

RETOS DE LA MEDIACIÓN COMO COMPLEMENTO AL PROCESO JUDICIAL EN UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA

FERNANDO MARTÍN DIZ
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca*

Resumen

El avance de la mediación como forma extrajudicial y complementaria de resolución de conflictos es incuestionable. Su consolidación como alternativa al proceso judicial requiere que se definan y precisen algunas de sus cuestiones fundamentales como son las ventajas e inconvenientes que presenta su aplicación, así como la definición y regulación legal de la figura del mediador.

1.- Planteamiento general

Convivir en comunidad, de forma ordenada y respetuosa, requiere de un sistema jurídico que, de una parte disponga derechos y obligaciones y de otra, prevea la forma de resolver los conflictos que puedan producirse. La propia dinámica social, imparable y en constante evolución, también ha hecho cambiar al Derecho, el instrumento a través del cual se regulan esos derechos, obligaciones y formas de solucionar el conflicto, y así frente a modelos más “tradicionales” poco a poco van abriéndose paso formas nuevas y diferentes de solución del conflicto.

De ahí que la Administración de la Justicia, en su forma más tradicional y más utilizada por el ciudadano, no parezca ser suficiente a día de hoy. Acudir a los juzgados y tribunales para resolver conflictos a través del correspondiente proceso aparece ante la opinión de la ciudadanía más como un castigo que como un beneficio. Muchas son las razones de la negativa percepción, por parte de la ciudadanía, del proceso judicial, y por extensión de la Administración de Justicia. No vamos a entrar en ellas puesto que no es la finalidad del presente trabajo, pero si tomamos esta referencia para plantear, en términos generales, la viabilidad de las alternativas extrajudiciales como complementos al proceso judicial en la resolución de conflictos.

* El presente trabajo es resultado del desarrollo del Proyecto de Investigación subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España) “Sistema procesal penal y métodos alternativos de resolución de conflictos: análisis crítico y propuestas ante la reforma del proceso penal en el espacio judicial europeo” (Referencia DER2011-26954). Investigador Principal: Dr. Lorenzo M. Bujosa Vadell. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca.

Hemos de advertir que tampoco nos encontramos ante un fenómeno absolutamente nuevo y desconocido. Ya lo advertía, tiempo atrás, la profesora Calvo Sánchez¹, al indicar que la potenciación de los llamados procedimientos alternativos es cíclica y se corresponde con épocas de agudización de la crisis de la administración de la Justicia. Crisis de la justicia, cierto es, en la cual llevamos inmersos un tiempo y que, en correspondencia con las acertadas predicciones de la profesora Calvo, está sirviendo de sustrato a la expansión del arbitraje, la mediación y la conciliación, entre otras alternativas que pueden complementar al proceso judicial.

Dilucidar sobre la conveniencia de las alternativas extrajudiciales en la solución de conflictos nos conduce a plantear si el ciudadano ha de confiar en la Administración de Justicia (entendida en sentido estricto, como el acceso a juzgados y tribunales) como única forma de resolver disputas y litigios, o si ha de disponer de otras posibilidades. La existencia de complementos al proceso judicial, siempre y cuando sean verdaderamente complementos, en el sentido de no excluir ni imposibilitar el ejercicio de acciones ante los órganos jurisdiccionales, es plenamente compatible con el constitucionalizado derecho fundamental procesal a la tutela judicial efectiva. A partir del absoluto respeto a esta premisa, y siempre que se trate de derechos o materias libremente disponibles por el ciudadano, no debería existir ningún impedimento a la existencia, y al acceso, de mecanismos como el arbitraje, la mediación o la conciliación.

Es más, analizando con detalle el contenido de los pleitos —en casi todos los órdenes jurisdiccionales: penal, civil, administrativo o laboral— que se ventilan ante los juzgados y tribunales, se comprueba que no todos ellos están fundamentados en cuestiones estrictamente legales (de aplicación o interpretación del derecho), sino que en muchas ocasiones, son únicamente cuestiones personales, sin trasfondo ni contenido jurídico. Ante esta realidad, parece oportuno que se canalice hacia mecanismos complementarios al proceso judicial la solución de disputas en las cuales la interpretación y aplicación del derecho, elemento básico de la función jurisdiccional que desarrollan jueces y magistrados en sus correspondientes juzgados y tribunales, queda en un segundo plano, e incluso llegar a ser totalmente innecesaria para la propia resolución del conflicto.

Particularizando la cuestión hacia la mediación, sobre la cual se van a centrar nuestras reflexiones, ha de constatar un dato más. En la mayoría de los países del entorno europeo, salvo excepciones, se trata de un mecanismo desconocido (para el ciudadano) y poco experimentado (para el jurista), con lo que, como tantas otras cosas en la vida, requiere de tiempo y resultados para su satisfactoria implantación.

¹ CALVO SÁNCHEZ, “El proceso y sus alternativas: el procedimiento arbitral”, *Arbitraje, mediación y conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXVII, 1995, pág. 220, quien además puntualiza que “no podemos dejar al margen que esta tendencia desjudicializadora, pese a sus elementos positivos, deja entrever en su trasfondo, en muchos casos, la incapacidad o la falta de voluntad respecto a la consecución de la efectividad de la tutela que procuran los órganos jurisdiccionales...”.

