

## Integración de la mediación en el moderno concepto de *Acces to Justice*

Luces y sombras en Europa

Silvia Barona Vilar

Universidad de Valencia

### *Abstract*<sup>1</sup>

*En los últimos tiempos la mediación ha permitido llenar aulas, revistas y libros. Su actualidad y su realidad han ido creciendo exponencialmente. Nuestro país ha sido receptivo, como todos los demás países de la UE, en la trasposición de la [Directiva 2008/52/UE](#). Ese marco legal nacional europeo, sintetizado en este trabajo, ha propiciado una verdadera revolución en diversos profesionales que, probablemente por la situación de crisis económica, han percibido la mediación como vía profesional. De ahí la profusa capacitación de este último lustro.*

*Este trabajo, obviando focalizarse en qué es la mediación y qué deben hacer quienes quieren ejercer la función mediadora, expone una visión que, a medio y largo plazo, podría perturbar y frustrar las bondades de la mediación —que las tiene—. La mediación es hoy pieza del modelo de justicia del siglo XXI, convertida en un medio tuitivo que se ofrece al ciudadano y como tal puede incardinarse en lo que se viene denominando el Access to Justice. Ahora bien, el peligro del reduccionismo de la mediación por una visión economicista existe, tanto para los mediadores como para el Estado. Lo preocupante es esta visión del Estado ante la mediación, favoreciendo una reducción o minimización de los presupuestos para Justicia. La Justicia es un valor público y como tal debe continuar. La mediación es pieza de ese nuevo modelo de Justicia, pero no un ingrediente de reducción de lo público. En ese reduccionismo radica el peligro y posible frustración de la mediación.*

*Mediation is nowadays a very popular topic whose relevance has grown steadily over the last decades. Today referring to mediation in classrooms, Journals or Books is more and more usual worldwide. This trend is also ascertainable in the European Union and has led to the enactment of Directive 2008/52/EC on Mediation. The Directive aims to set forth a minimum common legal framework for mediation in Europe and to foster its use by citizens in the EU. The enactment of the Directive has put mediation in the legal agenda and has led to a certain revolution in the legal profession to the extent that lawyers, maybe because of the economic crisis, seek to get acquainted with mediation and want to make use of it. This trend is also ascertainable in Spain.*

*This work avoids focusing on what mediation is and what mediators have to do. On the contrary exposes a reality that may disrupt and frustrate the benefits of mediation in the medium and long term. Mediation is now a part of the model of justice in the XXI Century. It offers citizens a tool to satisfy their legal expectations and reshapes the principle of access to justice. However, the danger of approaching the institution solely from an economic standpoint exists for mediators and for the State. The temptation for the State to use mediation as an excuse for reducing investment in the judiciary is ascertainable. We stand on the idea of Justice as a public value that should be preserved. In this reductionism of approaching mediation solely from an economic standpoint lies the danger and possible frustration for the institution.*

*Title: The Integration of Mediation in the modern idea of “Access to Justice”: Lights and Shadows in Europe*

*Palabras clave: Mediación, ADR, Acceso a la Justicia, Justicia multipuerta, peligros de mediación*

*Keywords: Mediation, ADR, Access to Justice, Multi-rooms Justice Systema, Mediation's Dangers*

---

<sup>1</sup> Fue redactado en el marco de los proyectos de investigación DER 2013-44749-R (MINECO) y PROMETEO II 2014/081 (GV).

## *Sumario*

1. ADR y Access to Justice. El moderno concepto de “Multi—rooms Justice System” ante la entrópica conflictividad social
2. Del género autocomposición a las especies conciliación y mediación
3. Líneas generales de la mediación en Europa
  - 3.1. Asimetría en la incorporación legislativa de la mediación
  - 3.2. Mapa general de las legislaciones europeas en materia de mediación civil y mercantil
  - 3.3. Mediación como estrategia para mejorar las condiciones de la “Justicia” civil en Europa
4. Diagnóstico del conflicto y bondades de la mediación
5. Inconvenientes y riesgos. ¿Negocio? ¿Pura visión economicista? ¿Abandono del Estado?
6. Bibliografía

### *1. ADR y Access to Justice. El moderno concepto de “Multi—rooms Justice System” ante la entrópica conflictividad social*

El aumento en calidad y cantidad de la conflictividad social, de forma asimétrica y exponencial, es uno de los componentes del paisaje que nos ofrece la sociedad moderna y mundializada. Una sociedad que ha experimentado una enorme transformación en lo cultural, técnico, tecnológico, científico, político, económico, etc., generando una suerte de metamorfosis que allende la facilidad para generar nuevas y diversas relaciones jurídicas, acoge igualmente una nueva manera de afrontar las discrepancias, las divergencias y los conflictos que pueden surgir como consecuencia de las mismas. Los cambios producidos en esta sociedad global, que traspasan fronteras, que afectan de forma individual, supraindividual, colectiva y públicamente, han incidido inevitablemente en el viejo y clásico modelo de Justicia que, poco a poco, asentado de forma casi exclusiva en la tutela judicial y jurisdiccional, se ha mostrado inoperante. Todo y que nunca como antes se ha mostrado una concienciación tan grande sobre la necesidad de contar con una justicia eficaz como requisito imprescindible para el logro del desarrollo económico de los pueblos y para la consolidación de la paz social. Exigencia que se extiende como una gran preocupación universal. En la búsqueda de este paradigma de justicia eficaz, los tribunales han venido siendo la pieza esencial, empero elementos endógenos y exógenos impredecibles e inevitables han llevado a su consideración como insuficientes para alcanzar los resultados pretendidos.

Las experiencias de algunos modelos mucho más proclives a este cambio de perspectiva nos fueron ofreciendo innumerables respuestas, en algunos casos extrapolables a los demás ordenamientos jurídicos; en otros casos, de menor aplicación, pero que han venido enriqueciendo, no cabe duda, el movimiento ya universal y globalizado de incorporación de las ADR en el marco de una moderna justicia, más acorde con la realidad que vivimos, y en la que se ofrecen plurales vías al ciudadano para solventar sus posibles diferencias.

En este devenir un dato debemos constatar: Una evolución imparables en calidad y cantidad de la conflictividad ha provocado una visión entrópica, una situación de caos paulatino absolutamente imprescindible para dar a luz, en términos nietzscheanos, una estrella fugaz. Se ha experimentado una metamorfosis en la naturaleza de los conflictos, en una sociedad con crisis de valores, que vive un proceso de deconstrucción, con presencia omnicomprendiva de la tecnología y la técnica que han transformado el comportamiento ciudadano, con una enorme crispación social que ha generado un imparables aumento de la litigiosidad nacional y transfronteriza.

Todos estos elementos, entre otros, complican, cuando no imposibilitan, una solución de los conflictos jurídicos que se alcance de manera racional, tanto en lo referente al tiempo, como al coste de la misma. Esa inoperancia ha llevado a buscar dentro y fuera de los tribunales otros medios para plantear, resolver o gestionar las disputas o conflictos que pueden plantearse. En esta búsqueda se ubica el movimiento de las ADR, que recoge un conjunto de mecanismos o medios que ofrecen cauces para resolver o gestionar las

disputas. El arbitraje, la mediación, la conciliación y demás instituciones<sup>2</sup> que se incardinan dentro del denominado movimiento *Alternative Dispute Resolution*, hoy *Adequated Dispute Resolution (ADR)*, han alcanzado un protagonismo sin parangón anterior en la historia. Nunca como hoy se ha tomado conciencia de las posibilidades que estos mecanismos ofrecen como vía complementaria —que no necesariamente alternativa—, a la justicia estatal, para consolidar un sistema de evitación, y en su caso, de solución de conflictos plenamente satisfactorio para el ciudadano, en particular, y para la sociedad en su conjunto. Ahora bien, este movimiento que surge como algo “alternativo” y termina convirtiéndose en algo “complementario” o “integrado” en la propia Administración de Justicia y “de” y con los tribunales es una clara respuesta ante un periplo histórico marcado por un cada vez mayor fortalecimiento y protagonismo del Poder judicial en el vida jurídica. Se vivió un ensanchamiento del sistema legal, auspiciando, cada vez más, la conformación de relaciones jurídicas desconocidas hasta el momento, y con ellas la extensión omnipresente y ubicua del Poder Judicial. Como era de esperar, la inoperancia en ciertos casos del sistema judicial no se hizo esperar.

En el Siglo XX hemos asistido al fortalecimiento del Estado, un fortalecimiento que generó gobiernos también autoritarios o totalitarios. En un estado fuerte se asumía que la mejor solución a los conflictos de los ciudadanos era el propio Estado, que ofrecía “sus” órganos jurisdiccionales y “su” proceso como los cauces más adecuados para alcanzar la solución y tutela de los ciudadanos. Esa situación se vivió especialmente en Europa y en Latinoamérica. Y paulatinamente se fue consagrando el marco constitucional para alcanzar la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos, apareciendo el *Access to Justice* si bien intrínsecamente vinculado a lo público y a la tutela del Estado a través de los tribunales de justicia<sup>3</sup>; principio fundamental, como apuntaba FAIRÉN, de lógica aplastante, el del libre acceso a la justicia, esto es, “la posibilidad de cualquier hombre a llegar hasta la o las personas en que se encarne —o a quienes se encargue— la administración de justicia”<sup>4</sup>. Es más, alcanzó en numerosos ordenamientos el valor de derecho fundamental, incorporado al texto constitucional, convirtiéndose, como en España, en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24). Ese devenir ha estado intrínsecamente marcado con la idea esencial de que el derecho a la Justicia ha sido el derecho de acceso a los tribunales.

Esa omnipresencia y ese protagonismo del Poder Judicial en la vida jurídica de los ciudadanos fueron experimentando una vertiginosa metamorfosis por factores como la globalización, las nuevas herramientas de comunicación y por la imperiosa necesidad de buscar nuevos medios de gestión de las relaciones y sus conflictos o que permitieran

---

<sup>2</sup> Si bien en sus orígenes estos tres métodos eran los comunes, se han ido generando otros cauces como la evaluación neutral o de expertos, el *partnering*, el *mini-trial*, el *summary jury trial*, el *private judging*, el *ombudsman*, los facilitadores, etc.

