

CÁTIA MARQUES CEBOLA

# LA MEDIACIÓN

Prólogo de  
Fernando Martín Diz

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	9
<b>SIGLAS Y ABREVIATURAS</b> .....	11
<b>PRÓLOGO</b> .....	13
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	19
<b>CAPÍTULO I. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DEL ACTUAL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS</b> .....	27
1. SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS .....	27
1.1. De la autotutela a la autocomposición .....	27
1.2. Panorama actual de los medios de resolución de conflictos .....	30
2. LOS ADR EN LA HISTORIA Y EN EL MUNDO .....	32
2.1. El surgimiento del movimiento <i>Alternative Dispute Resolution</i> en EEUU .....	32
2.1.1. Procedimientos de ADR disponibles en EEUU: algunos ejemplos .....	36
2.1.1.1. <i>Mini-Trial</i> .....	36
2.1.1.2. <i>Summary Jury Trial</i> .....	38
2.1.1.3. <i>Early Neutral Evaluation</i> .....	38
2.1.1.4. <i>Settlement Conferences</i> .....	39
2.1.1.5. Sistemas <i>Med-Arb</i> o <i>Arb-Med</i> .....	39
2.2. Las políticas de la Unión Europea en materia de ADR .....	40
3. LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA .....	44
4. LA ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS TEXTOS FUNDAMENTALES .....	48

	Pág.
4.1. El art. 24 de la Constitución Española.....	48
4.2. El art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	50
5. RELACIÓN ENTRE LA VÍA JUDICIAL Y LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS .....	53
5.1. Características diferenciales entre el sistema judicial y los medios extrajudiciales.....	54
5.2. ¿Una vía alternativa, complementaria o dos caminos separados? .....	57
5.3. La definición del ámbito de aplicación apropiado de los medios de resolución de conflictos: « <i>Fitting the forum to the fuss</i> » y los tribunales «multipuertas» .....	61
5.4. Análisis crítico y retos de futuro.....	68
<b>CAPÍTULO II. TEORÍA GENERAL DE LA MEDIACIÓN.....</b>	<b>73</b>
1. HISTORIA DE LA MEDIACIÓN.....	73
1.1. La realidad americana del siglo xx en materia de mediación .....	76
1.2. El contexto histórico de la mediación en España .....	78
2. ENCUADRAMIENTO LEGAL ACTUAL.....	81
2.1. ¿Reglamentar la mediación, sí o no? El dilema diversidad-uniformidad .....	81
2.2. Normas legales de índole internacional, europea y nacional .....	85
2.2.1. El <i>Uniform Mediation Act</i> de EEUU .....	85
2.2.2. La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional.....	86
2.2.3. La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	87
2.2.4. La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en España.....	88
3. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LA MEDIACIÓN.....	90
3.1. La mediación como un método: crítica al término proceso.....	92
3.2. Objeto de la mediación: el conflicto jurídico.....	94
3.2.1. Ámbito de aplicación de la mediación: las materias disponibles y el criterio de definición de su competencia material - la «mediabilidad» .....	96
3.3. Sujetos esenciales a la mediación .....	102
3.3.1. El mediador .....	103
3.3.2. El papel activo de las partes en la resolución del conflicto....	104
3.3.3. Otros intervinientes (facultativos o eventuales).....	107
3.3.3.1. Peritos o expertos.....	108
3.3.3.2. Testigos, familiares u otras personas .....	108
3.3.3.3. El papel de los abogados, defensores legales o asistentes jurídicos .....	108
3.4. Resultado: el negocio jurídico mediado.....	110

## ÍNDICE

	Pág.
3.4.1. La eficacia del negocio jurídico mediado. ¿Ejecutividad directa o necesidad de homologación?.....	111
4. NATURALEZA JURÍDICA.....	120
4.1. Índole contractual.....	120
4.1.1. Contrato de mediación.....	121
4.1.1.1. Requisitos del contrato de mediación.....	123
4.1.2. Cláusulas contractuales de mediación.....	124
4.1.2.1. Condiciones de validez de las cláusulas contractuales de mediación.....	125
4.1.2.2. Efectos jurídicos y responsabilidad por el incumplimiento de las cláusulas contractuales de mediación.....	127
4.2. Naturaleza privada.....	138
4.3. Vocación autocompositiva y no adversativa: otro camino para la justicia.....	140
5. CLASES Y CLASIFICACIONES DE LA MEDIACIÓN.....	142
5.1. Mediación privada y pública.....	142
5.2. Mediación judicial o intrajudicial, intraprocesal o conectada con el Tribunal ( <i>court-annexed mediation</i> ).....	144
6. DISTINCIÓN DE OTROS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	147
6.1. Medios heterocompositivos.....	147
6.1.1. Sistema judicial.....	148
6.1.2. Arbitraje.....	149
6.2. Medios autocompositivos.....	150
6.2.1. Negociación.....	151
6.2.2. Conciliación.....	156
6.2.3. Otros modos de terminación o evitación del proceso.....	167
7. PRINCIPIOS CARACTERIZADORES DE LA MEDIACIÓN.....	169
7.1. Principio de voluntariedad: análisis crítico de los sistemas de mediación obligatorios.....	169
7.2. Principio de confidencialidad.....	179
7.3. Principio de igualdad de las partes y equidad.....	185
 <b>CAPÍTULO III. EL MEDIADOR: SU ACTIVIDAD EN LA MEDIACIÓN ....</b>	 191
1. EL CONFLICTO.....	192
2. MODELOS DE MEDIACIÓN.....	194
2.1. Modelo lineal de FISHER y URY (1989).....	194
2.2. Modelo transformativo de BUSH y FOLGER (1994).....	195
2.3. Modelo circular narrativo de S. COBB (1994).....	196

	Pág.
3. TIPOS DE MEDIACIÓN: EL MEDIADOR FACILITADOR <i>VERSUS</i> EL MEDIADOR EVALUADOR.....	197
4. FASES DE LA MEDIACIÓN .....	201
4.1. Premediación.....	202
4.2. Mediación en sentido estricto.....	206
4.2.1. Investigación.....	207
4.2.2. Agenda.....	210
4.2.3. Creación de opciones.....	211
4.2.4. Obtención del acuerdo .....	213
4.3. Postmediación .....	216
4.4. Fase eventual y amovible: la aplicación de medidas de aseguramiento .....	217
5. TÉCNICAS Y ESTRATEGIAS DEL MEDIADOR.....	220
5.1. La escucha activa .....	220
5.2. El arte de preguntar: clases de preguntas .....	222
5.3. Resúmenes.....	225
5.4. El <i>caucus</i> .....	225
 <b>CAPÍTULO IV. ESTATUTO JURÍDICO-PROFESIONAL DEL MEDIADOR.....</b>	 <b>229</b>
1. CONDICIONES DEL EJERCICIO PROFESIONAL DE MEDIADOR.....	230
1.1. Requisitos de acceso a la profesión.....	230
1.2. Características del mediador .....	237
2. LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS.....	241
2.1. El Código de Conducta Europeo para Mediadores.....	242
2.2. Aspectos esenciales de un Código Deontológico para Mediadores ....	244
3. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.....	245
3.1. Responsabilidad contractual .....	246
3.2. Responsabilidad profesional .....	247
3.3. Responsabilidad disciplinaria .....	249
3.4. Responsabilidad criminal .....	251
4. LA ORGANIZACIÓN PROFESIONAL DE LOS MEDIADORES .....	252
4.1. Modelo de organización y control directo por el Ministerio de Justicia.....	253
4.2. Modelo de organización y control institucional por un Consejo General .....	253
4.3. Modelo mixto.....	254
4.4. Colegio de mediadores.....	256
 <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	 <b>259</b>

