, etc.) que en la mayoría de países no tienen instancias que permitan una resolución adecuada de los mismos y que al no ser intervenidos en etapas tempranas, fácilmente pueden escalar y terminar generando conflictos penales de mayor intensidad y gravedad.

### 1.3. EVOLUCIÓN, ACTUALIDAD Y FUTURO DE LOS MASC

Como señalábamos anteriormente, las tendencias de flexibilización y apertura al uso de procedimientos más adecuados son

---

<sup>30</sup> GARAVITO FERNÁNDEZ, M.A., *Violencia política e inhibición social Estudio psicosocial de la realidad guatemalteca*, Colección Cultura de Paz 4, Guatemala, Unesco Guatemala, Cooperación Italiana, FLACSO, 2003, accesible en <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/16899.pdf>

generalizadas en los países anglosajones<sup>31</sup> y otros de los más avanzados del mundo, siendo su influencia en el resto muy considerable.

Iniciativas como las de Naciones Unidas con su ley modelo o las Directivas que emanan de la Unión Europea, de imperativo cumplimiento para los Estados miembros, acercan a los países con estructuras de justicia más conservadoras a una forma de justicia más completa y de mayor calidad.

La primera tendencia generalizada ante la globalización fue el auge del arbitraje internacional, aún vigente para conflictos de gran cuantía. Sin embargo, en la actualidad, se observa una tendencia a la introducción de métodos autocompositivos, también para conflictos internacionales, por la ventaja de basar la resolución del conflicto en los intereses de las partes, “a la sombra del derecho”. Precisamente, los métodos que promueven el acuerdo pueden ser más adecuados en muchos casos, aquellos a los que se refería SANDER como los de familia, pequeñas cuantías pero también en aquellos en los que el conflicto sea complejo, policéntrico, y en los que las partes sean capaces de crear la mejor solución.

La globalización de las relaciones personales y económicas invita a una mayor focalización en métodos de resolución de conflictos basados en intereses, y que favorezcan el cumplimiento voluntario de las resoluciones, como la negociación y la mediación, que con sus múltiples variables se está imponiendo en el mundo como un método adecuado y flexible para resolver conflictos.

En todo caso, y tal como señalaba SANDER, será conveniente obtener mejores datos sobre la actividad en los tribunales, para detectar dónde se producen los problemas y qué clase de asun-

---

<sup>31</sup> HENRY se refiere en 2007 a datos como que la propia Administración estadounidense utiliza los ADR habitualmente, y que ya están desarrollando millones de procedimientos ODR. HENRY, J. F., “The Courts at a Crossroads: A Consumer Perspective of the Judicial System”, 2007.  
<http://georgetown.lawreviewnetwork.com/files/pdf/95-4/henry.pdf>

tos son los mejores candidatos para la resolución alternativa, pero también se precisa más evaluación de la eficacia y coste de los distintos mecanismos de resolución de conflictos, y más datos sobre la actividad de los individuos clave en los procedimientos: los abogados<sup>32</sup>. Por otro lado, se hace necesario analizar cuál ha sido la coordinación entre la implementación de instancias MASC y el funcionamiento de los sistemas de justicia.

En América Latina se produjo un fenómeno de regulación de las vías colaborativas como alternativa a la situación del sistema de justicia civil totalmente colapsado y con tiempos de respuesta desorbitados. Además, se generaron mecanismos para favorecer que los grupos más vulnerables pudiesen acudir a estas instancias, en muchos casos sin tener que pagar por los servicios o con una tarifa simbólica. Este fenómeno terminó causando una estigmatización muy fuerte a la resolución colaborativa de conflictos y se generó en determinados sectores vinculados al ejercicio de la abogacía y la judicatura de que los MASC eran una “justicia de segunda clase o justicia para pobres”.

Uno de los principales factores que causó esta situación es la ausencia de una visión sistémica de los espacios de resolución de conflictos que permitiese abordar estrategias conjuntas vinculando las esferas alternativas con la resolución judicial de los conflictos. En ese sentido, parece necesario identificar dos grandes espacios: Por un lado, los mecanismos colaborativos en los que particulares negocian una serie de intereses y necesidades entre las partes amparados en la propia autonomía de la voluntad de las partes y, por otro lado, el sistema de justicia que tiene a su cargo la tutela y el reconocimiento de derechos a las personas que deciden interponer una demanda o son demandadas. Teniendo clara esta distinción “para que los acuerdos entre los particulares funcionen de forma correcta, debe existir la posibilidad de que, en cualquier momento, una de las partes pueda interrumpir la negociación y acudir a la vía judicial”. El funcionamiento de los MASC sin este efecto disua-

---

<sup>32</sup> SANDER, *Varieties of dispute...*, cit., pág. 86.

sorio del sistema judicial, puede generar efectos negativos y desigualdad entre las partes<sup>33</sup>.

Por lo tanto, sin perjuicio de que se valora positivamente la expansión que han tenido los MASC en las últimas décadas, es necesario recordar la importancia de que exista una cercanía y una expectativa de actuación del Poder Judicial. En estos supuestos en los que los MASC funcionan de forma demasiado ajena al sistema de justicia ordinario, algunos autores han hablado incluso de la necesidad de rescatar las opciones del proceso judicial como una “alternativa a las alternativas”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> CEJA, FANDIÑO M. (Coord) op cit. Pág. 9.

<sup>34</sup> TARUFFO, M. “Una alternativa a las alternativas. Patrones para la solución de conflictos.”. en Consideraciones sobre la prueba judicial” TARUFFO, M., IBÁÑEZ, P.A., CANDAU, A., Fontanamara, México, 2011.

## CAPÍTULO 2. LOS MÉTODOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

A continuación estableceremos un marco teórico y conceptual que permita identificar cómo la doctrina del derecho procesal y la resolución de conflictos se ha acercado a los MASC y describiremos los principales mecanismos utilizados a nivel internacional.

### 2.1. AUTOTUTELA, AUTOCOMPOSICIÓN Y HETEROCOMPOSICIÓN

Como señala MORENO CATENA, la gran importancia del proceso en las sociedades avanzadas no puede hacernos olvidar el hecho de que es sólo uno de los remedios posibles para la resolución de controversias, y es acompañado por la autotutela, la autocomposición y otros mecanismos de heterocomposición. Evidentemente, la tutela jurisdiccional nace históricamente por la asunción del monopolio de la justicia por el poder político, prohibiendo precisamente la autotutela, impidiendo que las personas integradas en la organización social sobre la que se ejercía ese poder pudieran tomarse la justicia por su mano<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Vid. ALCALÁ-ZAMORA, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", *RD* *ib.*, 1972, págs. 480-482. Esto lleva al Estado a prohibir la realización arbitraria del propio Derecho (art. 337 CP) y a sentar a nivel constitucional el acceso efectivo a los tribunales (art. 24 CE); vid. GIMENO, *Fundamentos del Derecho Procesal* pág. 23 y MONTERO, *Introducción...*, cit., pág. 91.

Indicaba CALAMANDREI que “la prohibición de autodefensa, tal como existe en los ordenamientos modernos, es el resultado de una larga y trabajosa evolución. En una asociación primitiva, en la que no existía por encima de los individuos, más autoridad superior capaz de decidir y de imponer su decisión, no se puede pensar, para resolver los conflictos de intereses entre coasociados, más que en dos medios: o en el acuerdo voluntario entre dos interesados en el contrato, dirigido a establecer amistosamente cuál de los intereses opuestos debería prevalecer, o cuando no se llegase a un acuerdo, en el choque violento entre los interesados –autodefensa–<sup>36</sup>. Entre los métodos heterocompositivos se encuentran la jurisdicción y el arbitraje, que, según la doctrina procesalista tradicional serían “métodos más perfectos”<sup>37</sup>, que, sin embargo, sólo son perfectos en la teoría: al ser mecanismos muy utilizados, entre otras circunstancias, cuestiones como la tardanza, el coste, la difícil ejecución en el ámbito procesal, y el coste y la dificultad en la ejecución del arbitraje lastran la adecuación de estos mecanismos, abriéndose la puerta a otros modelos.

ALCALÁ-ZAMORA ya señalaba que dentro de la evolución de los medios de solución de los conflictos la autocomposición aparece como una fórmula más civilizada, y cuyo desarrollo es “pleno y conscientemente jurídico, con independencia de los móviles internos que a ella conduzcan en concreto”<sup>38</sup>.

Como bien apunta GIMENO, el conflicto es solucionado por los propios interesados, sin que se altere la naturaleza autocompositiva por la eventual intervención de un tercero, cuya función se limita a aproximar a las partes con el fin de producir un acuerdo (tercero *inter partes* y no *supra partes*)<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Vid. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1962, pág. 147.

<sup>37</sup> Vid. MORENO CATENA, Resolución Jurídica de Conflictos, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid: 2013, así como GIMENO, *Fundamentos...*, cit., pág. 24; e incluso ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición...*, cit., pág. 32, la calificaba como la más *progresiva*.

<sup>38</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición...*, cit., págs. 30 y 31.

<sup>39</sup> MORENO CATENA, “Resolución...”, cit.

La doctrina procesalista tradicional ha distinguido entre métodos autocompositivos en unilaterales y bilaterales: el allanamiento y la renuncia son unilaterales, mientras que la transacción y en algunos casos el desistimiento son bilaterales<sup>40</sup>. Además de esta comprensión de las formas de resolución de conflictos, la visión basada en la materia o referente para la resolución puede ser también muy esclarecedora en la actualidad.

Como se puede observar, existe cierto consenso en la doctrina procesalista acerca de la diversidad de métodos de resolución de conflictos existente, entre los cuales el proceso judicial es una de las opciones posible. A pesar de ello, todavía se aprecia cierta dificultad a la hora de naturalizar la función que debe tener el Poder Judicial en la gestión y resolución de los conflictos.

En ese sentido, en la comunidad jurídica todavía predomina una visión bastante tradicional que únicamente percibe al sistema judicial como una instancia para la reclamación de derechos y pretensiones y no tanto como instancia para la resolución de conflictos, independientemente de la forma e intensidad con la que estos se manifiestan. En ese sentido, resulta importante destacar el trabajo del procesalista argentino Alberto Binder quien en varias de sus obras identifica al sistema judicial como un subsistema de las políticas de gestión de la conflictividad presentes en todas las sociedades.

## 2.2. RESOLUCIÓN BASADA EN PODER, DERECHO E INTERESES

Además de la aproximación a la resolución de conflictos del procesalismo continental hispano-italiano, es muy interesante la aproximación análoga de los profesores URY GOLDBERG y BRETT, que focalizan la resolución de conflictos no ya según el método utilizado sino a partir de la materia sobre la que se resuelve<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Vid. MORENO CATENA, así como GIMENO, pág. 23 y ss.

<sup>41</sup> URY, BRETT, GOLDBERG, *Getting disputes resolved. Designing systems to cut the costs of conflicts*, San Francisco, CA, EE.UU., 1988, 201 págs.

Quizá esta clasificación es más adecuada en la actualidad, pues nos permite poner el interés de la resolución de conflictos en los intereses, y no en el derecho en sí. La resolución de conflictos basada en intereses no supone que sea contraria al derecho o la ley: el profesor MNOOKIN ya adelantó en su artículo "Bargaining in the shadow of the law" (Negociando a la sombra del derecho), que era posible llegar a acuerdos en el ámbito dispositivo del derecho pero incluso también en ámbitos no dispositivos por naturaleza como el relativo a la ruptura familiar. Concretamente apunta que "los padres que se divorcian no negocian sobre la división de los bienes y la custodia en un vacío: negocian a la sombra del derecho"<sup>42</sup>. Las partes negocian sabiendo o teniendo unas referencias más o menos aproximadas de lo que un tribunal concedería y de la probabilidad de ejecutar la resolución en sus términos, además de los costes económicos, temporales e incluso emocionales de todo ello. La persona en conflicto, ante esta perspectiva, negocia hasta los límites que considera dejen de ser convenientes para ella, habida cuenta del cálculo de la situación fuera de la negociación<sup>43</sup>.

Señalan URY, BRETT y GOLDBERG que en un conflicto las partes tienen ciertos intereses, que además existen relevantes estándares o derechos existentes como guías en el contexto en el que se desenvuelven y además existe un cierto equilibrio de poder entre las partes. Intereses, derechos y poder son los tres elementos básicos de un conflicto, y, para resolverlo, las partes pueden focalizar su atención en uno o más de estos factores: pueden intentar reconciliar sus intereses, pueden buscar la afirmación externa de quién tiene razón o derecho, o pueden incluso intentar hacer prevalecer por su poder su posición.

La idea principal que ofrecen URY *et alii* es que no todos los conflictos pueden o deben ser resueltos a través del acuerdo;

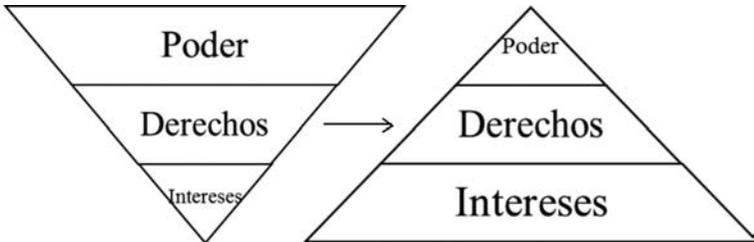
---

<sup>42</sup> MNOOKIN, R, y KORNHAUSER, Bargaining in the shadow or the law: the case of divorce, The Yale Law Journal, vol. 88, N° 5, Dispute Resolution, abril 1979, pág. 968.

<sup>43</sup> Lo que se puede obtener fuera de la negociación es el llamado BATNA o MAAN, mejor alternativa a un acuerdo negociado, y que en este tipo de conflictos sería la resolución otorgada por el juez en la realidad de ejecución aplicable.

procedimientos basados en derecho o en poder pueden solucionar cuestiones que una solución basada en intereses no puede conseguir. El problema es que los procedimientos de poder o derecho son usados habitualmente, cuando no son necesarios: un procedimiento que debería ser la última vía es usada la primera.

El uso de estas vías es visto por URY *et alii* como una estructura piramidal invertida en los sistemas jurídicos con dificultades, y que ha de modificarse por una estructura piramidal para que los sistemas jurídicos sean efectivos.



La excesiva judicialización de los conflictos no es un denominador común de los países latinos; también se observa esta tendencia en países con democracias recientes, en las que los ciudadanos buscan en la justicia el cumplimiento de las obligaciones de sus contrapartes<sup>44</sup>. Esta estructura de sistemas de resolución de conflictos eficaz es hoy en día más clara que nunca: la litigiosidad excesiva en la que recaen los países produce, además de insatisfacción para los justiciables y reducción de la confianza en el sistema, ralentización de la economía y pérdida de oportunidades de generar riqueza<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Vid. Informe del CEPEJ, así como Doing Bussines del Banco Mundial, entre otros estudios.

<sup>45</sup> Vid. MORA SANGUINETTI, J., "Evidencia reciente...", cit.

### 2.3. ESPECTRO DE MÉTODOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Entre los Métodos Adecuados de Solución de Conflictos podemos encontrar una grandísima variedad en los distintos países. Sin embargo, son los países anglosajones los que más modalidades han desarrollado.

Podemos clasificar los métodos por distintos criterios: por una parte, autocompositivos o bien heterocompositivos, de acuerdo con la tradición italiana, seguida por la española y en general la latinoamericana tradicional, sin embargo parece que se queda descolgada de la evolución actual, y quizá es más conveniente distinguir por ámbitos materiales, describiendo los métodos aplicables en materias dispositivas de otros que se desarrollan en ámbitos especiales, como el familiar<sup>46</sup>.

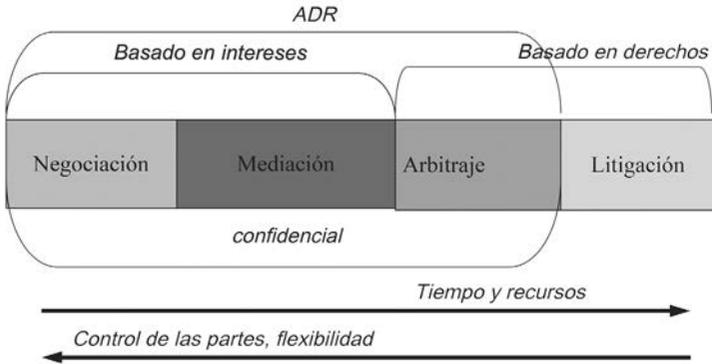
Organizaremos los métodos de menor a mayor control de las partes, esto es, empezando por los procedimientos en los que las partes tienen menor control y mayor el tercero, para acabar con los que menos control tiene el tercero y más las partes.

---

<sup>46</sup> Los mecanismos de resolución de conflictos en el ámbito penal coinciden en algunos casos con los del ámbito civil, y teniendo en cuenta que el objetivo en justicia restaurativa es la restauración a la víctima y no el acuerdo en sí, su tramitación y elementos serán diferentes. Es ilustrativo el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de Naciones Unidas, que recoge procedimientos poco desarrollados en los países no anglosajones. Además de la mediación penal o VOM, bien conocida en todo el mundo, existen mecanismos genéricos que son utilizables como la Conferencia de grupo familiar y la Mediación comunitaria, pero también otros mecanismos específicos como los Círculos restaurativos, los Círculos sentenciadores y los Paneles restaurativos.

Accesible en [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)

## Espectro de sistemas de resolución de conflictos



Fuente: Elaboración propia en base a la fuente de la nota al pie<sup>47</sup>.

### 2.3.1. Métodos autocompositivos de solución de conflictos para materias disponibles

A continuación describiremos una serie de métodos autónomos de solución de conflictos que usualmente suelen utilizarse para la resolución de conflictos que afectan a materias disponibles<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Basado en Sander, Varieties of Conflict processing, cit., Moore, The mediation process, cit., y Sander y Rozdeiczner, Selecting an Appropriate Dispute Resolution Procedure: Detailed Analysis and Simplified Solution, en Handbook of Dispute Resolution, EE.UU.: Jossey Bass, 2005.

<sup>48</sup> En la Guía de procedimientos de resolución de conflictos del Colegio de Abogados de Estados Unidos se hace una recopilación de métodos híbridos, heterocompositivos y autocompositivos, como son: Juicio de jurado sumario, Maestro especial (Special Master), Conferencia de conciliación, Juicio privado, Juicio Provisional (Pro Tem), Coordinación de parentalidad, Ombudsman o Defensor, Tercero neutral de Investigación de hechos, Negociación, Programa Multi-Puertas, Mini-Trial, Mediación, Conferencia de Grupo Familiar, Facilitación, Evaluación neutral temprana, Evaluación del caso y Arbitraje. Vid. The Guide to Dispute Resolution Processes, ABA, Sección de Resolución de Conflictos, Estados Unidos, 2006 Accesible en: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/draftbrochure.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/draftbrochure.authcheckdam.pdf)

## **Arbitraje**

El arbitraje es un procedimiento privado, donde las partes en conflicto acuerdan que uno o varios árbitros decidan definitivamente sobre la controversia tras recibir alegaciones y pruebas, basándose en derecho o en equidad. Las partes pueden mantener la confidencialidad.

En los países anglosajones el proceso de arbitraje puede ser vinculante o no vinculante, mientras que la generalidad internacional y nacional es que sólo sea vinculante.

La resolución o laudo es ejecutable ante la jurisdicción, y esto es precisamente la objeción mayor al arbitraje: si las partes no cumplen voluntariamente el laudo, ha de tramitarse judicialmente su ejecución, con los problemas relacionados de tardanza e ineficacia.

El arbitraje ha tenido una gran expansión debido al apoyo que ha recibido por las cámaras de comercio y organizaciones empresariales. En aquellos países con sistemas de justicia civil obsoletos es visto como una alternativa más costosa, pero con mejores tiempos de resolución y con mayor confiabilidad que el proceso judicial.

## **Medarb y Procedimientos híbridos de arbitraje y mediación**

En el Medarb se combinan los elementos más positivos de la mediación y el arbitraje: la toma de decisión por las partes y la certeza de que el asunto quedará en un corto tiempo zanjado si no por un acuerdo, por un laudo, emitido por la misma persona que ha desempeñado la actividad de mediador.

De las variaciones del híbrido entre arbitraje y mediación pueden encontrarse las siguientes entre otras<sup>49</sup>: que el tercero no sea el mismo para las dos actividades, que se produzca primero

---

<sup>49</sup> Vid. SÁIZ GARITAONANDIA, A., “El MEDARB como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras”, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid: 2013.

el arbitraje (Arbmed, con reserva del laudo en sobre cerrado), Medarb con posibilidad de opción (posibilidad de pedir en el Medarb puro el cambio de tercero para la fase de arbitraje), Mediación con arbitraje de oferta final (MEDALOA), en la que las partes entregan oferta final si no hay acuerdo y el tercero elige la oferta más razonable, y Medarb flexible, en el que se abren ventanas para hacer mediación gestionada por el árbitro o por un mediador.

También existen regulaciones específicas de híbrido entre mediación y administrador concursal, como en España<sup>50</sup>.

### ***Tercero neutral de Investigación de hechos***

Este es un proceso en el que un tercero neutral, seleccionado ya sea por las partes en conflicto o por el tribunal, investiga una cuestión y reporta a través de informes o de su testimonio ante el tribunal. El proceso de investigación neutral es particularmente útil para la resolución de disputas científicas.

### ***Minijudio***

El minijudio es un proceso privado, consensual, donde los abogados de cada parte realizan una breve presentación del caso como si fuera un juicio. Las presentaciones son observadas por un asesor neutral y por los representantes (por lo general los ejecutivos de negocios de alto nivel) de cada lado que tienen autoridad para resolver el conflicto. Al final de las presentaciones, los representantes tratan de resolver el conflicto. Si los representantes no permiten resolver la disputa, el asesor neutral, a petición de las partes, podrá servir como mediador o puede emitir un dictamen no vinculante sobre el resultado probable en los tribunales.

---

<sup>50</sup> Vid. SOLETO MUÑOZ, H., "La mediación concursal, especialidad de la mediación civil y mercantil", págs. 77 a 101. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*; N° 98 mayo-agosto 2016.

