

REVISTA INTERNACIONAL DE MEDIACIÓN

(RIM)

Número 0, junio-diciembre 2013

ISSN: 2341-0051

Dykinson, S.L.



REVISTA INTERNACIONAL DE MEDIACIÓN

(RIM)

Número 0, Junio-Diciembre 2013

ISSN: 2341-0051

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-0051

DIRECCIÓN

ESTHER SOUTO GALVÁN

Catedrática de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

SECRETARÍA TÉCNICA

MANUEL ÁLVAREZ TORRES

Abogado y acreditado como mediador Internacional (AMM-ONLUS)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Miembros Del Comité:

PRESIDENTE

José Antonio Souto Paz
Catedrático de Derecho
Universidad Complutense

VOCALES

Livian Fernández
Rectora de la Universidad de Asunción

Marco Odello
Catedrático de de Derecho. Universidad de Aberysthwyth

Franck Laffaille
Catedrático de Derecho. Universidad de Lorraine

Maximiliano Piras
Catedrático de Derecho. Universidad de Cagliari

Juan Ferreiro Galguera
Catedrático de Derecho. Universidad de A Coruña

José Ramón Polo Sabau
Catedrático de Derecho. Universidad de Málaga

Ana Carrascosa de Miguel
Magistrada y Letrada de Consejo General del Poder Judicial

José Luis Utrera Gutiérrez
Magistrado del Juzgado de Familia de Málaga

Carlo Pilia
Profesor Titular de Derecho. Universidad de Cagliari

Almudena Rodríguez Moya
Profesora Titular de Derecho

Inés Iglesias Canle
Profesora Titular de Derecho (Acreditada catedrática 2012)
Universidad Vigo

Universidad Nacional de Educación a Distancia

M^a Carmen Pereira Pardo
Abogada y mediadora

M^a Ángeles Peña Yañez
Psicóloga del Juzgado de Familia de Málaga y mediadora

ARTÍCULOS

- Claribel de Castro y Carmen Quesada Alcalá **“El restablecimiento del contacto entre familiares separados en situaciones de emergencia: Cruz Roja y su labor de mediación”**
- Carlo Pilia **“La riforma italiana della mediazione civile e le controversie del settore sanitario”**
- Teresa Marcos **“La normativa sobre mediación familiar en la Unión Europea”**
- Beatriz Souto Galván **“La mediación familiar intercultural en España e Italia”**
- Marta Gómez de Liaño **“Crisis matrimoniales y procesos de familia”**
- Cesar J. Viana López **“Técnicas y herramientas de la mediación. La negociación”**
- Beatriz Gil **“La Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”**
- Carmen Lázaro Guillamón **“El acuerdo de mediación” de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: algunas notas sobre su eficacia y efectos desde una perspectiva histórico-crítica”**
- Gloria Fernández-Pacheco Alises **“La importancia de la mediación en el sistema de Justicia Juvenil: Aportaciones desde un cambio de orientación”**
- Cristina Cuadrado Gutiérrez **“Problemática de la mediación intercultural en el ámbito sanitario”**

CRÓNICAS

- Ana Carrascosa **“La Actividad Inspectora del CGPJ”**
- Andrés Vázquez López **“Euromediación on-line: la mediación por medios electrónicos”**
- Teresa Ruiz-Esteller Ras **“La importancia de la mediación en las escuelas para una sociedad mejor”**

PORTADA EDITORIAL: MEDIACIÓN, LIBERTAD y EDUCACIÓN

“Libertad y razón, clave de la existencia humana personal: si el hombre es consciente de su libertad, aunque esté conculcada, siempre será de ir más allá de toda situación dada; si el hombre es consciente del poder de la razón, siempre será capaz de enfrentarse a una crisis y encontrarle solución” (Jean-Paul Sartre, Crítica de la razón dialéctica, 1960)

Sartre cree conseguir su intento de distinguir la dialéctica crítica de la dialéctica dogmática de Hegel, definiendo la razón dialéctica, de modo crítico, en el sentido Kantiano, pero razonado dialécticamente a través de la mediación, considerando que el concepto de lo práctico inerte resuelve el problema de la mediación. Según Sartre, la razón dialéctica “no es ni razón constituyente ni razón constituida; es la razón constituyéndose en el mundo y por él disolviéndose en ella las razones constituidas para constituir otras nuevas que a su vez supera y disuelve”.

