

# m


## Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña

 Libre Blanc  
de la mediació a Catalunya



Generalitat de Catalunya  
Departament de Justícia  
**Centre d'Estudis Jurídics  
i Formació Especialitzada**

# **Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña**

 Libre Blanc  
de la mediació a Catalunya

**Pompeu Casanovas, Leonardo Díaz, Jaume Magre,  
Marta Poblet (Eds.)**

 Generalitat de Catalunya  
Departament de Justícia  
**Centre d'Estudis Jurídics  
i Formació Especialitzada**

## Contenidos

---

9

<b>Introducción</b> .....	17
<i>Pascual Ortuño</i>	
<b>Nota de los Editores</b> .....	19
<i>Pompeu Casanovas, Leonardo Díaz, Jaume Magre, Marta Poblet</i>	
PRIMERA PARTE	
Equipos de Trabajo (ET 1-14)	
<b>Capítulo 1. ET1:</b> <i>Pompeu Casanovas, Marta Poblet</i>	
<b>Esquema general de los conceptos y ámbitos de la justicia relacional</b> .....	21
1.1. Introducción .....	21
1.2. Conceptualización inicial .....	23
1.3. Microfundamentos .....	25
1.4. Estructura y organización del Proyecto de Libro Blanco .....	29
1.5. Bibliografía .....	32
<b>Capítulo 2. ET2:</b> <i>Aura Esther Vilalta</i>	
<b>Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación</b> .....	35
2.1. Introducción .....	35
2.2. Delimitación conceptual .....	36
2.3. Principios de la mediación .....	42
2.4. Efectos de la mediación .....	45
2.5. Bibliografía .....	46
<b>Capítulo 3. ET3:</b> <i>Pablo Salvador Coderch, María Mercedes Tarrazón Rodón, Juan Antonio Ruiz García, María Àngels Gili Saldaña</i>	
<b>Mediación empresarial</b> .....	47
3.1. Introducción .....	47
3.2. Concepto de mediación .....	48

## CAPÍTULO 2

### Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación

35

Aura Esther Vilalta (UOC) • avilalta@uoc.edu

**Abstract.** El presente capítulo se propone como objetivo efectuar una sucinta presentación de la situación normativa general que, sobre la mediación, se manifiesta en la actualidad en todos los órdenes, nacional e internacional, y a partir de la misma iniciar una reflexión en torno a los elementos que han estado considerados estructurales del fenómeno mediador y a los principios conformadores de la disciplina.

**Palabras clave:** derecho comparado, cultura jurídica, mediación, conciliación, justicia restaurativa, procedimiento, principios, autonomía de la voluntad privada, libertad contractual.

#### 2.1. Introducción

El estudio ha permitido identificar algunos elementos que parecen disfrutar de un reconocimiento generalizado en todos los ámbitos.<sup>1</sup> Con respecto a la delimitación conceptual, la mediación está definida o descrita mayormente como un procedimiento, proceso o mecanismo de carácter extraprocesal, voluntario, autocompositivo, desarrollado con la ayuda de un tercero, a través del cual las partes conservan todo el poder de disposición sobre la materia y el proceso. Exige, como premisa, la existencia de un conflicto, una controversia, un litigio. A través de la mediación las partes intentan llegar a un acuerdo que resuelva y ofrezca solución a las dificultades que resultan del conflicto. En el ámbito de la justicia penal restaurativa, además, la dimensión de los objetivos y el alcance de los acuerdos es mayor, porque el proceso persigue habitualmente no sólo la pacificación del conflicto y la satisfacción de los intereses de las partes, sino, además, la reparación psíquica de la víctima, su restauración emocional, así como la reinserción del agresor, el fortalecimiento de los vínculos de éste con la comunidad y la reconciliación entre las partes. Se ha podido identificar, de la

1. Aina Carod Requesens, ayudante de investigación del ET2, ha colaborado también en la redacción del presente artículo.

milado la mediación a otras figuras preexistentes,<sup>3</sup> otras porque tradicionalmente han hecho uso del término mediación en un sentido totalmente distinto, produciéndose, en consecuencia, una cierta confusión terminológica y conceptual.<sup>4</sup>

### 2.2.2. Delimitación progresiva del concepto de mediación

Los instrumentos internacionales existentes van aportando, progresivamente, claridad al panorama normativo y terminológico mediante la descripción del fenómeno, circunstancia que coadyuva a la delimitación conceptual. Se han dado los primeros pasos en la delimitación del concepto de mediación por contraste con una figura muy próxima, la conciliación.<sup>5</sup> En su delimitación positiva se ha avanzado también

por su descripción, podrían ser consideradas manifestaciones particularizadas de mediación, en tanto el tercero o experto no emite propuestas. No obstante, no son denominadas bajo el término de mediación: es el caso, por ejemplo, del uso de métodos diplomáticos de solución de controversias en el contexto de acuerdos regionales, o la solución mediante la celebración de negociaciones en las que intervienen terceros, también la realización de investigaciones con la intervención de una comisión investigadora; o el examen voluntario entre homólogos.

3. Algunos países tienen normativa dirigida a la regulación de ciertos procesos de resolución de conflictos vinculados a los derechos de propiedad intelectual y programas informáticos que, a pesar de denominarse «mediación», responden a un modelo diferente, porque son procesos donde el tercero viene designado por una Autoridad o Comité dependiente de una Administración pública y tiene por función diseñar un plan o una propuesta que se somete después a las partes en conflicto.