### ***Juicio Provisional (Pro Tem)***

En este procedimiento las partes eligen fecha para el juicio y el tribunal designa a un abogado para servir de juez provisional. El juez Pro Tem tiene los mismos poderes de un juez ordinario, y tomará una decisión basada en prueba y los argumentos presentados durante el juicio. Cada parte en un juicio Pro Tem debe seguir las mismas reglas y procedimientos legales que en un proceso normal. Al usarse, se excluye el juicio por jurado, y dependiendo de las reglas del tribunal, la decisión del juez Pro Tem puede ser apelable ante los tribunales.

### ***Juicio de jurado sumario***

En estos juicios sumarios, los abogados de cada parte hacen presentaciones a un jurado de seis miembros (extraídos de la lista de miembros del jurado) y a un juez o magistrado que preside. El jurado sumario ofrece un veredicto consultivo, que es con frecuencia útil para conseguir un acuerdo, ya que las partes tienen una evaluación realista de su caso.

### ***Juicio privado***

El juicio privado es un proceso en el que las partes acuerdan contratar a una persona neutral como juez privado, que es a menudo un ex juez con experiencia en el área de la controversia, y que escucha el caso y toma una decisión de una manera similar a un juez. Dependiendo de las reglas del tribunal, la decisión del juez privado puede ser apelable ante los tribunales.

### ***Evaluación del caso***

La evaluación de su caso es un procedimiento no vinculante en el que las partes en una controversia presentan los hechos y las cuestiones ante un evaluador neutral. El evaluador informa a las partes sobre las fortalezas y debilidades de sus respectivas posiciones, y evalúa cómo se decidiría por los tribunales. Su evaluación no es vinculante, y las partes pueden utilizar esta información para alcanzar una solución mutuamente aceptable.

### ***Evaluación neutral temprana***

La evaluación neutral temprana es un proceso que puede llevarse a cabo poco después de que un caso ha sido presentado ante los tribunales. El caso se entrega a un tercero, normalmente un abogado, a quien se le pedirá que proporcione una evaluación equilibrada y objetiva de la controversia. Las partes o bien presentan observaciones por escrito o se reúnen en persona con el experto. El experto identifica los puntos fuertes y débiles de cada una de las partes y valora el probable posible resultado del juicio. Esta evaluación puede ayudar a las partes a pesar su caso y puede propiciar una solución.

### ***Conciliación***

La conciliación es un proceso en el que un tercero interviene en un conflicto para realizar una justa composición del mismo. Este trabajo puede ser realizado de forma extrajudicial o puede ser realizado intrajudicialmente. La mayoría de los códigos procesales civiles de países de tradición continental la regulan como una facultad del juez o magistrado asignado al caso. El propósito de la conciliación es tratar de resolver el caso antes de la audiencia o juicio. La conciliación en los países europeos y latinoamericanos también puede ser gestionada, además del Juez, por un miembro del tribunal (Secretario del Tribunal o análogo) o de la Administración. Ha de tenerse en cuenta también que conciliación y mediación pueden ser términos análogos en distintos ordenamientos<sup>51</sup>.

### ***Facilitación***

La facilitación es un proceso en el que un tercero con conocimientos de negociación ayuda a un grupo de dos o más personas a discutir temas que tienen que ser resueltos por el grupo. Esto puede incluir asistencia en la definición y el análisis de los

---

<sup>51</sup> En algunos países se califica como conciliación a lo que en abordamos aquí como mediación, y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional se regula la conciliación como paraguas en el que la mediación estaría incluida.

problemas, el desarrollo de alternativas y la ejecución de las soluciones acordadas. Un facilitador puede ayudar a mejorar la comunicación, la creación de consenso y toma de decisiones entre los individuos en una variedad de entornos, incluyendo grupos comunitarios, corporativos, educativos y familiares.

La facilitación es un procedimiento usado habitualmente en el ámbito comunitario, como cuestiones que afectan al medio ambiente, uso de la tierra, recursos naturales, derechos humanos, inclusión de minorías o procesos participativos. Se han desarrollado procedimientos específicos para grupos grandes, como el World Café<sup>52</sup> o el Espacio Abierto<sup>53</sup>.

### **Mediación**

La mediación es un proceso privado, donde una tercera persona neutral llamada mediador, sin autoridad para imponer una solución, ayuda a las partes en conflicto promoviendo el diálogo, para que alcancen por sí mismas una solución válida para todos los implicados. Las partes tienen la oportunidad de describir los problemas y discutir sus intereses, emociones y posibles soluciones.

En algunos países los tribunales pueden ordenar que ciertos casos se deriven a mediación, o invitar a las partes a que intenten la mediación, en todo caso el proceso sigue siendo voluntario dado que no se requiere a las partes a llegar a un acuerdo.

### **Práctica Colaborativa**

El Derecho Colaborativo es la forma de resolución de conflictos que evita completamente los Tribunales, salvo para la ho-

---

<sup>52</sup> <http://www.theworldcafe.com>, o BROWN, J. y ISAACS, D., *The World Café*, World Cafe Community, Berrett-Koehler Publishers, 2005.

<sup>53</sup> Vid. Documento Conceptual EUROSOCIAL-COMJIB [https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjX9OKO8oDQAhXHthQKHevlD8YQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fes.slideshare.net%2FEUROsociAL-II%2Fdocumento-conceptual-mascen-amrica-latina&usg=AFQjCNFQRTfoCfWkvUonlYGE0DhD\\_7BopQ&bvm=bv.136811127,d.bGg](https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjX9OKO8oDQAhXHthQKHevlD8YQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fes.slideshare.net%2FEUROsociAL-II%2Fdocumento-conceptual-mascen-amrica-latina&usg=AFQjCNFQRTfoCfWkvUonlYGE0DhD_7BopQ&bvm=bv.136811127,d.bGg)

mologación en su caso del acuerdo, y se gestiona a través de reuniones en las que las partes, asesoradas por sus abogados, intentan llegar a un acuerdo<sup>54</sup>. El abogado colaborativo se compromete con su cliente a intentar resolver el conflicto de forma colaborativa, trabajando conjuntamente con el abogado contrario, negociando, acudiendo a mediación o a otros terceros neutrales como psicólogos, educadores, trabajadores sociales, coaches o contables.

Conforme a lo estipulado en los acuerdos entre clientes y abogados que se suelen firmar en estos casos, lo tratado es confidencial, y si no fuera posible la consecución del acuerdo y fuera ineludible el acceso contencioso a los Tribunales, el abogado participante hasta el momento cesaría en su función y el cliente se vería representado por otro abogado.

### ***Negociación***

La negociación es un proceso voluntario y por lo general no estructurado en el que las partes identifican temas de interés, exploran las opciones para la resolución de los problemas en la búsqueda de un acuerdo mutuamente aceptable para resolver las cuestiones planteadas. Las partes contendientes podrán ser representadas por abogados u otros representantes en la negociación.

La negociación es la forma de resolución de conflictos en la que las partes interesadas llegan a su solución por sí mismas a través del diálogo. Se distinguen principalmente dos maneras de desarrollar la negociación: la negociación distributiva (también conocida como mercadeo o regateo) y la negociación integradora<sup>55</sup>.

La negociación distributiva se basa en que las partes defienden sus posiciones –lo que piden–, sin entrar a estudiar otros ele-

---

<sup>54</sup> Vid. SOLETO MUÑOZ, H., Presente y futuro de la resolución de conflictos, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid: 2013.

<sup>55</sup> Vid. SOLETO MUÑOZ, H., “Negociación”, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid: 2013.

mentos de la negociación. Sería una negociación en la que el vendedor reclama un valor de venta  $X$ , y el posible comprador un valor de compra  $Y$ , y reducen en caso de llegar a un acuerdo, el espacio entre las dos posiciones hasta llegar a un punto común satisfactorio para ambos. Este tipo de negociación es considerado como no basado en intereses (si bien los intereses bien entendidos de las partes sustentan sus posiciones) y su uso en general no conlleva una mejora de las relaciones entre las partes, sino más bien un deterioro de las relaciones de las partes, además de una ganancia no óptima, que se podía haber producido si las partes exploraran conjuntamente sus intereses. La negociación distributiva parte de la idea de repartir entre los negociadores, y por el contrario, la negociación integradora se basa en la idea de la cooperación y de la satisfacción de los intereses de las partes.

### **2.3.2. Procedimientos específicos para ámbito familiar**

Además de la negociación, el Derecho Colaborativo o sobre todo la mediación, que son aplicables en general a prácticamente todos los ámbitos conflictuales, incluida la crisis familiar, se han desarrollado otros mecanismos que son exclusivos para materias que afectan a las relaciones familiares.

#### ***Conferencia de Grupo Familiar***

La conferencia de Grupo Familiar es una reunión entre miembros de una familia y miembros de su entorno. En Estados Unidos este modelo se utiliza para trabajar en un plan para acabar con el abuso y otros malos tratos entre sus miembros, o para preparar sesiones judiciales relativas a decisiones sobre guarda y custodia de menores y se produce en un procedimiento preparado y asesorado por expertos en resolución de conflictos y del ámbito de servicios sociales.

Es un método originado en Nueva Zelanda, y extendido para tratar cuestiones a nivel comunitario, social o incluso penal, que es utilizado sobre todo para casos como pequeños robos en tiendas, cometidos por menores o jóvenes.

### ***Coordinación de parentalidad***

La coordinación de parentalidad es un procedimiento de resolución centrada en el bienestar de los menores en el que un experto en resolución de conflictos con formación de mediador ayuda a los padres en conflictos para desarrollar un plan de crianza, facilitando la resolución de sus controversias y educando a los padres sobre las necesidades de los niños. Puede, con la aprobación previa de las partes y/o del tribunal, tomar decisiones en el marco que le permita la orden judicial o el contrato. Este mecanismo se está extendiendo desde Estados Unidos y Canadá a los países europeos con gran eficacia.

### ***Círculos de paz y círculos de diálogo***

En aquellos conflictos en los cuales se haya causado un daño a una de las partes, se propone el uso de la justicia restaurativa con la finalidad de poder restituir el daño causado a la víctima y ayudar a la reinserción efectiva del ofensor. Para poder alcanzar el paradigma de la justicia restaurativa pueden llevarse a cabo varios tipos de procesos. Uno de los más comunes son los llamados círculos de diálogo o círculos de paz en algunos países de América Latina. Es un método basado en la realización de reuniones entre las personas que desean resolver sus conflictos para que puedan reconstruir sus relaciones interpersonales, así como contribuir a la solución de su conflicto en base a las ventajas que la comunicación ofrece. Además, también tienen un gran potencial en la recomposición de los lazos comunitarios.

#### **2.3.3. Otros mecanismos**

##### ***Ombudsman o Defensor***

Un ombudsman es un tercero seleccionado por una institución como una Universidad, un Hospital o una agencia gubernamental para investigar las quejas de los empleados, clientes o ciudadanos. El defensor trabaja dentro de la institución para investigar las quejas de forma independiente e imparcial. El proceso es voluntario, privado y no vinculante.

### ***Maestro especial (Special Master)***

El maestro especial es normalmente un abogado que supervisa la actividad que le encarga el juez, como acompañar a agentes de la autoridad en las búsquedas de documentos en posesión o bajo el control de profesionales con especial protección, como abogados, médicos, psicoterapeutas o clero.

### ***Programa Multi-Puertas (Multi-door Courthouse)***

El concepto tribunal multi-puertas es aquel que ofrece múltiples puertas o programas de resolución de conflictos. El primer paso del tribunal multi-puertas es la evaluación de los casos para poder orientarlos hacia el mejor método de solución disponible.. Una de las características de este sistema es la presencia de un juez que toma decisiones relevantes sobre el curso de los casos y que, eventualmente, puede ofrecer una solución adjudicativa. Los objetivos de un enfoque multi-puertas son ofrecer a los ciudadanos un acceso fácil a la justicia, reducir la tardanza, y proporcionar enlaces a servicios relacionados.

## CAPÍTULO 3. LA MEDIACIÓN

Una vez identificados los principales Métodos Autocompositivos de Solución de Conflictos se profundizará en el mecanismo de la mediación y de los elementos característicos y principios que la conforman.

### 3.1. DISTINCIÓN DE OTROS MECANISMOS

En principio, la distinción entre conciliación y mediación no es evidente: ambas figuras se confunden en distintas legislaciones y doctrina: en los distintos países e incluso en el mismo país, para diversos ámbitos jurídicos, la institución de la mediación y la conciliación no se distinguen claramente, y a veces se intercambian sus nombres.

En los últimos tiempos, en los países anglosajones se observa una mayor definición de la mediación, al identificarse con un tipo de autocomposición en el que el tercero ajeno al órgano enjuiciador tiene una formación específica y utiliza determinadas técnicas, procedimientos y estrategias, y esta es también la visión adoptada por el Consejo de Europa y la Unión Europea en sus recomendaciones y normativas en general, y por lo tanto extendida en los países europeos<sup>56</sup>. En América Latina,

---

<sup>56</sup> En el artículo 3 de 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 dispone que "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) "mediación": 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 su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro".

mediación y conciliación son los mecanismos de resolución de conflictos más conocidos junto con el arbitraje. Existe bastante consenso acerca de entender que la principal diferencia es el rol que tiene el tercero que interviene en el conflicto. Mientras que el mediador tiene una función de acercar a las partes, al conciliador se le asigna la posibilidad de presentar fórmulas de acuerdo. Por el contrario, la ley modelo de Naciones Unidas se denomina ley de conciliación aunque pretende recoger todas las formas posibles análogas<sup>57</sup>.

La Directiva de 2008 citada contiene una definición aceptada por los Estados de la UE, entre los que se encuentran algunos de cultura jurídica anglosajona. Se 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 su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro

La mediación aparece como una forma de asunción por los ciudadanos de la responsabilidad en la toma de decisiones, a través de la cual las partes en conflicto llegan por sí mismas a una solución con la ayuda de un mediador, que con una for-

---

<sup>57</sup> Así, se recoge en el artículo 1. 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002) que: “A los efectos de la presente Ley, se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.”. En el apartado 7 de la Guía se señala que “En la Ley Modelo se utiliza el término “conciliación” para englobar todos esos procedimientos. Los profesionales del derecho hacen distinciones entre esos conceptos en función del método empleado por el tercero o del grado en que el tercero interviene en el proceso” Ley Modelo y guía disponible en [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf)

mación específica y conforme a la normativa vigente, ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento.

## 3.2. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN

Los principios que informan la mediación son la voluntariedad, la igualdad, la confidencialidad, la neutralidad y la imparcialidad.

### 3.2.1. Principios relativos al procedimiento

El procedimiento de mediación se estructura en torno a los principios de voluntariedad, flexibilidad y confidencialidad.

#### a) *Voluntariedad*

La voluntariedad en la mediación es consustancial al procedimiento: son las partes las que llegan a su propio acuerdo, por lo que su libertad en cuanto a la consecución o no del acuerdo es evidente.

Sin embargo, es habitual la obligatoriedad de intentar la mediación en algunos ordenamientos en relación con determinadas materias, y ello podría vulnerar este principio de voluntariedad.

La autonomía de la voluntad se traduce en el proceso civil en el principio dispositivo, que supone que el objeto y la pretensión pertenecen a las partes y que el juzgador tiene un deber de congruencia<sup>58</sup>, principio que, como es sabido, incide parcial y no totalmente en el proceso de familia como consecuencia del interés público subyacente<sup>59</sup>. Es conveniente, conforme a la voluntariedad, consecuencia del principio de libre disposición, que las partes acudan voluntariamente a la mediación, sin embargo, ello no puede suceder si no conocen las características de la mediación, lo que quiere salvar los ordenamientos que exigen el intento de mediación por las partes.

<sup>58</sup> Vid. GIMENO SENDRA, *Fundamentos...*

<sup>59</sup> SOLETO, "El interés público en el proceso de familia", *Revista de Derecho de Familia*, Nº 18, Lex Nova, 2003.

Aparece como obstáculo a establecer la obligatoriedad para las partes de la asistencia a la sesión informativa la exigencia constitucional de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. ¿Cómo combinar ambos intereses? Curiosamente, la mediación tiene como finalidad hacer dueñas a las partes de su conflicto, puesto que el mediador auxilia a las partes a llegar a su acuerdo, sin embargo, una invitación a mediación puede ser entendida por las partes como una vulneración de sus derechos procesales. De establecerse una obligatoriedad de asistencia a la sesión informativa, deberíamos establecer consecuencias al incumplimiento. Parece imposible asumir la denegación del acceso a la jurisdicción, o una limitación de los derechos procesales de la parte que incumpla la obligación. Una multa podría ser admisible, si bien se podría cuestionar desde el punto de vista constitucional, pero que podría justificarse en caso de mediación familiar y existir menores, dado que el principio general de protección del menor impregna nuestro ordenamiento.

La propia Directiva de mayo de 2008 se refiere a la voluntariedad de la mediación como uno de sus elementos básicos, si bien también se señala en el artículo 5, sobre recurso a la mediación, en el apartado 2, que “no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”, con lo que se admite cierto grado de injerencia sobre la voluntad de las partes pero a la vez garantizando el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>60</sup>.

En general, en los países de Europa se fomenta el uso de la mediación en el ámbito familiar, y en algunos países el Tribunal

---

<sup>60</sup> ORTUÑO y HERNÁNDEZ, *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos: la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 110/2007 [http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/xmlimport-mAcNhe.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-mAcNhe.pdf) pág. 56, se refieren a la posibilidad de establecer una multa para la parte que no participe, o incluso a una condena en costas si sus peticiones no se ven recogidas por el Juez.

puede derivar obligatoriamente a las partes a una primera sesión de mediación<sup>61</sup>, mientras que en otros países se favorece su uso, o se opta por la obligatoriedad de acudir a una sesión informativa sobre los efectos de la ruptura en los hijos para iniciar una acción legal como en el Reino Unido o Estados Unidos<sup>62</sup>.

Es evidente que establecer la obligatoriedad del intento de mediación en los procesos contenciosos de familia que afecten a menores de edad es perfectamente defendible jurídicamente e incluso constitucionalmente, ya que el principio de interés del menor justifica completamente la exigencia procedimental. Pero incluso se podría ir más allá: si el legislador observa espacios en los que la adecuación de la mediación o de otro sistema de resolución de conflictos es muy claro, bien por rapidez, protección al consumidor o por el peso de principios o intereses susceptibles de especial protección, podría exigir al ciudadano que acuda a ellos de forma previa. Esto puede ocurrir por ejemplo, además de temas relativos a menores, respecto a conflictos de consumo o procedimientos de impago de hipoteca, entre otros.

En América Latina existe mucha experiencia en la obligatoriedad de asistir a una audiencia de mediación antes de poder iniciar un procedimiento judicial. En Argentina este fenómeno se inicia en el año 1995 y todavía se encuentra vigente en el régimen nacional así como en muchas provincias del país. Por su parte, Colombia inicia en 1991 un sistema de conciliación

---

<sup>61</sup> Rapport d'Information de la Asssemblée Nationale, Francia, pág. 28.

<sup>62</sup> En Estados Unidos la variedad en cuanto a resolución alternativa de conflictos es muy amplia, y depende en gran medida de cada Estado e incluso de cada Condado y Tribunal. El origen de la derivación obligatoria puede estar en California, Estado en el que en 1980 se impuso la mediación obligatoria. Vid. MENKEL-MEADOW, "Roots and inspirations: a brief history of the Foundations of Dispute Resolution", en *Handbook of dispute resolution*, BORDONE y MOFFIT dirs., pág. 21. Varios estudios se han realizado sobre la mediación "obligatoria", como el de WISSLER, R. L., "The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts", *Willamette Law Review*, 33, 1977, págs. 565-579 cuyo resultado apunta la ventaja de la mediación para los abogados, que la recomiendan a sus clientes posteriores tras haber tenido experiencias de mediación obligatoria.

previa obligatoria. La forma más precisa de denominar a estas audiencias de mediación es que son un requisito de procedibilidad, esto es, que es necesario que se hayan realizado para poder interponer una demanda judicial.

El objetivo inicial de establecer estos sistemas de mediación previa fue la necesidad de ayudar a la descongestión de los sistemas judiciales civiles latinoamericanos que se caracterizan por unos tiempos de resolución muy extensos. Con el paso del tiempo también se fue identificando que podrían ser instancias que mejorasen los graves problemas de acceso a la justicia.

Hasta el momento, no se ha obtenido información empírica que permita acreditar que se hayan producido grandes beneficios con la aparición de estas instancias obligatorias. Un estudio del año 2015<sup>63</sup> acerca de la mediación obligatoria en Argentina identifica graves problemas en el funcionamiento de esta institución. Desde el Centro de Estudios de Justicia de las Américas se ha insistido en la necesidad de avanzar hacia una “racionalización de la obligatoriedad”<sup>64</sup>. En muchos casos, el legislador establece la obligatoriedad de que grandes volúmenes de casos tengan que acceder a mediación cuando no siempre existen posibilidades de resolución real de los mismos. Por el contrario, se propone que pueda hacerse un análisis más profundo para establecer la obligatoriedad solamente en aquellos tipos de casos en los que se presuma que existan mejores condiciones para la resolución colaborativa de los conflictos.

### **b) Flexibilidad**

La flexibilidad es una característica o principio de nueva generación en resolución de conflictos, que asegura su eficacia práctica, y que lo aleja de las estructuras regladas del proceso, lo que supone una primera dificultad para su comprensión por parte de los operadores jurídicos tradicionales. La flexibilidad para organizar los procedimientos de mediación permite que se puedan gestionar de la forma más adecuada, dependiendo de

---

<sup>63</sup> GIANNINI, L., La mediación obligatoria en Argentina..., cit.

<sup>64</sup> Guía para la implementación... CEJA, 2016.

los recursos personales y materiales disponibles, los horarios y forma de vida de los operadores y las partes, circunstancias personales, etc.

Así, por ejemplo, es habitual iniciar la mediación en asuntos civiles con las partes al mismo tiempo, sin embargo en algunos programas o casos se inicia separadamente, o, por ejemplo, en relación con las reuniones privadas del mediador con las partes (caucus) en algunos casos es adecuado realizarlas sistemáticamente, mientras que en otros puede ser sólo a solicitud de parte...