A partir de esta premisa, define la mediación cómo otra manera de expresar el planteamiento dialéctico de la libertad y la concepción dialéctica de la razón.

Así nos acercamos al concepto actual de la mediación, cómo método alternativo de resolución de conflictos, dándole una dimensión filosófica necesaria para iniciar el desarrollo del estudio de esta nueva institución.

Históricamente, podemos encontrar experiencias mediadoras tradicionales, “sociedades orgánicas” bajo la ley de la tradición y la idea de jerarquía social, desde la China Imperial a la civilización grecolatina. En el continente asiático, por ejemplo, las costumbres japonesas hacían del líder comarcal el mediador en las disputas formales; en China, se consagró como tradición milenaria, recopilada por Confucio, la resolución del conflicto a través de la persuasión moral (heredada con rasgos comunistas en los actuales Comités Populares de Conciliación). En África aún persisten amplias zonas

donde rige una justicia mediadora de tintes tribales, donde las Asambleas comunales o vecinales median en los conflictos entre los miembros de una comunidad, en gran medida determinadas por los extensos círculos de parentesco. En Europa, las cofradías romanas y los gremios medievales fueron espacios laborales donde se solucionaban o encauzaban problemas propios de unas sociedades donde sus miembros eran situados por su lugar en la jerarquía en la producción, en el trabajo. En América encontramos viejos procesos de resolución autónoma y comunitaria aun vigentes: en Sudamérica subsisten tradiciones conciliadoras de origen precolombino en los mapuches chilenos o en comunidades aymaras; y en Norteamérica encontramos organismos de resolución de conflictos (agrarios, vecinales, familiares), propios de comunidades de origen europeo, como los primeros colonos evangélicos (baptistas, puritanos, cuáqueros) o como los posteriores inmigrantes judíos¹.

En España encontramos testimonios de una primera reglamentación de la tradición mediadora en las Juntas vecinales, los Gremios medievales y a las Hermandades agrarias y rurales. Esta mediación tradicional se atestigua jurídicamente en el Fuero de Avilés (1076), donde se documenta el origen etimológico de la Mediación o “medianedo”, o en las Partidas de Alfonso X (1265), que en su Partida 3, título 4, recoge el término “arbitraje”. A nivel Institucional, junto a la labor de los Jueces de Paz, destacaron organismos donde se resolvían las disputas comerciales y territoriales de los miembros de estas comunidades, como el “Consejo de Hombres Buenos” de la Huerta de Murcia o el “Tribunal de las Aguas” de Valencia. En 1734, el Diccionario de Autoridades de la Lengua Española, definía la Mediación como “la interposición de alguno que pretende componer o reconciliar a otros que están entre sí discordes, o conseguir alguna cosa para otro”².

En la actualidad, la mediación es una forma complementaria a la jurisdicción de resolución de los conflictos judiciales cuyos beneficios se han hecho patentes en diversos sistemas jurídicos.

La Ley 7 de julio de 2012 incorpora al Derecho español 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.

La Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que

¹ **Fernández Riquelme, S.:** *La Mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, enero 2010,

² Ibidem

tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002.

El interés en profundizar tanto en el estudio cómo en el desarrollo de la mediación a nivel nacional e internacional, nos impulso a crear un foro, la Revista Internacional de Mediación, en el que recogiéramos los estudios interdisciplinarios de expertos que están sobre la mediación. Esto unido al Plan de formación en mediación a nivel nacional e internacional por medio de nuevas tecnologías que se está desarrollando en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, Universidades Españolas, Europeas e Iberoamericanas. La Revista es uno de los objetivos principales en el diseño del Plan de formación.