4. En algunos países se aprecia un uso indiferenciado de los términos mediación y conciliación. Sucede que, en ocasiones, la preexistencia de procesos de conciliación ha llevado a incluir en el mismo la mediación, desnaturalizándola al entrar en contacto con algunas previsiones preexistentes propias de la conciliación. En algunos países latinoamericanos concretamente, la mediación se concibe como un procedimiento independiente, pero integrado en una iniciativa de conciliación; y la conciliación como una etapa previa obligatoria en asuntos civiles. Ambos factores desdibujan la propia configuración de la mediación. El resultado es que se aprecia en estas legislaciones, en general, un fenómeno de yuxtaposición y confusión. La nota que por lo común sirve para diferenciar ambas, eso es, que la mediación no permite al tercero manifestar su opinión y menos aportar una opción o plantear una posible solución al problema, queda desdibujada. Por otra parte, en el ámbito civil, la consolidación de uno de los dos términos como expresión o fórmula genérica de resolución a través de tercero imparcial es una realidad que provoca la progresiva desaparición o «fagotización» del otro término (v. gr., en Perú toda la normativa hace referencia a la conciliación; no obstante, la definición que aporta la Ley Peruana 26.872/1997, de 13 de noviembre, responde al concepto por lo común aceptado como mediación). En el ámbito del derecho laboral, por contra, se ha generalizado la voz «conciliación» para designar un proceso, en muchas ocasiones intraprocesal, en el que el mismo juez concilia las posiciones de las partes tratando que éstas pongan fin a la controversia. En estos procesos, si el resultado es positivo, el juez da por concluido el proceso mediante sentencia, homologando el acuerdo de las partes, que tendrá efecto de cosa juzgada.

5. Regulada en el ámbito comercial a través de la Resolución de las Naciones Unidas 35/52, adoptada por su Asamblea General en fecha 4 de diciembre de 1980 (UNCITRAL Conciliation Rules).

normativa internacional y de los diferentes Estados que han regulado el fenómeno de la mediación, los siguientes principios o reglas que giran entorno a la idea de confianza: el principio de libertad o autonomía de la voluntad privada, el principio de confidencialidad, el principio de imparcialidad, el principio de equidad del procedimiento o igualdad de armas, el principio de economía procesal y sus diferentes expresiones: eficiencia, eficacia, celeridad, economía, el principio de transparencia y el principio de legalidad.

Finalmente, los efectos previstos para el acuerdo de mediación son heterogéneos. Los Estados disciplinan la mediación garantizando que su uso no produzca una preclusión de la vía judicial y en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos el acuerdo al que llegan las partes tiene el valor de una transacción, si bien un número significativo de ordenamientos jurídicos prevé, además, que los acuerdos de mediación adquieran directamente efectos ejecutivos.

## 2.2. Delimitación conceptual

Procedemos de manera preliminar a delimitar formalmente la figura de la mediación a partir de los textos normativos existentes en la actualidad en el ámbito internacional y de los diferentes Estados, eso es, a conocer en qué términos ha sido definida la mediación en los textos legales.

### 2.2.1. Algunos problemas terminológicos

Conviene precisar que, en algunos textos normativos, se aprecia terminología dispar. Unas veces derivada de la especialidad del ámbito en el cual es aplicada,<sup>2</sup> otras veces, sencillamente, porque se ha asi-

2. En determinados ámbitos se consolida el uso de vocablos diversos para designar el fenómeno de la mediación. Se habla, para poner un ejemplo, en materia penal, de proceso «restitutivo» y «facilitador», porque en este ámbito concreto se ha producido un desarrollo notable del fenómeno y se van consolidando algunas prácticas mediadoras que manifiestan particularidades propias. De la misma manera, la voz «justicia restaurativa» (*restorative justice*) deviene término genérico para designar y englobar todas las prácticas mediadoras existentes en materia penal (la mediación, la conciliación, las conversaciones (*conferencing*) y las reuniones; y la voz «facilitador», término genérico para designar al mediador. El término «mediación» queda reservado a aquellos procesos restitutivos en los cuales intervienen exclusivamente víctima, agresor y mediador, mientras que las conversaciones o *conferencing* designarían procesos restitutivos en los que intervienen, además, otras personas, y se genera un diálogo más amplio que puede implicar a la familia, al entorno inmediato de la víctima y al agresor o a la propia comunidad.

En el ámbito de las relaciones comerciales internacionales emergen instrumentos muy diversos para resolver diferencias en las que también intervienen terceros y que,

milado la mediación a otras internacionalmente han hecho uso de un término distinto, produciendo una terminología y conceptual

### 2.2.2. Delimitación pro

Los instrumentos internacionales, claridad al punto de vista de la descripción del fenómeno de la mediación conceptual. Se han definido del concepto de mediación y de la conciliación.<sup>5</sup> En su deli-

por su descripción, podrían ser conciliación, en tanto el tercero o exparte, definidas bajo el término de mediación. Los diplomáticos de solución de controversias, solución mediante la celebración de un acuerdo, también la realización de investigación, mediadora; o el examen voluntario en

3. Algunos países tienen normas sobre resolución de conflictos vinculadas a sistemas informáticos que, a pesar de ser diferentes, porque son procesos de mediación, Comité dependiente de una Administración, plan o una propuesta que se somete a

4. En algunos países se aprecia una distinción entre mediación y conciliación. Sucede que, en ocasiones, se ha llevado a incluir en el mismo concepto con algunas provisiones preexistentes en Latinoamérica concretamente en un Comité dependiente, pero integrado en una etapa previa obligatoria en la configuración de la mediación. En general, un fenómeno de yuxtaposición para diferenciar ambas, eso es, en su opinión y menos aportar una claridad queda desdibujada. Por otra parte, los términos como expresión o función parcial es una realidad que provoca otro término (v. gr., en Perú todavía, obstante, la definición que aporta responde al concepto por lo común en el derecho laboral, por contra, se ha generado un proceso, en muchas ocasiones intervenciones de las partes tratando que los resultados, si el resultado es positivo, el juez homologando el acuerdo de las partes.