Un error que hay que evitar es regular en exceso los mecanismos adecuados de resolución de conflictos, en un afán de acercarlos a la seguridad de lo que hasta ahora hemos desarrollado enormemente, el proceso. Si se norman en demasía, pasan a ser rígidos y no adecuados para las realidades que se puedan presentar. Es preferible optar por una regulación mínima, que permita la adaptación a la casuística del conflicto, en continua evolución por ser consustancial al ser humano.

Se hacía referencia a esta tensión entre regular o no en la guía de la ley modelo de Naciones Unidas<sup>65</sup>:

*“Se considera, por tanto, de importancia crucial la flexibilidad que permiten los procedimientos de conciliación y la posibilidad de adaptar el proceso a las circunstancias de cada caso y a los deseos de las partes... Esa flexibilidad ha dado lugar a la opinión generalizada de que no es necesario regular jurídicamente un proceso que tanto depende de la voluntad de las partes. De hecho, se ha considerado que las normas legislativas restringirían y socavarían indebidamente el proceso de conciliación. Se consideró, en general, que utilizar normas contractuales era la manera adecuada de ofrecer certeza y previsibilidad...”*

---

<sup>65</sup> Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002).

En la Directiva de la UE de 2008 se señala en el considerando número 17 que

*“Los Estados miembros deben definir mecanismos de este tipo, que pueden incluir el recurso a soluciones disponibles en el mercado, pero no deben quedar obligados a aportar financiación para ello. 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”.*

Por otro lado, en las 100 Reglas de Brasilia del año 2008, la regla 34 establece que “se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”. Si bien no se menciona explícitamente el concepto de flexibilidad, la regla alude a la importancia de reducir los requisitos para la práctica de los actos. De esta forma, podemos apreciar la importancia de que la mediación se caracterice por un procedimiento ágil poco burocratizado y desformalizado para que finalmente pueda tener éxito.

### **c) Confidencialidad**

La confidencialidad de la mediación es un principio o característica que posibilita que determinadas cuestiones que se conozcan en el procedimiento de mediación queden fuera del conocimiento de la otra parte o de terceras personas.

El alcance de la confidencialidad se recoge en la Directiva de Mediación de 2008 de la UE, en su artículo 7, titulado “Confidencialidad de la mediación”<sup>66</sup>:

---

<sup>66</sup> 1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre

Así, de acuerdo con BARONA la confidencialidad es un principio de actuación que garantiza el procedimiento y que afecta a las partes y al mediador, que no podrán utilizar la información obtenida fuera del procedimiento de mediación<sup>67</sup>.

CARRETERO señala para el mediador es un deber y un derecho, incluido en el secreto profesional, y que su incumplimiento derivaría responsabilidad hacia las partes, tal como se contempla en la Directiva 2008/52/CE, en la que al regularse el deber de confidencialidad se limita a los mediadores y de las personas que participan en el procedimiento de administración de la mediación, pero nada refiere respecto de las partes protagonistas del conflicto<sup>68</sup>.

Evidentemente, los abogados participantes habrán de desarrollar sus estrategias en relación con qué información van a desvelar en las sesiones y protegerla adecuadamente, y en este

---

la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:

- a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o
  - b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.
2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación.

Por su parte, en el artículo 9 de la Ley Modelo de Naciones Unidas se apunta que “A menos que las partes convengan otra cosa, toda información relativa al procedimiento conciliatorio deberá considerarse confidencial, salvo que su divulgación esté prescrita por ley o que sea necesaria a efectos del cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción”.

<sup>67</sup> BARONA VILAR, S., “Solución extrajurisdiccional de conflictos con ojos de mujer: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA y ORDEÑANA dirs., *La resolución alternativa de conflictos. Segunda edición de las jornadas Justicia con ojos de mujer*, celebradas en la Facultad de Derecho de UPV/EHU el 26 de noviembre de 2009, Argita-rapen Zerbitua S.E., 2011, pág. 42.

<sup>68</sup> Vid. CARRETERO MORALES, “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Ventajas de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid: 2013, así como CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Madrid: Dykinson, 2017.

sentido la más garantista a efectos de disminuir el riesgo de uso de información confidencial en el futuro es revelar en su caso la información sólo al mediador en sesiones individuales, conocidas como caucus.

### **3.2.2. Principios relativos al mediador**

#### ***d) Imparcialidad***

El mediador, que habrá de contar con la formación adecuada y cumplir con los requisitos normativos en el ámbito de su ejercicio, ha de regir su actuación por el principio de imparcialidad, sin favorecer a ninguna de las partes. Podemos distinguir la imparcialidad como la actitud respecto de las partes de la neutralidad, respecto del objeto de conflicto.

La imparcialidad es una característica básica de un sistema heterocompositivo, en el que el tercero decide un conflicto sin tener interés en favorecer a ninguna de las partes. En la mediación, el tercero no es decisor, pero su actitud durante el proceso debe también suponer una distancia equilibrada respecto a las partes que no suponga parcialidad.

En la Directiva de mediación de 2008 de la UE, al definir al mediador se hace hincapié en su imparcialidad (art. 3. b): “todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”, y también cuando se aborda la calidad de la mediación (art. 4.2): “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”, y, por su parte, en la Ley Modelo de la ONU se hace referencia a la imparcialidad del tercero en el artículo 5.4 y 5.5. como una característica básica.

La ley modelo de mediación de Estados Unidos, del año 2003, también se refiere a la imparcialidad en su artículo 5, sección

9g, aunque se apunta que en el caso de mediadores que pertenezcan a entidades que son parte en el procedimiento es moderable este principio.

La imparcialidad supone una neutralidad del mediador respecto de las partes, y que, cuando se refiere al objeto del litigio se denomina como neutralidad. Afirma PILLADO que la neutralidad “se predica de la relación del mediador consigo mismo, teniendo en cuenta sus valores, prejuicios, emociones, formación profesional, etc.; mientras que la imparcialidad se ejerce frente a las partes, intentando atender a ambas con la misma atención, en aras del equilibrio de posiciones que se presentan frente al mediador”<sup>69</sup>.

Indica CARRETERO que “La neutralidad implica el especial cuidado que el mediador ha de tener para que su escala personal de valores y creencias no trascienda en su quehacer profesional de forma que los mismos pretendan prevalecer sobre los de las propias partes”<sup>70</sup>. MOORE aclara que “la necesidad de imparcialidad y neutralidad no significa que un mediador no pueda tener opiniones personales acerca del resultado de una disputa. [ ] Lo que la imparcialidad y la neutralidad en efecto significan es que el mediador puede separar sus opiniones de los deseos de los litigantes y concentrarse en los modos de ayudar a las partes a formular sus propias decisiones sin favorecer impropriamente a una de ellas. La prueba final de la imparcialidad y la neutralidad del mediador en definitiva está en las partes. Ellas deben percibir que el interventor no se muestra francamente parcial o partidista si se quiere que acepten su ayuda”<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), *Mediación y Resolución de Conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 363.

<sup>70</sup> CARRETERO, -“El papel de mediador tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid: 2013.

<sup>71</sup> MOORE, C. W., *El proceso de mediación*, Granica, Buenos Aires, 2006, pág. 46.

Se observa que ni en la ley modelo ni en la Directiva de la UE de 2008 se hace referencia a la igualdad. La igualdad es un principio esencial procesal y procedimental, sin embargo en el ámbito de la mediación, que se rige por la flexibilidad, sería contraproducente establecer límites al procedimiento. El mediador será el que decida en cada momento la intervención de las partes con la asimetría que considere necesaria en las circunstancias. En este sentido, en el artículo 6.3 de la Ley Modelo de Naciones unidas se señala una pauta de conducta para el mediador, pero no una regla procedimental, sino más bien de carácter ético, reflejando su debida imparcialidad: “en cualquier caso, el conciliador procurará dar a las partes un tratamiento equitativo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

En la práctica, en muchas ocasiones, el principio de imparcialidad se pone a prueba cuando el mediador observa una situación de desigualdad entre las partes. Imaginemos el caso de una audiencia de mediación entre una empresa representada por su abogado y su gerente general y un trabajador que acude sin representación de abogado. En estos casos, el mediador podría, por ejemplo, dar la oportunidad al trabajador a que consiga un abogado pudiendo incluso convocar una nueva audiencia para más adelante. Estas posibilidades surgen en base al funcionamiento flexible que mencionamos con anterioridad y es importante que el mediador pueda identificar hasta dónde alcanza su capacidad de subsanar la desigualdad entre las partes sin necesariamente afectar el principio de confidencialidad. Una mala práctica sería, por ejemplo, el caso en que el mediador directamente se pone de parte del trabajador para subsidiar la ausencia de abogado.

### **3.3. RELACIÓN CON EL SISTEMA DE JUSTICIA**

Los métodos adecuados de resolución de conflictos pueden tener una relación muy variada con el sistema de justicia oficial, desde una relación de complementación a una de ajenidad, pasando por ser una alternativa.

Para ello, es muy ilustrativa la clasificación que hace el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo<sup>72</sup> distinguiendo tres formas distintas en las que los sistemas de justicia informal pueden vincularse con el sistema judicial.

- **Coexistencia:** En estos casos, no existe conexión real entre los mecanismos adecuados y el sistema de justicia oficial. La legislación suele señalar los tipos de casos que se pueden resolver pero no se establecen procedimientos de apelación o mecanismos de transferencia de información o derivación de casos.
- **Integración limitada:** Son aquellos casos en los que existen una serie de procedimientos y mecanismos en los que el sistema colaborativo se conecta con el sistema de justicia. Por ejemplo, se produce la derivación de casos entre éstos y existe posibilidad de compartir información. Se suele delimitar la competencia entre el sistema informal y el formal para evitar duplicidades y conflictos.
- **Integración sustancial:** En estos casos el sistema informal se constituye como un componente más del sistema de justicia oficial. Esto sucede cuando, por ejemplo se crean centros de mediación anexos a tribunales a los cuales los jueces pueden derivar casos que ya han sido conocidos por ellos. También se entiende que existe una integración sustancial cuando se establecen de forma obligatoria ya que integrarían el primer escalafón de acceso al sistema de justicia.

En un estudio de CEJA<sup>73</sup>, se constató que de 207 mecanismos alternativos al proceso judicial identificados en 19 países de América Latina y el Caribe, 62 de estos eran coexistentes, 84 tenían integración limitada y 61 integración sustancial.

<sup>72</sup> *Informal Justice Systems: charting a Course for Human Rights-Based Engagement*, PNUD, Unicef y NU Mujeres, 2012, <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/Access%20to%20Justice%20and%20Rule%20of%20Law/Informal-Justice-Systems-Charting-a-Course-for-Human-Rights-Based-Engagement.pdf>

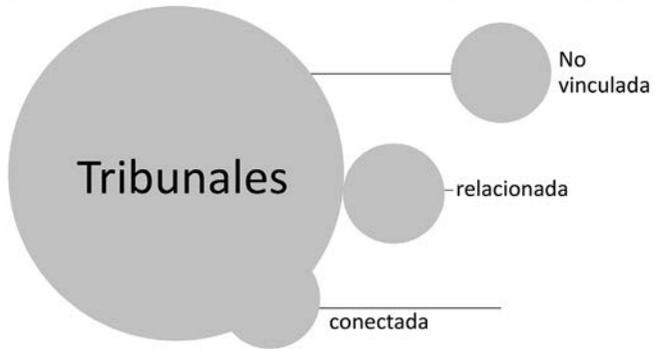
<sup>73</sup> CEJA, FANDIÑO M. (Coord) op cit. Pág. 9.

En la actualidad, la mayoría de los métodos compositivos tienen algún grado de integración con el sistema de justicia por lo que tienen un carácter complementario, y no suponen alternativa, tal como se asumió en el último cuarto de siglo pasado con el auge del arbitraje. El uso del arbitraje es muy limitado, y la mayoría de los asuntos se resuelven con estos métodos de forma complementaria al proceso, siendo, en muy contadas veces, auténticas alternativas al sistema de justicia. Incluso la afirmación de que el arbitraje es un sistema alternativo tiene un corto recorrido, al precisarse la colaboración de la Administración de Justicia para hacer eficaz de forma forzosa el laudo si las partes no lo cumplen voluntariamente.

La evolución actual de la Justicia supone una comprensión de la función Justicia como algo más amplio que el dictado y la ejecución de resoluciones, integrándose los métodos adecuados de resolución de conflictos como un divertimiento inicial, final o definitivo en relación con la posibilidad de acudir a los tribunales, que complementa al proceso (por ejemplo cuando el Juez invita a las partes a acudir a mediación en su divorcio contencioso) bien porque lo evita (por ejemplo cuando las partes negocian y no inician pleito) bien porque lo simplifica (cuando por ejemplo las partes llegan a través de la mediación u otro mecanismo a acuerdos parciales durante el proceso) o facilita su ejecución (por ejemplo las partes acuerdan una vez dictada sentencia una ejecución diferente y no se acude a la fase de ejecución procesal).

En ese sentido, es importante avanzar hacia una concepción integral de los métodos adecuados que permita que éstos puedan operar en cualquier momento del proceso judicial. La mayoría de sistemas de justicia civiles basados en la tradición continental europea todavía tienen una visión bastante rígida de los métodos de resolución de conflictos, como por ejemplo cuando se limitan solamente al intento de conciliación en la audiencia preliminar.

## Modelos de relación de la Mediación con el Sistema Procesal



### 3.3.1. La mediación conectada al Tribunal

La mediación es una forma de resolución de conflictos que puede darse en el ámbito privado o estar vinculada con un proceso vivo. Cada vez es más habitual el establecimiento de programas de resolución adecuada de conflictos vinculada a los tribunales, en la línea de lo que el profesor Sander adelantó en el año 1976 y que se ha desarrollado enormemente en los países del ámbito anglosajón.

La principal metodología que incluyen los tribunales en el mundo es la mediación, la “puerta” a la que los tribunales derivan los asuntos para los que consideran más adecuado que se procure llegar a un acuerdo con la ayuda de un tercero, el mediador.

Este modelo de mediación ha sido llamado mediación vinculada a los tribunales, mediación judicial o mediación intrajudicial. Se trata de aquel proceso de mediación que se lleve a cabo una vez se haya iniciado un proceso a través de demanda, y en cualquier momento de su devenir, es decir, que es posible que exista mediación al principio del proceso civil, en pleno proceso e incluso en fase de ejecución de sentencia<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> Vid. SOLETO MUÑOZ, H., La mediación conectada a los tribunales, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid: 2013.

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

Sería más correcto hacer referencia a la mediación conectada con el Tribunal, tal como se denomina a esta clase de mediación en el sistema estadounidense (*court-connected mediation*), aunque en otros países de Europa en general se denomina mediación judicial, como en Bélgica, donde la distinguen de la voluntaria<sup>75</sup>, o en Francia de la convencional<sup>76</sup>.

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

### **3.3.2. La mediación no conectada al Tribunal**

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

---

<sup>75</sup> Vid. Loi 21 février 2005 modifiant lo code judiciaire en ce que concerne la médiation. La médiation en Europe..., cit., pág. 8.

<sup>76</sup> Rapport d'Information sur la médiation en Europe, Asssemblée nationale, 13 de febrero de 2007, presentado por Floch, J., pág. 14. ORTUÑO y HERNÁNDEZ se refieren también a la mediación privada o contractualista: Sistemas alternativos..., cit., pág. 41.

Existe la posibilidad de que los servicios de mediación no se encuentren vinculados al Tribunal y que, por lo tanto, tengan dependencia institucional de diversa índole. Por ejemplo, podrían pertenecer a otra institución del Estado como al Ministerio de Justicia, podrían pertenecer a un municipio o incluso podrían pertenecer a organizaciones de la sociedad civil o no gubernamentales. En muchos países, los servicios de mediación son ofrecidos por mediadores o centros de mediación particulares o privados. En estos casos, el Estado suele hacer un trabajo de certificación o supervisión de las condiciones necesarias para ejercer el servicio como, por ejemplo, a través de la creación de un Registro de Mediadores. En el caso de Chile, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos realiza un proceso muy importante de evaluación y seguimiento al servicio que prestan los centros de mediación en materia de familia.

En estos casos, la mediación se ofrece como un servicio más en el mercado de las soluciones de conflictos, pudiendo los particulares optar a que su conflicto sea resuelto a través de la mediación. En países como Argentina, en los que se ha establecido la mediación obligatoria, esto ha supuesto la consolidación de un mercado muy importante para los mediadores. Esto también supone un problema ya que los intereses gremiales generan una presión muy fuerte, que impide que pueda ser evaluado y reconsiderado el funcionamiento del sistema de mediación.

En la mayoría de países que tienen servicios de mediación separados de los tribunales existen mecanismos para poder conectar los casos en mediación con los procedimientos judiciales. Por ejemplo, en aquellos países donde la mediación es un requisito de procedibilidad, se requiere la constancia de una mediación o un intento de mediación para poder interponer la demanda. A su vez, también suele estar permitida la posibilidad de que el juez en medio del proceso autorice que la causa sea remitida a un centro de mediación. De todas formas, a pesar de que se hayan generado mecanismos que facilitan la derivación y la coordinación, no se obtiene la rapidez y la comodidad de los centros anexo a tribunales.

Finalmente, el hecho de que los centros de mediación no estén integrados al Poder Judicial puede tener consecuencias negativas y positiva en el éxito del proceso de mediación. En primer lugar, muchas veces los ciudadanos no se comprometen tanto con la mediación cuando no existe un requerimiento oficial. Por ejemplo, se ha detectado que en países de América Latina en los que el servicio de mediación se ofrece de forma externa al Poder Judicial las tasas de inasistencia a audiencia de mediación y de incumplimiento de acuerdos son muy elevadas ya que las personas no sienten una obligación, a diferencia de lo que suele suceder cuando existe algún grado de participación de la justicia oficial. Por otro lado, una de las ventajas de que los servicios de mediación sean externos al Poder Judicial tiene que ver con que evitan el “contagio” del ritualismo y de la excesiva burocracia presente en los órganos jurisdiccionales. Tal y como vimos al hablar del principio de flexibilidad, es importante que los mediadores puedan ser conscientes de que su trabajo debe seguir unas reglas mínimas, pero debe ser desarrollado con flexibilidad y sin un excesivo apego a los formalismos.

# CAPÍTULO 4.

## EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

No existe un solo procedimiento de mediación; por el contrario, la característica de la flexibilidad de la mediación facilita la diversidad del diseño del procedimiento concreto por parte de mediadores, servicios de mediación, Juzgados, o usuarios en conjunto con los anteriores, dependiendo de las características del conflicto, la situación estructural y las necesidades de las partes.

Veremos en este capítulo la variabilidad de los abordajes en la mediación para posteriormente desarrollar un procedimiento genérico para asuntos civiles.

### 4.1. LA VARIABILIDAD DE LA MEDIACIÓN

El mediador puede desarrollar diversas formas de actuación en su trabajo, adaptándose a las necesidades del caso, lo que aumenta las posibilidades de éxito y, sobre todo, garantiza la adecuación del procedimiento de mediación al conflicto concreto. Un mediador, enfrentado a conflictos de muy diversa índole, organizará diferentemente las sesiones de mediación, y podrá desarrollar diferentes estrategias y utilizar diversas técnicas para facilitar el acuerdo.

La posibilidad de variación del mediador en cuanto a su forma de trabajo es una consecuencia de su buena formación y su visión estratégica del conflicto. La adaptación de la mediación al tipo de conflicto suele suponer una especial organización de las sesiones, la organización de la participación de las partes, sus abogados y terceros, y la estrategia y técnicas.

#### **4.1.1. Variabilidad en la organización de sesiones**

La forma de organización de las sesiones en mediación viene dada por factores como la especialidad de la materia, características del conflicto, necesidades de las partes y las limitaciones temporales y económicas de las partes.

##### **a) *Organización de sesiones***

Las necesidades emocionales o prácticas de las partes pueden aconsejar la organización de sesiones de forma diferente. Así, por ejemplo, frente a un conflicto familiar, su actuación, si es posible, se organizará en sesiones separadas en el tiempo, como una sesión a la semana, que facilite tiempo de reflexión y que las partes puedan evolucionar en su conflicto. También, en el ámbito familiar, si las partes viven en países diferentes, se organizará la mediación en sesiones de larga duración en días seguidos.

En el ámbito civil de carácter económico o empresarial, las sesiones de mediación suelen organizarse en una única sesión o en sesiones largas en días consecutivos, por la dificultad de reunir a partes y abogados por un lado, y la ausencia o levedad en general de conflicto emocional y la necesidad de resolución urgente, por otro.

Los conflictos civiles entre particulares suelen organizarse en sesiones separadas en el tiempo tal como ocurre con conflictos familiares si existe peso emocional del conflicto, y lo mismo es aplicable a los conflictos penales relacionados con cuestiones civiles, como delitos relacionados con la familia o la convivencia familiar, vecinal o laboral.

Los conflictos de consumo suelen solucionarse en una sola sesión, dada la poca relevancia del conflicto emocional en general, y los conflictos de carácter hipotecario o relacionados con la vivienda suelen organizarse sin reuniones entre las partes, si bien existe una continua comunicación del mediador con las dos partes, de forma asíncrona, por la complejidad del

conflicto y las variadas circunstancias con relevancia jurídica y económica que puedan llevar a la solución.

### ***b) Entrevistas individuales o caucus***

Las sesiones de mediación pueden organizarse para que la persona mediadora y las partes se encuentren de forma simultánea o por separado, siempre comunicando a todas las partes las reuniones que tengan lugar por separado. Las entrevistas individuales o sesiones individuales con las partes son elementos contingentes, y su programación dependerá del tipo de conflicto a mediar, del desarrollo de las sesiones de mediación y de las inclinaciones del mediador.

En primer lugar, como hemos señalado, existen conflictos que se abordan principalmente a través de entrevistas individuales, también llamadas “caucus”. Este es el caso de los conflictos penales o de conflictos muy agudos en los que las partes no desean reunirse, aunque también el de los conflictos mercantiles, en el que la confidencialidad de la información es muy relevante.

En segundo lugar, en ocasiones, las sesiones conjuntas se desarrollan de tal forma que el mediador considera adecuado reunirse con las partes separadamente. Esto se producirá por ejemplo cuando existan bloqueos en la mediación, o se presume que alguna de las partes oculta información. La sesión individual con cada una de las partes irá encaminada a obtener esa información, que a la vez no podrá ser desvelada si así lo desea la parte, en virtud del principio de confidencialidad.