<sup>3</sup> Víctor MORENO CATENA y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ (2013, p. 67), considera que *el Estado se apodera en régimen de monopolio del enjuiciamiento de los conflictos que puedan producirse en el seno de la sociedad y de la ejecución de lo resuelto, en virtud del principio de preservación de la paz pública.*

<sup>4</sup> Víctor FAIRÉN GUILLÉN (1990, p. 35).

solventarlos de la forma más pacífica y menos traumática posible, y poco a poco fue calando en la sociedad la idea de que la justicia iba más allá de lo procesal y de los tribunales y que éstos, que son la esencia de una tutela pública del ciudadano pueden convivir con otros medios diversos. En unos casos se pensó que estos otros medios solo podían ser excluyentes de los tribunales, mientras que en otros, y casi de forma paulatina así se fue considerando estos otros medios venían a complementar la Justicia también.

La evolución y el cambio de perspectiva de una moderna consideración del acceso a la Justicia tuvo su principal aliado en el movimiento de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Pese a que fue en EEUU donde más se visibilizó, no fue solo un “producto USA”, aunque puede afirmarse que es donde mayor visibilidad mundial se dio.

En este movimiento hubo muchos condicionantes que intervinieron, y en los que conceptos como “paz social”, “gestión de conflictos”, “voluntariedad”, “libre acceso a la justicia”, “realismo jurídico”, etc., marcaron su expansión y con ello la aparición de las ADR. Obviamente todos ellos vinculados a un momento de crisis mundial, en la década de los años treinta a cincuenta del siglo XX, dos guerras mundiales, inestabilidad laboral, entre otras, que arrastró un movimiento voluntarista, particular o colectivo, con efectos sociales colaterales, alternativos, el movimiento *hippie*, los “contra-sistema” y acogió las ideas antes expuestas también en relación con la solución de conflictos. Estas ideas fueron calando para consolidar una clara desconflictivización del conflicto, asumiendo como filosofía el pensar en términos de manejar conflictos mejor que resolverlos<sup>5</sup>, fomentándose cauces que van experimentando de la alternatividad a la complementariedad<sup>6</sup>. Y esa conversión en complemento de los tribunales se ha debido, en gran medida, a la incorporación progresiva de los programas y modelos ADR en los tribunales de justicia. Progresivamente se han ido incorporando al nuevo paradigma de justicia ofreciendo un nuevo concepto de *Access to Justice* en el siglo XXI que se caracteriza por lo que se ha venido considerando como “The multi-rooms Justice System”, un modelo que permite trabajar con un diagnóstico para determinar qué tipo de conflicto existe, y cuál es el mejor de los medios para tratarlo, pudiendo no solo ser una la vía más adecuada para gestionar y solventar el conflicto, sino varias. Y es en ese modelo en el que las ADR y la Jurisdicción coexisten como mecanismos complementarios de tutela de los ciudadanos en ese nuevo concepto de *Access to Justice*, siendo en ocasiones mecanismos que se consideran exclusivamente “out of Court” (algo ajeno y fuera de los tribunales) o, por el contrario, “in Court”—. Ambos modelos coexisten y han permitido un enorme enriquecimiento de la tutela exigida por los ciudadanos. Pero insistiendo, derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental no es exactamente esa noción anglosajona del *Access to Justice*.

Ha desaparecido la hostilidad o ajenidad de las ADR al Poder Judicial, generando la integración de las mismas como pieza del modelo de Justicia; ese es nuestro momento. Y diríamos que en Europa podemos encontrar acomodo en el artículo 6 del CEDH y en el

---

<sup>5</sup> FISHER (1996, p. 21).

<sup>6</sup> Silvia BARONA VILAR (1999, pp. 47 y ss.).

artículo 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, en cuanto permiten esa *multi-door* o multi-opción<sup>7</sup> que ofrece todas las vías posibles al ciudadano a la hora de la solución de sus conflictos.

Como es absolutamente lógico, la evolución hacia este nuevo modelo de *Access to Justice* que ha generado la aparición del *Multi—Rooms Justice System* ha sido absolutamente diversa en la mayor parte de los países, vinculada en todo caso a la ya asentada o no cultura negociadora de los diversos ordenamientos jurídicos. En España la evolución fue tardía y diríase que no especialmente sencilla, debido a la consagración de un Poder Judicial fuerte y garantista en la Constitución de 1978, que reforzaba al Estado y especialmente a sus órganos jurisdiccionales y el sentimiento de protección de los ciudadanos. No significaba que no existieran otros medios de tutela, que sí los había, como sucedía con el arbitraje, empero para nuestro país era el momento del proceso judicial y de los tribunales. La evolución no se hizo, sin embargo, esperar, y la transformación y búsqueda de ADR también penetró en España por influencias externas y especialmente por el impulso que desde la Unión Europea se efectuó en los países europeos. Las bondades del nuevo modelo de Justicia se hacían cada vez más palpables y alcanzaron a países como el nuestro, basado en una concepción litigiosa en la formación y en la práctica de la solución de los conflictos.

Un nuevo modelo de Justicia, por tanto, se ha presentado en sociedad. Ese modelo permite la simbiosis del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental que los Estados deben favorecer, respetar y hacer cumplir con los medios con garantías a los que el Estado también debe prestar el debido apoyo y control. Se trata de una convivencia, pacífica, pero sin menosprecio de lo uno por lo otro y, sobre todo, con la garantía de no perder la consideración pública de la Justicia. El Estado no puede incurrir en una dejación, por motivos presupuestarios, de la Justicia en manos privadas. Que las manos privadas “sirvan” a la Justicia es perfectamente posible, si bien no puede aminorarse la potencialidad de lo público que se exige como derecho fundamental a la tutela que el Estado está obligado a mantener, fomentar, favorecer y garantizar.

## 2. *Del género autocomposición a las especies conciliación y mediación*

Aun cuando con unas coordenadas comunes que les llevan a incluirse en un multiconcepto global como fue “ADR”, las diversas vías que existen en los ordenamientos jurídicos como tales cauces vienen a englobarse en dos grandes apartados, que son los que se incorporan en dos categorías: las vías autocompositivas y las vías heterocompositivas<sup>8</sup>. La conformación de cada una de estas manifestaciones de ADR son múltiples y heterogéneas, fruto de la idiosincrasia propia de cada país, cultural y jurídicamente.

---

<sup>7</sup> THE CANADIAN BAR ASSOCIATION (1996, p. 27).

<sup>8</sup> Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1987, p. 55). De trascendental lectura es la obra de este autor (1991, pp. 52 y ss.; 80 y ss.).

Durante muchos Siglos tan solo el arbitraje se presentaba como vía alternativa del proceso judicial, conviviendo con una frustrada y frustrante conciliación. Si bien históricamente la conciliación mostró una buena convivencia “teórica” con el proceso civil, en la práctica se convirtió en un mero trámite que había que librar para continuar con el proceso, fomentado por la falta de cultura negocial existente en nuestro modelo jurídico. En ese contexto de ineficacia del modelo de conciliación los impulsos transnacionales e internacionales lo fueron hacia la mediación, experimentando una suerte de fascinación por la misma. Así, la mediación ha arrumbado a la conciliación, adquiriendo un auténtico protagonismo en todos los sectores, abrigando expectativas profesionales a colectivos — todos quieren ser mediadores!— y convirtiéndola, por su propia naturaleza, permeable y flexible en una magnífica vía de gestión y/o solución de los conflictos, siempre que las partes quieran.

Ahora bien, aun cuando con semejanzas, la mediación no es ni pretende ser, la conciliación. No pretende sustituirla sino ser otra institución, con ciertos parecidos pero a la vez con sus diferencias. Hay algunas legislaciones que hablan indistintamente de ambas instituciones, e incluso las confunden, y, a pesar de que ambas son manifestación de autocomposición, en la que existe entre las partes un tercero que “controla”, “favorece”, “propicia” un acuerdo, tienen ciertos matices que deben tomarse en consideración, y que las diferencian. No son tantos estos matices. Más bien se refieren al tercero componedor, al papel que desempeña el tercero (mediador-conciliador) como consecuencia de la preparación para ser mediador<sup>9</sup> de la que adolecía el conciliador.

El mediador trabaja con técnicas de aproximación de las partes, ayuda, haciendo a las partes partícipes de la búsqueda de la solución al conflicto<sup>10</sup>. Por su parte, el conciliador no posee técnicas de autocomposición y sus habilidades o son innatas o no existen y, por ende, no las practica. No es consustancial al papel de “conciliador” trabajar conjunta y separadamente con las partes para que sean éstas las que asuman el verdadero papel de conformadoras del acuerdo. El mediador no debe tender a proponer soluciones, salvo que las partes así se lo pidan, y salvo en determinados ámbitos en los que la propuesta es casi inevitable. La filosofía de la mediación es la que parte de que la mejor de las soluciones es la que se consensua y favorece el cumplimiento voluntario por ambas. El conciliador hace propuestas a las partes y lo que le interesa es que haya acuerdo, cualquiera que este sea, no el mejor de los acuerdos para las partes, sino acuerdo.

En conclusión, son la conciliación y la mediación dos especies del mismo género. La mediación se ha incorporado a las legislaciones más modernas con reglas de actuación, principios, procedimiento, estatuto del mediador, etc. No en vano es posible afirmar, a mi parecer, que la mediación es en la actualidad una modernización y mejora de la vieja conciliación, con la incorporación de ciertos parámetros específicos que, sobre todo, hacen referencia a la formación del mediador. Esto ha provocado que la conciliación se haya difuminado por la presencia omnipresente de la mediación.

---

<sup>9</sup> Silvia BARONA VILAR (2013, pp. 59-60).

<sup>10</sup> FISHER (1996, p. 65), en la que considera que el tercero necesita comprender cómo ven otros un conflicto, su conflicto, lo que es un conocimiento que fortalece, aumentando la capacidad de influir en los demás.

### 3. Líneas generales de la mediación en Europa

La incorporación de la mediación y su impulso en los diversos ordenamientos jurídicos han sido absolutamente asimétricos y dispares.