## PRÓLOGO

*Es verdaderamente reconfortante, en este tortuoso camino que es el de la investigación y la docencia en la Universidad pública, comprobar cómo aún se acercan a ella personas con verdadera vocación. Lamentablemente, la Universidad se ve afectada por las críticas circunstancias económicas y laborales que la sociedad a la que ha de servir padece en la actualidad, y quizá por ello no se valore en su justa medida el servicio público, de formación y capacitación, que pese a todo sigue ofreciendo. Aun así, paradójicamente, mantiene su atractivo para acoger a futuros profesionales que tratan de completar su formación y especialización. Cátia Sofia Marques Cebola ha confiado en la Universidad de Salamanca para alcanzar el grado de doctora en Derecho, la más alta cualificación científica y profesional que puede otorgarse, y hemos de congratularnos por ello.*

*Por muchas razones que me permitirá el lector que desgrane seguidamente ha sido un placer asumir la tutela de la formación investigadora de la ya flamante doctora Marques Cebola. En primer término por las cualidades personales de la doctoranda. Su perseverancia, constancia y humildad han sido verdaderamente ejemplares, más aún para quien ha compaginado la labor investigadora con sus encargos docentes, sumando a ello el inconveniente de tener que estar en un constante ir y venir entre Coimbra y Salamanca, para atender debidamente ambas ocupaciones.*

*En segundo lugar por tratarse de una investigadora, como se acaba de apuntar, procedente de Portugal. Dentro de este contexto de globalización que la formación investigadora ha tomando desde un tiempo a esta parte, es frecuente y enriquecedor que, en los antiguos cursos de doctorado y en los actuales másteres, el plantel de alumnos mayoritariamente sea foráneo. La ya larga tradición del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca en la formación de nuevos doctores y doctoras, creo, si la memoria no me traiciona, no había contado nunca con un doctor o doctora de nuestro querido país vecino. Cátia, por tanto, es la primera portuguesa que culmina su doctorado dentro de los programas de doctorado de la Escuela Salmantina de Derecho Procesal,*

*que con tesón y sacrificio fue fraguando la profesora Calvo Sánchez, y cuyo legado tratamos sus discípulos de mantener vivo siguiendo la honestidad, la dedicación y la exigencia científica que siempre caracterizaron a nuestra querida maestra. Es por ello un motivo de inmensa satisfacción contar con la doctora Marques Cebola entre los integrantes de este grupo salmantino de procesalistas, cada día más amplio e internacional y que poco a poco ya se expande por casi todos los países de Europa e Hispanoamérica.*

*Gracias a Cátia se han vuelto a unir los lazos, tan estrechos, que siempre han vinculado a España y a Portugal, y a nivel particular a dos Universidades de larga tradición en Europa como son Salamanca y Coimbra. Tras su formación jurídica de Grado en la Universidad de Coimbra, culminada con un brillante Maestrado, Cátia ha cruzado la frontera para recalar en la Universidad de Salamanca, confiando, como decía anteriormente, en nuestras aún incipientes cualidades formativas para realizar su tesis doctoral. Decía que ha sido un placer asumir la dirección de la tesis doctoral de Cátia Marques, cuyo trabajo final presento en estas líneas, puesto que Cátia tenía una muy sólida y competente formación de origen, a lo que ha unido una dedicación encomiable, una rigurosidad ejemplar y una originalidad en la investigación muy destacable, trazando siempre su trabajo bajo las premisas de la internacionalización de la investigación y su pluridisciplinariedad.*

*Y ha sido un placer, a la vista del resultado que el lector podrá apreciar y disfrutar seguidamente, porque su excelente tesis doctoral la configura como una de las juristas con un futuro más prometedor en Portugal y, por qué no decirlo, de Europa. La doctora Marques Cebola es una cualificada experta que lleva trabajando jurídicamente la mediación desde hace más de un lustro y cuya trayectoria la avala. Sin duda es una de las voces y referencias científicas más autorizadas en la materia en la Península Ibérica, desde el plano jurídico-científico, en materia de mediación, y la obtención del grado de doctora con mención de Doctorado Europeo y Premio Extraordinario de Doctorado por la Universidad de Salamanca es el refrendo a su brillante dedicación investigadora a la mediación. Hago mis votos para que la Universidad, pese a sus penurias, no desaproveche su talento y no deje escapar a quien ha acreditado solvencia y capacidad científica para generar y transmitir conocimiento y progreso en el ámbito del Derecho.*

*Pisando ya un terreno más científico, vinculado al objeto del trabajo de la doctora Marques Cebola, también ha sido un placer ostentar la dirección de su trabajo de tesis doctoral, por cuanto hemos compartido, de forma paralela y simultánea, la línea de investigación. Cuando asumí la orientación y tutela de la doctora Marques Cebola acababa de abrir mi línea investigadora en materia de mediación, con lo que puedo afirmar que en ambos casos, afortunadamente, hemos recorrido el camino hasta alcanzar satisfactoriamente los objetivos planteados de inicio. Su compañía en esta travesía ha sido también para mí enriquecedora. Muchos de los debates y comentarios personales que hemos mantenido a lo largo del progreso de su investigación, y de la redacción y conclusión de su tesis doctoral, han servido para fijar ideas, puntos de vista, advertir nuevas posibilidades o valorar propuestas de lege ferenda, que luego se han plasmado en su trabajo, respetando siempre la independencia y el jui-*

*cioso criterio jurídico científico de la doctoranda, incluso en ocasiones pese a las discrepancias, científicas, que hemos mantenido en algunas cuestiones. Por eso ha sido un placer dirigir a la doctoranda, porque afortunadamente ha sido capaz de formar su propio criterio, de justificarlo y de defenderlo. Eso es hacer ciencia jurídica, y con ello cumplir el objetivo del doctorado: formar a un jurista en la investigación.*

*El tema que la doctoranda eligió para su trabajo de tesis doctoral no podía ser más acertado tanto en aquel momento como en la actualidad, y no sólo, y este es otro de los aciertos, para Portugal o España, sino a nivel global para cualquiera de los países con sistemas jurídicos modernos y democráticos. La mediación es un tema que está de moda. No cabe duda. Desde casi todos los ámbitos del Derecho se habla, se escribe y hasta se legisla —o al menos se intenta— sobre mediación. Muchos hablan, o legislan, con conocimiento de causa. Otros, hablan, escriben o legislan, de «oídas», por seguidismo, por estar en la onda de lo que se lleva. Esto último, afortunadamente, no es el caso de Cátia, sino muy al contrario. El trabajo que integra la presente monografía es el resultado final de la investigación concienzuda desarrollada por una experta jurista que ha manejado de forma impecable la metodología clásica en nuestras ramas de conocimiento (el análisis de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia), a la cual se ha añadido, en la dosis exacta, una dimensión de Derecho comparado y de pluridisciplinariedad que se hace imprescindible en el análisis de la mediación como instrumento jurídico para la resolución de conflictos.*