Por último, ha de señalarse que algunos mediadores se encuentran cómodos trabajando con sesiones individuales y las programan rutinariamente, y que por el contrario otros mediadores y modelos de mediación excluyen terminantemente o generalmente las sesiones individuales. Ha de tenerse en cuenta que las sesiones individuales pueden ofrecer ventajas como mayor información y comprensión de los intereses de las partes, sin embargo son susceptibles de producir recelos entre las partes y desconfianza sobre la imparcialidad del mediador. Por ello habrá

de valorar éste su aplicabilidad al caso concreto. En el caso de mediación con participación constante de abogados, es también posible la reunión del mediador con las partes o con los abogados separadamente, por ejemplo, para tratar cuestiones puramente jurídicas, o de otra clase, que es llamada “cross-caucus”.

#### **4.1.2. Variabilidad en la participación de las partes**

En principio, la mediación se contempla como un diálogo entre las partes guiado por el mediador, aunque no es extraño que terceros distintos de las partes intervengan durante todo el proceso de mediación o durante algunas de las sesiones.

La forma de la participación de las partes en una mediación viene a depender de factores como la naturaleza del conflicto, las partes en conflicto, el servicio de mediación utilizado, el tiempo disponible o la visión del mediador.

##### **a) *La participación de los abogados***

Los abogados son los participantes más habituales en las mediaciones; de hecho, en algunos países y ámbitos la mediación se lleva a cabo únicamente con los abogados, y contándose con una presencia casi testimonial de las partes/clientes.

El papel del abogado en la mediación es diferente en el caso de conflictos de familia frente a los conflictos económicos. En el primer caso, el abogado suele tener un papel de protección de la parte pero no de protagonismo, que sí suele tener en el segundo caso. Algunos mediadores consideran principal la participación del abogado en la mediación civil económica, si bien en general se suele dar un especial tratamiento protagonista a las partes si desean tenerlo.

En los conflictos de ruptura de pareja suelen participar en las sesiones de mediación las partes, y en ocasiones sus abogados, normalmente al inicio, al final del procedimiento y cuando fuera necesaria su participación, mientras que cuando se trabaja la mediación sin trascendencia jurídica su participación no es necesaria.

En los conflictos civiles de carácter económico, dependiendo de la entidad de las cuantías afectadas, puede ser habitual la participación de abogados o no. Para cuantías pequeñas, como en los conflictos de consumo, la presencia del abogado es menos habitual, así como en los conflictos hipotecarios. En todo caso, el mediador siempre ha de procurar equilibrar el acompañamiento de las partes, es decir, en el caso de que una de las partes desee acudir con su abogado, solicitar a la otra parte que acuda con el suyo.

### **b) Participación de terceros**

En cuanto a la participación de terceros, como niños, abuelos, y otras personas que participan desde su punto de vista personal, o incluso expertos neutrales que participan profesionalmente, depende de la preferencia de las partes y el mediador, que habrán de negociar la forma y alcance de su participación. La gran ventaja de la mediación es la apertura a la participación de sujetos que el proceso excluiría en ocasiones como no relevantes pero que en la práctica pueden tener incidencia en la solución, bien por la exposición de sus intereses, bien por la aportación de su conocimiento.

Si las partes o el mediador consideran que debe participar otra persona –un hijo, una nueva pareja o un abuelo, por ejemplo– ello debe ser gestionado por el mediador, y ha de tenerse en cuenta que la participación de un tercero puede tener finalidades muy distintas: la presencia del menor es susceptible de mejorar el acuerdo sobre el tiempo que han de pasar los padres con él. Además, hay que mencionar que es común que las normativas tiendan a atribuir al menor el derecho a ser oído en cualquier procedimiento administrativo y judicial<sup>77</sup>.

En este punto concreto dos notas son significativas: por un lado, que el principio del interés superior del menor guíe toda mediación en la que una persona menor de edad pueda verse afecta-

<sup>77</sup> Vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar”, en *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, N° 67, 2015, págs. 79-115.

da y, al mismo tiempo, es de suma importancia hacer referencia al deber que se suele imponer a la persona mediadora<sup>78</sup> de velar por el respeto a dicho principio *favor minoris*.

Por otro lado, la presencia del abuelo sirve para poner de manifiesto sus necesidades pero también es posible que en una sesión de mediación las partes llamen a un perito o especialista para que les explique su informe (esto puede tener sentido en el ámbito de conflictos mercantiles). La posibilidad de intervención de operadores no ha de ser rechazada de plano, sino valorada en cada caso.

#### **4.1.3. Variabilidad en el uso de estrategias y técnicas**

El mediador utilizará una serie de estrategias y técnicas variables dependiendo de la naturaleza del conflicto, las partes y las necesidades y características estructurales.

##### **a) Clasificación de los estilos de mediación**

Es habitual que el mediador en el inicio de su formación intente entender qué formas distintas de mediación existen, clasificándolas en un número y forma asequible. De esta necesidad de concreción se ha desarrollado la idea de las diversas “escuelas” de mediación, destacando la lineal, la transformativa<sup>79</sup> y la narrativa<sup>80</sup>, si bien es tendencia el incremento de modelos<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Por ejemplo, en las legislaciones de las Comunidades Autónomas de España sobre mediación familiar.

<sup>79</sup> Vid. BUSH, B., FOLGER, J., *La promesa de mediación*, Barcelona: Gránica, 2009 (1ª Ed. *The promise of mediation*, Willey, 1994) Los mismos autores.

<sup>80</sup> COBB, S., *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Barcelona: Gedisa, 2016, (1ª ed. *Speaking of violence. The politics and poetics of narrative conflict resolution*, Nueva York, 2013). COBB se refiere a su obra con RIFKIN, J., “Practice and paradox: deconstructing neutrality in mediation”, en *Law & Social Inquiry*, 1991, págs. 35 a 62, y a la de WINSLADE, J. y MONK, G. D., *Narrative Mediation: A new approach to conflict resolution*, San Francisco: 2000.

<sup>81</sup> Es habitual que se desarrollen modelos de mediación en la que domine determinada característica y se intente por sus creadores o defensores atribuir a este modelo de una entidad específica, por ejemplo, basado en el uso o no del caucus, la participación o no de abogados, la censura de

En lo que toca la mediación “transformativa”, BUSH y FOLGER distinguen la aproximación evaluativa, focalizada en el acuerdo, frente a una transformativa, basada en el empoderamiento de las partes. Estos autores con el objetivo de aclarar el modelo propuesto indican diez características de la mediación transformativa, que no estaría centrada en la transformación de las personas (pues, como bien dicen, este objetivo sería completamente directivo o evaluativo), sino en su empoderamiento<sup>82</sup>.

Por su parte, la mediación “narrativa” se centra en el discurso y la retroalimentación entre las partes para el reconocimiento,

---

determinada característica de otro modelo y sustitución por otro, o basado en determinado abordaje psicológico, etc.

<sup>82</sup> Así afirman que “If third parties were to try to ‘transform’ disputants, or pursue any agenda beyond the parties’ own wishes, this would directly negate the goal of empowerment. Attempting to change or transform the parties would be as directive as attempting to construct settlements for them. Clearly, this cannot be (and is not) what transformative theory suggests for practice”. FOLGER, J., y BUSH, R.A.B. “Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice”, *Mediation Quarterly*, 13, 4, 1996, pág. 277). Señalan que las diez características de una práctica transformativa serían:

1. “La intervención inicial del mediador lo dice todo”: Describir el papel y los objetivos del mediador en términos basados en el empoderamiento y el reconocimiento.
2. “En última instancia, es la decisión de las partes”: Dejar la responsabilidad de los resultados a las partes.
3. “Las partes conocen mejor su situación”: Negarse conscientemente a juzgar las opiniones y decisiones de las partes.
4. “Las partes tienen lo que se necesita”: Tomar una visión optimista de la capacidad y los motivos de las partes.
5. “Los sentimientos son relevantes”: Permitir y ser sensible a la expresión de emociones de las partes.
6. “La claridad surge de la confusión”: Permitir y explorar la incertidumbre de las partes.
7. “La acción está ‘en la habitación’”: Permanecer enfocado en el aquí y ahora de la interacción del conflicto.
8. “Discutir el pasado tiene valor para el presente”: Ser receptivo a las declaraciones de las partes sobre los acontecimientos pasados.
9. “El conflicto puede ser un asunto de larga duración”: Observar la intervención como un punto en una secuencia más larga de interacción conflictual.
10. “Cuentan los pasitos”: Sentir éxito cuando se produce, aunque sea en pequeña medida, el empoderamiento y el reconocimiento.

muy adecuado en conflictos violentos o justicia restaurativa en general.

En realidad, la idea de limitación de la forma de hacer mediación en “escuelas” choca con la realidad compleja y variada de los conflictos, las partes y la actuación de los mediadores, y consideramos que a efectos de comprensión puede tener sentido. Sin embargo, la mayoría de los mediadores utilizará a lo largo de su práctica aproximaciones más variadas y complejas que las que se describen por estos estilos<sup>83</sup>.

Ha existido gran debate sobre esta cuestión, y en general la mayoría de la doctrina distingue los referidos estilos facilitativo y directivo o evaluativo. RISKIN, con su idea de una parrilla en la que podríamos organizar la actuación del mediador de forma facilitativa a evaluativa y relacionarla con la complejidad del conflicto<sup>84</sup>, ha dado pie a numerosos desarrollos de la doctrina<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> MOORE distingue escuelas orientadas al proceso, a la relación o al elemento sustantivo de la mediación, y señala muy acertadamente que muy pocos mediadores practican de una forma “devota” las directrices de la escuela, y que precisamente este tipo de adherentes y proponentes de cada escuela argumentan a menudo que si no practicas la mediación de tal forma, no eres mediador, y que no estás ofreciendo una “verdadera” mediación. MOORE, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 4ª ed., San Francisco (EE.UU.): Jossey-Bass, 2014, Parte 1.2.

<sup>84</sup> RISKIN, L. L., “Understanding Mediators’ Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 1:7, Primavera 1996.

<sup>85</sup> Así por ejemplo, ABRAMSON desarrolla una parrilla análoga a la de RISKIN teniendo en cuenta el estilo preferido tipo facilitativo-directivo del mediador y el de las partes para ilustrar la falta de adecuación cuando las orientaciones de las partes por un lado y del mediador son discordantes. Es decir, si las partes prefieren un mediador directivo y el mediador tiene un estilo predominantemente facilitativo, o lo contrario, la mediación será disfuncional. ABRAMSON, H., “The Culturally Suitable Mediator”, en *The Negotiator’s Fieldbook*, ABA, Washington D.C., 2006, pág. 597 y ss. También el propio RISKIN, “Decisionmaking in Mediation: The new old grid and the new new grid system”, *Notre Dame Law Review*, N° 79, 1, 2003, págs. 37 a 46.

### **b) Estilos facilitativo y evaluativo**

Simplificando las posibles aproximaciones al estilo del mediador, podemos distinguir principalmente dos estilos de mediación: el facilitativo, y el evaluativo.

El estilo facilitativo se basa en una aproximación a la mediación en la que el mediador no realiza evaluaciones o valoraciones de la situación, opciones, criterios y ofertas. Por otro lado, el estilo evaluativo supone un tipo de mediación en el que el mediador valora y verbaliza su opinión sobre la situación de las partes, opciones, criterios y ofertas.

Aunque distingamos estos dos estilos de forma lineal, la actividad del mediador puede situarse en un punto entre estos dos estilos extremos, con un componente predominantemente facilitativo o evaluativo, y que esta actividad debería, para ser de calidad, adaptarse a las necesidades y circunstancias. RISKIN se refiere a un “continuum” facilitativo-evaluativo para describir la variabilidad de un extremo al otro<sup>86</sup>.

A efectos de la propia autoevaluación o reflexión de un mediador, o la mejor comprensión por las partes o los abogados, es interesante tener en cuenta el planteamiento de MAYER, que se refiere a una “constelación” de posibles aproximaciones al estilo de mediación, tan compleja que propone la reflexión sobre varias preguntas que nos pueden ayudar a definir la aproximación del mediador<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> El continuum facilitativo-evaluativo que describe RISKIN concierne a las actividades del mediador, midiendo las estrategias y técnicas que el mediador utiliza para intentar resolver el problema. RISKIN, L. L., “Understanding Mediators’ Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 1:7, Primavera 1996, pág. 17. MAYER, “Facilitative Mediation.” en FOLBERG, MILNE, y SALEM eds., *Divorce Mediation: Models, Techniques, and Applications*. (2ª ed.) Nueva York: Guilford Press, 2004, se refiere a varios elementos que distinguen una mediación facilitativa: que se orienta hacia el procedimiento (opuesto a la materia), se centra en los clientes, se focaliza en la comunicación, y está basada en intereses.

<sup>87</sup> – ¿El mediador cree que las soluciones surgirán del intercambio de las partes entre sí, o el mediador se ve a sí mismo como el principal inter-

Ha de tenerse en cuenta que es un error muy habitual entre mediadores adoptar una visión superficial sobre los estilos de mediación facilitativo o evaluativo, considerando “prohibidas” o no deseadas las intervenciones del mediador que sugieran, propongan o coerzan a las partes a asumir una idea o acuerdo, pero que sin embargo en su práctica adoptan una estrategia de abordaje y comunicación que llevan a las partes a asumir esa idea o acuerdo que ya estaba en la mente del mediador como la más adecuada<sup>88</sup>. Nos referimos al mediador que evita pronunciarse en términos de “esta es una opción bastante buena” o “¿Han pensado en esta solución o esta otra?”, pero que a través de la estructuración del discurso y su comunicación verbal y no verbal lleva a las partes a escoger la opción más adecuada para el mediador.

Este tipo de mediación es de carácter fuertemente evaluativo o directivo, y aunque no tenga una forma directiva abierta o

---

mediario para la comunicación y la generación de soluciones?

- ¿El mediador se centra principalmente en una dimensión de conflicto (conductual, emocional o cognoscitiva), en una combinación de dos dimensiones o en las tres?
- ¿Cuánto énfasis pone el mediador en explorar las necesidades y preocupaciones subyacentes?
- ¿El mediador dedica un esfuerzo considerable a identificar alternativas a un acuerdo negociado (por ejemplo, ¿qué sucederá en el tribunal)?
- ¿El mediador ve el propósito de la mediación como resolver problemas, transformar relaciones o estimular un proceso constructivo de comunicación?
- ¿El mediador se ocupa de los elementos duraderos de un conflicto, o se centra principalmente en las cuestiones que se prestan a soluciones inmediatas?
- ¿Cuánta atención el mediador presta al discurso y al marco narrativo de un conflicto?
- ¿Cuán flexible es el mediador en su enfoque? ¿Considera el mediador que los litigantes tienen un papel importante en la determinación del enfoque que él o ella tomará?

MAYER, B., Capítulo 10, Mediation, en *The dynamics of the conflict, A guide to engagement and intervention*, Jossey Bass, 2012.

<sup>88</sup> Es muy ilustrativo el estudio de campo de Tiffany BUTTS, que reveló en muchas ocasiones el estilo descrito para sí mismo por el mediador no se correspondía con el que desarrollaban en la práctica. BUTTS, Tiffany, *Measuring mediator attitudes toward mediation: Developing the attitudes toward mediation scale*, (Tesis Doctoral) Universidad Rutgers, Nueva Jersey, 2010.

expresa, el mediador evalúa la situación y guía a las partes hacia el acuerdo que el mediador considera más adecuado. En la formación a mediadores se intenta hacer hincapié sobre este asunto, señalando que es desleal con todos “hacer trampa al solitario”.

El mediador debe ser consciente de sus inclinaciones y evaluar su actuación, y ofrecer un servicio adecuado y honesto, que pasará por ser facilitativo o más o menos evaluativo dependiendo de las circunstancias, pero sin necesidad de ser “camuflado” como facilitativo.

Por otra parte, la grandísima variabilidad de los conflictos y sus componentes jurídicos, las circunstancias materiales y personales, pueden aconsejar que el modelo de mediación que se desarrolle tenga una predominancia facilitativa o notas más o menos evaluativas.

### ***c) Conclusión: estilo ADECUADO de mediación***

En general, la mediación facilitativa es considerada la ideal por gran parte de los mediadores, sin embargo, hay que tener en cuenta que la mediación ideal es la mediación más adecuada para el caso y las partes.

Así, si nos encontramos con una mediación de tipo mercantil en la que las partes desean que el mediador participe activamente en la evaluación de las opciones, lo adecuado será desarrollar una mediación en algún grado evaluativa, que no ha de ser desechada o despreciada. Otro ejemplo lo podemos encontrar en el ámbito de la mediación hipotecaria, donde es habitual que las partes deseen que el mediador desarrolle un papel con tintes evaluadores, por ejemplo, podrá decir al consumidor que la oferta del banco es razonable, o generosa, o al banco que el ciudadano no puede ofrecer nada mejor, por ejemplo.

Existen muchas formas de hacer mediación, y dentro del marco jurídico en el que se desarrolle, se deberá practicar de la forma más adecuada, que en ocasiones pasará por ser de carácter evaluativo.

En todo caso, la realidad de la mediación es demasiado rica y flexible como para poder poner unos límites claros a diferentes estrategias y aproximaciones de forma absoluta.

Los mediadores inicialmente, probablemente por la formación recibida, es posible que se identifiquen con algún modelo, pero deberían asimilar la mayoría de estrategias y técnicas posibles, reflexionar sobre la riqueza de los posibles abordajes y configurar con la práctica su propio modelo de mediación, adaptado a la variabilidad de las necesidades de los casos.

## 4.2. TÉCNICAS

Las técnicas, actitudes y estrategias que el mediador puede utilizar durante un procedimiento de mediación son muy variadas y las empleará en distintos momentos, con diferente formulación y objetivos. Entre ellas podemos destacar las siguientes técnicas, que clasificamos en técnicas básicas comunicativas, técnicas estructurales y técnicas estratégicas, dependiendo de si el objetivo del mediador es ofrecer un sistema de comunicación básico, si pretende modificar la estructura de la comunicación y conflicto o sirven a determinada estrategia del mediador.

### 4.2.1. Técnicas básicas comunicativas

Las técnicas básicas del mediador son las de la comunicación, concretamente la escucha activa, la síntesis o resumen, la reformulación y las preguntas. Con estas técnicas el mediador persigue principalmente la comunicación entre las partes.

#### a) *Escucha activa*

La escucha activa es una técnica compleja, que reúne a su vez la técnica del resumen empático, la escucha no verbal y las preguntas.

**Descripción:** a través de la escucha activa el mediador recoge lo descrito por una de las partes a través de un resumen empá-

tico, identificando en su caso la emoción que siente o describe la parte, con una comunicación no verbal activa. La comunicación no verbal adecuada sería aquella que hace sentir a la parte escuchada y comprendida: mirada a los ojos, cuerpo y piernas del mediador alineados con la parte, etc.

**Objetivo:** Hacer sentir escuchada a la parte, recoger el máximo de información posible, objetivizar la información y a la vez recoger el sentimiento de la persona para que se sienta comprendida.

**Momento:** Esta es una técnica que se puede utilizar en cualquier momento, si bien lo más habitual será en la fase inicial de la mediación.

**Ejemplo:** (mediación familiar) Parte: “Para mí sería muy importante recuperar la custodia de mis hijos. Tengo claro que mis hijos no están bien con mi ex marido ya que él tiene problemas con las drogas y frecuente malas compañías. Esto ha generado mucho estrés para mí ya que en todo momento pienso en que mis hijos pueden estar viviendo situaciones muy incómodas e incluso peligrosas para ellos”.

Mediador: “Entiendo perfectamente su situación. Me queda claro que esa situación es compleja para usted y le genera una tensión muy importante. Me gustaría saber cómo están las cosas ahora. ¿Su situación sigue siendo la misma que me acaba de describir?”.

### **b) Síntesis**

**Descripción:** La síntesis es el resumen de lo señalado por las partes. En general, suele ser empático, identificando las emociones. En ocasiones no se identificará la emoción o se reducirá su grado, mientras que en otros casos puede ser más adecuado reflejar la emoción lo más intensamente posible, dependiendo del contexto, y, en todo caso, se enuncia de forma que las partes puedan corregir o participar en el resumen.

**Objetivo:** Hacer sentir escuchada a la parte, objetivizar la información, centrar el debate...

**Momento:** Esta es una técnica que se puede utilizar en cualquier momento, si bien lo más habitual será en la fase inicial de la mediación. También se utiliza en un estadio intermedio, para ordenar el avance en las etapas de mediación.

**Ejemplo:** (mediación familiar) Parte: “Desde que decidí que nos teníamos que separar la convivencia ha sido insoportable, no aguanto más, es un sinvivir, cada día no sé qué me voy a encontrar cuando llego a casa, además de que no tengo ganas de ir a casa, tengo miedo de que me monte un lío o pierda los nervios conmigo o con los niños, esto no hay quien lo aguante”.

Mediador: “Entiendo entonces que desde que llegó a la decisión de separarse la situación en casa es difícil”.

### c) **Reenmarcación**

**Descripción:** El mediador recoge la intervención de la parte y la reformula de forma objetiva y menos agresiva, positivizándola, poniéndole un “marco” diferente. También se hace como paráfrasis (“frase que, imitando en su estructura otra conocida, se formula con palabras diferentes” - RAE).

**Objetivo:** Recoger la información teñida de negatividad que ofrece una parte, de forma que se reduzca o elimine el ataque que contiene para que la otra parte pueda escuchar y entender el mensaje sin ponerse a la defensiva.

**Momento:** Cuando una de las partes tenga un discurso excesivamente agresivo para la otra parte, en el sentido de que no escuche o no sea empático con su contenido.

**Ejemplo:** (Mediación familiar) Parte: “Yo me ocupaba de los niños día y noche, no podía más, no podía dormir ni una sola noche más de cuatro horas, y el muy desgraciado ni se despertaba, y cuando lo hacía, se daba la vuelta”.

Mediador: “Entonces, Carmen, parece que por las noches te ocupabas tú de los niños y solían necesitar que los atendieras”.

#### **d) Parfraseo**

**Descripción:** Esta técnica consiste en verificar o decir con las propias palabras del mediador aquellas ideas que una de las partes acaba de expresar.