#### 3.1. Asimetría en la incorporación legislativa de la mediación

En aquellos países afines o próximos al sistema jurídico *common law* integrar la mediación no ha sido complicado, al contar con una predisposición propia del modelo jurídico para favorecer las negociaciones, pactos y acuerdos como guía de conducta habitual. Las dificultades se han hecho más apreciables en aquellos países de corte continental en los que la concepción de la seguridad jurídica iba intrínsecamente vinculada a la existencia del proceso judicial y los tribunales de justicia como cauces de tutela del ciudadano, vías de solución de conflictos, válvulas de escape de las contiendas existentes. En estos países no se ha producido tan solo una incorporación legislativa de la mediación, sino mucho más, una profunda metamorfosis en la cultura de los conflictos, y sobre todo en la manera de afrontarlos, generando poco a poco una lenta pero ya imparable incorporación de las ADR no como algo alternativo sino integrativo en el modelo de Justicia, una justicia que ha traspasado fronteras y que ofrece unas herramientas tuitivas que favorecen a quien deben hacerlo, que es al ciudadano. Ese dato es innegable y consideramos que se ha producido un punto de partida sin retorno, una incorporación de un instrumento cuasi-privado en el ámbito de la tutela de lo público.

Cuestión diversa es que los resultados no sean tan espectaculares como hubiere querido la Unión Europea y muy probablemente la mayor parte de los países; su realidad es indudable, su recorrido aun grande pero su incorporación al panorama de "Justicia" no ofrece duda alguna y con ello la visión que de la misma Justicia y su acceso se tenía en los años finales del siglo XX. Recientemente, fue presentado en febrero de 2014 un documento por el Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo, que analiza las causas del fracaso de la mediación en Europa. El documento titulado "[Rebooting the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU](#)" ("Reinicializar la Directiva de Mediación: evaluando el limitado impacto de su implementación y proponiendo medidas para incrementar el número de mediaciones en la Unión Europea")<sup>11</sup>. Los resultados son demoledores frente a las expectativas pretendidas (tan solo un 1% de los asuntos se llevó a mediación), y debe valorarse desde parámetros limitados temporales, pero arroja una realidad: aun cuando se pretende esa metamorfosis en el paradigma de Justicia, y aun cuando el paso se ha dado y no parece existir retorno, cierto es que el recorrido por andar es todavía breve y se entiende que los debería replantearse algunas modificaciones en la

---

11

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL—JURI\\_ET\(2014\)493042\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL—JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

Directiva e impulsar políticas por los estados miembros que favorecieran el incremento de las mediaciones en el ámbito europeo.

Amén de esta probablemente innegable realidad temporal, fruto de un incipiente nacimiento y consolidación aun breve de la mediación en Europa, el papel primordial en ese nuevo paisaje paradigmático que nos ofrece la Justicia en el Siglo XXI con incorporación de la mediación, lo ha jugado la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>12</sup>, que exigía a los estados miembros su incorporación en los ordenamientos nacionales europeos. Efectivamente, la Directiva conminaba a ello, pero, insistimos, pese a ser una incorporación legal no solo ha permitido que se hable de mediación en Europa y que se quiera impulsar la profesión de “mediador” y a estimular a las partes a ello, sino que en momentos de entropía social, de desencanto y de crisis de valores, aparece un instrumento que genera caos, que favorece y propulsa una manera diversa, y en todo caso, menos agresiva y más pacífica, de afrontar, gestionar y solventar los conflictos<sup>13</sup>. Y que puede, más allá de la función directa que se le encomienda, ejercer una suerte de función social, educativa, que permita “reformular” una sociedad más justa, y en la que valores como la lealtad, el honor, el respeto y la responsabilidad tengan cabida.

Las respuestas de los países europeos ante la Directiva fueron siendo, sin embargo, asimétricas, dado que si bien en todos ellos, a salvo de Irlanda, se dio un paso adelante en la aprobación de una ley específica o unas normas complementarias de los ya existente, las maneras de realizar esta incorporación normativa a la legislación nacional han sido diversas. Así, a título de ejemplo, Bélgica consideró innecesaria la incorporación de una ley específica en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en cuanto entienden que las reglas establecidas en la Directiva se encuentran ya en la legislación belga; por su parte, otros países como Austria, Inglaterra-Gales, Escocia y Holanda, entendieron que solo había que introducir legislación específica en relación con la *cross-border mediation*, si bien no respecto de la mediación doméstica.

### **3.2. Mapa general de las legislaciones europeas en materia de mediación civil y mercantil**

---

<sup>12</sup> National provisions communicated by the Member States concerning the Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21.5.2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters may be found at:

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72008L0052:EN:NOT#FIELD\\_FI](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72008L0052:EN:NOT#FIELD_FI)  
(última visita: 28.3.2013).

<sup>13</sup> Y este impulso ha sido constatado de nuevo con las acciones de la UE en materia de consumo, tanto tras la aprobación del Reglamento (UE) N° 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE como, muy especialmente con la aprobación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Sobre estas cuestiones puede verse Diana MARCOS FRANCISCO (2012, pp. 585-602.

A grandes rasgos y, a pesar de las diferencias, puede afirmarse que en Europa es hoy una realidad la presencia de la mediación en las legislaciones. Cuestión diversa es su proyección real y práctica en los diversos países europeos. Sin embargo, poco a poco y de forma imparable, la situación ha ido cambiando, llevándonos en la actualidad a afirmar que la mediación se ha convertido en una de las instituciones fundamentales impulsadas nacional e internacionalmente. Son muchas las ventajas que *a priori* se presentan respecto de la mediación y menos, los inconvenientes, aun cuando a esta cuestión nos referiremos con posterioridad.

Puede ser significativo ofrecer un mapa general de las legislaciones europeas que abrigan a la mediación en sus ordenamientos jurídicos, destacando a este respecto cada uno de los países con sus peculiaridades. En algunos de ellos se posee norma específica de mediación civil y mercantil, con adaptaciones del Código Procesal y algunas especialidades en mediaciones sectoriales, en otros países no hay norma específica pero sí regulación fragmentada, mientras que en otros se ha incorporado a cuerpos legales básicos como los procesales, civiles y mercantiles<sup>14</sup>. La variedad es una realidad.

1. Austria: Se regula la mediación en el *Zivilrechts-Mediations-Gesetz* de 2003<sup>15</sup>. Esta norma se completa con la *Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung* de 2004<sup>16</sup>. Igualmente se completa la trasposición de la Directiva 2008 con la *EU-Mediationsgesetz* de 2011<sup>17</sup> y a través de la introducción de un precepto, el § 433<sup>a</sup>, en la *Zivilprozessordnung* de 1950<sup>18</sup>. Y todo ello coexiste con otras normas como las referidas a mediación familiar<sup>19</sup>, o a protección de la parte más débil o a formación<sup>20</sup>, o con personas con discapacidad<sup>21</sup>.
2. Bélgica: Si bien la regulación general se encuentra en los artículos 1724-1737 del *Code Judiciaire* de 10 de octubre de 1967 desde 2005<sup>22</sup>, existen algunas reglas específicas también como la ley referida a la continuidad de las empresas, de 31 de

---

<sup>14</sup> ESPLUGUES MOTA (2014).

<sup>15</sup> *Zivilrechts-Mediations-Gesetz*, BGBl I 2003/29. Una aproximación general puede encontrarse en HOPF (2010, p. 759).

<sup>16</sup> *Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung*, BGBl II 2004/47.

<sup>17</sup> *EU-Mediationsgesetz*, BGBl I 2011/21.

<sup>18</sup> Ulrike FRAUENBERGER-PFEILER (2011, p. 20).

<sup>19</sup> § 39(c) *Familienlastenausgleichsgesetz*, BGBl 376/1967.

<sup>20</sup> *Berufsausbildungsgesetz*, BGBl 1969/142.

<sup>21</sup> *Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz*, BGBl I 2005/82.

<sup>22</sup> *Code Judiciaire* of 10.10.1967, aun cuando los nuevos preceptos se introdujeron en el Código en 2005.

enero de 2009<sup>23</sup>, la ley de 22 de agosto de 2002 referida a los derechos de los pacientes<sup>24</sup>; los artículos 1675-2 y siguientes del CCP (*médiation de dette — schuldbemiddeling*); así como también las normas introducidas en la última modificación del CCP de 2011 referidas a la necesidad de informar a las partes de la posible mediación en los supuestos de divorcio<sup>25</sup>.

3. Bulgaria: Se regula en la *Mediation Act* de 2004<sup>26</sup>, completada y modificada en 2007<sup>27</sup> y 2011<sup>28</sup>. A ella se añaden algunas reglas específicas que pueden tener interés en mediación, tales como los artículos 140 (3), 321 y 374 (2) del CPC de 2008<sup>29</sup>; el artículo 123 (2) del Código de Familia de 2009<sup>30</sup>; el artículo 40 g de la *Copyright and Related Rights Act* de 1993<sup>31</sup>; los artículos 182 y siguientes de la *Consumer Protection Act* of 2005<sup>32</sup>, o los artículos 128 y siguientes de la *Payment Services and Payment Systems Act* of 2009<sup>33</sup>.
4. Croatia: La Ley de mediación croata es de 2 de febrero de 2011<sup>34</sup>. Si bien lleva a cabo una incorporación muy extensa y literal de la Directiva 2008, contiene otras normas complementarias que pueden aplicarse, tales como la regulación en el artículo 186 d-g CCP<sup>35</sup>, que recoge el *court-annexed mediation* y algunas reglas a

<sup>23</sup> *Loi relative à la continuité des entreprises – Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Moniteur belge of 9.2.2009.

<sup>24</sup> *Loi relative aux droits du patient — Wet betreffende de rechten van de patient*, Moniteur belge of 26.9.2002.

<sup>25</sup> *Loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la comparution personnelle et la tentative de conciliation en cas de divorce, et instaurant une information sur l'existence et l'utilité de la médiation en matière de divorce – Wet tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de persoonlijke verschijning en de poging tot verzoening bij echtscheiding betreft en tot invoering van een kennisgeving over het bestaan en het nut van bemiddeling in echtscheidingszaken*, Moniteur belge 16.6.2011.