5. Regulada en el ámbito de las Naciones Unidas 35/52, adoptada por su Asamblea General (UNCITRAL Conciliation Rules).

mediante la descripción del fenómeno en los diversos espacios y ámbitos.<sup>6</sup> En el estricto espacio Europeo:

a) En el ámbito civil, y desde la promulgación de la Recomendación 12/1986, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia, Europa viene apostando por vías alternativas a la judicial. Después del Plan de Acción de Viena de 1998 y de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, el Consejo de Ministros Justicia e Interior invitó a la Comisión de las Comunidades Europeas a confeccionar un Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en materia de Derecho Civil y mercantil diferentes al arbitraje. Europa se ha ido dotando así de una normativa marco para uniformizar los aspectos más relevantes y eliminar los que pueden suponer un obstáculo a la generalización de la mediación como método de resolución. Destaca la siguiente: la Recomendación (98)1, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación familiar; la Recomendación (2002)10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de mediación en asuntos civiles;<sup>7</sup> la Recomendación 2001/310/CE, de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 4 de abril de 2001, relativa a los Principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (autocompositivos);<sup>8</sup> el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de fecha 19 de abril de 2002; el Código de Conducta Europeo para los mediadores; y, finalmente, la Directiva comunitaria 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

b) En el ámbito penal, hay que destacar algunas importantes iniciativas del Consejo de Europa dirigidas a impulsar que los países

6. V. gr., en materia penal, con la definición que aporta la Asamblea de las Naciones Unidas en Viena el año 2002: «todo proceso a través del cual la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, con la ayuda de un facilitador.»

7. Propone una definición de mediación en los términos siguientes: «a los efectos de esta Recomendación, «mediación» refiere a procesos de resolución de disputas donde las partes negocian sobre los asuntos controvertidos en orden a alcanzar un acuerdo con la asistencia de uno o más mediadores»; y añade más adelante que el mediador no tiene poder para imponer una solución a las partes. En uno de los considerandos clarifica que la función del mediador consiste en «asistir» a las partes en la negociación.

8. Distinta de la Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo, de la Comisión de las Comunidades Europeas relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, dirigida exclusivamente a los métodos heterocompositivos.

miembros desarroller  
máxima difusión y sig  
ción (83)7, de 23 de  
Consejo de Europa, a  
demnización a la vict  
posterior Recomend  
Comité de Ministros  
la víctima en el Derec  
paración e insta en los  
jas de la mediación y  
de 17 de septiembre de  
Europa, sobre la asiste  
zación, dónde se prev  
del Comité de Ministr  
la justicia penal, donde  
plificación del procedi  
tades del sistema de j  
Comité de ministros de  
1999, donde se fijaron  
nal. Este último instrum  
Estados miembros par  
ción penal que concili  
nes con la tradición jur  
su publicación, el Com  
marco (2001/220/AI),  
co de los procedimientos  
establece que los Estac  
ción penal en los proce  
ridad, hay que destaca  
Ministros del Consejo  
recientemente (7.12.20  
de la Justicia del Cons  
vel de la mediación pe  
bles de implantación y  
ha procedido a dictar u  
implementación de la s

c) En el ámbito ad  
administrativas y part  
Europa con el objetiv  
bles y la aproximación  
con reducción de los c  
dictado dos Recomend  
mayo, del Comité de l  
díos de facilitar el acc  
mar medidas para facil  
ción; y la Recomendac  
de Ministros del Conse

miembros desarrollen la mediación en materia penal, ofrezcan la máxima difusión y sigan determinados principios: La Recomendación (83)7, de 23 de junio de 1983, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a través de la cual Europa recomienda la indemnización a la víctima por parte del delincuente. Asimismo, la posterior Recomendación (85)11, de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el Derecho penal y el proceso penal, apuesta por la reparación e insta en los países miembros para que valoren las ventajas de la mediación y la conciliación; La Recomendación (87)21, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención y victimización, dónde se prevé la mediación; La Recomendación (95)12, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la gestión de la justicia penal, donde se subraya el papel de la mediación y la simplificación del procedimiento penal en la superación de las dificultades del sistema de justicia penal; la Recomendación (99)19, del Comité de ministros del Consejo de Europa, de 15 de septiembre de 1999, donde se fijaron los Principios aplicables a la mediación penal. Este último instrumento deja un gran margen de maniobra a los Estados miembros para que procuren una regulación de la mediación penal que concilie las directrices, principios y recomendaciones con la tradición jurídica de cada uno de los Estados. Después de su publicación, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Decisión marco (2001/220/AI), relativa al Estatuto de las víctimas en el marco de los procedimientos penales, de 15 de marzo, cuyo artículo 10 establece que los Estados miembros tienen que introducir la mediación penal en los procesos que consideren oportuno. Con posterioridad, hay que destacar la Recomendación (2006)8, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de asistencia a las víctimas; y más recientemente (7.12.2007) la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa (CEPEJ), constatando que a nivel de la mediación penal se han producido diferencias considerables de implantación y seguimiento de la Recomendación (99)19, ha procedido a dictar unas Directrices no vinculantes para la mejor implementación de la señalada Recomendación.