**Objetivo:** Clarificar el mensaje que las partes han expresado, comunicar interés por lo que las partes comunican y poder extraer connotaciones negativas del discurso de las partes.

**Momento:** Cuando el mediador sienta la necesidad de fijar la atención en el mensaje de una de las partes y cuando se quiera quitar alguna connotación negativa.

**Ejemplo:** Parte: “El problema es que él nunca tuvo la decencia de pagar la deuda que contrajo conmigo lo que me supuso caer en una importante depresión”.

Mediador: “Entonces, si no te he entendido mal, el impago de esa deuda tuvo efectos negativos en tu estado psicológico”.

#### **e) Preguntas**

**Descripción:** Las preguntas son una técnica básica en mediación, que pueden tener distintos objetivos y configuración, combinándose con otras técnicas. Existen varios tipos de preguntas pero en esta ocasión solo distinguiremos entre las abiertas y las cerradas. Las abiertas se utilizan en la fase inicial de la mediación, cuando el mediador busca dar protagonismo al relato de las partes. Por otro lado, las preguntas cerradas se formulan cuando el mediador busca tener algún dato o información más precisa.

**Objetivo:** Obtener información, hacer reflexionar y provocar reconocimiento.

**Momento:** Esta es una técnica apropiada para todo momento en el que el mediador considere que la intervención de las partes es adecuada y no se produce espontáneamente.

**Ejemplo de pregunta abierta:** Mediador: ¿Nos podría contar cuándo y cómo se iniciaron los problemas con su vecina?

**Ejemplo de pregunta cerrada:** (mediación comercial) Parte: “Estuvimos esperando el pago durante tres meses y no llegó”.

Mediador: “Cuéntame, ¿hicisteis alguna solicitud formal o informal?”.

#### 4.2.2. Técnicas estructurales

A través de estas técnicas el mediador pretende modificar la estructura de la comunicación de las partes en conflicto, provocando la reflexión productiva.

##### *f) Reformulación*

**Descripción:** En la reformulación se transforma una intervención de una parte de carácter poco productivo en una frase o pregunta relativa a cuestiones trascendentes en el conflicto como intereses, opciones o criterios objetivos, entre otros. La intervención inicial de la parte puede ser un discurso agresivo o poco conducente o una posición.

**Objetivo:** Producir la reflexión en las partes y guiarlas a hablar de cuestiones productivas en el procedimiento, como intereses, necesidades, criterios objetivos y soluciones, entre otros aspectos.

**Momento:** Cuando se identifique un discurso poco productivo o demasiado posicionado.

**Ejemplo:** (Mediación familiar) Parte: “Yo lo que quiero es la custodia compartida, es lo que quiero”.

Mediador: (reformulando a opciones) “Bueno, eso es una posibilidad, ¿qué otras se os ocurren?”.

Mediador: (reformulando a intereses) “Javier, cuéntame, ¿qué significa la custodia compartida para ti?”.

Mediador: (reformulando a criterios objetivos) “Posiblemente tengamos que volver a retomar ese concepto, hablemos ahora si os parece del tiempo que pasáis con vuestros hijos, ¿cómo os habéis organizado hasta ahora?”.

### g) *Normalización*

**Descripción:** La normalización es una técnica que supone recoger el sentimiento negativo de la parte ante la situación conflictiva y alinearlo con la experiencia genérica de otros.

**Objetivo:** Su objetivo es reducir el estrés, al relativizar la experiencia particular, y situar a las partes en un escenario normal donde es posible encontrar un acuerdo.

**Momento:** En general, se suele utilizar al principio de la mediación cuando las partes reflejan sus inquietudes estructurales.

**Ejemplo:** (mediación familiar) Parte: “Desde que decidí que nos teníamos que separar, la convivencia ha sido insoportable, no aguanto más, es un sinvivir, cada día no sé qué me voy a encontrar cuando llego a casa, además de que no tengo ganas de ir a casa, tengo miedo de que me monte un lío o pierda los nervios conmigo o con los niños, esto no hay quien lo aguante”.

Mediador: “las etapas de separación suelen ser estresantes para todos en la casa, es normal encontrarse angustiado”.

Como bien señala ESTEBAN, la normalización no supone compadecer ni consolar, y es preciso medir la intervención para no banalizar la situación<sup>89</sup>.

### h) *Reconocimiento del otro*

**Descripción:** El mediador realiza una intervención recogiendo una necesidad insatisfecha de una de las partes y preguntando su opinión a la otra para forzar su reconocimiento.

**Objetivo:** Forzar la empatía de una parte hacia la otra, reconociendo que tiene necesidades legítimas<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> ESTEBAN SOTO, Y., “Las armas del mediador para lograr el acuerdo: las microtécnicas de la mediación” en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid: 2013.

<sup>90</sup> Este sería el objetivo principal de la mediación narrativa.

**Momento:** En cualquier momento, se utilizará cuando sea adecuada la empatía y no surja espontáneamente.

**Ejemplo: (Mediación familiar)** Parte: “Yo me ocupaba de los niños día y noche, no podía más, no podía dormir ni una sola noche más de cuatro horas, y José ni se despertaba, y cuando lo hacía, se daba la vuelta”.

Mediador: “José, ¿cómo viviste esto, te diste cuenta de que Carmen se encontraba agotada?”

**Ejemplo: (Mediación civil)** Parte (Juan): “Este señor no para de llamarme para pedirle que le pague el alquiler y vengo aquí a ver si me deja en paz”.

Mediador: “¿Juan, crees que Javier puede estar preocupado y que cobrar el alquiler puede ser importante para afrontar los gastos que tiene?”.

### ***i) Reciprocación***

**Descripción:** El mediador interviene reflejando que ambas partes están implicadas en el conflicto y tienen intereses o necesidades análogas.

**Objetivo:** Facilitar el reconocimiento entre las partes y de su papel en el conflicto, bien porque pueden empatizar con el otro por tener necesidades o intereses análogos, o bien porque son situados por el mediador en una posición común frente al mediador.

**Momento:** Cuando el mediador identifique que hay cierto paralelismo en la situación de las partes en cuanto a sus necesidades o intereses y es conveniente el reforzamiento empático.

**Ejemplo:** Mediador: “Parece que los dos tenéis necesidad de ser escuchados”.

### **4.2.3. Técnicas estratégicas**

Entre las distintas estrategias del mediador podemos encontrar algunas que podríamos denominar técnicas, como las siguientes:

### *j) Enfoque a futuro*

**Descripción:** El mediador realiza una intervención planteando a las partes una situación de futuro, preguntando sobre sus deseos o ideas. También se puede combinar con reformulación en deseos, intereses o criterios objetivos.

**Objetivo:** El objetivo del mediador al usar esta técnica puede ser diverso: cambiar un ritmo negativo de comunicación enfocando en un evento futuro que pueda ser positivo para las partes, o bien dejar detrás el pasado y comenzar a construir un nuevo futuro.

El enfoque a futuro puede ser a muy corto plazo (por ejemplo, el final de la sesión de mediación), a medio (el mes próximo...) o a largo plazo (varios años...).

**Momento:** Situación de negatividad o momento de abordar futuro.

**Ejemplo: (mediación comercial)** Mediador: ¿Cómo les gustaría que fuera su relación en el futuro?

**Ejemplo: (mediación familiar)** Mediador: ¿Le gustaría que él se ocupara de esto en el futuro? ¿Cómo podrían hacerlo?

### *k) Empoderamiento*

**Descripción:** El mediador practica una intervención reforzando a una o las partes, valorando el esfuerzo realizado o por realizar.

**Objetivo:** Promover la autoestima de las partes, y con ello su capacidad de resolver su conflicto<sup>91</sup>.

**Momento:** Suele utilizarse al inicio del procedimiento, o durante todo este, dependiendo de las necesidades de las partes.

<sup>91</sup> Esta sería la estrategia principal de la mediación transformativa.

**Ejemplo:** Mediador: “Es muy positivo que hayan decidido iniciar una mediación para resolver su situación”.

#### ***l) Realce de lo positivo***

El mediador recoge las intervenciones positivas de alguna de las partes reconociéndolas y animando este tipo de intervención, y a veces deja pasar cuestiones negativas, desincentivando este tipo de comportamiento<sup>92</sup>.

#### ***m) Proactividad***

El mediador mantiene una distancia emocional con las partes que le permite ser empático, y no se deja contagiar de la negatividad que puedan llevar con ellas.

#### ***n) Agente de realidad***

Dependiendo del tipo de mediación, en ocasiones puede ser preciso que el mediador ejerza de “agente de la realidad”, planteando a las partes que se cuestionen la certidumbre de opciones que barajen o del propio BATNA<sup>93</sup>. En mediaciones de tipo más evaluativo, el mediador directamente puede llegar a enunciar su opinión sobre la realidad o no de las opciones o el BATNA.

### **4.3. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FACILITATIVA**

Como señalábamos anteriormente, aquí desarrollamos un ejemplo de estructura de procedimiento de mediación civil de estilo

---

<sup>92</sup> Algunos autores como ESTEBAN SOTO describen técnicas como la Connotación positiva, que supondría una intervención del mediador recogiendo una aportación de carácter negativo de las partes seguida del realce de algún elemento positivo que pueda tener, así como la Legitimación, que serviría para ayudar a que una persona se sienta en una posición legítima en la mediación. Vid. ESTEBAN SOTO, Y., “Las armas...”, cit., así como SUARES, M., *Mediación: conducción de disputas comunicación y técnicas* Madrid: Paidós, 2008.

<sup>93</sup> Best Alternative to a Negotiate Agreement o MAAN, Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado.

facilitativo. El número, duración y estructuración de las sesiones puede ser muy variado, así como el uso de caucus o no.

Las siguientes fases de mediación no tienen por qué tener un reflejo formal en la estructura de las sesiones o ni siquiera producirse, si bien puede ser una descripción genérica de una mediación facilitativa.

#### **4.3.1. Fase previa**

La fase previa de la mediación consiste en las actividades previas precisas para que los participantes acuerden iniciar el procedimiento, y podemos distinguir una fase previa en las iniciativas y mediaciones privadas de la de las derivadas por una entidad pública

##### ***a) Sesión informativa en mediación intrajudicial o derivada por entidades públicas***

Si se tratara de una mediación intrajudicial o derivada por entidades públicas, las partes habrán de acudir a una sesión informativa durante la cual las partes y en su caso sus abogados, serán informados de las características de la mediación, la estructura del procedimiento y los elementos jurídicos relacionados.

Una vez que una parte o un operador jurídico decide que el asunto es susceptible de mediación, se ha de comunicar a las partes la posibilidad de iniciar la mediación, siendo citadas a una sesión informativa. Es posible que la posibilidad sea comunicada a ambas partes en sede judicial (por ejemplo, el día en el que son citadas a juicio) o a través de escrito desde el Juzgado o desde el servicio de mediación, en el caso de que se trate de un conflicto no judicializado.

En general, los sistemas jurídicos no disponen la obligatoriedad de acudir a esta sesión o la primera sesión de mediación, si bien en algunos se establecen consecuencias a la falta de participación, como por ejemplo cuando las partes se han comprometido por escrito a intentar la mediación. Es posible citar a las partes conjuntamente en los conflictos de baja o media conflic-

tividad; en los conflictos agudos, se suele citar a las partes de forma separada, y también en muchos programas se suele citar de forma separada para que las partes no se sientan coaccionadas o influidas por la actitud del otro.

En la sesión informativa el mediador explica a las partes sobre la mediación, sus características, los principios rectores de la mediación y las obligaciones del mediador. Ilustra también a las partes sobre la forma de comunicación, los horarios posibles para las reuniones y la periodicidad de éstas, así como el coste de las sesiones en su caso. Por otra parte, el mediador recaba información de las partes, sobre su forma de derivación o llegada a la mediación, y comprueba la comprensión de éstas sobre la información proporcionada.

La sesión informativa puede darse separadamente de las sesiones de mediación o de forma continuada, es decir, una vez que las partes asienten a participar en la mediación, se inicia la mediación, o bien de forma separada, estableciéndose un tiempo y momento tasado para realizar la sesión informativa y otros momentos para las sesiones propiamente de mediación.

### ***b) Mediación por voluntad de las partes.***

En el caso de mediaciones a iniciativa de las partes, las actividades previas a iniciar la mediación serán de carácter privado, así, las partes se informarán por ellas mismas o a través de sus abogados de las características de la mediación que se puede desarrollar con un mediador o institución de mediación concretos: se informarán del coste, duración de las sesiones, número probable de sesiones, regularidad, formación del mediador, estilo del mediador, con detalles sobre su política relativa a participación de abogados o el uso de caucus.

Estas actividades se desarrollarán en lo posible de forma que la imparcialidad del mediador no se vea amenazada, siendo una posibilidad que el mediador tenga comunicaciones o una sesión con los abogados de las partes, con el fin de determinar la conveniencia de la mediación y la capacitación y estilo del mediador, así como detalles sobre horarios y estructura del pro-

cedimiento. En estos casos, la decisión de optar a la mediación como una forma de resolución de conflictos formaría parte de la estrategia de litigación ofrecida por el abogado al cliente, quien debe advertirle sobre las ventajas y posibles inconvenientes de ese método de solución de conflictos.

#### **4.3.2. Fase inicial**

En la fase inicial de la mediación, las partes se reúnen con el mediador para poner en marcha el procedimiento. Lo habitual en asuntos civiles será que este inicio de la mediación se produzca con todas las partes reunidas, si bien nada impide que se acuerde que la mediación se produzca de forma asíncrona, sin reunir a las partes en la misma sala al mismo tiempo.

En este momento las partes formalizarán si lo desearan o fuera exigido por el sistema jurídico para su validez, un documento que refleje la identidad de las partes y del mediador, la voluntad de las partes de iniciar la mediación, su objeto, y los pormenores sobre plazos, gastos u otras cuestiones que consideren pertinentes o sean exigidos normativamente. Si no hay requerimientos o deseo de formalizar este acto, simplemente las partes consentirán en iniciar el procedimiento. En algunos casos lo único que se requerirá para firma de las partes será un documento que contenga una cláusula de confidencialidad por la que las partes se comprometen a no revelar información proveniente de la audiencia de mediación.

Esta fase inicial es un buen momento para que el mediador pueda establecer cuáles van a ser las reglas mínimas que se deben cumplir en la audiencia de mediación. Por ejemplo: Apagar los teléfonos o respetar los turnos de palabra. También es interesante que antes de iniciar el proceso de mediación propiamente dicho se permita a las partes realizar aquellas preguntas que estimen oportunas.

#### **4.3.3. Fase de mediación**

Durante la fase de mediación, el mediador ayuda a las partes a que lleguen a la resolución de su conflicto, utilizando estra-

tegas y técnicas variadas. Reflejamos aquí la estructura de una mediación basada en intereses, durante la cual el mediador guía a las partes:

### **a) *Recopilación de información***

El mediador inicia la mediación de forma más o menos formal y estructurada. En un contexto comercial, el mediador suele dar la bienvenida a las partes, hacer referencias al objeto de la mediación, la estructura de las sesiones, la forma de la participación de las partes, etc., para luego dar la palabra a las partes. Es habitual que la primera intervención de las partes sea realizada por los abogados, y que sea más formal que las siguientes intervenciones.

En el caso de participar personas jurídicas en la mediación, el mediador invitaría a las partes a comprobar la capacidad para transigir o comprometerse por parte de los representantes. En un contexto más informal, el mediador daría la bienvenida a las partes, se concretarían cuestiones prácticas y daría la palabra a las partes.

A partir de la intervención inicial y sucesivas de las partes el mediador recopila información a efectos de entender las circunstancias del conflicto, y utiliza las técnicas adecuadas para recoger la información relevante, comprobando que las partes la asimilan y discuten.

### **b) *Estructuración del debate***

Una vez que el mediador es consciente de las características básicas del conflicto y los elementos de éste sobre los que sería conveniente que las partes hablaran, puede organizar el debate de forma estructurada.

El mediador, aun utilizando una aproximación facilitativa de mediación, es el gestor del procedimiento de mediación, y tiene facultades de organización, proponiendo a las partes una estructura de abordaje del conflicto. Así, algunos mediadores piden a las partes que le ayuden a diseñar una lista de temas

de los que hablar, mientras que otros siguen escuchando a las partes y reformulando su discurso, y otros pueden decidir hacer caucus con cada una de las partes.

A la hora de estructurar el debate, se recomienda que, en la medida de lo posible, se pueda dar protagonismo a las partes ya que eso favorece la posibilidad de que sea más fácil avanzar a las siguientes fases en las que se identifican sus intereses. Mientras las partes realizan la narración de los hechos, es importante que el mediador utilice técnicas básicas de comunicación, como la escucha activa, para generar un ambiente de confianza y empatía con las partes.

### ***c) Exploración de los intereses***

El objetivo principal de la mediación es entender y compartir los intereses de las partes, que pueden ser muy variados entre los intereses de tipo económico a los de tipo emocional: bienes materiales, estabilidad económica, venganza, ego atacado, necesidad de justicia, ser visto como adecuado, ser visto como vencedor, etc. Entender qué necesidades e intereses de toda clase guían a las partes permitirá al mediador ayudarlas a resolver su conflicto.

Ha de tenerse en cuenta que las partes no suelen ofrecer sus intereses claramente, puesto que desvelar el interés puede producir una pérdida de poder o una exposición de vulnerabilidad de la persona que comparte su interés. La actividad del mediador y la propia actitud y evolución de las partes definirán el alcance de la profundización en el conocimiento de los intereses.

Para poder contribuir a una mejor identificación de los intereses y necesidades de las partes, el mediador podrá iniciar realizando una pregunta abierta a las partes y después, a través de técnicas como la reenmarcación o la reformulación podrá ir reconduciendo el relato con la finalidad de superar las posiciones inicial y poder llegar a clarificar los intereses.

Una vez se hayan identificado los intereses, el mediador puede hacer un listado o una sistematización de los mismos con

la intencionalidad de que sea notorio cuáles son los intereses reales. Incluso esa lista puede jerarquizarse en orden de importancia para las partes.

La exposición de información que para las partes puede ser considerada como especialmente sensible, bien porque debilita a la parte o porque exponerla suponga un riesgo demasiado alto, se protege en la mediación a través de la confidencialidad. El mediador tiene un deber de confidencialidad que precisamente permite que puedan utilizarse las reuniones individuales o caucus para transmitir al mediador esta información y no sea compartida con la otra parte. Esta forma de utilizar la mediación es perfectamente admisible siempre que no suponga para el mediador un atentado a su ética o profesionalidad (por ejemplo, si se comunicara al mediador datos que constituyen delito, o que suponen que la parte está abusando de la buena fe de la otra). El mediador deberá, de acuerdo con la normativa aplicable y los códigos éticos a los que se adhiera, controlar la adecuación del procedimiento en caso de que se produjera una amenaza a sus deberes.

En el ámbito de la mediación de carácter civil comercial es habitual el uso de caucus para compartir información confidencial con el mediador, permitiendo por una parte facilitar el acuerdo y por la otra proteger los intereses de la parte. El caucus en el ámbito familiar no suele ser utilizado con esta finalidad estratégica, sino más bien para la evaluación de necesidades emocionales.

#### ***d) Generación de opciones***

La generación de opciones es una fase en la negociación y en la resolución de conflictos en general en la que las partes enuncian posibles soluciones.

A diferencia de la negociación distributiva, en la que las partes negocian enunciando ofertas, que en principio se encuentran más alejadas y van acercándose (regateo), en la resolución de conflictos basada en intereses se procura que la generación de posibles soluciones se produzca no de forma inicial sino

tras explorados los intereses de las partes. En la mediación, el mediador, si no lo han hecho las partes antes, preguntará qué posibles soluciones se les ocurren a las partes para el tema x, intentando que realicen una lluvia de ideas o que al menos se expongan varias soluciones. Es muy adecuado barajar varias opciones para que la creatividad en la solución sea más probable, al producirse nuevas ideas y aproximaciones a partir de las ideas de los demás.

La generación de opciones por parte del mediador es una de las circunstancias que pueden arrojar luz sobre el estilo de la mediación. En principio, en una mediación de estilo facilitativo la generación de opciones pertenecería a las partes, mientras que en una de estilo evaluativo es parte del trabajo del mediador ofrecer posibles soluciones. Sin embargo, esta distinción no es absoluta: ha de tenerse en cuenta que, por un lado, la forma de generación de opciones o ayuda a generar opciones por el mediador puede ser a su vez de carácter más facilitativo o directivo, y que, por otro, en la práctica, los modelos puros suelen ser menos habituales y el mediador se suele situar en un punto más o menos alejado de uno de los modelos extremos.

Así, veremos que en general en el ámbito del conflicto de familia el abordaje facilitativo del mediador supone que el mediador procurará que las partes lleguen a su propio acuerdo con una mínima o nula incidencia de evaluación y por el contrario, en las mediaciones de tipo mercantil o hipotecaria, el mediador suele utilizar aproximaciones más evaluativas, bien por el tipo de conflicto, bien porque es lo que las partes desean, proponiendo soluciones. Todo ello no impide que, de acuerdo con las circunstancias del caso, las partes y la aproximación que el mediador considere adecuada, el mediador genere opciones. Por ejemplo, en el caso de una mediación familiar en la que las partes no tienen información sobre posibles soluciones en torno a la custodia de hijos de padres que viven en distintos países.

Es importante ser consciente de que la generación de opciones puede tener riesgo de evaluación por parte del mediador, y según su comprensión de la situación habrá de decidir hacerla

o no, o hacerla de una forma lo menos directiva posible (por ejemplo, ofreciendo varias opciones viables).

En cuanto al uso del caucus hay que destacar que también es utilizado para ofrecer opciones o ofertas, sobre todo en la mediación de tipo mercantil. El uso del mediador para ofrecer ofertas es perfectamente admisible, siempre que el mediador conserve su neutralidad e imparcialidad, si bien es más habitual en mediaciones de tipo más evaluativo.