*El presente libro tiene dos pilares centrales. El primero, y sumamente necesario para abordar la mediación en cualquiera de sus facetas y posibilidades, consiste en diseñar y estructurar lo que podríamos calificar como la «teoría general» de la mediación. El segundo, absolutamente imprescindible y con una gran proyección de futuro, la configuración del mediador, de la persona que encarna esta forma autocompositiva de resolución de conflictos y que, de prosperar, ha de ser una de las profesiones jurídicas del futuro.*

*Ubicar a la mediación en el sistema de Administración de la Justicia supone determinar su encuadramiento como solución autocompositiva y extrajudicial de disputas, conflictos y litigios. La autora, con una cuidada sistemática, dispone de inicio la vertiente más procesal de la mediación dentro de los sistemas generales de resolución de conflictos, así como su progresión dentro de los denominados Alternative Dispute Resolution (ADR), tanto histórico-temporalmente como territorialmente. Ese bagaje de conocimientos, información y datos jurídicos es necesario para acometer uno de los elementos claves que el estudio de la mediación demanda: su ajuste y acomodo a los derechos fundamentales procesales, en particular en cuanto al derecho de acceso a la jurisdicción.*

*Por las razones anteriormente expuestas son de gran valía los planteamientos y aportaciones que realiza la autora en el primer capítulo de la obra al dedicar toda una serie de apartados, de gran calado constitucional y procesal, a la viabilidad de la existencia de medios extrajudiciales de resolución de conflictos en relación al derecho de acceso a la Justicia. Muy destacable en este sentido es su completo estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con todo ello la autora desgrana con acierto, y con una cuidada*

*sistemática, la relación que debe existir entre el proceso judicial y los medios extrajudiciales de resolución de conflictos, partiendo de sus diferencias estructurales, pasando por la relación interna de alternatividad o complementariedad que debe haber entre ambos, para llegar finalmente a valorar y proponer cuál debe ser el ámbito de aplicación más idóneo y apropiado para unos y otros.*

*El segundo capítulo, además titulado como «Teoría general de la mediación», concentra la esencia y el núcleo de la determinación de la mediación como institución jurídica. Su contenido responde fielmente al enunciado y colma las expectativas, tanto por extensión en el análisis de la mediación como por el desarrollo de los diferentes aspectos que han de integrar la estructura básica de una figura jurídica como es la mediación. Disponer la estructura medular de un elemento del Derecho exige dar cabida a su marco legal, a su definición, a su objeto, a los sujetos, a su naturaleza jurídica, a sus clasificaciones internas y a sus principios básicos. Todo ello lo va a encontrar el lector en el contenido del citado capítulo segundo, y no sólo eso, va a apreciar la minuciosidad en su elaboración (con numerosas referencias de Derecho comparado), la claridad en la exposición, y la lucidez de la autora al plantear problemas y aportar soluciones y propuestas que mejoren el modelo genérico de la mediación desde el parámetro de su «teoría general».*

*Destacaría además dos aspectos concretos del contenido de la teoría general de la mediación que elabora la doctora Marques Cebola. En primer lugar sus reflexiones sobre una de las circunstancias más cuestionadas de la mediación: la efectividad y eficacia del acuerdo de mediación. Recomiendo vivamente que el lector, y el interesado en la materia, tenga muy presentes las valoraciones que realiza respecto a las variantes, enfrentadas, que se postulan a favor de conceder ejecutividad directa al acuerdo de mediación y las contrarias que se muestran partidarias de un previo control de homologación que le confiera ese valor ejecutivo. En segundo lugar considero de alto nivel jurídico y científico los planteamientos que ofrece respecto a los principios caracterizadores de la mediación que reduce, en opción personal que me parece muy adecuada, a tres: la voluntariedad, la confidencialidad y la igualdad entre partes, como sostenes de cualquier tipo de mediación. A partir de ellos, lógicamente han de entrar en juego otros elementos como pueden ser la buena fe entre las partes, la ductilidad procedimental o su carácter personalísimo, por citar algunos de los más recurrentes.*

*La originalidad y la apuesta por la innovación también se expande hacia el segundo gran bloque del trabajo dedicado a la configuración del mediador como profesional jurídico. Muchas veces olvidamos, juristas y no juristas, que las instituciones se integran, funcionan y desarrollan gracias a las personas y profesionales que les dan vida. La mediación no es excepción a esta regla. De poco, o nada, sirve tratar de conformar la mediación y su procedimiento si no contamos con la figura personal sobre la cual gira el sistema. La mediación sin mediadores no es nada. No puede serlo. De ahí que uno de los elementos centrales sobre los que debe sistematizarse cualquier intento de regular seriamente la mediación deba pasar por la regulación, previa o simultánea, de la figura del mediador. Es curioso observar cómo entre la creciente, y ya considerable, doctrina jurídica publicada respecto de la mediación es escasísimo el número*

*de trabajos o normas legales nacionales e internacionales, que versan sobre el mediador, o que en su defecto dedican algún apartado a realizar un análisis profundo y detallado sobre el mismo.*

*La cuestión no es baladí. La mediación alberga, a mi entender, una profesión jurídica de actualidad y de futuro como es la de mediador. La delimitación de su estatuto profesional es crucial. Establecer sus atribuciones, ámbito de actuación, posibles modelos de intervención y características personales es inexcusable. La doctora Marques Cebola así lo hace, en el capítulo tercero de la presente monografía, de forma completa y perfectamente detallada. Especialmente destacable es su planteamiento respecto al modelo de mediador que puede ser más conveniente, y que en ese mismo sentido determinaría el tipo de mediación a realizar, en función de si se opta por la figura del mediador evaluador o del mediador facilitador. Junto a esta primera faceta más vinculada a la práctica y al ejercicio técnico de la mediación, la autora acomete en el último capítulo la fijación del perfil jurídico-profesional del mediador en cuanto a su organización profesional, el acceso y ejercicio de la profesión, la observancia de los imprescindibles códigos deontológicos o, finalmente, la espinosa, pero vital, cuestión de la responsabilidad profesional del mediador. No me cabe la menor duda que estos dos últimos capítulos, y las propuestas que se vierten en los mismos, han de ser de referencias de obligada consulta para todo aquel que aborde, ya sea doctrinal o legislativamente, cualquier cuestión relativa al estatuto profesional y jurídico del mediador.*

*No quiero alargarme más en mi cometido de presentar esta monografía y restar con ello el merecido tiempo que el lector debe dedicar a su valioso contenido. Añadir, si cabe, que el presente trabajo ofrece un último e importante atractivo. Está plenamente actualizado, y por tanto recoge las consideraciones y repercusiones del reciente nuevo régimen legal de la mediación (en asuntos civiles y mercantiles) que se ha implantado en España en 2012. Estoy seguro que tras su lectura comprobará cómo las virtudes que he glosado son ciertas y que los méritos de la autora son totalmente merecidos y reales. Hemos por tanto de dar la bienvenida, con todos los parabienes que se merece, a la obra de la doctora Cátia Sofia Marques Cebola en la disciplina del Derecho procesal, de la ciencia jurídica en general y de la mediación en particular, dejando con ella su impronta de rigor científico y solvencia investigadora.*