c) En el ámbito administrativo, los conflictos entre Autoridades administrativas y particulares han estado también abordados en Europa con el objetivo de evitar esperas indeseables a los justiciables y la aproximación de la administración al público en general con reducción de los costes. Con el objetivo de alcanzarlos, se han dictado dos Recomendaciones: La Recomendación (81)7, de 14 de mayo, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre medios de facilitar el acceso a la justicia, que apela en su anexo a tomar medidas para facilitar el recurso a la conciliación y a la mediación; y la Recomendación (2001)9, de 5 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre alternativas al litigio en-



tre autoridades administrativas y terceros, que invita a que se introduzca la mediación a nivel de los conflictos entre las autoridades administrativas y los particulares, siguiendo principios y buenas prácticas que relaciona.

d) Finalmente, en el ámbito laboral, Europa ha manifestado también su preferencia por los mecanismos voluntarios de resolución y, en concreto, por la mediación. En este sentido son significativas las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken, de 14-15 de diciembre de 2001.

Es en la normativa interna de los diferentes Estados donde la mediación adquiere su mayor despliegue<sup>9</sup>, tanto en el ámbito civil y mercantil, como en el ámbito penal, administrativo, laboral y, en general, en todos los espacios donde la relación entre las personas puede generar tensiones y conflictos<sup>10</sup>. Eso ha permitido identificar algunos elementos que parecen disfrutar de un reconocimiento generalizado sin distinción de ámbitos. Son los siguientes:

a) La mediación viene definida o descrita como: un «procedimiento»<sup>11</sup>, un «proceso», un «mecanismo». Encontramos otros términos y expresiones utilizados para definir o describir el fenómeno de la mediación, si bien no gozan de la misma implantación: Como una «actividad»; un «medio»; un «método»; una «forma de autocomposición asistida»; una «técnica»; una «institución»; un «sistema»; un «acuerdo o avenencia».

b) La activación de un mecanismo de mediación exige, como premisa, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la existencia de: un «conflicto»; una «controversia»; un «litigio»; una «disputa»; una «diferencia».

9. Disponen de previsiones normativas en materia de mediación en algún ámbito, los siguientes países: Bélgica, Alemania, Francia (paraprocesal), Italia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Países Bajos, Austria, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Finlandia, Suecia (paraprocesal), Reino Unido, Escocia, Bosnia, Croacia, Albania, Moldavia, Marruecos, EEUU, Canadá, México, Venezuela, República Dominicana (paraprocesal), Brasil, Perú, Chile (paraprocesal), Argentina, Ecuador, Panamá, Colombia, Paraguay, Uruguay (paraprocesal), Honduras, Guatemala, Costa Rica, Nicaragua, Bolivia, El Salvador, China, Japón, Singapur, Vietnam, Tailandia (paraprocesal), Filipinas, Indonesia, Sri Lanka, Mozambique, Malawi (paraprocesal), Egipto, Cabo Verde, Australia y Taiwán. No tiene todavía pero muestra interés en su regulación, Turquía. No consta normativa en: Emiratos Árabes, Malasia, Nepal, Pakistán, Camboya, Qatar, Angola, República Checa, Grecia, Rusia, Chipre, Letonia, Eslovenia, Irlanda y Estonia.

10. Así, a modo de ejemplo, algunos Estados disponen de previsiones normativas o programas de mediación en ámbitos tan diversos como la protección de menores, la delincuencia juvenil, la mediación educativa, el deporte, las disputas de propiedad, arrendamientos, conflictos vecinales o de barrio, de medio ambiente, agricultura, asistencia de comunidades locales, grupos étnicos o religiosos.

11. La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles añade que es un «procedimiento estructurado».

c) Las partes, mediando que resuelva y aporte solución al conflicto. Esta idea se deriva de la existente sobre mediación en el ámbito de la dimensión de los objetivos, además, la estructura habitualmente, no sólo la perspectiva de los intereses de las partes, sino la reparación psíquica de la víctima, la reinserción del agresor, la reconciliación con la comunidad, la reparación del daño y los prejuicios.

d) Otro rasgo característico son los ordenamientos que regulan la mediación se fundamenta en la voluntariedad por sí mismas. Aun así, no obstante, la obligatoriedad de iniciar el proceso de mediación ha sido introducida en algunos ordenamientos necesario y obligatorio.<sup>12</sup>

e) Se trata de un método que, a pesar de la intervención de un tercero, al que llegan las partes negociando, la mediación podrá ser reconocida.

12. En este sentido, la Recomendación del Consejo de Europa sobre los métodos de mediación entre autoridades administrativas y las partes en conflicto puede ser impuesto por la ley. En el ámbito de la mediación voluntario de su desarrollo, el artículo 17 finaliza el proceso de mediación. En el ámbito de la mediación que establece una mediación familiar, el artículo 17 mismo, la ley de Malta 14/2004, de 14 de febrero de 2004, que los Estados alemanes puedan iniciar un proceso judicial, el artículo 17 del Procedimiento Civil dispone la mediación en controversias de barrio y en el ámbito de la mediación de Baviera prevé la obligatoriedad de iniciar un proceso judicial después la parte o partes que ha sido objeto de la mediación, necesario para el juez puede imponer a las partes el tratamiento de asuntos dentro del ámbito de la mediación. En el ámbito de la mediación existe una conciliación obligatoria de arrendamientos y Ley de régimen de arrendamientos y Ley de régimen de arrendamientos 19.334/1994, de 5 de septiembre, es necesario para iniciar cualquier proceso civil. De acuerdo con el artículo 17 de mediación, dispone que la mediación es un método de mediación.