Aún así, el ciudadano percibe como un verdadero problema el tratar de acertar al buscar la vía más adecuada para la solución del conflicto que le afecta, incluso, y esto es lo preocupante, lo considera en ocasiones de mayor relevancia que el propio conflicto y sus efectos. Dejamos, por tanto, la cuestión apuntada puesto que también requiere de un análisis pormenorizado y específico, pero es evidente que “algo” falla en nuestros sistemas de Administración de Justicia cuando la mayor preocupación del ciudadano es determinar cómo solucionar el conflicto, y no lo es tanto el conflicto en si mismo.

2.- La mediación desde un contexto global

Personalmente entiendo que el verdadero valor y alcance de la mediación en el contexto de la Administración de la Justicia es su implantación como complemento al proceso judicial, nunca como alternativa excluyente al mismo. Además la mediación ha de concebirse, y regularse legalmente, como opción para la resolución de determinados tipos de conflictos, tanto en el ámbito del derecho privado (excluyendo de la mediación a las relaciones jurídicas que afecten a derechos no disponibles) como en el ámbito del derecho público. En este segundo aspecto debiendo quedar fuera de su aplicación aquellas situaciones que por motivos de orden público, protección a las personas o víctimas y repercusión a la sociedad, se entienda que no son apropiadas.

Además, debe tenerse también muy en cuenta que la mediación, tal y como está concebida y en función de su propia naturaleza jurídica (una forma de solución de conflictos de carácter autocompositivo), no ha de poner necesariamente el énfasis en los aspectos legales del conflicto y en la aplicación de la ley, sino que otorga un protagonismo relevante, directo y preeminente, a los propios intereses de las partes, predominando por tanto lo personal sobre lo jurídico. La mediación, entonces, aparece como especialmente idónea para conflictos en que el factor emocional-personal ostenta una mayor dimensión, e importancia, que las consecuencias jurídicas del conflicto.

En esta misma línea de argumentación, tomando la mediación desde su concepción global, hemos de diferenciarla del proceso judicial no sólo por el aspecto anteriormente reseñado sino por el hecho, más finalista y tangible, de que la mediación se sustenta sobre una estrategia de resolución del conflicto en que ambas partes han de salir satisfechas con el resultado, y que éste les suponga un beneficio (estrategia ganar-ganar), mientras que en el proceso judicial el resultado, determinado por el juez o el tribunal, generalmente se decanta, total o parcialmente, a favor de una de las partes (quien gana) y en contra de la otra (quien pierde).

Este control directo de las partes sobre el conflicto, típico de la mediación, es también característica común con el arbitraje, si bien en esta segunda fórmula de resolución de conflictos el resultado final viene impuesto por el árbitro, y con ello se garantiza una solución al conflicto, mientras que en la mediación el resultado

logrado queda bajo el total y exclusivo control y dependencia de las partes, pero el factor que no está garantizado es que vaya a haber un resultado y una resolución al conflicto.

Es necesario además destacar dos cuestiones en relación a la consideración de la mediación desde un contexto global, general y universal. La mediación es una institución jurídica, es una forma de resolver conflictos, con previsiones normativas al respecto, en aquellos países en los cuales está en funcionamiento, y, lo que es más importante, con consecuencias jurídicas derivadas directamente del acceso a la misma por las partes en conflicto. Por tanto, la mediación no es una terapia.

En segundo lugar, y también desde la referencia de la constante globalización y uniformización de los diferentes sistemas jurídicos, ha de advertirse que la cultura y tradición jurídica de cada país es singular, propia e intransferible. Instituciones o soluciones jurídicas que funcionan a pleno rendimiento y de manera satisfactoria en un estado pueden, perfectamente, no funcionar y ser un rotundo fracaso en otro. Apelamos con ello al respeto a la idiosincrasia de distintas personas, sensibilidades y sociedades que integran el mundo. La mediación es una institución jurídica de procedencia anglosajona, ámbito jurídico en el cual goza de una positiva experiencia que la avala unida al conocimiento generalizado de la misma y de sus posibilidades por la ciudadanía. En el ámbito continental europeo, al que nos referimos por obvios motivos de cercanía, apenas es una “recién aterrizada” y en la mayoría de países para su ciudadanía, e incluso para los juristas, es una “gran desconocida”, por no entrar a valorar, para evitar extendernos innecesariamente, la existencia o no de un cierto arraigo de una cultura del diálogo sobre la cual se fundamentan los beneficios, bondades y ventajas de la mediación.

2.1.- La mediación como complemento en la Administración de la Justicia

Postular la inclusión de la mediación en el marco de la Administración de la Justicia, servicio de carácter público que los Estados modernos disponen a favor de sus ciudadanos a fin de cumplir con los mandatos constitucionales que proclaman el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, conlleva, a nuestro parecer, que la mediación se integre dentro del sistema público de Administración de la Justicia en el cual se ubica el ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de juzgados y tribunales.

Como indicábamos anteriormente, y caso de ser instaurada la mediación como sistema público y complementario de Administración de la Justicia, no debiera en ningún caso establecerse como obligatoria, constituyendo de esa forma y si así se hiciera, erróneamente, un presupuesto previo al proceso judicial que lesionaría directamente el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. No nos parecen por tanto idóneas, ni constitucionalmente aceptables, posibilidades como las que se contemplan para la mediación en Argentina, donde

se impone una multa si no se acude a una mediación con carácter previo al proceso, o en Gran Bretaña, donde aquella parte que renuncia a la mediación pre-procesal asume las posteriores costas del proceso, ocurra lo que ocurra en el proceso.