<sup>26</sup> *Закон за медиацията*, Държавен вестник (*State Gazette*) N. 110/17.12.2004.

<sup>27</sup> Държавен вестник (*State Gazette*) N. 86/24.10.2007.

<sup>28</sup> Държавен вестник (*State Gazette*) N. 27/1.4.2011.

<sup>29</sup> Държавен вестник (*State Gazette*) N. 50/30.5.2008, amended and supplemented, SG N. 5/14.1.2012.

<sup>30</sup> Държавен вестник (*State Gazette*) N. 47/23.6.2009, amended and supplemented, State Gazette N. 100/21.12.2010.

<sup>31</sup> Държавен вестник (*State Gazette*) N. 56/29.6.1993, amended and supplemented, State Gazette N. 25/25.3.2011.

<sup>32</sup> Държавен вестник (*State Gazette*) N. 99/9.12.2005, amended and supplemented, State Gazette N. 18/1.3.2011.

<sup>33</sup> Държавен вестник (*State Gazette*) N. 23/27.3.2009, amended and supplemented State Gazette N. 105/29.12.2011.

<sup>34</sup> *Закон o mirenju*, *Narodne novine* (Official Gazette), No. 18/2011.

<sup>35</sup> *Закон o parničnom postupku*, *SL SFRJ*, br. 4/1977, 36/1977, 6/1980, 36/1980, 43/1982, 69/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990, 35/1991, *Narodne novine* (Official Gazette) br. 53/1991, 91/1992,

tomar en consideración por los tribunales respecto del acuerdo (arts. 321-324), o en la *Obligations Act*<sup>36</sup> o en la regulación laboral para resolver disputas individuales o colectivas<sup>37</sup>, o en materia de consumo<sup>38</sup>, o en derecho de familia (arts. 44-52 de *Family Act*<sup>39</sup>, que establece mediación obligatoria en caso de divorcio).

5. Chipre: Se aprueba la mediación en Chipre, trasponiendo la Directiva, mediante Ley de noviembre de 2012 [No. 159(I)/2012]<sup>40</sup>. Esta Ley configura el marco de la mediación civil y comercial de la mediación, tanto interna como la *cross-border mediation*.
6. República Checa: La Ley que introdujo la mediación es *Act No. 202/2012*, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2012<sup>41</sup>. Esta norma se completa con otras que se refieren bien a normas generales (CPC of 1963<sup>42</sup>) como especiales (la referida a la material de *copyright Act No. 121/2000 Sb*<sup>43</sup>).
7. Estonia: Se regula por la Ley No. 562 de 3 de diciembre de 2009, aun cuando se mantiene la denominación de conciliación<sup>44</sup>.
8. Finlandia: Se regula en dos cuerpos legales: por un lado, la denominada *Act on Conciliation in Criminal and Certain Civil Cases* (1015/2005) que entró en vigor el 1 de enero de 2006<sup>45</sup> y la norma referida de forma específica a mediación civil, regulada

---

112/1999, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 96/2008, 84/2008, 123/2008, 57/2011. Consolidated text: *Narodne novine* (Official Gazette) br. 148/2011.

<sup>36</sup> *Zakon o obveznim odnosima*, *Narodne novine* (Official Gazette), No. 35/05, 41/08.

<sup>37</sup> *Labour Act (Zakon o radu)* *Narodne novine* (Official Gazette), No. 149/09, 61/11, 82/12, Artículos 269–273 y 132, respectivamente.

<sup>38</sup> *Zakon o zaštiti potrošača*, *Narodne novine* (Official Gazette), No. 79/07, 125/07, 75/09, 79/09, 89/09 i 133/09, 78/2012.

<sup>39</sup> *Obiteljski zakon*, *Narodne novine* (Official Gazette), No. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11.

<sup>40</sup> *Ο Περί Ορισμένων Θεμάτων Διαμεσολάβησης σε Αστικές Διαφορές Νόμος του 2012*, *Cyprus Gazette* (Official Gazette) Annex I (I) No. 4365/16.11.2012. Análisis de esta situación tras la trasposición de la Directiva en Chipre puede encontrarse en el trabajo escrito, y no publicado, de Natalia CHARALAMPIDOU, LL.M. (Heidelberg), Adjunct Lecturer, Department of Law, School of Humanities, Social Sciences & Law, University of Nicosia.

<sup>41</sup> *Zákon č. 202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů (zákon o mediaci)*, *Sbirka Zakonu CR* (Official Repertory) of 13.6.2012.

<sup>42</sup> *Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád*, *Sbirka Zakonu CR* (Official Repertory) of 4.12.1963.

<sup>43</sup> *Zákon č. 121/2000 Sb., autorský zákon*.

<sup>44</sup> *Lepitusseadus*, *Elektroniline Riigi Teataja* (Official Journal) RT I 2009, 59, 385.

<sup>45</sup> *Laki rikosasioiden ja eräiden riita-asioiden sovittelusta 9.12.2005/1015*, *Suomen Säädoskokoelma (SK)* (Official Journal) of 16.12.2005.

en *Act on mediation in civil matters and confirmation of settlements in general courts* (394/2011)<sup>46</sup> que completa la regulación contenida en el Código Procesal referida a la eficacia jurídica del acuerdo<sup>47</sup>.

9. Francia: Son diversas las normas que se refieren a la regulación de la mediación en Francia. Por un lado, la *Ordonnance* 2011–1540 de 16 de Noviembre de 2011.<sup>48</sup> Se completa con otras normas como el Decreto de 2012-66 de solución amistosa de disputas<sup>49</sup>, que viene a regular el régimen del *out-of-court mediation*. Asimismo, en materia de mediación en consumo de 2010<sup>50</sup>, normas sobre los conciliadores judiciales (*Decret* 2010-1165<sup>51</sup>); normas que incorporan los artículos 373-2-10 CC; o algunas normas que limitan ciertas mediaciones (*Decret* 2011-1173<sup>52</sup>) o mediaciones obligatorias en materia de menores (2011-1862<sup>53</sup>), así como la aprobación de la orden ministerial de 19 de marzo de 2012 sobre el Diploma estatal de mediador familiar<sup>54</sup>.
10. Alemania: Se aprueba el 26 de julio de 2012 la *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung* (BGBl. 2012, Teil 1 Nr. 35, of 25.7.2012). Esa norma se completa con § 15a EGZPO (BGBl. I, S. 2400), por ley de 15 de diciembre de 1999 y que permite la *mandatory pre-trial mediation* en determinados conflictos civiles, y asimismo coexiste con normas recogidas en la ZPO y en el BGB<sup>55</sup>.

<sup>46</sup> *Laki riita—asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisluottamioistuimissa / Lag om medling i tvistemål och stadfästelse av förlikning i allmänna domstolar* 394/2011, *Suomen Säädoskokoelma* (SK) (Official Journal) of 5.5.2011.

<sup>47</sup> *Oikeudenkäymiskaari*, 1.1.1734/4, Chapter 20, Sections 1 – 5.

<sup>48</sup> *Ordonnance n. 2011–1540 du 16.11.2011 portant transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21.5.2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024804839> (última visita, 9.8.2013)

<sup>49</sup> *Décret n. 2012–66 du 20.1.2012 relatif à la résolution amiable des différends*, *JORF*, of 22.1.2012.

<sup>50</sup> *Loi 2010–737 du 1.7.2010 portant réforme du crédit à la consommation*, *JORF*, of 2.7.2010. Article 62 inserts a new article in the Consumer Code (*Code de la consommation*: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>, última visita 9.8.2013).

<sup>51</sup> *Décret n. 2010–1165 du 1.10.2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale*, *JORF*, of 3.10.2010.

<sup>52</sup> *Décret n. 2011–1173 du 23.9.2011 portant diverses dispositions relatives à certaines professions judiciaires et juridiques réglementées*: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024584361>, última visita 9.8.2013).

<sup>53</sup> *Loi n. 2011–1862 du 13.12.2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, *JORF*, of 14.12.2011.

<sup>54</sup> *Arrêté du 19.3.2012 relatif au diplôme d'Etat de médiateur familial*, *JORF*, of 29.3.2012.

<sup>55</sup> Un interesante análisis de la situación existente antes de la incorporación de la Directiva puede verse en WAGNER (2010, p. 795).

11. Grecia: El marco general de la mediación se encuentra, por un lado, en la Ley 3898/2010 de mediación en conflictos civiles y comerciales<sup>56</sup>, en la Ley 4055/2012 de *due process* y duración razonable del mismo<sup>57</sup> en el que se establece la mediación judicial; en el Decreto Presidencial referido al estatuto del mediador de 2011<sup>58</sup>, y en la incorporación de la *court-annexed mediation* en el artículo 214B CPC. Y se complementan estas normas con algunas específicas como la Ley No. 3869/2010 sobre acuerdos en caso de sobre-endeudamiento individual<sup>59</sup>, o en el Código de quiebras de 2007<sup>60</sup>, reformado por Ley No. 4013/2011<sup>61</sup>, o la Ley No. 2854/2000<sup>62</sup> referida a contratación pública.
12. Hungría: La norma general es la Ley LV de 2002 sobre Mediación<sup>63</sup>. Algunas normas específicas, sin embargo, sobre mediación son la referida al sector sanitario<sup>64</sup>, y el Decreto No. 149/1997 (IX. 10.) Korm en el ámbito de protección de los menores<sup>65</sup>.
13. Irlanda: Carece de regulación general sobre mediación; existe un proyecto pendiente en materia de mediación de 2012<sup>66</sup>, si bien se entiende que la regulación europea en materia de mediación está vigente.
14. Italia: Dos son las normas que conforman el marco regulador italiano en torno a la mediación: por un lado, el Decreto Legislativo no. 28/2010 de 4 Marzo de 2010,

<sup>56</sup> Νόμος Διαμεσολάβηση σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, *Εφημερίς της Κυβερνήσεως* (ΦΕΚ) (Government Gazette) A211 of 16.12.2010.

<sup>57</sup> *Εφημερίς της Κυβερνήσεως* (ΦΕΚ) (Government Gazette) A51, of 12.3.2012.