La UNED lleva varios años implicada en la formación de mediadores (Curso Modular de Mediación). En este contexto decidimos diseñar un Plan de Formación en Mediación en el que se reunieran las propuestas de modernización de la justicia. Este Proyecto se ha llevado a cabo desde el año 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), la participación de las Universidades de Cagliari (Italia), Aberysthwyth (Reino Unido), Lorraine (Francia) y Asunción (Paraguay), de Asociaciones españolas y europeas (Asociación Europea de Mediación AEM, Asociación de Mediadores Mediterráneos, Italia y Federación Europea de Mediadores) y la Fundación UNED, persiguiendo objetivos cómo la formación y difusión de la mediación, cómo experiencia de mayor eficacia de la justicia en el ámbito del impulso de las reformas procesales, utilización de nuevas tecnologías en la formación teórica y práctica cómo experiencia de mayor transparencia de la justicia y desarrollo del plan de formación a nivel estatal e internacional, fortaleciendo así, la dimensión jurídica internacional.

La estructura diseñada ha permitido la realización de numerosas actividades que complementan la formación especializada y le dotan de una dimensión internacional clave para la comprensión global de esta materia:

- Convenio con la Universidad de Asunción (Paraguay) para implantar el plan de formación en la Universidad para los funcionarios del Ministerio de Justicia y el de Administraciones Públicas.

- Convenio con la Universidad de Cagliari, (Italia) para implantar el plan de formación en la Universidad para los abogados, notarios y mediadores que quieren acreditarse y actuar en España.

-Convenios con la Asociación Europea de Mediación, la Asociación de Mediadores Mediterráneos y la Federación Europea de Mediadores para trabajar y unificar conceptos y métodos de trabajo en la Unión Europea, colaborando con instituciones y asociaciones de otros países, participando en proyectos de investigación y Congresos Internacionales para dar una dimensión internacional a la formación y capacitación de los mediadores, para que puedan ejercer como mediadores en cualquier país europeo.

- Congreso Internacional de difusión de la cultura de la mediación, celebrado el 3 y 4 de mayo en Cagliari, Italia, en colaboración con la Universidad de Cagliari.

En este contexto nace la “Revista Internacional de Mediación”, que, cómo hemos dicho anteriormente, contará con la colaboración de expertos nacionales e internacionales y cuyo propósito es difundir la cultura de la mediación, tanto en la calidad de la formación de mediadores, cómo en la implantación de la misma cómo instrumento fundamental alternativo de resolución de conflictos todo ello partiendo de la premisa de Sartre de *“Libertad y razón, clave de la existencia humana personal”*.

Esther Souto Galván

Directora de la Revista Internacional de Mediación

EL RESTABLECIMIENTO DEL CONTACTO ENTRE FAMILIARES SEPARADOS EN SITUACIONES DE EMERGENCIA: CRUZ ROJA Y SU LABOR DE MEDIACIÓN

Claribel de Castro Sánchez
Profª Contratada Dra. Derecho
Internacional Público (UNED).

Carmen Quesada Alcalá
Profª Titular de Universidad
Derecho Internacional Público (UNED)

Fecha de recepción: 13 de mayo 2013

Fecha de aceptación: 30 de mayo 2013

SUMARIO: 1.- Situaciones de emergencia como presupuesto de la separación familiar; 2.-La regulación de la reunificación de las familias en el ámbito internacional: 2.1.- La regulación de la reunificación familiar en el ámbito de los conflictos armados; 2.2.- La reunificación familiar en las situaciones de desastre natural a la luz de su regulación actual. 3.- El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y su labor de mediación en la reunificación de familias: 3.1. Origen, Evolución y estructura de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja; 3.2. La Cruz Roja y la reunificación de familias; 3.3. El CICR y la reunificación de familias: su labor; 3.4. El papel de las Sociedades Nacionales.4. Reflexiones finales.

RESUMEN: Las situaciones de emergencia humanitaria provocadas por conflictos armados o por catástrofes naturales o provocadas por el hombre generalmente tienen como efecto, en muchas ocasiones, la separación de los miembros de una misma familia. Demasiado a menudo, resulta complicado restablecer el contacto entre los familiares, dado que no se tienen los medios necesarios para ello, ni la información sobre el paradero de los "desaparecidos". En el presente trabajo pretendemos analizar cuál es el papel que la Cruz Roja puede jugar en este escenario, ofreciéndose como mediador para el restablecimiento del contacto entre los miembros de una misma familia que se encuentren diseminados, en muchas ocasiones, por el territorio de diferentes Estados.