Sí parece, a primera vista, que la mediación puede ser ventajosa respecto al proceso en aquellos conflictos en que predomina el componente emocional-personal respecto a las consecuencias jurídicas del asunto. En aquellos conflictos en que las partes más que una aplicación e interpretación de la ley, que es lo que verdaderamente comporta el proceso y la intervención del juez, sustentan o delimitan el conflicto en posiciones personales, a veces enconadas, en las cuales incluso puede que no exista un elemento legal que las de cobertura o las ampare (conflictos matrimoniales, vecinales, de convivencia...). En esta concreta situación entendemos que también confluye la cultura y la tradición jurídica de cada país. Observando la mediación desde una perspectiva global, al igual que ocurre con otras muchas instituciones jurídicas, la particular configuración de cada sociedad, su cultura general y jurídica, hace que, en este caso, la mediación pueda ser más idónea y goce de mayor aceptación y éxito en determinadas sociedades, como pueden ser las vinculadas con la tradición anglosajona, que en otras sociedades menos familiarizadas, al menos hasta el momento, con la cultura del diálogo como forma de solución del conflicto. Así las cosas debe tenerse en cuenta este último factor, puesto que no todas aquellas instituciones que funcionan a satisfacción en un modelo jurídico y en una sociedad concreta pueden hacerlo automáticamente en otras. Puede que en algunos casos no sean convenientes ni adecuadas, por no encajar en la cultura y en el modelo jurídico de ese país, puede que en otros casos requieran de una adaptación y transformación que facilite su acople a ese sistema jurídico y a esa concreta sociedad y su particular cultura.

En último término también conviene recordar nuevamente que la mediación, aunque nos parezca algo sumamente evidente, es una institución jurídica, no una terapia. La mediación es una forma jurídicamente relevante de resolución de conflictos en vía extrajudicial. Las características de flexibilidad y antiformalismo que la gobiernan no han de ser óbice para que se trate de una institución que necesita de un marco legal que permita su utilización y que determine sus principios básicos, la configuración del mediador, la determinación de las condiciones procedimentales mínimas de su empleo, o el valor y efectos jurídicos del acuerdo de mediación, entre otras importantes cuestiones que atañen a esta figura. Resolver conflictos en sociedad requiere de una mínima aplicación del Derecho, no en vano una de sus funciones principales, junto a la ordenación de la convivencia, es la de establecer las formas de resolución de disputas y litigios.

3.- Ventajas e inconvenientes de la mediación

En un análisis global de la mediación, como el que realizamos en el presente trabajo, uno de los datos que mayor interés puede arrojar para valorar su

conveniencia como medio complementario y extrajudicial de resolución de conflictos quizá sea el valorar y contrastar las ventajas e inconvenientes que presenta la mediación. Sirvan unos y otros como referencias para ver los retos que ha de superar la mediación para ser eficaz a nivel global (en cualquier contexto, sociedad y tipo de conflicto) y los puntos fuertes que ya presenta –ventajas– y que debe consolidar, potenciar y en ningún caso perder.

Comencemos por lo más positivo, por tanto por aquellas circunstancias, contrastadas, que la mediación ofrece como ventaja con carácter general frente al proceso judicial.

La primera ventaja es su menor onerosidad. En un doble plano, el económico y el temporal. Los procedimientos de mediación, desde su comienzo hasta su conclusión –en el caso más extenso en esta variante, con la consecución del acuerdo–, son temporalmente breves, rápidos y concentrados. Frente a esta circunstancia el proceso judicial suele dilatar temporalmente la resolución del asunto, más aún si se agota la vía judicial ordinaria e incluso se accede al amparo de derechos fundamentales ante los Tribunales constitucionales o, llegado el caso, ante tribunales internacionales en defensa de derechos humanos. También presenta una reducción, en este caso de costes económicos, la mediación sobre el proceso judicial. En la mediación prácticamente el único gasto a desembolsar son los honorarios del mediador o de la institución que ofrezca el servicio de mediación, y además no en todo caso ya que hay incluso sistemas que ofrecen mediación gratuita o subvencionada en una parte. Frente a ello el proceso es costoso y caro ya que han de abonarse toda una serie de honorarios profesionales (más onerosos que los del mediador) así como las debidas compensaciones a testigos, los gastos derivados de la práctica de las pruebas que según el ordenamiento legal las partes deban asumir, el posible pago de tasas, obtención de documentos, anuncios, etc.

En segundo lugar, la mediación es más ventajosa a nivel personal. La mediación, como forma de solución del conflicto, es pacífica, no confrontativa (o adversarial), se basa en el diálogo y la colaboración mutua entre las partes. Requiere de la cooperación imprescindible de quienes se encuentran en conflicto porque ellos, y sólo ellos, son quienes deben alcanzar libre y voluntariamente el acuerdo que ponga fin a la disputa. En el proceso judicial el enfrentamiento es inevitable, puesto que la propia dinámica del proceso marca claramente dos posiciones opuestas que se contradicen en la defensa de sus intereses propios en detrimento de los ajenos. La mediación potencia la colaboración y el acercamiento, el proceso judicial la rivalidad y el enfrentamiento. De ahí que, como ventaja de carácter personal, tras una mediación a nivel de relación entre las partes en conflicto las secuelas negativas sean habitualmente escasas, las relaciones (personales, comerciales, familiares, de vecindad, de trabajo) se mantienen en el futuro. No ocurre lo mismo, ni mucho menos, tras un proceso judicial, en que incluso el enfrentamiento inicial que deparó el proceso se puede haber visto aumentado tras la conclusión de la “contienda” en los juzgados.