Independientemente de que este proceso se haya realizado siguiendo un modelo más facilitativo o más evaluativo, es decir, con un rol más pasivo o más activo del mediador, existen algunas recomendaciones que deben ser tenidas en cuenta en esta fase. En primer lugar, centrarse en conseguir una buena cantidad de opciones, cuantas más mejor. Para ello, es importante centrarse más en la cantidad que en la calidad, por lo tanto, no es recomendable evaluar o criticar las opciones en el momento, en que se están generando. Es importante también aceptar aquellas ideas que puedan parecer inusuales o excéntricas y hay que ser flexible a la hora de poder combinar o integrar una solución múltiple formada por varias soluciones.

### **e) *Evaluación de opciones***

Las partes son ayudadas por el mediador para evaluar las opciones que se han generado. Esta fase es en la que más claramente un mediador puede ser evaluativo o facilitativo en su aproximación.

Una mediación facilitativa supondría que todo el peso de valoración cae sobre las partes, mientras que en una de tipo más evaluativo el mediador ofrecería su opinión (aunque también sigue siendo evaluativa cuando esta valoración se hace de forma “indirecta” o disimulada por considerar que no es adecuado hacer mediación evaluativa. Aquí vuelvo a llamar la atención sobre la coherencia y profesionalidad de los mediadores: la mediación evaluativa o actividades evaluativas pueden ser adecuadas en algunos casos, no intentemos engañarnos a nosotros mismos ni a los demás).

El mediador ayudaría a las partes a evaluar cada opción, preguntando a los participantes su opinión, e intentando alinearlos con sus propios intereses, que habrán ido surgiendo durante la mediación, y que el propio mediador habrá ayudado a identificar en su caso. El mediador, si considera que las opciones que valoran las partes no son viables, podrá o no realizar alguna acción estratégica para evitar un acuerdo inviable.

Esta es una de las tensiones habituales en la práctica de la mediación: ¿hasta qué punto el mediador tiene que ser filtro de viabilidad de los acuerdos de las partes? ¿hacer de “agente de la realidad” es compatible con un papel de mediador facilitativo?

No hay respuesta absoluta a esto. Es verdad que una separación absoluta de la evaluación de las opciones garantiza una mediación facilitativa, pero también es verdad que el objetivo de la mediación no es ser facilitativa, sino ayudar a personas a conseguir un acuerdo eficaz. Habrá el mediador de revisar sus filtros jurídicos, profesionales y éticos y decidir si realizar actividades de agente de la realidad es adecuado y qué grado de valoración implícito utilizar en su caso.

Por ejemplo, ante un posible acuerdo de las partes de custodia compartida en el que los niños pasen un día en casa de cada progenitor y ante el conocimiento de que el juzgado no aprobará este tipo de acuerdo, el mediador podría señalar a las partes que comprueben con sus abogados si este acuerdo es viable. Otra posibilidad es preguntar a las partes si creen que este acuerdo es viable en el Juzgado. Otra sería directamente afirmar que no va a ser aprobado en el Juzgado y que deben pensar en otra solución. La respuesta vendrá dada por el mediador y las circunstancias que rodean el conflicto y el acuerdo.

#### **f) *Concreción de acuerdos***

Las partes alcanzarán sus acuerdos, empezando por los más sencillos o por los más complejos o determinantes, guiados por el mediador cuando fuera necesario. Para evitar futuras complicaciones, el mediador ayudará a las partes a comprobar que

los acuerdos son los más adecuados para los intereses de las partes.

#### **4.3.4. Instrumentalización del acuerdo**

Dependiendo del grado de formalidad de la mediación, se redactará el acuerdo, que firmarán las partes y, de requerirlo el procedimiento, un acta final, en la que las partes y el mediador darán por finalizada la mediación satisfactoriamente. En otras ocasiones, por ejemplo en cuestiones vecinales, las partes pueden preferir no redactar un documento o no firmar un documento, por ser demasiadas las personas implicadas por ejemplo, o la desconfianza hacia futuros desarrollos.

También, dependiendo de la normativa vigente o el uso, es posible realizar un acta en caso de finalización de la mediación sin acuerdo. La ejecutividad del acuerdo de mediación dependerá de la eventual normativa específica vigente y de existir, del cumplimiento de las formalidades exigidas.

En caso de tratarse de una mediación intrajudicial, el acuerdo se instrumentalizará en el proceso de acuerdo con las circunstancias del proceso como clase de procedimiento, momento procesal y coincidencia con el objeto del proceso. Los procesos civiles suelen regular la eficacia de los acuerdos de las partes a través de la transacción, desistimiento, renuncia y allanamiento, aunque también otras soluciones pueden ser aplicables, como que un acuerdo parcial sea recogido en sentencia.

Es interesante observar, en el marco de la mediación derivada por los juzgados, que en muchas ocasiones el acuerdo tendrá un objeto mucho más amplio que el del proceso de donde derivó el conflicto inicialmente, y que al volver el acuerdo al proceso, no es posible darle eficacia en todo su contenido por desbordar el objeto procesal. El objeto del proceso viene determinado en el proceso civil por la demanda y la contestación, y el objeto de la mediación va a ser delimitado por el tribunal o las partes.

En este punto encontramos una tensión entre los principios procesales y el encaje de una institución que no tiene carácter

jurídico, la mediación. Es habitual que el objeto del proceso y el objeto de la mediación no coincidan, si no en un primer momento, una vez iniciada y finalizada la mediación. Es bien conocido que el conflicto se puede describir como un iceberg, del que sólo se visualiza una parte del total. El conflicto habitualmente es muy amplio y sólo una parte se encauza a través del proceso.

Por ejemplo, unos hermanos pueden tener un conflicto que afecta a sus relaciones personales y económicas y tener en curso un proceso sobre anulación de una cláusula del testamento de su progenitor, y derivarse el asunto a mediación.

Una vez finalizada la mediación, el acuerdo puede afectar a elementos no comprendidos en el objeto del proceso, con lo que en principio el Juez no tendría competencia para aprobarlo. El órgano jurisdiccional sólo es competente para aprobar los acuerdos de mediación que se encuentren dentro del objeto del proceso, con lo que para el caso de que el acuerdo sea más amplio, las partes, asesoradas por sus abogados podrían optar por una de estas soluciones:

- Enviar la parte del acuerdo de mediación dentro del objeto del proceso para que sea aprobado por el Juez y elevar a escritura pública el resto del acuerdo. El inconveniente para esta solución será dividir la solución del conflicto y duplicar gastos y actividad procesal y extraprocésal.
- Desistir en el proceso (con el consentimiento del demandado) y elevar a escritura pública el acuerdo.
- Presentar una demanda complementando el objeto y solicitar la acumulación de procesos, y la aprobación del acuerdo.

Probablemente la segunda de las soluciones sea la más eficaz, ya que permite la unidad de tratamiento del acuerdo, reuniéndose en un solo título ejecutivo. También hay que tener en cuenta que en ocasiones se tratan aspectos relacionales o de índole personal que, aunque se reflejen en el acuerdo, las partes no consideran necesario incluir en la resolución judicial.

La solución puede ser diferente cuando en el marco del proceso de familia el acuerdo afecta a menores de edad y, por lo tanto, el principio dispositivo no vincule al juzgador. En este caso, la aprobación de acuerdos más amplios que el propio objeto del proceso es habitual, pues el interés público que afecta a este tipo de procesos permitirá al Juez aprobar acuerdos amplios en interés del menor. En todo caso las partes, sus abogados y el mediador habrán de determinar el mecanismo de instrumentalización más adecuado, preparando documentos eficaces en el proceso y otros fuera de él en su caso.

### ***La documentación de la mediación***

La formalidad en su caso del procedimiento se otorgará de acuerdo con la normativa vigente, de existir. En caso de no existir, y dependiendo del caso, será adecuado o no documentar hitos como el inicio de la mediación, su finalización y, sobre todo, el acuerdo.

## CAPÍTULO 5. LA ADECUACIÓN AL CONFLICTO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

En el marco del conflicto civil, la primera decisión por parte de una parte y su abogado consiste en elegir el método de resolución más adecuado: si tiene un caso fuerte defendible basándose en derechos, posiblemente el arbitraje o la jurisdicción sean adecuados; si las partes divergen sobre cuestiones de carácter técnico, la resolución a través de informe de experto será muy indicada; si existen razones de equidad o cuestiones emocionales que han producido la desavenencia, probablemente la mediación sea más conveniente.

Si nos centramos en la posibilidad de gestionar un conflicto a través de la mediación hemos de tener en cuenta que, a diferencia del proceso civil, donde rige la prohibición del *non liquet*, la mediación no es un método aplicable a todos los conflictos. El principio relevante en resolución de conflictos para elegir este método u otro es la adecuación del método al conflicto. Los criterios que se manejen para diagnosticar qué método es el adecuado serán el carácter del conflicto, la actitud de las partes, la existencia de riesgo de violencia, el tiempo disponible, etc.

En general, podríamos distinguir materias en las que es más adecuado acudir a un método u otro: conflicto familiar o entre personas que tienen una relación o van a tenerla en el futuro, como vecinos o amigos. Pero incluso en estos casos, en los casos en los que por lógica la mediación es posible “casos de

familia con hijos menores...” en ocasiones la mediación no se puede llevar a cabo porque existen circunstancias como existencia de riesgo de violencia, falta de confianza en la mediación, o aversión de alguno de los abogados, BATNA muy ventajoso de alguna de las partes (posiblemente poco realista)

El juicio de adecuación será aquel que realizan los operadores del conflicto, judicializado o no, a través de la valoración de diferentes circunstancias. El juicio de adecuación es complejo, y además lo llevan a cabo varios operadores y en distintos momentos. Para que un asunto se gestione a través de la mediación han de estar de acuerdo con que es un método adecuado al menos las partes, si participaran abogados, habrán de convenir en esta adecuación. De tratarse de asuntos judicializados, no es preciso que los operadores procesales estén de acuerdo con tramitar el asunto a través de la mediación, salvo que surja de ellos la iniciativa de derivar el asunto a mediación.

En cuanto a los momentos en los que se realiza el juicio de adecuación, evidentemente, el momento inicial de evaluación del conflicto por las partes y sus abogados es el más relevante y complejo, pues las partes realizan una valoración completa sobre sus circunstancias y estrategias y deciden que la mediación es el método adecuado. Pero también durante la mediación, las partes pueden realizar el juicio de adecuación y decidir no seguir con la mediación si deja de ser considerado el método adecuado, probablemente porque una de las partes o ambas consideren su o sus alternativas (BATNA) más ventajosas.

Las circunstancias que se han de tener en cuenta por los distintos operadores para valorar la adecuación o no del procedimiento de mediación al conflicto son distintas para cada uno de ellos. Estudiamos estas circunstancias en los apartados siguientes, abordando primero los criterios para las partes y sus abogados y posteriormente los de los operadores procesales.

## **1.1. EL JUICIO DE ADECUACIÓN POR LOS OPERADORES PRIVADOS**

### **1.1.1. Operadores competentes**

Señalábamos que son las partes y sus abogados los competentes para determinar si el procedimiento adecuado para resolver un conflicto es la mediación y no el proceso u otros métodos.

El peso del criterio de las partes versus los de sus abogados puede ser muy variado, dependiendo de sus conocimientos, experiencia, o simplemente de la energía con la que mantengan sus ideas. En principio el abogado debería ser el evaluador privado del juicio de adecuación a mediación o a otro método de resolución de conflictos, asesoraría a su cliente sobre ello y se seguiría el criterio del profesional. Sin embargo, esta situación puede no producirse en todos los casos por cuestiones como la insistencia del cliente en el seguimiento de su punto de vista.

El abogado, en estos casos, debería intentar ilustrar a su cliente de la conveniencia de seguir su criterio, y en caso de que éste insistiera, declinar el encargo. En la práctica es habitual que los abogados, por no asumir el riesgo a perder al cliente, asuman sus directrices, lo que conllevará un probable mal resultado<sup>94</sup>.

### **1.1.2. Indicadores de adecuación**

Los indicadores de adecuación de la mediación a un conflicto para las partes pueden ser los siguientes:

1. Voluntad de mantener o mejorar la relación personal con la otra parte
2. Tendencia a escuchar otros puntos de vista
3. Aversión al riesgo
4. Necesidad de tranquilidad
5. Interés en resolver el conflicto definitivamente
6. Interés en resolver el asunto rápidamente

---

<sup>94</sup> Sobre la estrategia del abogado en resolución de conflictos, vid. FAJARDO, P., Cooperar como estrategia, Navarra, España, Aranzadi, 2016.

7. Intereses relativos a la autoimagen (soy responsable, he intentado resolver el asunto)
8. Intereses relativos a la imagen hacia el entorno (persona razonable, colaborativa)
9. BATNA no claro (poco claro posible contenido de la posible resolución del tribunal)
10. Interés en proteger a otras personas (hijos, familiares, cónyuge)
11. Interés en que el acuerdo sea eficaz (frente a la poca probabilidad de ejecución en sus términos de una resolución impuesta por el tribunal)

Los indicadores de adecuación de la mediación a un conflicto por los abogados podrían ser los siguientes:

1. Cliente capaz de seguir el procedimiento
2. Intereses del cliente: rapidez, eficacia, mantenimiento de relaciones, economía, emociones, protección del entorno
3. Materia policéntrica: asuntos complejos interrelacionados
4. Intereses superiores en juego: beneficio de menores, discapacitados, etc.
5. Estrategia adecuada
6. Alta incertidumbre del resultado en el proceso
7. Alta probabilidad de no ejecución en sus términos del proceso
8. Alta probabilidad de tardanza en la tramitación procesal y recursos
9. Reducción de incidencias de trabajo del asunto
10. Limitación temporal de dedicación al asunto (inicio y cierre en unos meses)
11. Conveniencia económica para el abogado
12. Sensibilidad a procedimientos colaborativos

## **1.2. EL JUICIO DE ADECUACIÓN POR LOS OPERADORES PROCESALES: LA DERIVACIÓN**

### **1.2.1. Operadores competentes. La mediación intrajudicial**

Las entidades públicas pueden ser organismos que realicen el juicio de adecuación del procedimiento de mediación y el

asunto concreto. Además de los operadores procesales, que trabajan desde la Administración de Justicia, ámbito habitual de gestión de los conflictos, también es posible la derivación a mediación por otras autoridades como las de la administración local y otros organismos con competencias. Nos referimos a los indicadores que utilizarán los operadores procesales, si bien son extrapolables a otros organismos.

Es importante entender que el Estado en su conjunto ofrece un conjunto de servicios para la resolución de conflictos y esto debe ser visto por todas las instituciones como una oferta integral y diferenciada. Para ello, aquellos lugares que usualmente reciben la primera constancia de los conflictos (bocas de entrada) deben de tener información disponible acerca de las diversas forma de solución de conflictos existentes así como de las ventajas y desventajas de cada una de ellas.

Uno de los problemas más usuales es la existencia de una visión bastante tradicional que identifica la solución judicial de los conflictos como la única posible. Esto, sumado a los incentivos económicos de los abogados que en muchos casos suelen preferir optar por la vía judicial, puede provocar un mal desempeño del sistema judicial, que podría terminar saturado por conflictos que, por sus características, podrían resolverse en cualquier otra instancia diferente. Para evitar esta situación se requiere la configuración de un sistema de atención al público y recepción de demandas altamente profesionalizado y formado en la derivación de conflictos.

Los operadores procesales son el Juez, el Secretario Judicial, el Fiscal y en su caso los organismos de las oficinas judiciales y otros gestores procesales.

### ***La mediación intrajudicial***

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

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

Se denomina a esta clase de mediación de distintas maneras: mediación conectada con el tribunal en el sistema estadounidense (*court-connected mediation*), mediación judicial en algunos países europeos como en Bélgica, donde la distinguen de la voluntaria<sup>95</sup>, o en Francia de la convencional<sup>96</sup>, o mediación intrajudicial, que se impone en general, aunque el concepto de mediación conectada sería el más exacto, pues el término mediación judicial puede llevar a la errónea conclusión de que es el Juez el que lleva a cabo la labor de mediación.

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

La mediación intrajudicial suele existir cuando los tribunales pueden contar con algún servicio de mediación en el que la

---

<sup>95</sup> Vid. Loi 21 février 2005 modifiant lo code judiciaire en ce que concerne la médiation. *La médiation en Europe...*, cit., pág. 8.

<sup>96</sup> Rapport d'Information sur la médiation en Europe, Assemblée nationale, 13 de febrero de 2007, presentado por FLOCH, J., pág. 14. ORTUÑO, HERNÁNDEZ se refieren también a la mediación privada o contractualista: *Sistemas alternativos...*, cit., pág. 41 y DALLA BERNARDINA DE PINHO, a la judicial y a la extrajudicial, "New Perspectives of Civil and Commercial Mediation in Brazil", en *Contemporary tendencies in mediation*, DALLA BERNARDINA DE PINHO y LOSS ANDRADE coor., Dykinson, 2015.

institución pública pueda confiar, por un lado, y tenga un sistema de acceso gratuito o regulado públicamente para las partes.

### **1.2.2. Indicadores de adecuación y selección**

Es importante destacar que cuando nos referimos a mediación intrajudicial se combinan criterios de dos clases para seleccionar un caso para intentar la mediación. Por un lado, existen criterios de adecuación del caso, y, por otro, criterios de selección prioritaria de casos.

En todo programa de mediación vinculado a los tribunales se establecen criterios orientativos de adecuación para los jueces, por una parte, y criterios de selección prioritaria, por otro, dado que los servicios de mediación no tienen capacidad para gestionar todos los asuntos judicializados, habrán de seleccionarse los asuntos que sean adecuados y que tengan una relevancia especial para el tribunal o el servicio de mediación, bien porque se integren en una línea de trabajo estratégica o porque tengan mayor probabilidad de éxito en su cumplimiento.

En general, las prioridades en la derivación son establecidos por cada programa –evidentemente como consecuencia de la adaptabilidad de la mediación a los recursos existentes, entorno social, etc.–, y, permiten, después de una primera selección del asunto un segundo filtro por parte del mediador o el equipo de mediación, que analizará si en un momento inicial el asunto es susceptible de intentar mediar.

La posibilidad de excluir un asunto en razón de su no adecuación puede darse durante todo el proceso de mediación, si el mediador considera que no es conveniente el método de resolución elegido.

Por ello es conveniente que las reglas o las prioridades para realizar la derivación no sean absolutas, que se recojan buenas prácticas, criterios preferentes, etc., en documentos que no tengan carácter de norma, sino que se trate de contenidos orientativos como protocolos, directrices de actuación o principios orientativos para cada órgano o territorio.

Enumeramos a continuación posibles criterios de adecuación, basados en el filtro de adecuación del órgano judicial y del servicio de mediación, que habitualmente transmitirá al órgano derivador sus criterios.

Criterios de adecuación para el órgano judicial:

1. Partes con capacidad para negociar y comprometerse
2. Asuntos policéntricos, cuya resolución pasará por varias decisiones complejas
3. Asuntos vinculados a otros procesos
4. Asuntos en los que la ejecución forzosa sea de difícil eficacia en sus términos
5. Asuntos en los que existen intereses dignos de especial protección (menores...)
6. Intereses de las partes complejos, de difícil satisfacción a través del proceso

Criterios de selección prioritaria de casos para el servicio de mediación:

1. Asuntos en los que las partes tienen una relación
2. Asuntos en los que existen intereses de terceros a los que proteger (menores)
3. Asuntos sobre una materia específica sobre la que se quiere trabajar por su especial incidencia o relevancia (robo en tiendas, asuntos de familia, materia hipotecaria...)
4. Asuntos en los que las partes sean capaces de comprometerse (exclusión de personas con enfermedades de alcoholismo o drogadicción)
5. Asuntos en determinada fase procesal (por ejemplo, fase inicial o fase de ejecución)

### **1.2.3. Voluntariedad vs Obligatoriedad de la derivación**

La gran diferencia entre los dos tipos principales de mediación (privada e intrajudicial) estribará en el inicio del procedimiento de mediación: las partes van al proceso cuando no consiguen resolverlo privadamente, por tanto, la *derivación* del conflicto a mediación es la nota distintiva; cuándo, cómo y qué asuntos

derivar a mediación. La derivación de un asunto a mediación se circunscribe en principio a una sesión informativa o primera sesión, a partir de la cual las partes acordarán o no iniciar un procedimiento de mediación.

Esta derivación soporta una tensión entre dos principios básicos del proceso: la autonomía de la voluntad y la imparcialidad judicial. Como señalábamos, la autonomía de la voluntad se traduce en el proceso civil en el principio dispositivo, que supone que el objeto y la pretensión pertenecen a las partes y que el juzgador tiene un deber de congruencia, si bien este principio es modulable cuando existe interés público en la materia y no pertenece completamente al ámbito dispositivo de las partes. Este principio puede verse amenazado por el principio de autoridad judicial: el Juez es un tercero ajeno y superior al conflicto que impone su solución, que, por tanto, ha de comportarse de forma imparcial.

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

Uno de los elementos esenciales de la mediación es la voluntariedad, evidentemente necesaria para que las partes acepten el resultado de la mediación como un acuerdo, pero esto no está reñido con que se exija a las partes conocer las características de la mediación. Lo primero será entonces recibir información sobre el procedimiento de mediación, lo cual se hace a través de la derivación a una primera sesión de mediación o sesión informativa por parte del Tribunal.

#### **a) *La invitación a mediación***

En los sistemas jurídicos civiles se ofrecen varias oportunidades a lo largo del proceso para que las partes intenten un acuerdo, e incluso gestionen su asunto a través de la mediación, existiendo la posibilidad de suspensión del procedimiento, bien a instancia de las partes o del juez.

**b) *La posibilidad de la obligatoriedad del intento de mediación***

Se plantea cada vez con más frecuencia por parte de la doctrina y operadores jurídicos la posibilidad de obligatoriedad del intento de mediación, pese a que existen importantes obstáculos, como la resistencia de sectores jurídicos más tradicionales que promueven el acceso a la justicia ordinaria como sistema único.

Algunos argumentan que el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción es un obstáculo a la obligatoriedad del intento de la mediación. Sin embargo, este planteamiento parece superado en general por la doctrina y sistemas jurídicos más modernos, y por el contrario se defiende un Sistema de justicia más amplio que integre estos mecanismos adecuados de resolución de conflictos. El peso de derechos como un Sistema de justicia eficaz, en el que sólo los asuntos adecuados ingresen, por una parte, y la relevancia de la protección de derechos como los de los menores o los trabajadores, o en general de personas desvalidas, por otro, apoyan fuertemente la desviación inicial o posterior a mediación de los asuntos.