13. El mediador «facilita», «asiste» y «orienta» al proceso de mediación, cuestionado, también se hace uso de la mediación de los EEUU y Austria.

c) Las partes, mediante la mediación, intentan llegar a un acuerdo que resuelva y aporte solución a las dificultades que resultan del conflicto. Esta idea se desprende de la mayor parte de la normativa existente sobre mediación. A nivel de la justicia restaurativa penal, la dimensión de los objetivos y el alcance de los acuerdos condiciona, además, la estructura, porque el proceso restitutivo persigue habitualmente, no sólo la pacificación del conflicto y la satisfacción de los intereses de las partes, si no además, y muy particularmente, la reparación psíquica de la víctima (su restauración emocional), la reinserción del agresor, el fortalecimiento de los vínculos de éste con la comunidad, la reconciliación entre las partes, evitar la revictimación y los prejuicios derivados del proceso penal.

d) Otro rasgo característico es su carácter voluntario. Todos los ordenamientos que regulan la mediación reconocen que el método se fundamenta en la voluntad de las partes para llegar a un acuerdo por sí mismas. Aun así, nada impide que se instaure legalmente la obligatoriedad de iniciar un proceso de mediación previo a de interposición de un proceso judicial. En algunos países la mediación ha sido introducida en algunos ámbitos del derecho como un paso necesario y obligatorio.<sup>12</sup>

e) Se trata de un método autocompositivo y extraprocesal. Es decir, a pesar de la intervención de un tercero, el eventual acuerdo al que llegan las partes no lo aporta ni lo impone el tercero.<sup>13</sup> Y la mediación podrá ser reconocida y ser regulada intra o extraproce-

12. En este sentido, la Recomendación (2001)9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los métodos alternativos de resolución de litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas, declara que el intento de mediación puede ser impuesto por la ley. Ello no significa romper con el carácter esencialmente voluntario de su desarrollo, porque las partes pueden, en cualquier momento, finalizar el proceso de mediación. A modo de ejemplo, v. gr., la legislación noruega, que establece una mediación familiar en los procesos de separación y divorcio; Asimismo, la ley de Malta 14/2004, de 21 de diciembre; también en Alemania se prevé que los Estados alemanes puedan introducir con carácter obligatorio la mediación antes de iniciar un proceso judicial, en ciertos tipos de litigios civiles, y su Código de Procedimiento Civil dispone la mediación obligatoria en asuntos de naturaleza financiera, en controversias de barrio y en casos de difamación. Asimismo, la ley de mediación de Baviera prevé la obligatoriedad de acudir a las sesiones de mediación: si después la parte o partes que ha sido citadas no acuden se emite un certificado de fracaso de la mediación, necesario para iniciar un juicio ante los tribunales. En Francia, el juez puede imponer a las partes someterse previamente a la mediación cuando se trata de asuntos dentro del ámbito de familia (Ley 305/2002, de 4 de marzo). En Austria existe una conciliación obligatoria en materia de vivienda y arrendamientos (Ley de arrendamientos y Ley de régimen de vivienda de utilidad pública). La ley chilena 19.334/1994, de 5 de septiembre, establece la conciliación previa obligatoria antes de iniciar cualquier proceso civil. De la misma manera, la ley argentina 24.573/1995, de mediación, dispone que la mediación tiene carácter obligatorio previo a todo juicio.

13. El mediador «facilita», «asiste» a las partes, las anima. Aunque resulta más cuestionado, también se hace uso del término «conducir» (ejemplo, Leyes Uniformes de mediación de los EEUU y Australia).

salmente pero, en el primer caso, implicará siempre una reexpedición de la controversia a un sujeto diferente del propio Juez.

f) Al mediador se le exige, en general, que reúna las siguientes características: ser «competente», «independiente», «imparcial» y «neutral». En ocasiones, además, se pide que no esté procesado, incapacitado o condenado, que no sea autor de hechos contra el honor o las buenas costumbres, incluso algunos ordenamientos exigen que el mediador cuente con, al menos, una edad mínima y disponga de instalaciones adecuadas para desarrollar su función.

g) Las partes conservan en todo momento un poder de disposición amplio sobre la mediación, tanto por lo que respecta al fondo del asunto como a la forma, al mismo proceso. Sólo se excluye la mediación como método para la resolución de conflictos, en general, cuando se sobrepasan los límites naturales del orden público, las buenas costumbres y la moral. En algunos ordenamientos jurídicos la mediación se excluye también para determinadas materias o en situaciones concretas: mediaciones conducidas por los Jueces,<sup>14</sup> mediaciones estudiantiles llevadas a cabo por los mismos centros escolares, mediaciones de jóvenes por parte de los centros correccionales, violencia doméstica, delitos graves, delitos para los cuales no proceda el perdón del ofendido o con importante trascendencia social, asuntos relativos al estado civil de las personas, maltrato de niños o adolescentes y procedimientos de adopción.

### 2.3. Principios de la mediación

Es posible identificar en la normativa internacional y de los Estados que han regulado el fenómeno de la mediación los siguientes principios o reglas:

a) Principio de libertad o autonomía de la voluntad privada. La voluntad de las partes en el proceso es un principio cardinal de la mediación, como institución consensual que es. En este sentido, el proceso y los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes.

b) Principio de confidencialidad. La confidencialidad, como principio regulador de la mediación, es reconocida de manera sistemática en la normativa internacional y en la interna de la mayor parte de los Estados. El derecho/deber de confidencialidad, reconocido internacionalmente en la figura del conciliador<sup>15</sup> y me-

14. Especialmente expresiva es la Ley Uniforme de mediación de los EEUU, que justifica la exclusión por la preocupación de que la autonomía de las partes se vea afectada (efecto coercitivo indirecto).