*Es momento también de reconocer dos apoyos fundamentales que ha tenido la doctora Marques Cebola en la consecución de su objetivo. De una parte el de sus instituciones académicas y docentes de procedencia, tanto la Universidad de Coimbra como el Instituto Politécnico de Leiria, que han facilitado, en la medida de lo posible, que compaginara a la perfección su dedicación académica con su dedicación investigadora en la Universidad de Salamanca. En segundo término a la Fundación de Ciencia y Tecnología (Ministerio de Ciencia, Tecnología y Enseñanza Superior) de Portugal por el apoyo financiero concedido para la realización de la tesis doctoral, en forma de Beca de Investigación competitiva, que le fue asignada a la entonces doctoranda.*

*Finalmente quiero agradecer a los profesores doctores Pérez-Cruz Martín (Universidad de A Coruña), Leite de Campos (Universidad de Coimbra), Álva-*

## PRÓLOGO

*rez Alarcón (Universidad de Cádiz), Bujosa Vadell (Universidad de Salamanca) y de Hoyos Sancho (Universidad de Valladolid), tanto su participación como miembros del Tribunal de Tesis Doctoral que enjuició el presente trabajo como las valiosas aportaciones y recomendaciones que nos efectuaron tanto a la autora como a mí en su condición de director, y que esperamos se hayan visto plasmadas en esta versión definitiva que se presenta como monografía. El resultado no ha podido ser mejor hasta la fecha, el tribunal tuvo a bien otorgarle la máxima calificación de «Sobresaliente Cum Laude por unanimidad», y el Jurado de Premios de Doctorado de la Universidad de Salamanca ha estimado que este trabajo era merecedor, en su edición de 2011, del Premio Extraordinario de Doctorado.*

*Sólo me queda felicitar a mi querida discípula por su brillante trabajo y sus excelentes aportaciones en materia de mediación fruto de un esfuerzo y un rigor ejemplar, y que estoy seguro que constituyen el primer paso de una exitosa carrera profesional sustentada sobre una fértil y sólida formación y experiencia jurídica.*

En Salamanca, julio de 2012

Fernando MARTÍN DIZ  
Profesor titular de Derecho procesal  
Universidad de Salamanca

## INTRODUCCIÓN

La sociabilidad es una característica de la naturaleza humana y en este encuentro con los demás ciudadanos estamos obligados a repartir el mundo, lo que tiene como consecuencia inevitable el surgimiento de conflictos de intereses. En efecto, el ser humano que tenemos enfrente aparece como medio u obstáculo en el acceso a diferentes posibilidades. Así se comprende que, para una coexistencia pacífica, los ciudadanos se enfrenten a la necesidad de crear normas y construir los medios indispensables para la resolución de las disputas emergentes de la convivencia social.

Si en las sociedades primitivas la autotutela, concretada en la Ley de Tali3n, constituía el medio típico para solucionar conflictos jur3dicos, ya en las sociedades modernas los Estados asumen esta funci3n y a trav3s de los tribunales resuelven los litigios deriv3ndolos a un juicio. De hecho, los tribunales constituyen hoy la principal v3a de resoluci3n de conflictos jur3dicos entre los ciudadanos, siendo varias las razones que explican esta realidad<sup>1</sup>.

Desde luego, la ausencia de una cultura de transacci3n ha colocado a la sociedad en la necesidad de que un tercero decida el conflicto entre las partes. Esta tendencia es consecuencia del Estado asistencial que se concreta en la premisa de que los Gobiernos deber3n satisfacer todas las necesidades de los individuos. As3, se ha fomentado la inercia en los ciudadanos que siempre esperan que los poderes p3blicos resuelvan sus problemas y tambi3n sus conflictos jur3dicos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Apuntando las razones del protagonismo de los tribunales, *vid.* J. F. MEJ3AS G3MEZ, «Sistemas alternativos de resoluci3n de conflictos», *Evitaci3n del proceso*, Fernando Escribano Mora (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pp. 304-305.

<sup>2</sup> En el mismo sentido, P. COSTA E SILVA, refiri3ndose al modelo del acceso a la justicia de los a3os setenta a noventa del siglo pasado, considera que «*num Estado de Direito, o indiv3duo troca, queira ou n3o, a justiça privada pela justiça p3blica. Por seu turno, o Estado permuta a anarquia pela organizaç3o e prestaç3o de serviços de Justiça, assim se garantindo que todo o conflito seja decidido por um juiz que, tendo o seu estatuto informado pelo princ3pio do juiz natural, ditar3 a soluç3o do caso concreto em conson3ncia com os dados do sistema*». Cfr. P. C. E SILVA, «O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resoluç3o de controv3rsias: alternatividade efectiva e comple-

Por otro lado, el propio Estado ha incorporado la idea errónea de que él mismo debería ser la panacea a todos los problemas sociales o jurídicos. De este modo, atribuyó al Poder Judicial la solución de los conflictos, olvidando desarrollar otros posibles mecanismos de resolución de litigios. Consecuentemente, el Poder Judicial ha obtenido un creciente protagonismo social, político y jurídico, potenciado también por la Constitución Española de 1978, lo que ha conseguido «constituirlo en el principal, y a veces único, garante de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos»<sup>3</sup>. En este sentido, el art. 24 de la CE consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el art. 117, apartado 3, atribuye en exclusiva al Poder Judicial la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De la lectura de estas dos normas se genera una primera cuestión que pretendemos ver respondida en nuestro trabajo y que reside en averiguar si solamente los tribunales y jueces podrán resolver conflictos intersubjetivos de intereses. En otras palabras, tendremos que responder si el ejercicio exclusivo de la jurisdicción por los órganos del Poder Judicial excluye que los conflictos que surgen entre los ciudadanos puedan ser resueltos por otras vías complementarias o alternativas.

Esta investigación se convierte en esencial en un momento en el que, desde las últimas décadas del siglo pasado, están ganando importancia los medios extrajudiciales de resolución de conflictos jurídicos, en especial el arbitraje o la mediación. De hecho, la defensa de otros mecanismos para resolver litigios al margen de los tribunales se inicia como movimiento pujante en los años setenta del siglo xx en los EEUU, con la *Pound Conference* subordinada al tema «*Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*». Actualmente tiene ramificaciones en todo el mundo y España, evidentemente, no es ajena a esta realidad.

El arbitraje y la mediación son utilizados de manera progresiva en el ordenamiento jurídico español desde hace algunos años, despertando el interés de los expertos del Derecho, pero también del propio legislador. En 2011 la Ley de Arbitraje<sup>4</sup> fue reformada y recientemente ha sido publicada la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>5</sup>.

La progresiva importancia que estas materias van adquiriendo se encuentra en múltiples ocasiones justificada por la denominada «crisis de la justicia», que se aplica a los problemas de eficacia y celeridad que actualmente presentan los tribunales. Como señala PEDRAZ PENALVA, «en los últimos quince años se ha recrudecido y extendido a los más diversos ámbitos una generalizada censura a la justicia, denunciadora de su incapacidad para tutelar eficazmente los derechos e intereses legítimos»<sup>6</sup>.

---

mentaridade», *Revista de Processo*, año 33, núm. 158, Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), abril de 2008, p. 94.

<sup>3</sup> Cfr. J. F. MEJÍAS GÓMEZ, «Sistemas alternativos...», cit., p. 306.

<sup>4</sup> Por Ley 11/2011, de 20 de mayo, que vino a reglamentar el arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

<sup>5</sup> Publicada en el *BOE* núm. 162, de 7 de julio de 2012.