En línea argumental vinculada con lo anteriormente expuesto encontraríamos una tercera ventaja de la mediación como forma de resolución del conflicto. Es la relativa al protagonismo de la partes. Una de las grandes acusaciones que se vierten en los últimos tiempos respecto al proceso, y a la Administración de la Justicia en sede judicial, es la relativa a la despersonalización y deshumanización de los ciudadanos cuando se ven inmersos en una causa judicial. Alegatos por parte de los ciudadanos que se ven abocados a un proceso judicial del tipo “soy uno más”, “mi caso es un expediente y poco más”, “al juez/a no le importan mis sentimientos ni cómo me encuentro”, o “al menos me hubiera gustado escuchar una explicación de por qué lo hizo...”, son frecuentes en los pasillos de los juzgados y tribunales. En la mediación las partes asumen, casi en exclusiva –salvo la intervención del mediador–, el protagonismo y la responsabilidad. Ellos son quienes deben aceptar ir a la mediación, es el lugar donde pueden expresar sus sentimientos, ser escuchados y recibir explicaciones, y donde, simultáneamente, han de ir construyendo las bases para obtener una solución al acuerdo, puesto que ellos (las partes), y sólo ellos, han de configurar el acuerdo que consideran satisfactorio para resolver el conflicto.

Es por ello, en cuarto lugar, que la mediación aventaja al proceso en cuanto a voluntariedad en el acceso a la misma, ausencia de competitividad, no hay “vencedor” ni “vencido” ya que la solución ha de conseguirse de común acuerdo, se evitan actuaciones formalista, rígidas, incluso innecesarias e incompresibles para las partes, y se atiende siempre, y por encima de todo, a los intereses más personales de la parte. Esta ausencia de “imposiciones” (incluso en la propia decisión del asunto, como sí ocurre en el proceso judicial) repercute en que se obtenga una mejor aceptación del acuerdo y en su cumplimiento posterior. De este modo se explica el altísimo grado de cumplimiento voluntario de los acuerdos obtenidos en mediación, que se encuentra normalmente por encima del 90%, frente a la inveterada deficiencia que presenta el cumplimiento voluntario de resoluciones judiciales.

Frente a estas ventajas se oponen una serie de inconvenientes, también perceptibles, de la mediación, fundamentalmente en su contraste con el proceso judicial. Damos cuenta de los que consideramos más significativos, y que en muchos casos se erigen en escollos insalvables para la mediación, determinado que en esos concretos supuestos apenas pueda quedar entonces como única vía posible, y aceptable, el proceso judicial para la resolución del conflicto.

En primer término, se acredita el hecho de que la mediación no es idónea o apta para todos los posibles tipos de conflictos o litigios por cuanto hay una serie de derechos, obligaciones, relaciones jurídicas o tipos penales, en función del concreto ámbito jurídico material al cual se trate de aplicar, para los cuales no es legalmente posible su utilización. Queda vedada la mediación por cuanto las partes no disponen de la facultad absoluta y exclusiva sobre esos derechos, obligaciones o situaciones. Son los casos de los derechos indisponibles en materia de derecho privado (por ejemplo la incapacidad de una persona), o las situaciones amparadas por motivos de seguridad pública (en el ámbito del derecho público o el derecho

administrativo), o en el caso de los delitos en razón de la gravedad de los mismos y de su repercusión en la propia sociedad a quien no se puede (ni debe) hurtar el que se enjuicien determinadas conductas que atentan contra bienes jurídicos que afectan, directa o indirectamente, a todos los integrantes de la misma –corriendo el riesgo, de no ser así, de “privatizar” la aplicación de delitos y faltas-.

En segundo lugar, el carácter personalísimo de la mediación exige que sea la propia parte, sin intermediación ni representación, quien actúe en primera persona en la mediación, en sus sesiones y en el diálogo con el mediador y la otra parte. A mi juicio es una exigencia insustituible de la mediación que se debe aplicar restrictivamente. De ahí que en aquellos casos en que no se tenga capacidad jurídica plena, y se deba suplir mediante la representación (menores, incapaces), o se trate de una persona jurídica (y deba “corporeizarse” a través de representante legal), deba quedar excluida la aplicación de la mediación.

También en línea de principios, y como tercer inconveniente que presenta a nivel global la mediación, entendemos que no debe admitirse en aquellos casos en que no se garantiza el principio de igualdad entre las partes en conflicto. El diálogo y la negociación consciente, libre y voluntaria que la mediación requiere sólo pueden realizarse con garantías entre dos partes que se encuentren en igualdad. De lo contrario, una de las partes impondrá, de una u otra forma, la solución a la otra, perdiendo con ello la esencia misma de la mediación que exige la creación de un punto común de intereses y la adopción de un acuerdo mutuamente satisfactorio. Cuando se contraste la existencia razonable de diferencias acusadas de edad, formación, posición laboral, situación económica, violencia previa, u otras que deparen una gran desigualdad, no debiera ser aconsejable, ni aceptarse, una mediación. Ni siquiera, entendemos, pese a que se invoque a la capacidad del mediador para tratar de reequilibrar las posiciones. Ese reequilibrio, o empoderamiento –en anglicismo importado de las fuentes de la mediación en el derecho anglosajón– a favor de la parte más “débil”, no garantiza que se logre una igualdad real entre las partes, puesto que entendemos que dicha mediación ya nace viciada por la descompensación y desigualdad inicial, y que la parte que ostenta la posición dominante de una relación anterior difícilmente va a perder ese estatus en el transcurso del procedimiento de mediación.