15. V. gr., Ley modelo CNUDMI sobre conciliación comercial Internacional.

diador,<sup>16</sup> se extiende subjetivamente sobre todo el proceso, su contenido y condiciones<sup>18</sup>. La mayor parte de los principios de naturaleza imperativa son a través de los cuales se garantiza el incumplimiento de las reglas de confidencialidad no rigen expresamente lo que ocurre en la mediación sea pública o privada.

c) Principio de imparcialidad. Este principio suele venir asociado a la mediación.

No obstante lo dicho, el principio de imparcialidad, lo que respecta a la mediación, también puede ser un principio de facilitadores desempeñen un rol neutral.<sup>19</sup> En el espacio europeo también impera.<sup>20</sup> La mayor parte de los Estados hacen mención expresa al principio o garantía de la mediación.

d) Principio de equidad. Este principio por el cual debe

16. V. gr., Resolución de las Naciones Unidas sobre los Principios básicos para la aplicación de los principios de mediación (Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y comerciales (2001)9, del Comité de Ministros de los Estados miembros de la Unión Europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y comerciales (2002)19, del Comité de Ministros de los Estados miembros de la Unión Europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y comerciales (2002)19, del Comité de Ministros de los Estados miembros de la Unión Europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y comerciales (2002)19, del Comité de Ministros de los Estados miembros de la Unión Europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y comerciales (2002)19).

17. En ocasiones, el deber de confidencialidad puede ser compartido por los participantes que no son partes (v. gr., Directiva 2008/52/CE).

18. Lo que no quiere decir que la confidencialidad de los propios medios de mediación, se produzcan en una mediación que no sea confidencial.

19. Resolución de las Naciones Unidas sobre los Principios básicos para la aplicación de los principios de mediación (2002)19.

20. A nivel Europeo cabe señalar que el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea han adoptado la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y comerciales (2008)52/CE, que establece el principio de imparcialidad del mediador y la conclusión del proceso; de la misma manera, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, en su Resolución 2001/310/CE señala la imparcialidad del mediador. Sin embargo, en materia de mediación, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha adoptado la Directiva 2002/19/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y comerciales (2002)19, que establece el principio de imparcialidad de los mediadores. El Comité de Ministros del Consejo de Europa también ha adoptado la Directiva 2002/19/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y comerciales (2002)19, que establece el principio de imparcialidad de los mediadores.

diador,<sup>16</sup> se extiende subjetivamente sobre partes y participantes<sup>17</sup> y, objetivamente sobre toda información relativa o con respecto al proceso, su contenido y comunicaciones previas, coetáneas y posteriores<sup>18</sup>. La mayor parte de las legislaciones han incorporado preceptos de naturaleza imperativa y algunas establecen, además, normas a través de las cuales se disponen consecuencias penales ante el incumplimiento de las mencionadas obligaciones. El principio de confidencialidad no rige en aquellas mediaciones donde las partes expresamente lo acuerden así, y tampoco en aquéllas donde la mediación sea pública porque la ley así lo preceptúa.

c) Principio de imparcialidad. Imparcialidad e independencia suelen venir asociadas.

No obstante lo dicho, no resultan del todo intercambiables y por lo que respecta a la mediación se predica generalmente la imparcialidad. Así, a nivel internacional, en materia penal se pide que los facilitadores desempeñen sus funciones de manera imparcial y neutral.<sup>19</sup> En el espacio Europeo el principio de imparcialidad también impera.<sup>20</sup> La mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados hacen mención explícita de la imparcialidad como principio o garantía de la mediación.

d) Principio de equidad del procedimiento o igualdad de armas. Principio por el cual deben otorgarse a cada una de las partes las

16. V. gr., Resolución de las Naciones Unidas 2002/12, de 24 de julio, de Principios básicos para la aplicación de programas de justicia reparadora en materia penal; Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; Recomendación (2001)9, del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre los métodos alternativos de resolución de litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas; o Recomendación (2002)10, de 18 de septiembre de 2002, del Comité de Ministros del consejo de Europa sobre mediación civil.

17. En ocasiones, el deber de confidencialidad se extiende limitadamente a los participantes que no son partes (v. gr., UMA de EEUU).

18. Lo que no quiere decir que queden afectados por el privilegio o deber de confidencialidad los propios medios probatorios, sólo las comunicaciones que, sobre los mismos, se produzcan en una mediación.

19. Resolución de las Naciones Unidas 2002/12, de 24 de julio, de Principios básicos para la aplicación de programas de justicia reparadora en materia penal.

20. A nivel Europeo cabe señalar que la Directiva comunitaria 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles no cita el principio de independencia sino el de imparcialidad del mediador, junto con la voluntariedad de inicio, desarrollo y conclusión del proceso; de la misma manera, la Recomendación de la Comisión 2001/310/CE señala la imparcialidad como un principio que debe regir el procedimiento. Sin embargo, en materia administrativa la Recomendación (2001)9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los métodos alternativos de resolución de litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas declara que la mediación, entre otros medios alternativos, debe garantizar tanto la independencia como la imparcialidad de los mediadores. Asimismo, la Recomendación (2002)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa para la mediación en materia civil declara que los mediadores deben actuar de manera independiente e imparcial.