Los sistemas que pretenden fomentar el uso de la mediación haciéndola obligatoria suelen introducir la obligatoriedad del intento de la mediación antes del inicio del proceso. Así, exigen como criterio o requisito de procedibilidad acudir a una sesión informativa o a la primera sesión de mediación, o incluso a un número mínimo de ellas. Las consecuencias del incumplimiento pueden variar de la denegación del acceso a la jurisdicción (como ocurre en general en los sistemas de resolución de conflictos laborales con una fase previa de mediación o conciliación), o una limitación de los derechos procesales de la parte que incumpla la obligación, pasando por una multa o sanción o condena en costas.

En el marco europeo, como señalábamos, en la propia Directiva de mayo de 2008 se apunta que la voluntariedad no se opone a que algunos Estados establezcan la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre

que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.

Como apuntábamos, en general, en los países de Europa se fomenta el uso de la mediación en el ámbito familiar, y en algunos países el Tribunal puede derivar obligatoriamente a las partes a una primera sesión de mediación, como puede ser en Finlandia, Malta, República Checa, y algunos *Landern* alemanes<sup>97</sup>, mientras que en otros países como Reino Unido se favorece su uso optando por una fuerte recomendación de acudir a la mediación, recogida en los protocolos prejudiciales: sin ser obligatorio, se señala ha de intentarse y que el tribunal puede requerir prueba de haberse intentado la mediación<sup>98</sup>. En Italia, a partir de la Directiva, se ha establecido la obligatoriedad de la mediación en asuntos civiles de menor cuantía, con carácter temporal, y a efectos de expansión de la mediación como mecanismo adecuado para reducir la litigiosidad y el grave problema italiano de la dilación de la Justicia<sup>99</sup>. Destacan entre los países con experiencias de obligatoriedad del intento de mediación Estados Unidos<sup>100</sup> y Canadá.

<sup>97</sup> Rapport d'Information de la Asssemblée Nationale, Francia, pág. 28.

<sup>98</sup> En Reino Unido, en la Practice Direction-Pre-action Conduct, para 8.1 se indica que "Starting proceedings should usually be a step of last resort, and proceedings should not normally be started when a settlement is still actively being explored. Although ADR is not compulsory, the parties should consider whether some form of ADR procedure might enable them to settle the matter without starting proceedings. The court may require evidence that the parties considered some form of ADR". Sobre la estrategia de los tribunales ingleses para favorecer el uso de la mediación vid. ANDREWS, N., "Mediation in England", en *Contemporary tendencies in mediation*, DALLA BERNARDINA DE PINHO y LOSS ANDRADE coor., Dykinson, 2015.

<sup>99</sup> MATTEUCCI, G., "Italy is doing it – should we be? Civil and commercial mediation in Italy", en *Contemporary tendencies in mediation*, DALLA BERNARDINA DE PINHO y LOSS ANDRADE coor., Dykinson, 2015.

<sup>100</sup> En Estados Unidos la variedad en cuanto a resolución alternativa de conflictos es muy amplia, y depende en gran medida de cada Estado e incluso de cada Condado y Tribunal. El origen puede estar en California, Estado en el que en 1980 se impuso la mediación obligatoria. Vid. MENKEL-MEADOW, "Roots and inspirations: a brief history of the Foundations of Dispute Resolution", en *Handbook of dispute resolution*, BORDONE y MOFFIT (dirs.).

La obligatoriedad del intento de mediación en los procesos contenciosos de familia que afecten a menores de edad es perfectamente defendible de forma jurídica e incluso constitucional en todos los sistemas avanzados, ya que el principio de interés del menor justifica completamente esta exigencia procedimental. Lógicamente, habrán de preverse mecanismos para permitir al progenitor que intenta la mediación y al que el otro ignora pueda entablar el procedimiento judicial. La doctrina señala la conveniencia de la obligatoriedad de la mediación, sobre todo a efectos de conocimiento de la mediación por parte de los operadores jurídicos, principalmente los abogados<sup>101</sup>.

Los planes de parentalidad son instrumentos que también pueden favorecer la práctica de la mediación<sup>102</sup>. Con origen en Estados Unidos y Canadá, la tendencia en los países avanzados es a implantarlos, exigiéndose un plan de parentalidad común en el procedimiento judicial como requisito de procedibilidad. Para el caso de que las partes no llegaran a un acuerdo, el coordinador de parentalidad realizará actividades de tipo mediatorio y ayudará a la redacción del documento.

Probablemente la solución más adecuada estribe en fomentar positivamente el acceso a las formas de resolución alternativa de las disputas, favoreciendo el acceso a la mediación de forma privada, apoyando su uso a través de instrumentos no represores, sino de publicidad, y transmitiendo confianza en la institución de la mediación, o incluso implantando la necesidad de la presentación de planes de parentalidad conjuntos.

---

<sup>101</sup> Varios estudios se han realizado sobre la mediación obligatoria, como el de WISSLER, R. L., "The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts", *Willamette Law Review*, 33, 1977, págs. 565-579 cuyo resultado apunta la ventaja de la mediación para los abogados, que la recomiendan a sus clientes posteriores tras haber tenido experiencias de mediación obligatoria.

<sup>102</sup> El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.

En América Latina, los movimientos en favor de la obligatoriedad hasta el momento no se han centrado en las facultades del juez para derivar de forma taxativa un asunto a mediación intrajudicial. De hecho, una debilidad de los sistemas civiles reformados y no reformados en la región es las pocas facultades de “case management” o de gestión de los casos que se les otorgan a los jueces, los cuales trabajan de forma bastante apegada a la estructura del procedimiento.

Como vimos con anterioridad, la obligatoriedad ha tenido fuerte impacto como un requisito de procedibilidad antes de iniciar el proceso en base a la experiencia argentina y colombiana. Además, otro de los aspectos que se han venido regulando en los últimos códigos procesales es la facultad y en algunos casos la obligación que tienen los jueces de realizar una conciliación en la audiencia preliminar.

Hasta el momento, en América Latina la derivación a mediación intrajudicial no ha tenido tanto desarrollo, debido quizás a los pocos países que han implantado centros de mediación conectados a los tribunales. De todas formas, es común que se regule la posibilidad de que el juez realice esta derivación como por ejemplo en el reciente Código General de Procesos de Ecuador que entró en vigencia en 2016<sup>103</sup>. El Código Procesal Civil de Honduras<sup>104</sup> también habilita con un precepto bastante amplio la posibilidad de derivación de la causa.

#### **1.2.4. Mediación y proceso**

##### **a) Caducidad y prescripción**

La protección del método de resolución adecuado del conflicto que es la mediación impone el establecimiento de mecanismos

<sup>103</sup> Art. 294.6 “La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido”.

<sup>104</sup> Art. 415. 2 “Del mismo modo, de acuerdo con la Ley se podrá acudir a un organismo de mediación para evitar el proceso”.

que impidan el “abuso” del procedimiento, así, ante la posibilidad de que se inicie un procedimiento de mediación con fines dilatorios, los sistemas deben recoger mecanismos como la suspensión de la prescripción. En el caso europeo, la Directiva de 2008 recogía esta exigencia, y en el caso español se cumple a través del artículo 4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>105</sup>.

### **b) Declinatoria**

Los sistemas pueden establecer mecanismos de reforzamiento del acuerdo de someter a mediación los conflictos, de forma análoga a la sumisión al arbitraje, como en el caso español, en el que se establece el sometimiento a mediación como motivo para plantear declinatoria de jurisdicción.

Se diseña así un sistema de relación entre la mediación y el proceso bastante curioso, pues da a la mediación un tratamiento como el del arbitraje y, como señalamos, no deja de ser sorprendente si se tiene en cuenta que un elemento básico del proceso de mediación es la voluntariedad y la posibilidad para cualquiera de las partes de abandonarla en todo momento.

### **c) Suspensión**

Probablemente todos los sistemas civiles prevén la posibilidad de suspender el proceso en tanto las partes negocian o se someten a mediación.

---

<sup>105</sup> Artículo 4. “Efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad.

La solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso.

Si en el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva prevista en el artículo 19, se reanudará el cómputo de los plazos.

La suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley”.

#### **d) *La vinculación del Juez a los acuerdos de mediación***

En el caso de que nos refiramos a cuestiones de derecho dispositivo, la vinculación del Juez a los acuerdos de mediación es evidente, precisamente como consecuencia del principio dispositivo, siempre que el acuerdo sea conforme a la legalidad y se respeten los intereses de terceros. Sin embargo, en las materias en las que exista interés público, el Juez o Fiscal, o ambos, habrán de supervisar el acuerdo de las partes, puesto que el interés público distancia el objeto del proceso del principio dispositivo, otorgando al Juez y al Fiscal competencias de control de la conveniencia de lo acordado. Los elementos de interés público más habituales en los procesos civiles son el Estado Civil y la existencia de menores de edad o discapacitados.

La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Es conveniente delimitar qué cuestiones son susceptibles de control por el juzgador y qué cuestiones no, siendo evidente que las cuestiones patrimoniales pertenecen al ámbito absolutamente privado, con la excepción de los alimentos, que habrán de garantizar en lo posible el bienestar del menor y que sí son de requerido control judicial.

En cuanto al resto de cuestiones que se recogen en un acuerdo de mediación, únicamente las que afecten a los menores como la guarda y custodia del menor y las comunicaciones y visitas del no custodio son susceptibles de revisión por el juez en casos extremos en los que pueda perjudicar al principio del interés superior del menor. Por ello, debe limitarse la revisión del acuerdo por parte del juez a estos casos excepcionales en los que se lesionen o pongan en peligro los derechos e intereses del menor.

Este tema, en América Latina ha aparecido en el debate académico bajo la denominación de homologación de los acuerdos, ha generado dos modelos bastante antagónicos de entender la vinculación del juez con los acuerdos. Un primer

modelo entiende que en base el principio de la libre voluntad de las partes el acuerdo automáticamente goza de efecto de cosa juzgada y tiene el valor de una sentencia a efectos de su ejecución<sup>106</sup>. Un segundo modelo exige que los acuerdos sean homologados ante una autoridad judicial<sup>107</sup>.

En una investigación comparada en 19 países realizada por CEJA se constataron graves deficiencias en el proceso de homologación judicial de acuerdos por parte de los jueces. En algunos casos, los jueces, más que identificar aspectos de interés público que el ente juzgador debiese resguardar, utilizaban esta homologación para revocar acuerdos por defectos formales o en algunos casos por errores ortográficos (Es importante recordar que en muchos países de América Latina la mediación es realizada por líderes comunitarios sin formación universitaria)<sup>108</sup>. De esta forma, en algunos países la homologación de acuerdos parece funcionar más bien como un elemento de subordinación de la voluntad de los particulares a la posición privilegiada del estamento judicial.

El control de la homologación debería restringirse a los elementos fuera del ámbito dispositivo y que estén afectados por un interés público, como pueden ser cuestiones que afecten al estado civil, a menores, discapacitados o ausentes, o que se realicen en perjuicio de terceros con derechos legítimos, así como las que sean contrarias al orden público.

### **e) Ejecución**

El acuerdo de mediación, de no habersele otorgado fuerza ejecutiva a través del proceso judicial, tendrá la fuerza ejecutiva que la normativa contemple.

---

<sup>106</sup> Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador: “El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia”.

<sup>107</sup> Art. 9 de la Ley 7.727 sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social de Costa Rica: “Los acuerdos de mediación judiciales una vez homologados por el juez, y los extrajudiciales, tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios de forma inmediata”.

<sup>108</sup> Idem nota al pie N° 8.

En el caso español se otorga el rango de título ejecutivo al acuerdo de mediación elevado a escritura pública que reuniera los requisitos legales (art. 517.2 LEC), no siendo preciso requerimiento de pago (art. 580 LEC).

En los sistemas en los que no haya una regulación específica, el acuerdo de mediación tendrá la eficacia que se establezca para el acuerdo privado o elevado a público, según se haya formalizado.

Como se mencionó con anterioridad, en América Latina, la posibilidad de ejecutar un acuerdo va a depender de que haya sido homologado por una autoridad judicial en algunos países y en otros tendrá fuerza ejecutiva por sí mismo. Una de las opciones que se estudian para mitigar el número de acuerdos que deben ser homologados judicialmente es la posibilidad de que sean elevados a escritura pública siguiendo el modelo de la Ley 5/2012 española.

#### **f) Costos de la mediación**

El coste de la mediación vinculada a los tribunales puede ser asumido por las entidades públicas o costado parcial o totalmente por las partes.

Las normativas de mediación suelen atribuir a las partes su coste, por partes iguales, si bien la mayoría de los programas intrajudiciales suelen ser gratuitos o parcialmente gratuitos, siendo un número determinado de sesiones asumidas por el sistema público y a partir de éste a cargo de las partes.

También, los sistemas de justicia pueden incluir dentro del derecho a la justicia gratuita el asesoramiento y orientación del abogado para participar en mediación, o incluso la mediación.

La inclusión de la mediación dentro del derecho de asistencia jurídica gratuita no es una cuestión intrascendente, puede suponer una importante carga económica para el Estado si existe un número relevante de mediaciones; es comprometido incluir ese coste en el ya conflictivo ámbito del pago a los pro-

veedores de servicios de justicia gratuita, hasta la fecha principalmente abogados y procuradores, sin embargo, se presenta como necesario.

Como ideal, podría diseñarse un sistema en el que la mediación derivada desde los Tribunales fuera gratuita o que su coste se tratara como tasa judicial, pero en todo caso, el procedimiento de mediación habría de ser gratuito para las personas sin recursos económicos. Sería positivo intentar medidas análogas a las realizadas en otros países, como establecer tarifas a las partes dependiendo de sus niveles de ingresos, incluso si son muy bajos. Así, en programas de Estados Unidos, la sesión de mediación de asuntos derivados por los tribunales puede variar entre 30 o 120 dólares en virtud de los ingresos de las partes, teniéndose en cuenta además la diversidad de la capacidad económica de las dos partes.

#### **g) Costas**

En lo que toca a las costas procesales, algunos sistemas prevén la condena en costas o los tribunales interpretan abuso del proceso o mala fe de las partes para realizar la condena en costas a la parte que no quiso participar en la mediación ofrecida por la otra. Este planteamiento supone la inclusión en los sistemas de derecho continental europeo del concepto de buena fe extraprocesal en mediación que se ha desarrollado en países anglosajones, en los que ha acabado siendo un incentivo para el uso de la mediación.

Este tipo de incentivo supone un apoyo la necesidad de que abogados y demás operadores privados procesales aprendan a trabajar con los sistemas de mediación, y que conozcan la institución, los programas existentes, y, sobre todo, la forma de desempeñar su papel de defensores y representantes en la mediación de la manera más ventajosa posible para sus clientes.

# CAPÍTULO 6. DESTREZAS PRÁCTICAS PARA LOS INTERVINIENTES EN MEDIACIÓN

## 6.1. LAS PARTES

### 6.1.1. Las partes, protagonistas de la mediación

Las partes son las protagonistas de la mediación, frente al proceso, en el que aunque sean los titulares de los derechos en litigio, son sustituidos por los abogados. Los abogados de las partes participan en el proceso por exigencias legales –en la mayoría de los litigios no se permite la defensa directa del ciudadano–, dominan el lenguaje jurídico, el “idioma” del tribunal, y defienden legítimamente los intereses de sus clientes a través de los documentos e intervenciones que les permiten las normas jurídicas y con la forma exigidas por ellas, además de por la costumbre imperante en el foro.

En la práctica, el ciudadano es un operador que encaja mal en la Justicia. Fuera de la participación que el usuario de la justicia tenga en el proceso, como testigo principalmente, en las oficinas judiciales no es bienvenido. Los servicios administrativos de los tribunales suelen preferir tratar con los abogados y los procuradores que con los ciudadanos titulares de los derechos en liza, posiblemente por sobrecarga de trabajo, y la dificultad de la falta de comprensión del ciudadano medio de las reglas y los matices que constituyen las especialidades del mundo jurídico.

El ciudadano por el contrario es el protagonista en la mediación, que se organiza alrededor de las figuras de las personas en

conflicto. El proceso se organiza en torno a derechos subjetivos, es la vía para defenderlos, mientras que la mediación se organiza en torno a la visión subjetiva de un conflicto por las partes.

El lenguaje en el procedimiento de mediación es asequible para las partes, y si en algún momento alguna de ellas tiene algún problema de comprensión podrá solicitar aclaraciones sin requerimientos formales. La mediación es flexible y se organiza en torno a la persona y sus necesidades singulares, el procedimiento es simple y sus fases avanzan bajo la tutorización del mediador, pero con el acuerdo de las partes. En general, ninguna de las actividades se realiza si las partes no están de acuerdo.

### **6.1.2. Ventajas de la mediación**

La mediación aporta calidad al sistema de justicia, principalmente desde el punto de vista del ciudadano. La justicia procesal es el instrumento principal de protección de los ciudadanos, pero presenta graves problemas como la excesiva litigiosidad, la tardanza en la resolución y la ineficacia de la ejecución, que son males generalizados en la Justicia de los Estados de Derecho. Frente a la justicia procesal, entre las posibles ventajas que el ciudadano puede hallar en la mediación se encuentran:

#### ***Emocionales***

- Control sobre el resultado del procedimiento
- Reducción del estrés
- Cierre del conflicto o mayor probabilidad de cierre
- Reducción del tiempo de incertidumbre
- Conservación de relaciones
- Mejora de imagen y autoimagen
- Experiencia de aprendizaje

#### ***Estratégicas***

- Mayor probabilidad de cobro-ejecución del acuerdo
- Reducción del tiempo invertido
- Reducción de los costes (económicos y emocionales)

*Frente a la inacción, es decir, la falta de actividad del ciudadano frente al conflicto, la mediación puede tener las siguientes ventajas:*

- Evitar la escalada del conflicto
- Resolución pacífica del conflicto
- Cierre del conflicto o mayor probabilidad de cierre
- Mejora de la autoestima: capacidad de gestión de los propios conflictos
- Reducción del estrés
- Conservación de relaciones
- Experiencia de aprendizaje

### **6.1.3. La información a las partes**

La información a las partes sobre la mediación tiene varias perspectivas, de diferente alcance.

En primer lugar, será preciso el consentimiento formal de las partes a participar en la mediación, habiendo de ser este consentimiento de carácter informado. En segundo lugar, el ciudadano usuario de mediación ha de ser informado por parte del mediador y de su abogado en su caso de varias circunstancias además de las que se incluyen en su consentimiento informado, como cuestiones prácticas sobre la gestión de las sesiones. En tercer lugar, la parte, de participar con abogado, además de las anteriores cuestiones, informará sobre las cuestiones estratégicas y jurídicas que puedan ser trascendentes.

#### **a) *El consentimiento informado***

Las partes, para iniciar una mediación, han de conocer los elementos básicos de la mediación y realizar un consentimiento expreso a participar. La formalidad del consentimiento informado vendrá dado por la normativa existente, la clase de conflicto y el servicio de mediación utilizado.

Así, en mediaciones de carácter informal, puede producirse un consentimiento válido con la explicación de las características básicas de la mediación y la voluntad de seguir con el

procedimiento. En las mediaciones de relevancia jurídica el consentimiento de las partes suele ser recogido de manera formal, también oralmente, pero sobre todo por escrito, con el fin de que el acuerdo que se consiga sea eficaz de acuerdo con la legalidad.

El consentimiento informado en mediación se recoge habitualmente en un documento que puede ser llamado acta inicial, contrato de mediación, o acuerdo para iniciar la mediación, que suele recoger los siguientes aspectos:

- La identificación de las partes y del mediador, así como de los abogados si participan activamente, o si se trata de un asunto judicializado.
- La identificación del asunto a mediar, con las referencias en su caso al número de procedimiento judicial y los datos del órgano competente.
- Cuestiones prácticas como plazos, lugar de las reuniones, relativas al coste, etc.
- La fecha.
- La voluntad de las partes de intentar la mediación.
- Este documento recogerá las formalidades que la normativa exija en su caso, y las firmas de las partes y del mediador.

El contenido de la información que se da a las partes, de forma oral y o escrita, es variable, dependiendo de la normativa, si bien normalmente contendrá:

- Información sobre las características de la mediación: es un procedimiento en el que las partes deciden y llegan a su acuerdo, y es voluntario. El compromiso de participar puede ser finalizado en cualquier momento por la voluntad de cualquiera de las partes.
- Información sobre la figura del mediador: el mediador es un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes y que no decide el resultado del procedimiento ni se posicionará a favor de ninguno de los implicados,
- Información sobre la eficacia del acuerdo de mediación: el acuerdo puede ser vinculante para las partes, siguiendo la normativa vigente.

- Información sobre cuestiones prácticas: coste, duración probable, organización de las sesiones, participación o no de abogados y otros terceros, etc.

El consentimiento informado exige que la parte comprenda el contenido de la información que se le comunica, por lo que el mediador se asegurará de que la forma de formulación de la información es adecuada.

### ***b) Información procedimental***

La mediación es normalmente desconocida para los ciudadanos, pero además a nivel práctico se puede desarrollar de formas muy diversas, por lo que, al inicio de la mediación, si no se ha hecho antes en la sesión previa o preparatoria, el mediador o el abogado habrá de informar a las partes de cuestiones procedimentales, como pueden ser las siguientes:

- Las relativas al modelo de la mediación que se entabla, es decir, si es de carácter facilitativo o no principalmente.
- La estructura de las sesiones: si se trata de sesiones formales o informales, con presencia de abogados o no, duración aproximada, uso de caucus y cross-caucus.
- Participación de terceras personas, ya sea planeada inicialmente o si surge la necesidad.
- Gestión del turno de intervenciones: de carácter formal, con turnos preestablecidos, o informal pero gestionado por el mediador.
- Reglas sobre forma de comunicación: prohibición de insultos, amenazas o violencia. En general, suele resultar más útil el establecimiento de estas reglas sólo cuando sea imprescindible, y de forma positiva y adecuada en relación con los participantes.

### ***c) Informaciones estratégicas***

Cuando nos referimos a mediación civil, en general de relevancia jurídica, el ciudadano normalmente tiene acceso a asesoría profesional de un abogado, ya sea en el marco del proceso iniciado, en el procedimiento de mediación o a través de consultas específicas.