<sup>6</sup> Cfr. E. PEDRAZ PENALVA, «El proceso y sus alternativas», *Arbitraje, mediación, conciliación*, Ernesto Pedraz Penalva (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 27, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 20.

Los datos estadísticos revelan que después de 1989 la litigiosidad civil en España se multiplicó por cuatro y no bajó de los 500.000 procesos de media <sup>7</sup>. Este aumento exponencial de los procesos ante los tribunales de justicia no recibe una respuesta correlativa a través del aumento de la plantilla de jueces y magistrados, ni del incremento de la planta de juzgados y tribunales, lo que desemboca en un crecimiento de procesos pendientes de resolución con los inherentes retrasos en obtener una sentencia firme y, en consecuencia, en una tasa de morosidad judicial elevada <sup>8</sup>.

Los problemas a que se enfrenta la justicia tienen origen muy diverso, pues no se reducen únicamente a cuestiones de eficacia y retraso. La veracidad de esta afirmación puede acreditarse por el contenido del *Libro Blanco de la Justicia* (elaborado por el Consejo General del Poder Judicial) que sistematiza los crónicos problemas de organización y de funcionamiento de la administración de justicia española.

Como factores endógenos, directamente relacionados con el diseño del sistema y estructuras judiciales, podemos indicar la ya referida insuficiencia de juzgados y tribunales para dar una respuesta adecuada y eficaz a la demanda ciudadana de tutela judicial, lo que acaba por desembocar en dilaciones procesales criticadas por las partes y en una disminución de la utilidad de las decisiones emitidas <sup>9</sup>. A este respecto, TARUFFO se refiere a la crisis de funcionalidad de la ley procesal y a la crisis de eficacia de la tutela jurisdiccional que derivan esencialmente «de los retrasos cada vez más largos de la justicia, frente a la creciente necesidad de soluciones rápidas y eficaces de las controversias» <sup>10</sup>.

También constituye un problema presente, la actual complejidad del sistema procesal. El proceso siempre fue considerado en sí mismo como una garantía de los ciudadanos para la defensa de sus derechos. Pero un proceso complejo, con innumerables vericuetos, inaccesible a los ciudadanos y muchas veces de difícil comprensión por parte de los propios profesionales de

---

<sup>7</sup> Estos datos tienen como fuente el Instituto Nacional de Estadística Español y el CGPJ. Para un análisis de los sistemas judiciales europeos, *vid.* CEPEJ, *European Judicial Systems. Efficiency and quality of justice. Edition 2012 (data 2010)*, Council of Europe Publishing, 2012, disponible en la web [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport_en.pdf), accedida el 2 de diciembre de 2012.

<sup>8</sup> En este sentido FIGUERUELO BURRIEZA refiere que: «La lentitud de la justicia es su asignatura pendiente, su mal endémico, junto a la acumulación de procesos ante el fracaso de los sistemas arbitrales. También se debe a la insuficiente dotación de jueces y de medios materiales modernos para agilizar la tramitación». Cfr. Á. FIGUERUELO BURRIEZA, «Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva», *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, M.<sup>a</sup> Silvia Velarde Aramayo (coord.), 1.<sup>a</sup> ed., Ratio Legis, Salamanca, 2006, p. 309.

<sup>9</sup> No queremos defender que la rapidez deba ser un objetivo absoluto, sino que los procesos deberán ser decididos en un plazo razonable para que la decisión tenga su eficacia. En este sentido, estamos de acuerdo con PEDRAZ PENALVA cuando afirma que «no es tan cierto como se pretende el aforismo de que una justicia tardía supone una denegación de justicia, por cuanto una justicia acelerada puede suponer asimismo la máxima injusticia». Cfr. E. PEDRAZ PENALVA, «El proceso y sus alternativas», *cit.*, pp. 24-25.

<sup>10</sup> *Vid.* M. TARUFFO, «Racionalidad y crisis de la ley procesal», *Doxa*, núm. 22, 1999, p. 314, disponible en la web [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22\\_14.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_14.pdf), accedida el 30 de marzo de 2010.

la justicia, acaba por transformarse en la denegación de esa garantía. El legislador español acertó cuando redujo, en la Reforma Procesal Civil de 2000, la multiplicidad de procesos declarativos. La organización del nuevo marco de Derecho procesal civil en sólo dos procesos declarativos, uno ordinario y otro verbal y algunos especiales muy cualificados y concretos, ha contribuido a la simplificación que consideramos necesaria en beneficio de la debida eficacia procesal.

Entendemos que, además, debería producirse una reasignación de las tareas del juez y del secretario judicial para que estos últimos puedan tener mayores competencias sin que obviamente vacíen de contenido la función jurisdiccional<sup>11</sup>. Éste fue, además, uno de los objetivos perseguidos por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial que, en su Preámbulo, refiere que «se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional y, por otra parte, se establecerán sistemas de organización del trabajo de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, de forma que su actividad profesional se desempeñe con la máxima eficacia y responsabilidad».

Igualmente compleja y confusa es la legislación procesal. Como pone de manifiesto TARUFFO, «ésta emana del impulso de exigencias eventuales, o del intento de encontrar remedios rápidos a cada uno de los problemas de disfuncionalidad del sistema. Además, normalmente se introducen reformas parciales inciertas, inestables, porque están sujetas a rápidos cambios de pensamiento del legislador, confeccionadas al margen de todo diseño orgánico y sistemático de reforma del proceso»<sup>12</sup>. Entendemos, por tanto, igualmente necesario simplificar y hacer más accesibles las normas procesales.

Como elementos exógenos, la denominada «crisis de la justicia» fue fomentada por las alteraciones sociales y económicas que el mundo ha experimentado en este nuevo siglo. Los desarrollos del comercio internacional y la globalización han provocado un creciente aumento del número de litigios que han desbordado a los tribunales. Por otro lado, los propios litigios han cambiado su objeto. Predominaban los conflictos en materia de propiedad, si bien se ha pasado a un incremento de conflictos relativos al incumplimiento contractual o a la reclamación y/o cobro de deudas. La complejidad de las cuestiones planteadas ante el juez también ha aumentado, lo que exige una adecuada y actualizada preparación técnica, además del detallado conocimiento de las más recientes modificaciones de las normas jurídicas.

---

<sup>11</sup> En el mismo sentido, DORADO PICÓN, presidente en 2001 del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, defiende que deben existir oficinas «donde se dé soporte a funciones procesales y no intervenga ni un juez ni un magistrado». Cfr. A. DORADO PICÓN, «Funciones asumibles por los secretarios judiciales que coadyuven a la modernización de la Justicia», *XXIII Jornadas de Estudio. La modernización de la justicia en España*, organizadas por la Abogacía General del Estado, compiladas y publicadas por el Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, pp. 248 y 250. Sobre esta temática, vid. también el *Libro Blanco de la Justicia*, del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 128 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. M. TARUFFO, «Racionalidad y crisis de la ley procesal», cit., p. 314.