mismas oportunidades de hacer valer sus derechos, así como asegurar que ambas partes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. En consecuencia, a lo largo del proceso de mediación deberían ponerse los medios necesarios para obtener y mantener este equilibrio. Como en los casos anteriores, este principio está reconocido tanto a nivel internacional<sup>21</sup> como en la normativa interna de los Estados.<sup>22</sup>

e) Principio de economía procesal (eficiencia, eficacia, celeridad, economía). Persigue la confianza a través de la sencillez y libertad en la fijación del iter. En esencia, el principio contempla la necesidad de que los procesos se desarrollen de una manera comprensible, eficiente y rápida. Si bien en alguna ocasión la normativa internacional e interna de los diversos Estados reconoce explícitamente el principio de economía, en general, la normativa hace mención indirecta del mismo a través de sus concretas manifestaciones: la eficiencia, la eficacia, la celeridad y la economía.

f) Principio de transparencia. Reconocido como tal en las distintas Recomendaciones del Consejo de Europa, viene referido en los órganos y procedimiento y tiene como objetivo final, nuevamente, la confianza, reforzada a través de de información.<sup>23</sup>

g) Principio de legalidad. Principio que tiene su fundamento en el necesario respeto de los derechos fundamentales, libertades públicas, orden público y garantías de protección de determinados derechos a través de normas imperativas en los ordenamientos jurídicos, de manera que, a través del uso de los métodos extrajudiciales de resolución de los conflictos, no se vulnere la legalidad ni se prive a las partes del nivel de protección que los ordenamientos jurídicos reconocen. Es un principio implícito<sup>24</sup> aunque en el espacio europeo este principio ha estado, además, expresamente reconocido en diversas Recomendaciones.<sup>25</sup>

21. La Resolución 2002/12, de Principios básicos para la aplicación de programas de justicia reparadora en materia penal subraya la necesidad de tener en cuenta la posible desigualdad de posiciones, las diferencias culturales entre las partes y el mandato de que en los programas de justicia reparadora y procesos reparadores se apliquen salvaguardas básicas en materia de procedimiento que garanticen la equidad.

22. Se reconoce también implícitamente en algunos ordenamientos a través de la imposición de ciertos deberes al mediador: en concreto la adopción de medidas que eviten el desequilibrio de las partes, o bien que reequilibren las diferencias culturales, de edad y de otra naturaleza que puedan percibirse entre las partes en conflicto.

23. A nivel de la Unión Europea, la Recomendación de la Comisión 2001/301/CE señala cuáles son requisitos para garantizar la transparencia del procedimiento.

24. Protege el respeto a las normas de carácter imperativo en razón de orden público.

25. La Recomendación (2001)9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los medios alternativos de resolución de litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas y la Recomendación (2002)10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre mediación en materia civil. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos lo contemplan de manera implícita o indirecta cuando disciplinan el régimen de los acuerdos y su eficacia jurídica.

## 2.4. Efectos de la mediación

Los Estados, en general, atribuir al resultado algunos una mediación no impida a partir de inicio de cualquier proceso de todos los plazos de caducidad y Leyes procesales; el uso de la mediación en acuerdo no impida la resolución, extrajudiciales o judiciales que resulte ejecutivo, no pueden ser hechos que condujeron a una resolución.

En la mayor parte de los casos, eventualmente puedan llegar a un acuerdo; de manera que, en caso de que no se llegase a la sanción, aprobación o ejecución judicial. Algunos ordenamientos jurídicos reconocen que los acuerdos de mediación adquiridos en ciertas circunstancias que deben de considerarse tan relevante efectos jurídicos como los que se aprobarán aquellos acuerdos que trasciendan la moral, las disposiciones irrenunciables o de tercera instancia que ha sido objeto de mediación que tienen que ser después de la mediación para que resulten vinculantes con menores, en materia de mediación.

26. En el espacio Europeo, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2003 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles dispone que los acuerdos de mediación que se celebren tendrán la fuerza vinculante, que las partes de la mediación adquieran carácter auténtico emanado de un órgano judicial. Existen dos excepciones, dos: que el acuerdo de mediación celebrado en un Estado miembro no contemple su caso, se aprobarán aquellos acuerdos que trasciendan la moral, las disposiciones de orden público que vulneren el principio de equidad.

27. En materia de menores, por ejemplo, en todo acuerdo de mediación en materia de menores, el acuerdo celebrado ante el juez tutelador de menores, en Uruguay, dispone la legislación uruguayana que venios que trate derechos del menor, juez, bajo pena de nulidad. Con respecto a los acuerdos de mediación en materia de menores, los tribunales federales de México prevén que los acuerdos de mediación celebrados en materia de menores, en materia de mediación, tendrán la fuerza vinculante.

## 2.4. Efectos de la mediación

Los Estados, en general, disciplinan a la mediación procurando atribuir al resultado algunos efectos y garantizando que el inicio de una mediación no impida abrir posteriormente un procedimiento judicial si no llega a buen puerto. Con esta finalidad, se dispone que: el inicio de cualquier proceso de mediación provoque la suspensión de todos los plazos de caducidad o prescripción establecidos en los Códigos y Leyes procesales; el uso de un proceso de mediación que no finalice en acuerdo no impida a las partes acudir a otros medios de resolución, extrajudiciales o judiciales; y una vez alcanzado un acuerdo que resulte ejecutivo, no puedan los tribunales enjuiciar los mismos hechos que condujeron a una mediación.