<sup>58</sup> Presidential Decree no. 123/2011, *Εφημερίς της Κυβερνήσεως* (ΦΕΚ) (Government Gazette) A255 of 9.12.2011.

<sup>59</sup> *Εφημερίς της Κυβερνήσεως* (ΦΕΚ) (Government Gazette) A 130 of 3.8.2010.

<sup>60</sup> Law 3588/2007, *Εφημερίς της Κυβερνήσεως* (ΦΕΚ) (Government Gazette) A 153 of 10.7.2007.

<sup>61</sup> *Εφημερίς της Κυβερνήσεως* (ΦΕΚ) (Government Gazette) A204 of 15.9.2011.

<sup>62</sup> *Εφημερίς της Κυβερνήσεως* (ΦΕΚ) (Government Gazette) A 243 of 7.11.2000.

<sup>63</sup> 2002. évi LV.törvény a közvetítői tevékenységről 2002/LV, *Magyar Közlöny* (Official Journal) which entered into force in 2003.

<sup>64</sup> Act CXVI of 2000 on Mediation in Health Care [2000. évi CXVI. törvény az egészségügyi közvetítői Eljárásról, *Magyar Közlöny* 2000/113 (XI.22.)].

<sup>65</sup> *Korm rendelet a gyámhatóságokról, valamint a gyermekvédelmi és gyámügyi eljárásról*, *Magyar Közlöny* 1997/78 (IX.10).

<sup>66</sup> Puede encontrarse el texto:

<http://www.justice.ie/en/JELR/MedBillGSFinal.pdf/Files/MedBillGSFinal.pdf> (último acceso: 28.3.2013).

sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>67</sup>, siendo algo polémico y resultado por el Tribunal Constitucional italiano como inconstitucional el establecimiento de la mediación obligatoria en determinadas disputas [a través de la Sentencia 272/2012, de 24 de octubre de 2012 (GURI, n. 49, of 12.12.2012)]; por otro lado, el Decreto Ministerial no. 180/2010 regulador de las condiciones para registro de centros de mediación y para capacitación de los mediadores (*Decreto Ministero Giustizia di 18.10.2010, n. 180*). A estas dos normas generales debe añadirse algunas normas que se refieren a la mediación en determinados sectores, tales como el artículo 409 CPC<sup>68</sup> referido a la mediación en el sector contractual agrícola, o la Ley de 4 de noviembre de 2010, n. 183<sup>69</sup>, que regula ciertas normas en la conciliación laboral (no habla de mediación).

15. Letonia: No tiene legislación sobre mediación en estos momentos, si bien continúa debatiéndose una norma en el Parlamento.
16. Lituania: La ley de mediación es de 2008<sup>70</sup>, regulándose la *court—annexed mediation* en el CPC de 2002<sup>71</sup>, desde la reforma de 2011.
17. Luxemburgo: La regulación se encuentra en el Nuevo Código Procesal Civil a través de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles que se aprobó el 24 de febrero de 2012<sup>72</sup>.
18. Malta: Se regula mediante Ley de 2004<sup>73</sup>, aun cuando fue modificada por una Ley de 2 de julio de 2010 (*The Malta Government Gazzete*, n. 18165, of 2.7.2010).
19. Polonia: Aun cuando existía desde 1964 la mediación en Polonia se introduce como tal, con la visión europea en 2005 al reformar el CCP<sup>74</sup>, incluyéndole en el Código

---

<sup>67</sup> Decreto Legislativo di 4.3.2010, n. 28 *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.* (10G0050), GURI, of 5.3.2010.

<sup>68</sup> Regio Decreto 28.10.1940, n. 1443, GURI n. 253 of 28.10.1940.

<sup>69</sup> GURI n. 262, of 9.11.2010 - Serie generale.

<sup>70</sup> *Civiliniuginčytaikinamojotarpininkavimoįstatymas*, (15.07.2008), publicada en *Valstybės žinios* (Official Journal) No. 87—3462, 31.7.2008.

<sup>71</sup> *Žin.* (Official. Gazette) 2002, Nr. 36-1340.

<sup>72</sup> *Loi du 24.2.2012 portant – introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civiles; – transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21.5.2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale; – modification de l'article 3, paragraphe (1), point 1. De la loi du 3.8.2011 portant mise en application du règlement (CE) N° 4/2009 du 18.12.2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et – modification des articles 491- et 493-1 du Code Civil, Mémorial A n° 37 of 5.3.2012.*

<sup>73</sup> <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8940&l=1> (última visita: 14.8.2013).

por vez primera. La última reforma se produjo, con las coordenadas de la Directiva, en abril de 2011, estableciendo esta posible mediación con carácter previo al inicio del proceso<sup>75</sup>. Y a esa regulación general debe añadirse otras normas referidas a áreas específicas en materia de mediación, tales como las que se refieren a los conflictos que se generan por el ejercicio de acciones colectivas en materia de derecho de la propiedad industrial<sup>76</sup>, en materia laboral<sup>77</sup>, en conflictos sociales y económicos<sup>78</sup>, reglas específicas sobre estatuto del mediador y de instituciones de mediación, así como principios del procedimiento<sup>79</sup>, remuneración de los mediadores y gastos de la mediación<sup>80</sup>, así como en conflictos sindicales o estatutarios<sup>81</sup>.

20. Portugal: La Ley no. 29/2009 de 29 July 2009 reformó el Código Procesal Civil portugués para trasponer la Directiva de 2008<sup>82</sup>, si bien un nuevo CPC se aprobó el 26 de junio de 2013 por Ley 41/2013 (No. 121 of 26.6.2013), entrando en vigor el 1 de septiembre de 2013. Esta nueva norma permitía la mediación intrajudicial con suspensión del proceso mientras se tramitara la mediación. Esta norma se complementaba con la Ley 29/2013 de 19 Abril 2013 que establecía los principios generales aplicables a la mediación y el régimen de la mediación civil y mercantil, de los mediadores y de la mediación pública<sup>83</sup>. A estas normas debe considerarse igualmente la posible regulación de la *court-annexed mediation* en el Código de procedimiento civil portugués (arts. 16; 93.º; 178; 196; 469.º; 702.º) para algunos supuestos de mediación civil, incluidos conflictos familiares, comerciales y

---

<sup>74</sup> Dziennik Ustaw (Official Journal) N. 172, pos. 1438.

<sup>75</sup> Ustawa z dnia 28 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o prawie pomocy w postępowaniu w sprawach cywilnych prowadzonym w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz o prawie pomocy w celu ugodowego załatwienia sporu przed wszczęciem takiego postępowania oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów, *Dziennik Ustaw (Official Journal) 2011 No. 129 pos. 735*.

<sup>76</sup> Ustawa o rozwiązywaniu sporów zbiorowych z dnia 23 maja 1991r., *Dziennik Ustaw 1991 No. 55, pos. 236*.

<sup>77</sup> Rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 8 grudnia 2004 r. w sprawie warunków wynagradzania mediatorów z listy ustalonej przez ministra właściwego do spraw pracy, *Dziennik Ustaw 2004 No. 269 pos. 2673*.

<sup>78</sup> Ustawa z dnia 8 października 2004 r. o zmianie ustawy o Trójstronnej Komisji do Spraw Społeczno—Gospodarczych i wojewódzkich komisjach dialogu społecznego oraz o zmianie niektórych innych ustaw, *Dziennik Ustaw 2004 No. 240 pos. 2407*.

<sup>79</sup> Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 26 czerwca 2001 r. w sprawie warunków wynagradzania mediatorów z listy ustalonej przez Ministra Pracy i Polityki Społecznej, *Dziennik Ustaw 1998 No. 111 pos. 701*.

<sup>80</sup> Zmieniające rozporządzenie w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym, *Dziennik Ustaw 2012 No. 0 pos. 148*.

<sup>81</sup> Ustawa z dnia 9 maja 1997 r. o zmianie ustawy o związkach zawodowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, *Dziennik Ustaw 1997 No. 82 pos. 518*.

<sup>82</sup> *Diário da República (Official Journal)*, 123 Serie I, of 29.6.2009.

<sup>83</sup> *Diário da República (Official Journal) Serie 1, No. 77 of 19.4.2013*.

laborales); los arts. 123 y 124 del CC; y la Orden Ministerial que establece el valor de la remuneración y gastos por la intervención del mediador en el proceso civil (de fecha 30 de noviembre de 2005)<sup>84</sup>.

21. Rumanía: En fecha 22 de mayo de 2006 se publica la Ley no. 192/2006 sobre mediación y regulación de la profesión de mediador<sup>85</sup>, que fue modificada por Ley no. 370/2009<sup>86</sup> y por la Orden gubernativa No. 12/2010<sup>87</sup> de trasposición de la Directiva de Servicios, así como por la Ley No. 115/2012, de 4 Julio 2012 (No. 462, of 9.7.2012), y por la Orden de emergencia no. 90/2012. Además, deben tenerse en cuenta: disposiciones en materia de asistencia judicial pública en asuntos civiles (*Government Emergency Ordinance* no. 51/2008); modificaciones del Código Procesal Civil rumano por la Ley no. 202/2010, así como las reglas establecidas por el Consejo Superior de la Magistratura no. 504/2011, que alteran la regulación interna de la actividad de los tribunales de justicia rumanos.
22. Eslovaquia: Debe destacarse en este país la Ley no. 420/2004<sup>88</sup> sobre mediación, siendo reformada por la Ley 141/2010 de 9 Marzo 2010<sup>89</sup>.
23. Eslovenia: La Ley que traspuso la Directiva 2008 a la legislación eslovena es de 23 de mayo de 2008 (MCCM)<sup>90</sup>, si bien adicionalmente se introdujo en 2009 la mediación obligatoria a través de la *Act on ADR in Judicial Matters (ZARSS)*<sup>91</sup>, a la que siguió una regulación específica en materia de normas para los mediadores y programas para los tribunales<sup>92</sup>, así como las reglas para la determinación de las

---

<sup>84</sup> *Despacho do Secretário de Estado da Justiça n.º 22 312/2005 (2.ª Série) of 10.2005, Diário da República, of 26.10.2005.*