El abogado es el asesor del ciudadano, y, en primer lugar, lo asesora sobre la conveniencia o no de iniciar la mediación. Para determinar la conveniencia del procedimiento evidentemente valorará los intereses en juego y los elementos estratégicos relevantes, además de la situación de su cliente. Para que el cliente pueda participar con una decisión mejor informada, cuando la mediación tenga relevancia jurídica el abogado habrá de informar sobre cuestiones como:

- Las consecuencias en el proceso en marcha en su caso.
- Las circunstancias sobre las consecuencias del acuerdo como la posible ejecutividad.
- La situación de la otra parte, sus alternativas y sus posibles expectativas.
- La confidencialidad en la mediación y las dificultades de control de la información.

Una vez decidida la participación en mediación, el abogado habrá de asistir a su cliente en el procedimiento y establecer la estrategia en su caso para compartir información.

El abogado, de considerar que hay intereses estratégicos sobre información, puede solicitar al mediador que las reuniones se produzcan a través de caucus, en su totalidad o en algunas sesiones.

También, sobre todo en mediaciones de tipo mercantil, el abogado puede dividir con el cliente papeles estratégicos, como por ejemplo que el abogado comunique las cuestiones más violentas y el cliente las más personales.

## **6.2. LOS ABOGADOS**

El papel de los abogados en la mediación es complejo; por una parte, asesoran al cliente sobre la conveniencia de intentar la mediación, y por otra, apoyará activamente al cliente durante la mediación, con una presencia dependiente del tipo de mediación desarrollado.

En algunas ocasiones, se ha pensado que los abogados pueden ser reacios a la mediación ya que de alguna forma puede ser vista como una competencia al trabajo que realizan representando judicialmente a sus clientes. Con el paso del tiempo y la consolidación de los sistemas de mediación, los abogados han comenzado a identificar que la mediación se constituye como una opción más que les puede permitir realizar su trabajo en un tiempo menor y generando interesantes honorarios. Además, el compromiso deontológico con su cliente se ve reforzado ya que, por regla general, la mediación ofrece grandes posibilidades de satisfacción por las partes.

De esta forma, es fundamental que los abogados identifiquen la mediación como una de las posibles ofertas de solución de conflicto que el Estado ofrece y que su función es optar por alguna de ellas, tomando como referencia la defensa de los intereses de su cliente.

Uno de los grandes desafíos de los abogados es adaptar su rol en la audiencia de mediación a la planificación estratégica del caso que previamente haya realizado. Muchas veces, los abogados elaboran sus teorías del caso desde una perspectiva excesivamente adversarial centrada en la defensa de su pretensión en un eventual juicio oral. Esta estrategia de litigación puede afectar al desempeño del abogado en la audiencia de mediación por lo que es importante que el abogado sepa que la audiencia de mediación, a diferencia del juicio, tiene por objetivo principal la consecución de un acuerdo entre las partes.

#### **a) *Cuándo es adecuada la mediación***

Los indicadores de adecuación de la mediación a un conflicto sobre los que el abogado habrá de reflexionar pueden ser los siguientes:

1. Intereses del cliente:
  - Voluntad de mantener o mejorar la relación personal con la otra parte
  - Necesidad de tranquilidad
  - Interés en resolver el conflicto definitivamente

- Interés en resolver el asunto rápidamente
  - Intereses relativos a la autoimagen (soy responsable, he intentado resolver el asunto)
  - Intereses relativos a la imagen hacia el entorno (persona razonable, colaborativa)
  - Interés en proteger a otras personas (hijos, familiares, cónyuge)
  - Interés en que el acuerdo sea eficaz (frente a la poca probabilidad de ejecución en sus términos de una resolución impuesta por el tribunal)
2. Características del cliente:
- Tendencia a escuchar otros puntos de vista
  - Aversión al riesgo
  - Capacidad de diálogo
3. Características del conflicto:
- BATNA no claro (poco claro posible contenido de la posible resolución del tribunal)
  - Materia policéntrica: asuntos complejos interrelacionados
  - Intereses superiores en juego: beneficio de menores, discapacitados, etc.
  - Estrategia adecuada
  - Alta probabilidad de no ejecución en sus términos del proceso
  - Alta probabilidad de tardanza en la tramitación procesal y recursos
4. Características de la otra parte: abogado y cliente
- Abogado de tipo razonable
  - Cliente con capacidad de diálogo
  - Cliente con capacidad de compromiso
5. Intereses del abogado:
- Reducción de incidencias de trabajo del asunto
  - Limitación temporal de dedicación al asunto (inicio y cierre en unos meses)
  - Conveniencia económica (tiempo/rendimiento económico)
  - Sensibilidad a procedimientos colaborativos

6. Características del mediador o la mediación:
- Mediador de reputación sólida
  - Estilo del mediador alineado con el modelo considerado adecuado por el abogado (facilitativo si así se considera más adecuado, o de tipo evaluativo)
  - Estilo de la mediación alineado con el modelo considerado adecuado por el abogado
  - Coste razonable
  - Plazo probable de finalización conveniente

***b) Cuándo puede ser menos adecuada la mediación***

Por otra parte, podríamos identificar algunas circunstancias que pueden suponer que el procedimiento de mediación no es el más adecuado para gestionar el conflicto, o que probablemente, de desarrollarse, no tenga éxito:

- Cuando el resultado en el proceso u otro mecanismo sea probablemente rápido, muy ventajoso y de eficaz ejecución.
- Cuando el cliente o la otra parte no tenga capacidad de diálogo.
- Cuando existan posibilidades de violencia.
- Cuando exista riesgo grave consecuencia de divulgación de información confidencial.
- Cuando el cliente tenga una percepción de lo que obtendrá a través de otro mecanismo sea muy distante de lo que probablemente se obtenga en mediación (El cliente cree que su BATNA es mejor que lo que se le ofrezca en mediación).

En algunas de estas circunstancias se pueden atajar los riesgos que suponen la mediación, o la alta probabilidad de fracaso, a través de medidas y estrategias a desarrollar por el mediador o el abogado. Así, si existen problemas graves de comunicación y violencia, las sesiones de mediación se pueden realizar de forma asíncrona a través de caucus.

La amenaza del riesgo sobre la información confidencial se puede salvar también a través de caucus y otros mecanismos como compromisos más fuertes sobre el incumplimiento de la confidencialidad. Cuando el cliente propio o contrario tiene

un BATNA, una alternativa, muy lejana a lo que se considera la realidad, el propio abogado podrá ilustrar con datos objetivos al propio cliente, también manifestarlos en las sesiones de mediación o incluso solicitarse la participación de un tercero neutral como un experto contable o de otro tipo, o encargar un informe de experto.

### **c) Herramientas para evaluar el estilo del mediador**

El abogado en su papel de asesoría frente a la mediación ha de asegurarse del alcance de la mediación y las herramientas y estrategias que el mediador puede utilizar durante el procedimiento, con el fin de comprobar que están en línea con lo que el abogado considera más adecuado para el cliente.

Quizá las dos cuestiones más importantes a estos efectos es averiguar el grado de evaluación que el mediador está dispuesto a incluir en la mediación, y, por otra parte, el papel que el mediador otorga al abogado en la mediación.

En lo que toca al estilo facilitativo o evaluativo del mediador, nos hemos referido a la variabilidad dentro de un *continuum* de forma genérica de los mediadores, pero que también el mediador puede utilizar diversas aproximaciones.

Esta es una cuestión que debe aclararse antes de tomarse la decisión de iniciar la mediación, normalmente en la fase previa privada, aunque también en la sesión informativa de la mediación intrajudicial. El abogado debería realizar preguntas al mediador para entender la aproximación que hará o haría en el procedimiento, como:

- ¿Es su estilo facilitador o evaluativo? La respuesta a esta pregunta puede ser facilitativo, evaluativo, o de otra clase. En todo caso, sea cual sea la respuesta, y dado que en ocasiones no es coherente la autodefinición del mediador con su estilo real, sería conveniente realizar las siguientes preguntas:
  - ¿Suele ofrecer a las partes posibilidades de solución?

- ¿Suele ofrecer a las partes su opinión sobre sus ideas y propuestas?
- ¿Suele redactar propuestas de acuerdo para las partes?

Ante las respuestas obtenidas, el abogado podrá plantear su evaluación sobre la clase de mediación a desarrollar, con participación del abogado de la otra parte, y acordar juntamente con él y el mediador las reglas de actuación en torno a la evaluación o facilitación.

En lo que toca a la participación del abogado en la mediación, el mediador normalmente comunicará a los abogados en la fase previa cuál es la aportación que espera de ellos. El abogado puede preguntar al mediador sobre esta cuestión, y concretamente el posible uso de cross-caucus, que puede preocupar al abogado. El cross-caucus es una reunión del mediador sólo con los abogados o sólo con las partes, con el fin de avanzar en cuestiones que son más adecuadamente gestionadas sin la presencia de las otras partes. Así, por ejemplo, si los abogados realizan intervenciones excesivamente formales o agresivas, el mediador puede reunirse con ellos sin las partes para expresar su disconformidad con esta estrategia, e intentar cambiar su comportamiento. También puede intentar reunirse con las partes sin los abogados para abordar cuestiones de carácter más personal. Los abogados podrán solicitar al mediador que se evite el cross-caucus con los clientes, para el caso de que el cliente sea adverso a este tipo de reuniones, o si existe riesgo para los intereses del cliente. Otra cosa será que el mediador se someta a limitaciones procedimentales por parte de los abogados.



## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMSON, H., *The Culturally Suitable Mediator*, en *The Negotiator's Fieldbook*, ABA, Washington D.C., EE.UU., 2006.
- ALCALÁ-ZAMORA, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", *RDP ib.*, 1972.
- \_\_\_\_\_. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª ed., México, 1970.
- ANDREWS, N., "Mediation in England", en *Contemporary tendencies in mediation*, DALLA BERNARDINA DE PINHO y LOSS ANDRADE coor., Madrid, España: Dykinson, 2015.
- BURGER, WARREN E., *Agenda for 2000 A.D. -Need for Systematic Anticipation*, En Actas de la conferencia nacional sobre insatisfacción popular con la Administración de Justicia (Pound Conference) en Saint Paul, Minnesota, 7 a 9 de abril de 1976, National Center for State Courts, EE.UU.
- BARONA VILAR, S., "Solución extrajudicial de conflictos con ojos de mujer: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español", en Etxebarria Estankona, K. y Ordeñana Gezuraga, I. (dirs.), *La resolución alternativa de conflictos. Segunda edición de las jornadas Justicia con ojos de mujer*, celebradas en la Facultad de Derecho de UPV/EHU el 26 de noviembre de 2009, Argitarapen Zerbitua S.E., España, 2011.
- BROWN, J. Y ISAACS, D., *The World Café*, World Cafe Community, Berrett-Koehler Publishers, California, EE.UU.: 2005.
- BUSH, B., FOLGER, J., *La promesa de mediación*, Barcelona, España: Gránica, 2009 (1ª ed. *The promise of mediation*, EE.UU., 1994).

- BUTTS, TIFFANY, *Measuring mediator attitudes toward mediation: Developing the attitudes toward mediation scale*, (Tesis Doctoral) Universidad Rutgers, Nueva Jersey, EE.UU.: 2010.
- CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina: 1962.
- CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Madrid, España: Dykinson, 2017.
- \_\_\_\_\_. “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Ventajas de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, España: Tecnos, 2013.
- \_\_\_\_\_. “El papel de mediador tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, España: Tecnos, 2013.
- CHRISTIE, N. “Los conflictos como pertenencia”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/10/doctrina44215.pdf> (Última visita 22-1-2017), del original “Conflicts as property”, *The British Journal of Criminology*, vol. 17, N° 1, enero de 1977.
- COBB, S., *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, Barcelona, España: Gedisa, 2016, (1ª ed. *Speaking of violence. The politics and poetics of narrative conflict resolution*, Nueva York, EE.UU., 2013).
- COBB, S. y RIFKIN, J., “Practice and paradox: deconstructing neutrality in mediation”, en *Law & Social Inquiry*, EE.UU., 1991, págs. 35 a 62.
- DALLA BERNARDINA DE PINHO, “New Perspectives of Civil and Commercial Mediation in Brazil”, en *Contemporary tendencies in mediation*, DALLA BERNARDINA DE PINHO y LOSS ANDRADE coor., Madrid, España: Dykinson, 2015.
- ESTEBAN SOTO, Y., “Las armas del mediador para lograr el acuerdo: las microtécnicas de la mediación” en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, España: Tecnos, 2013.

- FAJARDO, P., *Cooperar como estrategia*, Navarra, España: Aranzadi, 2016.
- FOLGER, J. P., y BUSH, R.A.B. "Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice", *Mediation Quarterly*, 13, 4, EE.UU., 1996.
- GARAVITO FERNÁNDEZ, M. A., *Violencia política e inhibición social. Estudio psicosocial de la realidad guatemalteca*, Colección Cultura de Paz 4, Guatemala, UNESCO Guatemala, Cooperación Italiana, FLACSO, 2003, accesible en <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/16899.pdf>
- GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo", en *Política y sociedad*, Vol. 50, N° 1, 2013, págs. 71-98.
- GARTH, B. G. y CAPPELLETTI, M., "Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective" *Buffalo Law Review* (1978). Accesible en Articles by Maurer Faculty. Paper 1142. <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>
- GIANNINI, L., "La mediación obligatoria en Argentina", en *Guía para la implementación de mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la justicia*, FANDIÑO, M. Coord., CEJA, 2016.
- GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, España: Civitas, 1981.
- HENRY, J. F., "The Courts at a Crossroads: A Consumer Perspective of the Judicial System", *Georgetown Law Journal*, 95, 4, EE.UU., 2007. <http://georgetown.lawreviewnetwork.com/files/pdf/95-4/henry.pdf>
- LANGER, M., *Revolución en el Proceso Penal latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia*. CEJA, 2007, accesible en [http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/revolucionenprocesopenal\\_Langer1.pdf](http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/revolucionenprocesopenal_Langer1.pdf)
- MATTEUCCI, G., "Italy is doing it - should we be? Civil and commercial mediation in Italy", en *Contemporary tenden-*

- cies in mediation*, DALLA BERNARDINA DE PINHO y LOSS ANDRADE coor., Madrid, España: Dykinson, 2015.
- MAYER, "Facilitative Mediation." en J. Folberg, A. Milne, y P. Salem (eds.), *Divorce Mediation: Models, Techniques, and Applications*. (2ª ed.) Nueva York: Guilford Press, 2004.
- \_\_\_\_\_. *The dynamics of the conflict, A guide to engagement and intervention*, Jossey Bass, EE.UU.: 2012.
- MENKEL-MEADOW, "Roots and inspirations: a brief history of the Foundations of Dispute Resolution", en *Handbook of dispute resolution*, Bordone y Moffit (dirs.), EE.UU., 2005.
- MNOOKIN, R, y KORNHAUSER, "Bargaining in the shadow or the law: the case of divorce", *The Yale Law Journal*, vol. 88, Nº 5, Dispute Resolution, EE.UU., abril 1979.
- MONTERO, *Introducción al Derecho Procesal: jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, España: Tecnos, 1979.
- MOORE, C. W., *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 4ª ed., San Francisco, EE.UU.: Jossey-Bass, 2014.
- \_\_\_\_\_. *El proceso de mediación*, Buenos Aires, Argentina: Granica, 2006.
- MORA SANGUINETTI, J., "Evidencia reciente sobre los efectos económicos del funcionamiento de la justicia", *Banco de España, Boletín económico* 39, enero 2016.
- MORENO CATENA, "Resolución Jurídica de Conflictos", en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, España: Tecnos, 2013.
- ORTUÑO y HERNÁNDEZ, *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos: la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 110/2007 ..., [http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/xmlimport-mAc-Nhe.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-mAc-Nhe.pdf)
- PASTOR PRIETO, S., "Eficiencia y medios alternativos", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 11, 2007 (Monográfico Medios alternativos)

- de solución de controversias, HEREDIA CERVANTES coor.), España, págs. 49 a 78.
- PALUMBO, GIUPPONI, NUNZIATA y MORA-SANGUINETTI, "Judicial performance determinants: a cross-country perspective", *OECD Economic Policy Papers*, junio de 2013. <http://www.oecd.org/eco/growth/FINAL%20Civil%20Justice%20Policy%20Paper.pdf>
- PILLADO GONZÁLEZ, E., "Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica", en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, España: Tecnos, 2013.
- POUND, ROSCOE, "The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice", *ABA Reports*, EE.UU., 1906, 29, <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>.
- RISKIN, L. L., "Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed", *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 1:7, Primavera 1996, EE.UU.
- \_\_\_\_\_. Decisionmaking in Mediation: "The new old grid and the new new grid system", *Notre Dame Law Review*, Nº 79, 1, 2003, EE.UU.
- SÁIZ GARITAONANDIA, "El MEDARB como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras", en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, España: Tecnos, 2013.
- SANDER, "Varieties of Dispute Processing", Conferencia del 7 de abril de 1976, Actas de la conferencia nacional sobre insatisfacción popular con la Administración de Justicia (Pound Conference) en Saint Paul, Minnesota, 7 a 9 de abril de 1976, National Center for State Courts, EE.UU. <http://ncsc.contentdm.oclc.org/cdm/ref/collection/ctadmin/id/1245>
- SANDER y ROZDEICZER, *Selecting an Appropriate Dispute Resolution Procedure: Detailed Analysis and Simplified Solution*, en *Handbook of Dispute Resolution*, EE.UU.: Jossey Bass, 2005.
- SOLETO, *Documento Conceptual sobre Mediación comunitaria*. EUROSOCIAL-COMJIB <https://www.google.es/url?sa=t&>

rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjX9OKO8oDQAhXHthQKHevID8YQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fes.slideshare.net%2FEUROsociAL-II%2Fdocumento-conceptual-masc-en-amrica-latina&usq=A FQjCNFQRTfoCfWkvUonIYGE0DhD\_7BopQ&bvm=bv.136811127,d.bGg

\_\_\_\_\_. Mecanismos Alternativos de Solução de Conflictos na América Latina no âmbito da justiça comunitária Helena Soletto Muñoz Coleção Documento de Trabalho Nº 7, Euro-social 2013.

\_\_\_\_\_. La mediación conectada a los tribunales, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid: 2013

\_\_\_\_\_. “El interés público en el proceso de familia”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº 18, Lex Nova, 2003, España.

\_\_\_\_\_. “La mediación concursal, especialidad de la mediación civil y mercantil”, págs. 77 a 101. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*; Nº 98 mayo-agosto 2016, España.

\_\_\_\_\_. “Negociación”, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, España: Tecnos, 2013.

\_\_\_\_\_. “Presente y futuro de la resolución de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, España: Tecnos, 2013.

SUARES, M., *Mediación: conducción de disputas comunicación y técnicas* Madrid, España: Paidós 2008 (6ª reimpresión, 1ª ed. 1996).

TARUFFO, M. “Una alternativa a las alternativas. Patrones para la solución de conflictos”. en *Consideraciones sobre la prueba judicial*, TARUFFO, M., IBÁÑEZ, P. A., CANDAU, A., Fontanamara, México, 2011.

URY, BRETT, GOLDBERG, *Getting disputes resolved. Designing systems to cut the costs of conflicts*, San Francisco, CA, EE.UU., 1988.

- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar", en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, N° 67, 2015, España.
- WISSELER, R. L., "The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts", *Willamette Law Review*, 33, 1977, EE.UU., págs. 565 a 579.
- WINSLADE, J. y MONK, G. D., *Narrative Mediation: A new approach to conflict resolution*, San Francisco, EE.UU.: 2000.



## DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

*Guía para la implementación de mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la justicia*, FANDIÑO, M. Coord., CEJA (2016). <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5501/GuiaparalaimplementaciondeMecanismosalternativosalprocesojudicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Informe del CEPEJ de octubre de 2016, con datos de 2014. <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2016/publication/CEPEJ%20Study%2023%20report%20EN%20web.pdf>

Doing bussines 2016, Banco Mundial, págs. 92 y ss. <http://espanol.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>

Doing bussines methodology <http://espanol.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>

The international framework for court excellence, marzo de 2013, National Center for State Courts, Estados Unidos (por uso y protección de los miembros del International Consortium on Court excellence). <http://www.courtexcellence.com/~media/Microsites/Files/ICCE/The%20International%20Framework%20E%202014%20V3.ashx>

Metodología del informe del Rule of Law index del World Justice Project: [http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/media/rolindex2016\\_methodology.pdf](http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/media/rolindex2016_methodology.pdf)

Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial, España, noviembre de 2016.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

*Informal Justice Systems: charting a Course for Human Rights-Based Engagement*, PNUD, Unicef y NNUU Mujeres, 2012, <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/Access%20to%20Justice%20and%20Rule%20of%20Law/Informal-Justice-Systems-Charting-a-Course-for-Human-Rights-Based-Engagement.pdf>

Checklist for promoting the quality of justice and the courts, adoptada por el CEPEJ en su reunión plenaria 11 (Estrasburgo, 2-3 Julio 2008).

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 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>

Rapport d'Information sur la médiation en Europe, Assamblée nationale, 13 de febrero de 2007, presentado por Floch, J.

Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de Naciones Unidas, 2006 [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)

The Guide to Dispute Resolution Processes, ABA, Sección de Resolución de Conflictos, Estados Unidos, 2006. [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/draftbrochure.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/draftbrochure.authcheckdam.pdf)

Resolution Res(2002)12 Establishing the European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ).

Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002) [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf)





**E**n los últimos años, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, ha venido profundizando sus líneas de investigación en materia de Mecanismos Autocompositivos de Solución de Conflictos (MASC) a través de diversos estudios y publicaciones.

En esta ocasión, con el apoyo de Global Affairs Canada (GAC), se presenta este Manual de Mediación Civil con la finalidad de también poder generar un aporte en el trabajo diario de los jueces, abogados y mediadores, al trasladarles las herramientas básicas para poder afrontar un proceso de mediación. De esta forma, se espera contribuir a la formación de nuevos operadores judiciales con mayores capacidades para la prevención, gestión y transformación de conflictos.