El flanco jurídicamente más débil que presenta la mediación a día de hoy, y que por ello representa un inconveniente en cuanto a su eficacia y efectividad en comparación con el proceso judicial, es el concerniente al acuerdo de mediación. La configuración del valor jurídico del acuerdo de mediación es la gran asignatura pendiente de la mediación para lograr su avance y consolidación como forma extrajudicial de resolución de conflictos. Las dificultades se ciernen sobre varios aspectos del mismo, comenzando por el contenido del acuerdo y abarcando hasta su ejecución forzosa o la impugnación del mismo. Así en cuanto al contenido del acuerdo, este se logra y se debe a las partes, con la supervisión del mediador –que no ha de ser, obligatoriamente, un experto en Derecho-.

Esto supone que puedan admitirse por las partes acuerdos manifiestamente ilegales y contrarios a la ley, e incluso al orden público. Dado que no hay un límite inicial al contenido del acuerdo, sino que depende de la concurrencia de las voluntades de las partes, éstas pudieran llegar a pactar la asunción de derechos, la imposición de obligaciones prohibidas por ley o de imposible realización (sirva como ejemplo el que en caso de mediación penal pactaran que el agresor no pueda salir de su domicilio en meses, contraviniendo con ello el imperativo constitucional de que las restricciones de derechos fundamentales como es la libertad, solo pueden ser acordadas por un juez).

De ahí que, en función de la ausencia de atribuciones específicas al mediador, más que una mera supervisión del acuerdo, se estime conveniente la homologación de los acuerdos de mediación por parte de los órganos jurisdiccionales (o en su defecto ante otros órganos jurídicos que verifique y validen su contenido como pudieran ser los notarios), lo cual nos aboca –como ocurrirá con el resto de cuestiones relativas al acuerdo de mediación que vamos a desgranar– que caemos en la paradoja de acudir al órgano jurisdiccional cuando la intención inicial, y por la cual, entre otras, se ha optado por la mediación, es la de evitarlo. Al hilo de la cuestión se plantea también la dicotomía relativa a si la homologación judicial del acuerdo de mediación ha de ser respecto a la forma –esto es, que la mediación y el acuerdo, se hayan obtenido respetando las previsiones legales establecidas al efecto, evitando por ejemplo que pudiera haberse privado de intervenir de intervenir a una parte- o si ha de entrar en el fondo –contenido- del propio acuerdo (en un examen de legalidad del mismo).

Además, si bien es cierto que ya anticipábamos que una de las ventajas de la mediación era el cumplimiento voluntario de los acuerdos obtenidos en dicha sede, eso no impide que existan casos concretos en que el acuerdo no se cumple (total o parcialmente), o bien se cumple de forma no satisfactoria o apropiada. De partida casi ninguna legislación le reconoce el valor de título ejecutivo (como si ocurre con la sentencia judicial o con los propios laudos arbitrales), lo cual le coloca en una clara inferioridad, y atractivo, frente a las resoluciones que ponen fin a los conflictos en otras opciones (judicial o arbitral). Parece arriesgado dotar al acuerdo de mediación, sobre la base de las mismas razones aludidas en el párrafo anterior respecto a la recomendable homologación del mismo, de ejecutividad directa. Por esas mismas razones, nuevamente, lo más prudente es que previamente haya pasado una homologación y tras ella, y con ella, si adquiriera, si la ley así lo contempla, el carácter de título ejecutivo.

En último término, completando el análisis del acuerdo de mediación, se puede valorar la conveniencia o inconveniencia de que se establezcan previsiones respecto a su impugnabilidad. De forma otra vez recurrente aparecen como trasfondo las razones ya aludidas. El contenido del acuerdo es responsabilidad de las partes, que pueden no tener conocimientos jurídicos y no contar con asesoramiento al respecto, así como de la previa supervisión del mediador (a quien la mayoría de las

legislaciones vigentes tampoco exigen una especialización máxima en materias jurídicas). De ahí que, otra vez, nos veamos ante la paradoja de plantear el acudir a los órganos jurisdiccionales para privar de efectos a un acuerdo de mediación obtenido irregular o ilegalmente, y que no pasa de ser, salvo previa homologación, un documento (contrato) privado entre partes. Es más en este caso la paradoja alcanza su máximo nivel ya que puede conducirnos al absurdo de recurrir el contenido de un acuerdo que con carácter previo el recurrente ha negociado, y aceptado, voluntariamente, por tanto incurriendo en la aparente incongruencia jurídica de ir en contra de sus propios actos.

Los inconvenientes generales que la mediación puede deparar se acentúan de forma particular en el ámbito penal. Implantar la mediación como forma de solución extrajudicial de delitos y faltas entendemos que acarrea algunos riesgos. Así, en primer lugar, el hecho de dejar en manos de agresor y víctima la exclusiva determinación de la responsabilidad derivada de la comisión de un delito o falta puede llevar, de facto, a la despenalización de determinadas conductas (aquellas que sean susceptibles de ser objeto de una mediación penal), hurtando a la sociedad –y con ello a los órganos del Estado que detentan el *ius puniendi*– de poder perseguir determinadas conductas que afectan no sólo a la víctima sino también a la propia sociedad en razón de los bienes jurídicos lesionados.