<sup>85</sup> *Lege 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, Monitorul Oficial al României 441 of 22.5.2006.*

<sup>86</sup> *Lege No. 370 of 26.11.2009 pentru modificarea și completarea Legii No. 192/2006 privind mediere a și organizare a profesiei de mediator, Monitorul Oficial al României No. 831 of 3.12.2009.*

<sup>87</sup> *Ordonanță Nr. 13 of 29.1.2010, Monitorul Oficial al României (Official Journal) No. 70 of 30.1.2010.*

<sup>88</sup> *Zákon č. 420/2004 Z. z. o mediácii a o doplnení niektorých zákonov, Zbierka zákonov SR (Official Journal), n. 179, 4.7.2004.*

<sup>89</sup> *Zákon č. 141/2010 ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 420/2004 Z. z. o mediácii a o doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 136/2010 Z. z. o službách na vnútornom trhu a o zmene a doplnení niektorých zákonov a ktorým sa dopĺňa zákon Slovenskej národnej rady č. 323/1992 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok) v znení neskorších predpisov, Zbierka zákonov ) n. 58, de 8.4.2010.*

<sup>90</sup> *Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah, Uradni list RS (Of. Journal Republic Slovenia), Nr. 56/2008 de 6.6.2008.*

<sup>91</sup> *Zakon o alternativnem reševanju sodnih sporov, Uradni list RS, Nr. 97/2009 of 30.11.2009.*

<sup>92</sup> *Pravilnik o mediatorjih v programih sodišč, Uradni list RS (Official Journal of the Republic of Slovenia) n. 97/09, of 19.3.2010.*

retribuciones por la función de mediación, entre otras<sup>93</sup>. Todo ello sin olvidar ciertas especialidades en el ámbito del sector sanitario —con pacientes—<sup>94</sup> o en general en el sector servicios sanitarios y posibles discrepancias médicos-pacientes.

24. España: La ley española de mediación en asuntos civiles y mercantiles es la Ley 5/2012, de 6 de julio (BOE, 7 de julio). Se completa con los preceptos que se incorporan a la norma procesal civil (LEC 2000, arts. 19.1, 39, 63.1, 65.2, 66, 206.2, 335.3, 347.1, 395.1, 414.1, 415.1, y 3, 517.2, 2<sup>a</sup>, 518, 539.1, 545.2, 548, 550, 1, 1<sup>a</sup>, 556.1, 559.1, 576.3 y 580), y con la regulación reciente que se ha aprobado para el desarrollo del estatuto del mediador y para la conformación del procedimiento de mediación *on line* por medio del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 27 de diciembre de 2013). Por su parte, es posible referirse a numerosas disposiciones complementarias, que se refieren a regulaciones específicas, como la mediación en el ámbito laboral (artículos 63–68 de la Ley 36/2011 de 10 octubre)<sup>95</sup>, o el artículo 38 del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo en el que se establece el procedimiento de mediación; igualmente pueden destacarse diversas normas autonómicas que regulan la mediación familiar<sup>96</sup>: Andalucía<sup>97</sup>; Aragón<sup>98</sup>; Asturias<sup>99</sup>; Baleares<sup>100</sup>; Canarias<sup>101</sup>; Cantabria<sup>102</sup>; Castilla-La Mancha<sup>103</sup>; Castilla y León<sup>104</sup>; Cataluña<sup>105</sup>; Galicia<sup>106</sup>; Madrid<sup>107</sup>; Navarra<sup>108</sup>; País Vasco<sup>109</sup>; y Valencia<sup>110</sup>.

<sup>93</sup> *Uradni list RS* (Official Journal of the Republic of Slovenia), n. 22/2010, of 19.3.2010.

<sup>94</sup> *Zakon o pacientovih pravicah, ZPacP, Uradni list RS* Nr. 15/2008, of 11.2.2008.

<sup>95</sup> *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, BOE* 11.10.2011.

<sup>96</sup> BARONA VILAR y ESPLUGUES MOTA (2012, p. 85 y ss.).

<sup>97</sup> *Ley 1/2009, de 27.2.2009, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, BOJA* de 13.3.2009.

<sup>98</sup> *Ley 9/2011, de 24.3.2011, de Mediación Familiar de Aragón, BOA* de 7.4.2011.

<sup>99</sup> *Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23.3.2007, de Mediación Familiar, BOPA* de 9.4.2007.

<sup>100</sup> *Ley 14/2010, de 9.12.2010, de Mediación Familiar de las Islas Baleares, BOIB* de 16.12.2010.

<sup>101</sup> *Ley 15/2003, de 8.4.2003, de mediación familiar de Canarias, BO Canarias* de 6.5.2003; modificado por *Ley 3/2005, BO* 5.7.2005.

<sup>102</sup> *Ley de Cantabria 1/2011, de 28.3.2011, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, BO Cantabria* de 5.4.2011.

<sup>103</sup> *Ley 4/2005, de 24.5.2005, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha, BOE* de 25.8.2005.

<sup>104</sup> *Ley 1/2006, de 6.4.2006, de Mediación Familiar de Castilla y León, BOCyL* de 18.4.2006.

<sup>105</sup> *Ley 15/2009, de 22.6.2009, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado de Cataluña, BOE* de 17.4.2009.

25. Suecia: Destacan en este país tres normas: por un lado, la Ley de mediación en algunos supuestos de conflictos civiles (2011:860)<sup>111</sup>; el Código Procesal, capítulo 42<sup>112</sup>, y la Ley de arrendamientos<sup>113</sup>.
26. Holanda: La Ley que regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles es de noviembre de 2012<sup>114</sup>, si bien la misma solo se aplica a los conflictos internacionales. Esta norma se completa con algunas normas específicas, como los artículos 900-906 del Código Civil, en los que se regulan los acuerdos (*vaststellingsovereenkomst*), en el Libro 7, Título 15<sup>115</sup>, así como los artículos 815 a 818 del Código Procesal, que se refieren al proceso de divorcio, así como en los supuestos de las acciones colectivas reguladas en los artículos 1013-1018<sup>116</sup>.
- 27 y 28. Reino Unido: La Directiva de 2008 se incorporó a la legislación a través de la denominada *Cross-Border Mediation (EU Directive) Regulations 2011* (SI 2011/1133), en Inglaterra y Gales<sup>117</sup> y a través de la *Cross-Border Mediation (Scotland) Regulations 2011* (SSI 2011/234) en Escocia<sup>118</sup>.

---

<sup>106</sup> Ley, del Parlamento de Galicia, nº 12716 de 31.5.2001, reguladora de la Mediación Familiar, BOE de 2.7.2001.

<sup>107</sup> Ley 1/2007, de 21.2.2007, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, BOCM de 5.3.2007.

<sup>108</sup> Ley Foral 3/2011, de 17.3, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, BOE de 2.7.2001. 12.4.2011.

<sup>109</sup> Ley 1/2008, de 8.2.2008, de Mediación Familiar del País Vasco, BOPV de 18.2.2008.

<sup>110</sup> Ley de Mediación Familiar de Valencia, de 29.11.2001, DOGV de 29.11.2001.

<sup>111</sup> Lag (2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister, Svensk författningssamling (SFS) (Official Journal) 1.8.2000.

<sup>112</sup> Rättegångsbalk 1942:740, kapitel 42.

<sup>113</sup> Förordning (1980:1030) med hyresnämndsinstruktion.

<sup>114</sup> Wet van 15 november 2012 tot implementatie van de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken), Staatsblad (Official Journal) n. 570, de 20.12.2012.

<sup>115</sup> Burgerlijk Wetboek, updated version available at: <http://wetten.overheid.nl/zoeken/>, última visita: 21.8.2013

<sup>116</sup> Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (updated version available at: <http://wetten.overheid.nl/zoeken/>, última visita 21.8.2013).

<sup>117</sup> [http://www.legislation.gov.uk/uksi/2011/1133/pdfs/uksi\\_20111133\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/uksi/2011/1133/pdfs/uksi_20111133_en.pdf) (última visita, 29.7.2013).

<sup>118</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ssi/2011/234/contents/made> (última visita, 29.7.2013).

### 3.3. Mediación como estrategia para mejorar las condiciones de la “Justicia” civil en Europa

Este panorama refleja con extrema claridad que el impulso de la mediación es una realidad, y que la misma es una institución incorporada en las legislaciones europeas, que cada vez más y en gran medida por la propulsión desde las instancias europeas se considera como un instrumento esencial en la conformación de los medios de tutela que posee el ciudadano para la defensa de sus intereses y que, como se verá, cada vez más, es y se valora por los Estados por motivos diversos que llevan a propulsar su uso para los conflictos internos y para los *cross-border* conflictos también. Se ha llegado a ese primer estadio que lleva a contar con unas coordenadas legales que ofrezcan garantías de qué es, por qué y para qué la mediación, lo que, en suma, se ha venido cumpliendo en estos últimos años a través de la incorporación de la mediación en los ordenamientos jurídicos europeos.

El paso siguiente es el de determinar si es tan ventajoso acudir a la mediación frente a los demás medios ya conocidos en el ordenamiento jurídico y si en la realidad de los conflictos jurídicos es un remedio tan empleado por los ciudadanos, especialmente de la Unión Europea, para tratar de gestionar y/o solventar sus diferencias o disputas. Los datos derivados del son mucho menos halagüeños que los europeístas quisieran. Falta comunicar mejor entre los ciudadanos las bondades de la mediación y muy probablemente generar una mayor credibilidad en el modelo de mediación. Y atender en todo caso a un dato esencial: no es posible comparar un modelo estatal de solución de conflictos que ha venido históricamente consagrado como Administración de Justicia o Poder del Estado, con un modelo bisoño, que arrastra recelos todavía y que tiene delante de sí un largo recorrido hasta convertirse en una vía tan sólida y consolidada como los tribunales de Justicia. Esta reflexión no es óbice ni pretende empañar la consolidación de la mediación en los ordenamientos jurídicos, empero sí constatar que existe una larga e histórica cultura litigiosa todavía en la mayor parte de los países europeos, que, poco a poco, va dando paso a este nuevo paisaje en el ámbito de la tutela de los ciudadanos y de su consideración de acceso a la Justicia<sup>119</sup>.