Ante este escenario problemático hay que reflexionar y buscar soluciones a todo lo que acabamos de plantear. Uno de los caminos utilizados para conseguir estos objetivos ha sido el recurso a los medios extrajudiciales de resolución de conflictos. En la actualidad, la citada «crisis de la justicia» sigue siendo el motor que se encuentra detrás del desarrollo que los citados medios están sufriendo en los últimos años. Sin embargo, creemos que el poder político no debe considerarlos como la única vía para reducir la saturación de los órganos jurisdiccionales. Esta disminución será una consecuencia inevitable de la utilización de los citados medios, pero, sin duda, no deberá constituir el objetivo primordial, ni el criterio dominante de las políticas de los Gobiernos en relación a los medios extrajudiciales<sup>13</sup>.

De hecho, no propugnamos que los medios extrajudiciales de resolución de conflictos sean fomentados como bálsamos para los problemas de la justicia, sino como medios con especificidades propias que las partes escogen por considerarlos como la mejor forma de resolver sus disputas. Así, la implementación de estos medios tendrá que sustentarse en las ventajas de su aplicación, además de tener en cuenta la creciente reivindicación de los ciudadanos en resolver por sí mismos sus propias disputas<sup>14</sup>. Uno de los elementos esenciales de los medios extrajudiciales es, en efecto, la participación de las partes. Si, por ejemplo, en el arbitraje esta intervención se verifica en la elección de los árbitros, en la mediación las partes no sólo pueden elegir el mediador, sino que la solución tiene que ser acordada por ambas.

Esta creciente contribución de las partes en la resolución de sus conflictos refleja una nueva perspectiva del propio concepto de «hacer justicia». Algunos autores hablan, en este sentido, de derechos procesales de tercera generación, defendiendo que, si en términos materiales han surgido nuevos derechos humanos como el medio ambiente, la genética, los *media*, también en términos procesales el derecho a la información, a la participación en la decisión del conflicto y el acceso a la justicia, constituirían derechos procesales de tercera generación<sup>15</sup>.

Independientemente de la perspectiva doctrinal adoptada, lo que consideramos evidente es que los medios extrajudiciales de resolución de conflic-

---

<sup>13</sup> A este respecto TARUFFO construye una interesante tesis basada en el pensamiento de que «*se la giustizia pubblica non è accessibile e non è efficiente, ciò non solo comporta una gravissima violazione delle garanzie costituzionale, ma trasforma le alternative in remedi necessari ed inevitabili, non più oggetto di una scelta libera e discrezionale delle parti*». Así, para este autor, si los tribunales no son medios eficaces de resolución de conflictos, entonces tendrá que haber una alternativa que por ser mejor pasará a constituir la vía principal, transformándose el sistema judicial en la alternativa a las alternativas. Cfr. M. TARUFFO, «Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti», *Revista de Processo*, año 32, núm. 152, Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), octubre de 2007, p. 331.

<sup>14</sup> En este sentido, V. VIGORITI señala que: «*Delays and costs are important factors, however, significantly, the search for and growing popularity of ADR is also spurred by the common desire to have greater involvement in the actual process of resolution - access to justice in terms of the shared conduct of a dispute, both at a substantial as well as at a procedure level*». Cfr. V. VIGORITI, «Access to Justice, ADR, Perspectives», *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 9, Barcelona, 2008, p. 119.

<sup>15</sup> Cfr. V. P. DA SILVA, «The Aarhus Convention: a "bridge" to a better environment», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, núms. 18-19, Almedina, Coimbra, diciembre 2002/junio 2003, p. 134.

tos son formas de desarrollar y defender el acceso al Derecho y a la Justicia que, para CAPPELLETTI y GARTH, no significa solamente configurar el sistema jurídico como accesible a todos los ciudadanos, sino también garantizar la efectividad de los derechos<sup>16</sup>. De este modo, y teniendo en cuenta esta definición, el derecho de acceso a la justicia no se agota ni se concentra en exclusiva en los tribunales, abarcando todas las vías legítimas accesibles para los ciudadanos con la finalidad de hacer valer sus derechos<sup>17</sup>.

Pues bien, iniciaremos nuestro trabajo precisamente con el estudio de las vías de resolución de conflictos jurídicos, concretamente el sistema judicial y los medios extrajudiciales, estando comúnmente incluidos en este último ámbito el arbitraje, la mediación, la conciliación o la negociación, entre otras formas híbridas de solución, tal y como veremos. En este capítulo introductorio trazaremos también el escenario del movimiento *Alternative Dispute Resolution* en los EEUU, analizando las políticas europeas en el campo de los medios extrajudiciales de conflictos.

En el mundo judicializado y sujeto a la ley en el que aún vivimos, consideramos importante percibir la admisibilidad de utilización de medios extrajudiciales en el texto de la Constitución Española y, en términos europeos, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, intentando dibujar la relación entre el sistema judicial y los medios extrajudiciales. ¿Existirá una complementariedad entre los dos sistemas o serán alternativos o sustitutivos? ¿Y cuál es o debe ser el campo de aplicación de cada medio? ¿Todos los medios podrán resolver todos los conflictos o tendrán un ámbito privilegiado? Estas son algunas de las preguntas que intentaremos responder en la parte final del capítulo I.

Iniciado el estudio de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos, focalizaremos nuestra atención en la mediación, puesto que es el medio que va alcanzando una importancia más creciente en el panorama europeo, como demuestra, por ejemplo, la publicación por la Unión Europea de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, referente a ciertos aspectos de la mediación en materia civil y mercantil<sup>18</sup> y su transposición al ordenamiento jurídico español por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación civil y mercantil.

En el capítulo II presentaremos la teoría general de la mediación, definiendo este mecanismo y caracterizándolo. Lo que pretendemos es trazar el tronco jurídico de la misma. Empezaremos por profundizar en las raíces históricas de este mecanismo para percibir su evolución hasta nuestros días.

<sup>16</sup> Cfr. M. CAPPELLETTI y B. GARTH, *Access to Justice, a World Survey*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1978, p. 6.

<sup>17</sup> En este sentido J. PEDROSO afirma que: «*O cerne do acesso à justiça não é, em consequência, possibilitar que todos vão a tribunal, mas sim que se realize a justiça no contexto em que se inserem as partes, salvaguardada a imparcialidade de decisão e a igualdade efetiva das partes perante esse meio de administração da justiça*». Cfr. J. PEDROSO *et al.*, «E a justiça aqui tão perto? As transformações no acesso ao direito e à justiça», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, núm. 65, Centro de Estudos Sociais, 2003, p. 80.

<sup>18</sup> Publicada en el *DOUE* de 24 de mayo de 2008 (referencia L 136).

Por otro lado, constituyendo la mediación un mecanismo de solución de conflictos jurídicos, se vuelve imprescindible analizar la regulación legal de este medio. Examinaremos las tendencias y modelos de ordenación adoptados en el mundo, respondiendo al Dilema de la Diversidad-Uniformidad, para intentar proponer cómo regular la mediación.

Analizaremos después los elementos definitorios de la mediación, con la intención de caracterizar este mecanismo y distinguirlo de otros medios de resolución de conflictos. En ese momento abordaremos cuestiones jurídicas de especial relevancia para definir la mediación como método integrado en el sistema de resolución de conflictos de un ordenamiento jurídico. El criterio de aplicación de la mediación (mediabilidad) o la eficacia del resultado de una mediación y su ejecutividad son algunas materias que también estudiaremos, estableciendo, siempre que sea posible, una comparación con los ordenamientos jurídicos extranjeros.