Un segundo, y más grave, riesgo que se cierne sobre la mediación, consecuencia en cierta medida de la situación anteriormente descrita, viene dado por que puede crearse un clima o sensación social de impunidad a favor del delincuente, quien vía mediación puede “sortear” la responsabilidad penal que predeterminan los respectivos Códigos Penales por la comisión de unos hechos punibles, “solucionando” delitos y faltas cometidos mediante el acuerdo con la víctima para reparar, restaurar o indemnizar (o aceptar realizar una determinada conducta durante un tiempo), esto es aceptando la vertiente de responsabilidad civil del delito pero sin recibir ningún tipo de sanción penal. Ello puede conducir, en los casos más extremos, a que el delincuente se habitúe a la comisión de determinados delitos y faltas, aceptando posteriormente una mediación en la cual obtenga un acuerdo que le sea benigno y le permita evitar mayores responsabilidades, tanto civiles como penales, en caso de acudir a un proceso judicial.

Otra cuestión que también enlaza con los razonamientos anteriores respecto a la posible inconveniencia de la mediación penal nos hace detenernos en su aplicación en los casos de víctimas especialmente vulnerables. Uno de los principios básicos de la mediación, como ya hemos apuntado, es el de igualdad entre las partes. Nuestras reticencias en estos casos se centran cuando la víctima es un menor, un anciano, una persona dependiente o incapaz, e incluso una víctima de violencia de género. Su situación de partida ante la mediación es de clara inferioridad ante el agresor. No olvidemos que la mediación es una forma de resolución de conflictos en que prima lo “personal”, incluso por encima de lo estrictamente jurídico. Ahora bien, ante grupos de personas que, *a priori*, se presentan en

inferioridad ante el agresor no parece recomendable que la resolución del conflicto que les ha afectado, y en el cual a buen seguro una de las circunstancias que puede haber empujado al agresor a delinquir sobre ellas sea su condición de desamparo o vulnerabilidad, se produzca a través de una mediación. Más aún cuando otro de los principios básicos de la mediación, como es su carácter personalísimo, impediría de raíz y en esencia, que un tercero (por ejemplo el Ministerio Fiscal) velase por sus derechos e intereses. Nadie puede ni debe representar a la víctima puesto que ella, y sólo ella, es quien debe dialogar con el agresor, pedir y, en su caso, aceptar sus explicaciones y motivos, valorar los términos y condiciones de la reparación o restitución que debe asumir como consecuencia de la infracción, así como el tipo y extensión de la misma (económica, de prestación, de actividad...)

Aún podemos señalar algún factor de riesgo más. Por su propia configuración, la forma de comisión y los resultados del delito, existen determinadas infracciones que por definición no serían mediables. Bien porque no existe persona con la cual mediar ya que se trata de delitos que directamente pueden no tener una víctima (tráfico de armas, delitos contra la seguridad vial), o bien porque no es posible individualizar a los afectados y perjudicados por el delito (delitos medioambientales).

4.- La mediación como profesión jurídica

Uno de los retos de mayor calado que debe afrontar la mediación contemporáneamente para asentarse como complemento al proceso judicial en la sociedad actual es el de perfilar definitivamente los contornos del mediador como profesional jurídico. Consideramos indiscutible que la mediación ha de considerarse una institución jurídica, y, en consecuencia, quienes profesionalmente se dediquen a ella deben ser considerados a todos los efectos verdaderos profesionales del Derecho.

Contamos con el lastre, hasta la fecha, de que no se ha reconocido como debiera al mediador, quizá por su todavía incipiente novedad en el plantel de las profesiones jurídicas. Craso error si mantenemos estas reticencias y demoras ya que el mediador es la pieza maestra del engranaje de la mediación, es la clave y la garantía de calidad de esta forma extrajudicial de resolver conflictos. Sobre la figura del mediador descansa la crucial tarea y responsabilidad de crear el clima y las condiciones oportunas e idóneas para que las partes puedan solucionar el conflicto. Sobre él también descansa la responsabilidad de velar por la pureza del procedimiento de mediación, de seguir sus etapas e ir logrando los hitos necesarios para que se obtenga finalmente un acuerdo entre las partes. Sobre él, finalmente, y sobre su profesionalidad gira la confianza del ciudadano cuando opta por la mediación.

No debe pasar desapercibido en este punto que la formación básica del mediador es diversa ya que su procedencia puede ser amplia puesto que el mediador suele ser un profesional que de inicio se ha formado en materias relacionadas con las ciencias humanas y sociales (derecho, psicología, trabajo social,

educación) pero que posteriormente ha de completar con la especialización correspondiente que le permita comprender las situaciones y conflictos que se le presentan, tanto desde el punto de vista jurídico (especialmente en cuanto a la conformación y contenido del acuerdo y su repercusión jurídica) como desde el psicológico, social, cultural o educativo.

Por todo ello se hace imprescindible que el acceso y el ejercicio de la profesión de mediador se sustente a partir de unos requisitos preestablecidos de formación, profesionalidad y deontología, que impidan el ejercicio de la mediación a quienes no los reúnan, a quienes únicamente traten de aprovechar el momento de auge que vive globalmente la mediación sin acreditar una aptitud profesional adecuada y conveniente para asumir estas funciones.