Aun siendo muy probablemente en el sector de la mediación civil y mercantil donde se ha visto de forma más exponencial este impulso de la mediación en Europa, no por ello es el único ámbito en el que se ha desplegado un esfuerzo de incorporación de la institución en nuestro ordenamiento jurídico —hemos hecho algunas referencias *supra*—. La mediación en consumo, en familia, en menores, en escolares, en el sector bancario, en telecomunicaciones, en propiedad intelectual, en materia penal entre víctima y victimario, entre otras, han venido encontrando acomodo en la mayor parte de los ordenamientos

---

<sup>119</sup> Quizás un modelo paradigmático, a este respecto, es el de Gran Bretaña, dado que desde 2003 se constituyó el CMC, Civil Mediation Council, para favorecer y promover la mediación civil y mercantil, controlando la calidad de los servicios prestados por los mediadores e instituciones de mediación, exigiendo una serie de normas o requisitos a dichas instituciones para la acreditación de los mediadores y aumentando, en los años posteriores, especialmente en 2005 y 2006, la sensibilización y concienciación sobre el valor de la mediación entre abogados, jueces y público en general. Puede verse BROOKE (2010, pp. 14-16). Y para un desarrollo en profundidad, ANDREWS (2013).

jurídicos, con diferentes perspectivas en la regulación, pero con una clara idea de incorporar un instrumento no jurisdiccional que favorezca la participación de los sujetos en aparente conflicto en la búsqueda de la mejor solución al mismo. Los resultados son desiguales y su eficacia variable y variante en función de la intensidad de la implicación que desde la legislación y desde la generación de cultura negocial se haya podido desplegar en cada uno de estos ordenamientos. En cualquier caso, siquiera un punto en común si que presentan, cual es el de mostrar una predisposición política a favorecer la incorporación de las ADR en los ordenamientos jurídicos y a tratar de implicarlas con el modelo estatalmente configurado, como piezas del mismo, como instrumentos de una justicia global y armonizada, cada vez más, del siglo XXI.

Y en ese impulso incuestionablemente la mediación se sitúa en un puesto preferente. Y ese impulso responde a lo que TROCKER denomina como una estrategia para mejorar las condiciones de la justicia civil<sup>120</sup>. De este modo, la proliferación de cauces ha seguido *in crescendo*. La cultura litigiosa ha ido dejando paso a la introducción, como alternativa originariamente, pero como complemento en su evolución, de estos medios, incluso en ciertos casos intrínsecamente vinculados con el modelo judicial. Aun cuando la utilización de estos medios tiene una justificación desde esta inyección de globalización, puede defenderse desde posiciones ideológicas bien plurales, ora desde una posición política liberal, en cuanto supone libertad de elección del medio adecuado para cada caso concreto y en cada litigio suscitado para las partes en ejercicio de la libertad de elección<sup>121</sup>, ora desde una posición defensora del papel socializador del Estado, a quien corresponde en todo caso el ejercicio de la tutela efectiva de los ciudadanos, siendo para ellos el Estado el que deberá delimitar estos medios, los regulará y fijará las condiciones, requisitos y posibilidades de acudir a unos u otros cauces, de manera voluntaria u obligatoria, con carácter previo al proceso o bien otorgándoles un carácter intraprocesal o postprocesal<sup>122</sup>.

#### 4. *Diagnóstico del conflicto y bondades de la mediación*

La mediación es un medio a través del cual interviene un tercero, ajeno al conflicto, que desarrolla la función de reunir a las partes y ayudar a resolver sus desacuerdos. Su éxito pasa por un intercambio de información, asumiendo que, por regla general, se inicia la negociación desde la desconfianza, debiéndose trabajar con el mediador, haciéndoles cada vez más partícipes de la técnica mediadora, desbrozando el problema, creando opciones, e instándoles a que propongan soluciones, asumiendo que la decisión debe ser el resultado de una participación de las partes que aceptan su posición y toman un acuerdo como

---

<sup>120</sup> TROCKER (2011, pp. 165-166).

<sup>121</sup> Esto ha llevado precisamente a que algunos autores hayan visto en las ADR un magnífico instrumento que ofrece a los ciudadanos una posibilidad de *empowerment*, *che li facciamo sentiré partecipi ed anzi addirittura protagonista delle funzionu di perseguimento della giustizia*, FERRARESE (2011, p. 7).

<sup>122</sup> BARONA VILAR (1999, p. 168).

solución a su conflicto. Su figura dependerá en muchas ocasiones de que se aminore la hostilidad recíproca o unilateral presente.

Desde estas coordenadas expuestas aparece la mediación como un cauce que no solo se dirige a la “solución” del conflicto o diferencia, sino que también pretende alcanzar la posible “gestión” de los mismos<sup>123</sup>, asumiendo en este caso que el conflicto va a perdurar, lo que abre un sinfín de posibilidades que no se encuentran, evidentemente, ni en el proceso judicial ni en el proceso arbitral.

Son sus características, estrictamente vinculadas a los principios que le informan, los que permiten conformar una suerte de elementos que favorecen a los implicados en la misma, a la sociedad en su conjunto y por extensión al mismo Estado, haciendo innecesario el ejercicio de la tutela judicial ante sus tribunales. Así:

1. La esencia de la mediación se halla en la voluntariedad, que prima y favorece que la solución se alcance con consenso de ambas, en cuanto se convierten en los protagonistas de este procedimiento. De ahí que en la doctrina se ha considerado a la mediación como una suerte de “justicia más participativa”<sup>124</sup>.
2. La mediación es posible siempre que pueda gestionarse por las partes el conflicto, o, en términos procesales, cuando se trate de un ámbito que pueda ser disponible para las partes, lo que permite que del mismo modo que se acude a mediación, pueda decidirse “salir” de la mediación.
3. La mediación exige una limitada regulación, muy flexible. Así, salvando algunas reglas fundamentales que implican garantías (confidencialidad, trato equitativo—igualdad—de las partes en este procedimiento, posible fijación de un plazo máximo de duración del procedimiento,...) parece recomendable jugar con la idea de la flexibilidad en la conformación del procedimiento, en atención a la materia, las personas (pueden ser plurales, personas físicas y/o jurídicas, etc.), al número de mediadores, a la gravedad o entidad del conflicto, etc.
4. La figura del mediador es la pieza indiscutible de este modelo. Los mediadores son “ciudadanos entre los ciudadanos”, lo que refleja esa necesidad de proximidad y a la vez de sensación de confianza que debe presidir la relación entre los sujetos implicados y los mediadores. Ello no obstante se hace imprescindible que el mediador posea una formación general que le permita desempeñar esta tarea y sobre todo ofrecer garantía a las partes que intervienen en el procedimiento de mediación. La exigencia de capacitación es especialmente relevante, como lo es la garantía que se ofrece mediante un seguro de responsabilidad profesional, que

---

<sup>123</sup> BARONA VILAR (2013, p. 106).

<sup>124</sup> Puede verse al respecto, CADIET (2007, p. 103).

pueda hacer frente a la posible responsabilidad patrimonial que, en su caso, pueda reclamarse.

5. Se exige en las legislaciones que el mediador actúe con neutralidad, manteniendo un trato equidistante respecto de ambas partes, e imparcial, en cuanto no incurrir en una situación sospechosa de parcialidad, si bien la misma no implica sin más una descalificación del mediador, sino la necesidad de que lo ponga en conocimiento de ambas partes y sean éstas las que decidan si continúa o si abandona.
6. Una de las notas definitorias de la mediación y que la convierten en pilar fundamental del modelo mediador es el principio de confidencialidad. Las legislaciones la han incorporado tanto respecto del contenido de la mediación como, en ciertos ordenamientos, respecto del procedimiento de mediación, sin olvidar que la exigencia de la misma se extiende a los mediadores, a las instituciones de mediación, a las partes y a los que pudieren haber participado de alguna forma en el procedimiento. Se garantiza mediante la posible exigencia de responsabilidad por quebrantamiento de la misma, aun cuando se han establecido, por ejemplo, exención a los mediadores de intervenir como testigo en un posible proceso judicial posterior.

Con todo, la mediación comporta una visión diversa de la existencia de conflictos, que desde la realización del diagnóstico, se consigue analizar una serie de elementos básicos para configurar el conflicto y a partir de él, evaluar, con criterios de objetividad, si el conflicto de verdad existe, su naturaleza, sujetos implicados, coste o soportabilidad económica y personal del conflicto, desgastes, riesgos, tiempo dedicado y energías empleadas en el conflicto, aspectos colaterales etc. La mediación supone, en suma, una bocanada de aire frente a un monolítico planteamiento de que los conflictos deben plantearse en su caso en sede judicial. Superadas barreras que veían la mediación como un mero juego psicológico, parecen encontrar los operadores más ventajas que inconvenientes en la mediación. El lenguaje en mediación, donde no hay ganadores ni perdedores, la menor sensación de insatisfacción, la mayor confianza en la justicia, la disminución de la litigiosidad, servir como instrumento que economiza, entre otras, son razones que presentan la mediación como un buen procedimiento para los ciudadanos, para la sociedad y para el sistema de Justicia en su conjunto.

### *5. Inconvenientes y riesgos. ¿Negocio? ¿Pura visión economicista? ¿Abandono del Estado?*

Desde el prisma negativo, los riesgos que conlleva esta nueva visión de la justicia son reales<sup>125</sup>. Por un lado, riesgos que hacen referencia a esa concepción que acoge la fusión

---

<sup>125</sup> ESPLUGUES MOTA y BARONA VILAR (2014, pp. 1-52).

“Tribunales de Justicia-ADR” y, por otro, los riesgos o, si cabe, inconvenientes que la misma mediación comporta. Precisamente entre ellos se encuentra el riesgo de que el poderoso se “apodere” del débil, o lo que es lo mismo, favorecer una mayor desigualdad entre las partes. Y, cuando no se alcance el acuerdo en mediación, por otra parte, se va a retrasar el desarrollo de la posible causa posterior, puede favorecer a los defraudadores, a los incumplidores, que dilatan la asunción de su debida responsabilidad, e incluso potenciar un mayor enfrentamiento o escalada al conflicto, generando un aumento de sensación de fracaso por las partes, amén de un mayor coste.