El enfoque jurídico que nos ocupará el capítulo II no estaría completo sin el análisis de la naturaleza jurídica de la mediación. Su índole contractual, privada y autocompositiva, son los componentes que abordaremos, concediendo especial atención al contrato de mediación y a la admisibilidad de cláusulas en este sentido. Estudiados los elementos definitorios de la mediación y su naturaleza jurídica tendremos las premisas necesarias para referir sus clases y para distinguirla de otros mecanismos, con la finalidad de evitar posibles dudas o errores en lo referente a la mediación.

Terminaremos el capítulo II con los principios de la mediación, los cuales constituyen sus líneas maestras y conceden a este mecanismo la legitimación necesaria para resultar avalada como medio de resolución de conflictos. Los documentos y normativa europea, concretamente la Directiva 2008/52/CE, manifiestan siempre la preocupación por la definición de los principios que caracterizan la mediación, como la voluntariedad o la confidencialidad, pero analizaremos también el principio de igualdad de las partes porque, como veremos, lo consideramos una condición *sine qua non* para la propia validez del resultado de la mediación.

Definido el tronco jurídico de la mediación, dedicaremos los capítulos III y IV a uno de los elementos principales de la misma, el mediador, el personaje imprescindible y al mismo tiempo invisible de la mediación, que constituirá la savia de este árbol, alimentando su aplicación y su posible éxito.

En el capítulo III daremos un enfoque práctico de la actividad del mediador con el estudio del conflicto, de las fases de mediación y modelos y técnicas que este profesional podrá emplear para ayudar a las partes en la resolución de su conflicto. Teniendo en cuenta la flexibilidad que caracteriza la mediación, se presenta una propuesta de camino a recorrer por el mediador que, en esa medida, permite desvíos y cambios de rumbo fomentados por las particularidades del conflicto o de los mediados. Nuestro interés es observar cómo se concreta en la práctica la resolución de un conflicto a través de la mediación, la cual podrá tener diferentes enfoques dependiendo también del modelo adoptado por el mediador.

En el capítulo IV abordaremos el estatuto jurídico-profesional del mediador que pretende afirmar y definir su posición en el abanico de las profesiones jurídicas. De este modo, será esencial analizar su organización profesional y la creación de una entidad que establezca los parámetros orientadores de la actividad de los mediadores en términos de principios y valores éticos. Por otro lado, la definición de la figura del mediador hace necesario que se especifiquen los requisitos de acceso a la actividad mediadora, impidiendo así que profesionales sin práctica o entrenamiento puedan ejercer la mediación sin la competencia debida, lo que podría originar situaciones de malas prácticas que llevarían a la no dignificación de la profesión.

Como analizaremos, la integridad del mediador exigirá también la emisión de códigos deontológicos que describan detalladamente los principios éticos a obedecer, la concreción de dichos principios en normas de conducta que regulen su actividad y el régimen sancionador de las violaciones al código. Por último, terminaremos el capítulo IV abordando la responsabilidad de los mediadores en su actividad, la cual podrá resultar de la violación del contrato de mediación (responsabilidad contractual), de malas prácticas donde resulten daños a los mediados (responsabilidad extracontractual), de violación de reglas deontológicas (responsabilidad disciplinaria) o de conductas tipificadas como delitos o faltas (responsabilidad criminal).

Pues bien, definidos los objetivos y configurado nuestro árbol, hagamos germinar nuestro estudio con el viaje en torno al análisis de la mediación como nuevo camino para la resolución de conflictos.

# CAPÍTULO I

## LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DEL ACTUAL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

*«Discourage litigation. Persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often the loser in fees, expenses and cost of time».*

Abraham LINCOLN

### 1. SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

#### 1.1. DE LA AUTOTUTELA A LA AUTOCOMPOSICIÓN

El conflicto es inherente a la coexistencia social y por eso es importante que el ciudadano pueda percibir cuáles son los mecanismos disponibles para resolver sus disputas. Así, el objetivo de este primer capítulo es esbozar el panorama actual de los medios de resolución de conflictos, determinando qué lugar ocupa la mediación entre todos ellos.

Recurriendo al pensamiento de CARNELUTTI, todos los seres humanos tienen intereses que éste define como las posiciones favorables a la satisfacción de una necesidad<sup>1</sup>. Para MONTERO AROCA, interés es la relación ideal existente entre una persona (o grupo), acuciada por una necesidad, y el bien apto para satisfacer esa necesidad<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr: F. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil. Tomo I: Introducción y función del proceso civil*, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo (trad.), Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 11.

<sup>2</sup> Cfr: J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 88.

Pues bien, los medios que satisfacen las necesidades humanas son bienes que, por su naturaleza, son limitados y sin proporción en relación a todas aquellas necesidades. Así, nace el conflicto de intereses cuando la relación existente entre una persona y un bien es incompatible con otra relación del mismo tipo. A modo de ejemplo, si dos personas tienen necesidad de alimentarse y no hay alimento más que para uno solo, nos encontramos ante un conflicto de intereses entre ambas<sup>3</sup>.

Como pone de manifiesto MONTERO AROCA, el verdadero conflicto es intersubjetivo, es decir, supone la presencia de dos (o más) sujetos que pretenden el mismo bien, verificándose, por eso, una incompatibilidad de intereses<sup>4</sup>. Los conflictos pueden ser individuales o colectivos y tener los más variados enfoques. Lo que interesa analizar en nuestro estudio son los conflictos jurídicos que, por tanto, requieren y demandan una respuesta del sistema jurídico en que nacen.

Ahora bien, es evidente que ante un conflicto jurídico entre dos o más personas es obligado tratar de resolverlo para que la paz social se mantenga y la vida en sociedad sea posible. Son así necesarios, por tanto, los medios de resolución de conflictos.

En los tiempos primitivos el medio de resolución a que las partes naturalmente recurrían se traducía en la autotutela o autodefensa<sup>5</sup>. Refiere ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO que «lo que distingue a la autodefensa no es ni la *preexistencia de un ataque*, que falta en varias de sus formas, ni la *inexistencia de un determinado procedimiento*, que en ocasiones interviene y hasta podría ser igual al procesal, sino la concurrencia de estas dos notas: *a) la ausencia de juez distinto de las partes*, y *b) la imposición de la decisión por una de las partes a la otra*»<sup>6</sup>. Tenemos así que el mecanismo de autotutela o autodefensa se traduce en la resolución del conflicto por acción del propio titular del interés. La Ley de Talión, con su regla «ojo por ojo, diente por diente», es el ejemplo clásico de este método.

La autodefensa fue prohibida ya desde el Derecho romano y hoy solamente resulta permitida en situaciones excepcionales y debidamente justificadas<sup>7</sup>. En concreto podemos referirnos a la defensa posesoria inmediata

<sup>3</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil...*, cit., p. 16.

<sup>4</sup> Cfr. J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal...*, cit., p. 89.

<sup>5</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO prefiere el término «autodefensa» (cfr. N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2.<sup>a</sup> ed., UNAM, México, 1970, pp. 35 y ss.), todavía otros autores como V. MIRÓN o ARAGONESES ALONSO se refieren a la «autotutela» (cfr. V. MIRÓN, *Introducción al Derecho procesal*, 8.<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2004, pp. 14-15, y P. ARAGONESES ALONSO, *Proceso y Derecho procesal*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 27 y ss.). Hay aún autores que hablan de autoayuda, como RADBRUCH (cfr. G. RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del Derecho*, 1.<sup>a</sup> ed., Fondo de Cultura, México, 1951, p. 93).