ABSTRACT: The situations of humanitarian emergency caused by armed conflicts or by catastrophes natural or provoked by the man generally take as an effect, in many occasions, the separation of the members of the same family. Too often, there turns out to be complicated to restore the contact between the relatives, provided that there are not had the means necessary for it, not even the information about the whereabouts of the "missing persons". In the present work we try to analyze which is the paper that the Red Cross can play in this scene, offering as mediator for the reestablishment of the contact between the members of the same family who are spread, in many occasions, by the territory of different States.

PALABRAS CLAVE: Catástrofe, Conflicto armado, Cruz Roja, Derecho Internacional Humanitario, Desplazados, Emergencia humanitaria, Mediación, Reunificación familiar.

KEYWORDS: Armed conflict, Disaster, Displaced, Family Reunification, Humanitarian Emergency, International Humanitarian Law, Mediation, Red Cross.

1. Situaciones de emergencia como presupuesto de la separación familiar

La existencia de una situación de emergencia constituye, en la mayoría de los casos, el origen de la separación de miembros de una misma familia. Cuanto más grave es la situación, peores son las consecuencias para el entorno familiar. Acerquémonos a algunos datos. A lo largo del año 2009, se produjeron 29 conflictos armados en el mundo, de los cuales 12 se intensificaron, mostrando una atenuación en su nivel de violencia solamente ocho de ellos¹. Por otro lado, durante 2010 se produjeron 32 crisis humanitarias que afectaron especialmente a África y Asia². Todas estas situaciones, derivadas de un conflicto armado o de un desastre natural, pueden ser calificadas de emergencia humanitaria, presupuesto de la separación familiar.

De un modo muy genérico podríamos definir emergencia humanitaria como amenaza grave para la vida y la salud de las poblaciones civiles³. Profundizando sobre este concepto, debemos afirmar que deben concurrir dos elementos para que podamos hablar de catástrofe o emergencia humanitaria: un hecho o fenómeno que desencadene la situación, de un lado, y la existencia de una población afectada por esa situación, de otro. Así pues, dado que son muchas las situaciones que pueden generar necesidades respecto de un grupo de población, la doctrina se ha ocupado de la diversidad de situaciones que pueden plantear problemas humanitarios y, por tanto, que pueden provocar una situación de emergencia humanitaria. En definitiva, hablamos de emergencia humanitaria para referirnos a la “existencia de un conflicto armado, de disturbios interiores o tensiones internas, a causa de desastres naturales e industriales o cualquier otra situación susceptible de poner en peligro la vida, la seguridad, la dignidad o los bienes materiales indispensables para el ser humano”⁴.

Partiendo de lo anterior, tradicionalmente se ha realizado una clasificación de los desastres distinguiendo entre los que son de carácter natural o los que tienen su origen en actividades humanas⁵. Así, por lo que se refieren a los desastres naturales, estos pueden subdividirse en razón del “factor meteorológico, topológico, telúrico, o análogo concurrente”⁶. Por lo que respecta a las emergencias humanitarias provocadas por la acción del hombre, una primera clasificación distingue entre aquellas generadas accidental o negligentemente y aquellas otras que son intencionadas. Entre las primeras podríamos incluir los desastres industriales o tecnológicos y los desastres ecológicos o medioambientales, mientras que en el segundo grupo deberíamos tener presentes las emergencias provocadas por la existencia de un conflicto armado “u otros niveles inferiores de violencia e inestabilidad política”⁷. A estas categorías tradicionales, debemos añadir las “nuevas” modalidades de desastres provocadas, directa o indirectamente, por la acción humana: nos estamos refiriendo a las catástrofes generadas por el desarrollo de actividades ultrapeligrosas – como las desplegadas en el espacio ultraterrestre o las relacionadas con el uso de la energía nuclear-. Asimismo, debemos incluir en nuestra clasificación de catástrofes otra categoría como la que distingue “entre catástrofes repentinas y las sobrevinidas de manera progresiva. Las hambrunas que tienen su origen en los efectos de un conflicto armado, u otros niveles inferiores de violencia e inestabilidad políticas, y/o en condiciones meteorológicas adversas como la sequía, son un ejemplo característico de la complejidad y progresividad en el desencadenamiento de la catástrofe humanitaria”⁸.