De esta forma nos postulamos decididamente a favor de su reglamentación y regulación jurídica. Debe dotarse a los mediadores de un Estatuto Profesional que regule los elementos básicos y nucleares del ejercicio profesional de estas funciones (derechos, obligaciones, responsabilidades, régimen disciplinario, código deontológico), debe exigírseles que se agrupen y estructuren en torno a un Colegio Profesional y, en último término, deben figurar como inscritos –en garantía del cumplimiento de los requisitos de acceso y ejercicio de la profesión– en un Registro Público profesional.

A partir de estas premisas básicas el mediador, ya a título personal, deberá hacer valer una serie de cualidades muy necesarias para el ejercicio de la profesión, como pueden ser la actitud de servicio, la colaboración, la tolerancia, la flexibilidad o la empatía. Igualmente son básicas el manejo de una serie de capacidades como la escucha activa, el mostrarse interesado por el asunto ante las partes, usar de manera apropiada el contacto visual, hacer el tipo de preguntas apropiadas, aprender a estar cómodo con el silencio, eliminar tantas distracciones como sea posible, solicitar a cada parte que comparta sus reacciones sobre lo que está diciendo la otra parte o resistirse a deducir la situación o la solución demasiado rápida.

En último término, y bajo su responsabilidad, queda valorar los propios riesgos que la mediación presente al caso concreto en cuanto a determinar si los propios participantes están preparados para mostrar sus sentimientos, y aceptar determinadas actitudes y comportamientos), si las expectativas sobre el procedimiento son realistas, intervenir compensando posibles desequilibrios de poder entre los participantes (idioma, preparación, cultura, nivel socioeconómico), seleccionar el lugar idóneo que aumente la seguridad de los participantes y minimice su ansiedad y los temores, o saber reconocer cuando el riesgo es inaceptable y dar por terminado el procedimiento.

5.- Aportaciones personales y propuestas

La mediación puede encontrar acomodo en los actuales sistemas constitucionales como forma complementaria al proceso para la resolución de conflictos. Es posible y viable, a nivel global, por cuando no implica, si se considera como

complemento y no como alternativa, ningún menoscabo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. El hecho de que el derecho de acceso a la jurisdicción, de forma tradicional, se asocie y prevea concentradamente ante los juzgados y tribunales, no cierra la perspectiva a considerar otras vías legítimas y legales que puedan estar a disposición de los ciudadanos para la defensa y tutela de sus derechos. Este derecho procesal fundamental no ha de ser interpretado de forma rígida y absoluta, como incondicional del acceso por la vía del proceso judicial, sino que la tutela efectiva de derechos es compatible con otras opciones (incluso extrajudiciales), siempre y cuando quede expedita y a la libre elección del ciudadano el acceso a la tutela de sus derechos en sede judicial. La exigencia entonces se ha de fijar, al referirnos a la mediación u otras formas extrajudiciales y complementarias de administración de la justicia, en que aporten seguridad jurídica y no lesionen derechos fundamentales del ciudadano. Ni más, ni menos.

Uno de los retos que la mediación debe asumir es que su estabilidad pasa por configurarse como un verdadero complemento al proceso dentro de la Administración de la Justicia. Ha de conformarse como un sistema de resolución extrajudicial de conflictos, no ha de diseñarse atropelladamente como respuesta inmediata y a golpe de clamor social o de moda cultural. Su éxito vendrá determinado, en mayor o menor medida, por un diseño legislativo sistemático y planificado que partiendo de la situación actual, y de los problemas contemporáneos de la justicia, sea capaz de encuadrarse en la Administración de la Justicia actual, pero que también se adapte y encaje en las exigencias de futuro de la ciudadanía a la hora de plantearse las formas de resolver sus conflictos.

Podemos desgranar toda una serie de propuestas globales que pueden ser de interés para que la mediación pueda tener una exitosa y fructífera implantación en el ámbito de la Administración de la Justicia. Vamos a distribuir nuestras propuestas en dos grupos. Un primer grupo más genérico y global, en cuanto claves sobre las cuales puede descansar el éxito, o fracaso, de la mediación. Un segundo grupo de propuestas de carácter más concreto y técnico jurídico que pueden hacerla más efectiva, eficiente y fructífera.

En primer lugar, ha de tenerse presente que la mediación no es un remedio mágico que va a paliar los recurrentes y estructurales males de la Administración de la Justicia. Revertir la denominada “crisis de la Justicia” no pasa por la mediación. La mediación es un componente, dentro de todo un amplio y heterogéneo abanico de posibilidades y medidas, que puede ayudar a superar algunas de las deficiencias de la Administración de la Justicia. Pero no es la solución única, sino una pieza más de un entramado complejo que debe incluir otras muchas actuaciones e intervenciones.

Uno de los escollos que encuentra la mediación, salvo en el entorno de los sistemas jurídicos anglosajones, es el desconocimiento popular de esta institución. En primer lugar en cuanto a su existencia, posibilidades, aplicación y consecuencias.

El ciudadano mayoritariamente la desconoce. Si la ignora, difícilmente puede valorarla como opción. En segundo término, dentro del propio campo del Derecho, muchos son los profesionales que no la conocen en su esencia y naturaleza jurídica. Por tanto se hace imprescindible que se informe al ciudadano y que se forme al jurista. Sin este primer paso, negros nubarrones presiden el futuro de la mediación.

Tal y como hemos puesto de manifiesto en el apartado anterior, uno de los pilares, por no decir el fundamental, de la mediación es la figura personal que la encarna: el mediador. Se hace totalmente imprescindible e inaplazable la configuración jurídico legal de la profesión de mediador.