En segundo lugar, si se efectúa un análisis general sobre esa nueva visión de Justicia que casa perfectamente con la simbiosis entre los tribunales de justicia estatales y los mecanismos ADR, entre los que se sitúa preferencialmente la mediación, implica o puede potencialmente implicar un claro peligro, cual es convertir —y algo de esto estamos viendo en la actualidad— la ley en negocio, en palabras de STÜRNER<sup>126</sup>, pues si bien efectivamente puede aportar mucho a la paz y a la cooperación en el ámbito de las relaciones personales y profesionales, esto no debe hacerse extensivo a cualesquiera tipo de conflicto y litigio. Y habrá que abogar por una profesionalización de la función de mediador, que permita garantizar el procedimiento y sus resultados. Ello nos lleva a la afirmación de que no todos pueden ni den ser mediadores, sino que deben aunar ciertas condiciones personales, profesionales y habilidades que permitan a través de la formación específica conocer las herramientas necesarias para el modelo funcione.

Habrà que tener presente estas limitaciones y no pensar en ningún caso que hemos encontrado el mejor y/o único de los caminos para resolver las disputas. Todo sin olvidar que también en algunos países se ha producido —y así debe denunciarse— una situación extrema, una transformación del concepto y significado de acceso a la justicia por el de “abuso del proceso<sup>127</sup>”, significativamente propiciado especialmente a lo largo del siglo XX.

Por todo ello se ha producido esa fascinación por este nuevo paradigma de justicia y en el que las ADR en general, y especialmente la mediación, aparecen como “cauces de acceso a la Justicia” con numerosas ventajas y pocos inconvenientes<sup>128</sup>. Esa obnubilación viene acompañada también de peligros, que se ciñen a esa puerta que se abre inexorablemente hacia la “privatización” de la justicia. Y no como fenómeno nacional, ni siquiera podríamos decir, que ni tan siquiera restringido al ámbito europeo, sino incorporado en una clara tendencia mundial que favorece estas sedes y generando esa suerte de privatización de lo que en un tiempo fue exclusivo del Estado. Es indudable que existe una cierta tentación en

---

<sup>126</sup> STÜRNER (2011, p. 52). Este autor, tras afirmar que *law as business should not be the future*, considera que *there was not reason for too much enthusiasm either*.

<sup>127</sup> A estas cuestiones se refiere, precisamente en cuanto a valorar en positivo la incorporación de la mediación en el sistema jurídico italiano DE LUCA (2011, p. 95).

<sup>128</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*, SEC(2004) 1314, Brussels, 22.10.2004, COM(2004) 718 final 2004/0251 (COD), p. 4 (se puede encontrar en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:EN:PDF>).

estos momentos por parte de los Estados de promover los medios que suponen una incorporación de lo privado con un cierto apartamiento del interés del Estado en ellos. La razón es meramente económica y de menor inversión estatal. Este discurso, como ha señalado WAGNER<sup>129</sup> y compartimos plenamente, es tremendamente peligroso y puede llegar a afectar, en suma, a la misma calidad de los tribunales de justicia y al modelo de justicia. Y otra idea que apunta este autor en cuanto a la consagración del acceso a la justicia como un todo (tribunales y ADR), que no es tanto riesgo como consecuencia de ello, es la del posible estímulo y la generación de competencia que puede producirse entre los distintos medios y cauces en los estados miembros de la Unión Europea<sup>130</sup>, dado que si el acceso a la justicia no tiene por qué ser solamente el que acerque los ciudadanos a los tribunales nacionales, el ciudadano podrá buscar, de entre los posibles en la Unión —tribunales y/o ADR—, el sistema y el lugar más adecuado a sus intereses y a las posibles diferencias existentes en cuanto ofrezca una solución más eficiente, más rápida y económica. En Europa la Comisión Europea ha insistido —y ello es curioso y responde a estos peligros que nos acechan— en que la aceptación de las ADR y su incorporación a los ordenamientos jurídicos no puede significar el desentendimiento por parte de los Estados miembros de mantener un sistema jurídico eficaz y justo que cumpla con los requisitos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta obligación constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática<sup>131</sup>.

El peligro latente es reducir la tutela de los tribunales es una vía subsidiaria, lo que neutralmente no es perjudicial al modelo de Justicia pretendido, aun cuando lo puede ser si detrás de esta concepción se halla una posición ideológica que pretende reducir los gastos del Poder Judicial, estableciendo trabas que, aun no siendo inconstitucionales, favorecen estos otros medios, que “liberan” al Estado de la “carga” económica que supone la Justicia “con mayúsculas” en el presupuesto ordinario. Ese peligro está latente y al menos en los países europeos pudiere convertirse en un juego peligroso que eche atrás todos los avances alcanzados por estas nuevas vías de tutela que se presentan como más cercanas al ciudadano<sup>132</sup>.

En consecuencia, estamos viviendo un momento crucial. Ya no se trata de diseñar —una vez más— mecanismos que permitan reducir la litigiosidad o aligerar la tarea de los tribunales. La actual tarea —y el reto que incorpora— va más allá. Nos encontramos en un momento decisivo en el que se están sentando las bases de lo que será el entendimiento de la Justicia moderna. Una Justicia, la del siglo XXI, que previsiblemente va a variar en profundidad respecto de la que se ha venido desarrollando hasta el momento y en la que los mecanismos ADR, como fenómeno global, se integran como elemento esencial. Toda transformación, y también ésta, comporta ventajas y también riesgos. A ellos nos hemos

---

<sup>129</sup> WAGNER (2012, pp. 93 y 112).

<sup>130</sup> En línea con esta idea LANDES and POSNER (1979, p. 235).

<sup>131</sup> EUROPEAN COMMISSION (2004, p. 4).

<sup>132</sup> BARONA VILAR (2013, pp. 109-112).

referido, destacando quizás la necesidad del equilibrio entre las garantías y la eficiencia. La Justicia (con mayúsculas) es uno de los pilares del Estado democrático, y no puede, llevados por una ráfaga de visión economicista, perder la identidad que se merece. El Estado debe seguir manteniendo el criterio de “lo público” en Justicia, siendo y pasando por una imprescindible e incuestionable aportación presupuestaria que permita el mantenimiento de todas las garantías del justiciable, amén de permitir la mejor de las respuestas posibles. Es un equilibrio, pero un equilibrio necesario, que permita mover el mundo hacia valores impliquen la paz, la generosidad, la escucha, todos ellos positivos, si bien no siendo valorados exclusivamente desde una pura visión materialista y economicista.

## 6. Bibliografía

Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1987), *Estudios diversos de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona.

---(1991), *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

Neil ANDREWS (2013), *Arbitration & Mediation*, Intersentia, Cambridge.

Silvia BARONA VILAR (1999), *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

---(2013), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Silvia BARONA VILAR y Carlos A. ESPLUGUES MOTA (2012), *Mediación y Arbitraje. Legislación Básica*, Tirant lo Blanch, Valencia.

---(2014), "ADR Mechanisms and their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends", en Carlos A. ESPLUGUES MOTA y Silvia BARONA VILAR (Eds.), *Global Perspectives on ADR*, Ed Intersentia, Cambridge, 2014.

Henry BROOKE (2010), *Mediation in the UK today*, pp. 14-16 (<http://www.cedr.com>).

Loïc CADIET (2007), "I metodi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia fra tradizione e modernità", en Vincenzo VARANO, *L'altra giustizia*, Giuffrè, Milán.

THE CANADIAN BAR ASSOCIATION (1996), *Systems of Civil Justice Task Force Report*, CBA, Ottawa.

Alessandra DE LUCA (2011), "Mediazione e (abuso del) proceso: la deroga al principio della soccombenza come incentivo alla conciliazione", en Nicolò TROCKER & Alessandra DE LUCA (Dirs.), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze University Press, Florencia.

Carlos ESPLUGUES MOTA (2014), "Civil and Commercial Mediation in the EU after the Transposition of the Directive 2008/52/EC on Civil and Commercial Mediation in Europe, Cross-Border Mediation, General Report. Civil Justice Programme 2007–2013". *Project JUST/2010/JCIV/AG/0001: 'Removing obstacles to access to (e)Justice through mediation in Europe: ensuring enforcement and a smooth cooperation with judicial and non-judicial authorities'*, Intersentia, Cambridge, pp. 485-771.

Víctor FAIRÉN GUILLÉN (1990), *Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley Procesal Generales*, Bosch, Barcelona.

María Rosaria FERRARESE (2011), "Formante giudiziario e mediazione: confluente e differenze", en AA.VV., *La medizione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze University Press, Florencia.

Roger FISHER (1996), *Más allá de Maquiavelo (Herramientas para afrontar conflictos)*, Garnica, Buenos Aires.

Ulrike FRAUENBERGER-PFEILER (2011), "Jüngste Entwicklungen im Recht der Mediation", *Mediation aktuell*, núm. 3.

William M. LANDES & Richard POSNER (1979), "Adjudication as a Private Good", *Journal of Legal Studies*, núm. 263.

Diana MARCOS FRANCISCO (2012), "La mediación: ¿fórmula estrella para resolver los conflictos de consumo?", en Juan Luís GÓMEZ COLOMER *et al.* (Coords.), *El Derecho Procesal español del Siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, pp. 585-602.

Victor MORENO CATENA y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ (2013), *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 6ª ed.

Rolf STÜRNER (2011), "Mediation in Germany and the European Directive 2008/52/CE", en AA.VV., *La medizione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze University Press, Florencia.

Nicolò TROCKER (2011), "La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione", en AA.VV., *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze University Press, Florencia.

Gerhard WAGNER (2010), "Grundstrukturen eines deutschen Mediationsgesetzes", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, núm. 74.

---(2012), "Harmonization of Civil Procedure-Policy Perspectives", en Xandra KRAMER and Cornelis Hendrik VAN RHEE, *Civil Litigation in a Globalising World*, Springer, Heidelberg.