<sup>6</sup> Cfr. N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 53.

<sup>7</sup> Como señala CALAMANDREI, «la prohibición de la autodefensa, establecida en forma general por el derecho romano [cfr. *Digesto*, IX, 2, 45, § 4, y *Digesto* XLVIII, 7,7], desaparece en el período medieval y también en la edad moderna, en que las bárbaras concepciones de origen germano pusieron en boga por varios siglos, como forma de resolución de los conflictos, el duelo y la venganza: sólo en las legislaciones contemporáneas, a través del influjo del Derecho canónico, la prohibición

en el ámbito civil<sup>8</sup> y a la legítima defensa en el ámbito penal<sup>9</sup>. De hecho, y como refiere CARNELUTTI, «el empleo de la violencia para solucionar conflictos hace difícil, si no imposible, la permanencia de los hombres en sociedad»<sup>10</sup>.

Superada la autotutela, y siendo necesario solucionar los conflictos, con la finalidad de mantener la paz en la sociedad, surgen los sistemas de composición que comprenden los medios que buscan concertar pretensiones de intereses referidas a los mismos, garantizando la armonía social a través de la atribución o reparto de éstos<sup>11</sup>. Ahora bien, teniendo en cuenta el sujeto que ejerce la actividad de composición de conflictos, podemos distinguir la autocomposición y la heterocomposición.

En los medios autocompositivos, los sujetos activos de la composición son los propios individuos que se encuentran en conflicto. Es decir, quien va a resolverlo son las propias partes<sup>12</sup>. GUASP, al contrario, consideraba como criterio de distinción entre auto y heterocomposición la intervención de un tercero en la resolución de la disputa. De este modo, y para este autor, la autocomposición implicaba la solución del conflicto por las propias partes sin acudir a nadie más. La heterocomposición se caracteriza por que el conflicto se resuelve por obra de un tercero, incluyendo, por eso, la mediación en esta última categoría<sup>13</sup>.

Consideramos, sin embargo, que el criterio relevante debe ser el sujeto que decide la composición del conflicto. Así, si el conflicto es zanjado por las

---

vuelve, en forma general y absoluta». Cfr. P. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho procesal civil según el nuevo Código*, Santiago Sentís Melendo (trad.), Depalma, Buenos Aires, 1943, p. 147.

<sup>8</sup> Vid. los arts. 441 y ss. del Código Civil español, que prescriben que toda la persona tiene el derecho de defender sus propiedades de posibles intentos de usurpación. En Portugal el Código Civil admite la acción directa (art. 336), la legítima defensa (art. 337) y el estado de necesidad (art. 339) como formas de autotutela, pero todas estas situaciones solamente son legítimas si son previamente verificados sus requisitos respectivos, constituyendo medios excepcionales de tutela de derechos.

<sup>9</sup> Vid. el art. 20, apartado 5, que exime de responsabilidad criminal al que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, cumplidos los requisitos legalmente establecidos. Del mismo modo, el Código Penal portugués excluye la ilicitud de un hecho practicado en legítima defensa, en el ejercicio de un derecho, en el ejercicio de un deber impuesto por la ley o por una orden legítima de una autoridad o con el consentimiento del titular del interés jurídico lesionado. Analizando previsiones de autodefensa en diversos ámbitos, vid. N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., pp. 35-47.

<sup>10</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil...*, cit., pp. 11-12.

<sup>11</sup> Adoptamos la expresión «sistemas de composición» de SOVERAL MARTINS (cfr. SOVERAL MARTINS, *Processo e Direito Processual. Noções Complementares*, vol. I, Centelha, Coimbra, 1985, p. 38). También encontramos esta idea en CARNELUTTI, que definía el proceso como «una operación mediante la que se obtiene la composición del litigio» (cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil...*, cit., p. 49).

<sup>12</sup> CARNELUTTI, y también ALCALÁ-ZAMORA, distinguieron la autocomposición unilateral que deriva de un acto simple, siendo suficiente la voluntad de una de las partes y donde se incluye la renuncia y el reconocimiento y, por otro lado, la autocomposición bilateral consistente en un acto complejo, siendo, por eso, necesario el consentimiento de las dos partes para determinar la composición del conflicto, donde se encuadra la transacción. Cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil...*, cit., p. 197, y N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., pp. 83-92.

<sup>13</sup> Vid. J. GUASP, *El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956, pp. 17 y ss.

partes que acuerdan su composición, estamos ante la figura de la autocomposición. Si, al contrario, la decisión es función de un tercero, lo que existe es heterocomposición. Consecuentemente, en los medios heterocompositivos, los sujetos activos de la composición ya no se identifican, ni representan a los sujetos activos de las pretensiones. La solución del conflicto es llevada a cabo por alguien externo al mismo, dotado por tanto de lo que podríamos denominar poder compositivo heterónimo.

Esbozada la distinción anterior podemos afirmar como primera conclusión de nuestro trabajo que, actualmente, la resolución de las disputas entre los ciudadanos reposa sobre los sistemas de composición de conflictos. El siguiente paso es percibir qué instrumentos concretan la referida composición, es decir, a través de qué medios concretos puede el ciudadano, en la práctica, resolver sus conflictos.

## 1.2. PANORAMA ACTUAL DE LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Ante la necesidad de resolución de una disputa y estando prohibida la autotutela, el Estado tuvo que establecer como contrapartida unos órganos destinados a la realización de la justicia, que asumiesen la función jurisdiccional, entendida como la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por Tribunales independientes y predeterminados por la ley, de aplicar el derecho del caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado, para satisfacer pretensiones y resistencias<sup>14</sup>. El instrumento de ejercicio de la actividad jurisdiccional es el proceso que se origina por el ejercicio del derecho de acción reconocido a los ciudadanos.

Así, podemos afirmar que el proceso es el medio de resolución de conflictos en el que un órgano jurisdiccional dirime la controversia entre dos o más partes, constituyendo además el instrumento de realización del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24 de la Constitución Española de 1978.

Sin embargo, el proceso no representa el único medio de solucionar conflictos jurídicos. Paralelamente, coexisten otros mecanismos aptos para la composición del litigio que existe entre dos partes sin implicar ejercicio de jurisdicción y que, precisamente por eso, denominaremos «extrajudiciales»<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. J. MONTERO AROCA, *Estudios de Derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1981, p. 19.

<sup>15</sup> CARNELUTTI recurriría a la expresión «equivalentes jurisdiccionales» para designar otros medios para alcanzar la misma finalidad del proceso jurisdiccional, abarcando en esta categoría figuras como la transacción, la conciliación, el compromiso, pero también la sentencia extranjera, el reconocimiento y la renuncia. Para este autor se integran en esta categoría formas de terminar el proceso sin ejercicio de la jurisdicción. Por este motivo no hemos adoptado su terminología, puesto que la aplicación de medios como la mediación, la conciliación o el arbitraje puede existir antes o independientemente del proceso, teniendo como objetivo principal terminar el conflicto y no finalizar cualquier proceso. Por tanto, el *terminus* del proceso será así una consecuencia posible de la aplicación de un medio extrajudicial de conflictos y no la finalidad de aquellos medios. Cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil...*, cit., pp. 183-212.