Socialmente ha de valorarse muy bien quién gana y quién pierde con la mediación, como forma de solución extrajudicial y complementaria de conflictos. En algunos de ellos, los relacionados con derechos privados de carácter disponible, no habría objeciones ya que forma parte de la autonomía de la voluntad del ciudadano, como expresión de la misma, el elegir y seleccionar la vía para resolver las disputas y conflictos que afecten a sus derechos subjetivos.

Ahora bien, en una dimensión pública de los derechos la sociedad, con la mediación, “permitiría” la privatización de la resolución de los mismos, dejando en manos de las partes que acuden a mediación resolver una situación que directa, o indirectamente, repercute en la sociedad. Esta circunstancia es especialmente relevante en materia penal al ceder a la víctima y el agresor la determinación de las consecuencias de la comisión de un delito o falta (en definitiva de una infracción penalmente relevante), llegando incluso a poderse generar situaciones en que el agresor en fraude de ley se beneficie de la mediación para lograr su impunidad. Debe evitarse, en la conformación legal de la mediación penal, que incumplir obligaciones o delinquir genere impunidad empleando para ello la cobertura de la mediación (por su naturaleza y condiciones en cuanto al contenido del acuerdo de mediación que las partes puedan pactar).

Parece recomendable que el modelo posible de mediación se decante hacia un sistema público, institucionalizado e integrado en las propias sedes judiciales, ofreciendo con ello una estructura completa de la Administración de la Justicia, que albergue junto a juzgados y tribunales, las demás formas extrajudiciales y complementarias que la legislación habilite para la resolución de conflictos (arbitraje, mediación, conciliación), sobre el apoyo de unas unidades administrativas como pudieran ser las “Oficinas de Resolución de Conflictos” que sirvan de soporte para la asistencia y orientación de ciudadanos y profesionales jurídicos a la hora de decantarse por una u otra opción, y dando con ello forma al modelo de “tribunales multipuertas” que ya se experimenta en algunos países.

Descendiendo en segundo lugar a una serie de propuestas más técnicas, vinculadas a la mejora del modelo de mediación y de su aplicación como

procedimiento complementario y extrajudicial de resolución de conflictos, y que deparen su mayor eficiencia posible, podemos apuntar:

1.- La conveniencia de implementar “Registros Públicos de Mediaciones” en los cuales fuese obligatorio depositar el acuerdo obtenido en mediación y que con ello sirva, entre otras posibilidades:

a) para la constancia pública de los acuerdos, y en caso de duda poder acudir a la versión original y fiel del mismo para resolver discrepancias.

b) reforzaría la ejecución forzosa del mismo, ya que serviría para contrastar los términos del incumplimiento así como de referencia para el juez u órgano judicial que debiera asumir la ejecución forzosa de su contenido

c) como elemento para determinar la reincidencia del agresor en casos penales y con ello prever su imposibilidad de volver a resolver conflictos en mediación, cerrando el camino de la mediación penal a mediados recalcitrantes.

2.- Otra de las disfunciones que hemos observado en la práctica respecto a la mediación versa sobre la necesaria definición de unas coordenadas concretas de duración máxima de la misma. No por el hecho de que legalmente no se contemplen, que si se prevén en la mayoría de las legislaciones vigentes, sino especialmente en cuanto a fijar el momento inicial del cómputo de dichos plazos, ya que ha de tenerse presente que habitualmente son plazos muy cortos y perentorios que han de manejarse con dificultades en la localización de los mediados, dudas y tardanzas en aceptar, ausencias a las primeras reuniones o entrevistas con el mediador, etc.

3.- La mediación debe aportar un marchamo de calidad para ser efectiva. De ahí que recomendamos la aplicación de elementos de valoración que contrasten la calidad de un sistema de mediación, para valorar si realmente es un complemento en la Administración de la Justicia que la refuerza o si, por el contrario, no supone mejora alguna. En este sentido sería de interés que al implantar un sistema de mediación se prevean las fórmulas de las cuales tomar indicativos de su calidad como puedan ser el valorar la satisfacción de los mediados, la determinación del índice de resoluciones con acuerdo respecto al número de asuntos iniciados en mediación, el volumen de asuntos, la realización de auditorias y controles externos de calidad y eficacia, la observancia de un código deontológico del mediador, o la creación de Observatorios públicos que valoren su aplicación y se arroguen competencias en cuanto a poder sugerir y desarrollar medidas y actuaciones para la mejora y perfeccionamiento del sistema de mediación.

4.- En cuarto lugar, debe valorarse la conveniencia de contener en los procedimientos de mediación (al igual que ya se contempla en el arbitraje) la posibilidad de adoptar medidas “asegurativas” que garanticen de una parte el cumplimiento futuro del contenido del acuerdo de mediación y de otra que consigan evitar que durante el procedimiento se mantenga la lesión o infracción respecto a los derechos de alguna de las partes que intervengan en mediación.

5.- Fiscalmente la mediación puede ser atractiva y utilizarse esta circunstancia como polo de atracción. Es decir, puede valorarse la conveniencia de establecer algún tipo de beneficio fiscal para las partes que acudan a mediación (compensaciones o deducciones fiscales por los gastos desembolsados en mediación) así como para los profesionales que asesoren a los ciudadanos que acudan o participen en una mediación (bonificación en los Impuestos de Actividades Económicas o de Sociedades de personas físicas o jurídicas que recomienden o asistan al ciudadano en una mediación).