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos el acuerdo al que eventualmente puedan llegar las partes tiene el valor de una transacción; de manera que, en caso de incumplimiento, tendrían que someterse a la sanción, aprobación y ejecución por parte de una autoridad judicial. Algunos ordenamientos jurídicos prevén, además, que los acuerdos de mediación adquieran efectos ejecutivos, expresando las circunstancias que deben concurrir en la toma de acuerdos para que adquieran tan relevante efecto. En general, hay que decir que no se aprobarán aquellos acuerdos que resulten contrarios a derecho, contravengan la moral, las disposiciones de orden público, afecten a derechos irrenunciables o de terceros o vulneren el principio de equidad en perjuicio de una de las partes.<sup>26</sup> En algunos casos, por razón de la materia que ha sido objeto de mediación, los acuerdos a los que llegan las partes tienen que ser después expresamente autorizados por el Tribunal para que resulten vinculantes para las partes. Es el caso de la mediación con menores, en materia penal, laboral o de familia.<sup>27</sup>

26. En el espacio Europeo, la Directiva comunitaria 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles dispone, respecto de la manera de plasmar los acuerdos y su fuerza vinculante, que las partes pueden solicitar que los acuerdos resultantes de la mediación adquieran carácter ejecutivo mediante sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional o autoridad competente. Establece, como excepciones, dos: que el acuerdo sea contrario al orden público; o bien, que el Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo. En general, hay que decir que no se aprobarán aquellos acuerdos que resulten contrarios a derecho, contravengan la moral, las disposiciones de orden público, afecten a derechos irrenunciables o de terceros o vulneren el principio de equidad en perjuicio de una de las partes.

27. En materia de menores, por ejemplo la ley de Hungría LV de 2002, señala que todo acuerdo de mediación en materia de protección de menores tiene que ser presentado al tribunal tutelar de menores, el cual autorizará o no el acuerdo. De la misma manera, dispone la legislación uruguaya en su Código General del Proceso para los convenios que trate derechos del menor, que tendrán que someterse a la aprobación de un juez, bajo pena de nulidad. Con respecto a los acuerdos en la orden penal, algunos estados federales de México prevén que los acuerdos produzcan, como efectos, por una

## 2.5. Bibliografía

- 46 BACA, E.; ECHEBURUA, E.; TAMARIT, J.M. (coord.). *Manual de victimología*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.
- BOULLE, L. *Mediation: principles, process, practice*, Waterwords, Durban, 1997.
- CRAWFORD, T.; STRONG, K.; SARGEANT, K.; SOURYAL, C.; VAN NESS D. «Restorative Justice: principles», *Justice Fellowship* Washington DC, 1990.
- JOHNSTONE, G. (Ed.). *A Restorative Justice Reader: Texts, Sources, Context*. Willan Publishing, Devon, UK, 2003.
- MARTIN CASALS, M. «La mediación en derecho comparado: principios y clases de mediación familiar en el Derecho europeo, en especial Inglaterra, Francia y la Recomendación (98)» *Justicia y Sociedad*, n. 23, Generalitat de Catalunya, Centre de Estudis Jurídics, Barcelona, 2001.
- MUNNÉ, M. Y MAC CRAGH, P. *Los 10 principios de la cultura de mediación*. Ed. Graó, Barcelona, 2006.
- ORTUÑO MUÑOZ, P. «El libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19.04.2002, de la Comisión de las Comunidades Europeas», *Iuris-LaLey*, Barcelona, Nov., 2003.
- SHELLENBERG, J. A. *Conflict resolution: theory, research and practice*, State University of New York, Albany, NY, 1996.
- SPARVIERI, E. *Principios y técnicas de mediación: un método de resolución de conflictos*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 1995.

parte, el perdón del ofendido, y por otra, respecto de la reparación del daño, los efectos de cosa juzgada. En el ámbito laboral, la ley argentina 24.635/1996, de 10 de abril, de instancia obligatoria de conciliación laboral (incluye la mediación) dispone que el acuerdo se somete a la homologación del Ministerio de Trabajo, que la otorgará cuando entienda que el mismo implica una justa composición del derecho y de los intereses de las partes. El Ministerio de Trabajo emitirá una resolución homologando o rechazando el acuerdo. En caso de incumplimiento del acuerdo homologado, éste será ejecutable ante los juzgados. A nivel de familia, la ley chilena 19.968/2004, de 30 de agosto, de mediación familiar, dispone que el acta tendrá que ser entregada por el mediador al tribunal para su aprobación en todo aquello que no sea contrario a derecho y que el juez puede proceder a resolver los defectos formales que tuviera, respetando la voluntad de las partes. El acuerdo aprobado por el juez tendrá el valor de sentencia.

## CAPÍTULO 3 Mediación empre

Pablo Salvador Coderch (UPF)  
pablo.salvador@upf.edu; pab

María Mercedes Tarrazón Roc  
mmtr@dispmanag.com

Juan Antonio Ruiz García (UPF)  
juanantonio.ruiz@upf.edu; jan

Maria Àngels Gili Saldaña (UPF)  
mangels.gili@upf.edu

**Abstract.** Este trabajo analiza esencialmente su definición, formación de la persona mediadora en la utilización de la *Mediación de la Cámara de Comercio* gracias a la influencia del Consejo, de 21 de marzo de 2002, de mediación en asuntos civiles y mercantiles del comercio Internacional al de los países anglosajones (*Proyecto de Ley de mediación*), por ejemplo, en la Lonja de Comercio. Ahora bien, el análisis de la mediación contará con datos cuantitativos de resoluciones judiciales, a fin de llevar a cabo una investigación y profundizar en los

**Palabras clave:** mediación; métodos alternativos de resolución de conflictos; 2008/52/CE, del Parlamento Europeo, sobre determinados aspectos de la mediación; *Consolat de Mar de la Cámara de Comercio*; resolución Consensuada de

### 3.1. Introducción

Uno de los objetivos esenciales de la mediación en los últimos años ha consistido en acercar a los ciudadanos a la justicia. La Directiva