En cualquier caso, independientemente de las clasificaciones que hemos apuntado, lo cierto, es que en el momento actual, la mayor parte de la doctrina intenta ir más allá del “origen” de la emergencia para centrar-

¹ AAVV, Alerta 2010. Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz, Escola de Cultura de Pau, Icaria Editorial, 2009.

² AAVV, Alerta 2011. Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz, Escola de Cultura de Pau, Icaria Editorial, 2010.

³ Vid. R. OJINAGA RUIZ, Emergencias Humanitarias y Derecho Internacional: la asistencia a las víctimas, Tirant LoBlanch, 2005, pp. 72-73.

⁴ Vid. P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Soberanía del Estado y Derecho Internacional en situaciones de emergencia humanitaria”, en El Derecho de Injerencia por razones humanitarias, III Jornadas de Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja Española/Universidad de Sevilla/Asociación para la Naciones Unidas de Sevilla, 1995, p. 39. También R. ABRIL STOFFELS, “La asistencia humanitaria y los principios jurídicos recogidos en el Derecho Internacional Humanitario”, en Revista de la Facultad de Derecho de la

Universidad Complutense de Madrid, 1997-1998, p. 25 y La asistencia humanitaria en los conflictos armados, Tirant Lo Blanch, 2001, pp. 35 y ss.; C. CASTRO SÁNCHEZ, El derecho de injerencia humanitaria en el orden internacional contemporáneo. El impacto de la “Operación Libertad para Irak”, Universitas, 2005, pp. 61-62 y Las acciones armadas por razones humanitarias ¿hacia una injerencia humanitaria? Una aproximación teórico-práctica, Ministerio de Defensa, 2006, p. 134; P. WALKER, “Víctimas de catástrofes naturales y derecho a la asistencia humanitaria”, en Revista Internacional de la Cruz Roja, nº 148, diciembre 1998, pp. 655-656.

⁵ En este punto seguimos los criterios establecidos por la Profª. OJINAGA; vid. R. OJINAGA RUIZ, Emergencias Humanitarias y Derecho Internacional: la asistencia a las víctimas, op. cit., pp. 74-75.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

se en los efectos de la misma a la hora de dar un concepto. En este sentido, podemos apuntar la definición ofrecida por GUNN que habla de “situación de urgencia en la que la vida cotidiana se ve transformada en el sentido de que la población se halla sumida en el desastre y la necesidad de protección, de alimento, de vestido, de refugio, de medicamentos, de servicios sociales y de cualquier otra ayuda indispensable para la vida”⁹.

En el contexto de una emergencia humanitaria, cobra especial importancia la familia, puesto que se producen desplazamientos masivos de la población, y la reunificación familiar cobra un papel importantísimo, a efectos de la posterior reconstrucción del país en cuestión.

Según datos de ACNUR¹⁰, en 2011 se registraron unos 4,3 millones de nuevos casos de desplazamiento forzado por conflicto o persecución. Más de 800.000 personas se convirtieron en refugiados cruzando una frontera internacional, la cifra más alta en más de diez años. En 2011, unos 17.700 menores no acompañados o separados de sus familias, principalmente de Afganistán y Somalia, cursaron una solicitud de asilo en 60 países. La cifra es notoriamente superior a la de 2010 (15.600 solicitudes).

Según el propio Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)¹¹, pueden ser muy variados los motivos por los cuales los miembros de una misma familia se vean en una situación de separación, y se puede dar tanto en el marco de un conflicto, como en el de un desastre natural. Lo cierto es que, cuando la gente huye en estas situaciones, los niños se pueden perder, convirtiéndose en menores no acompañados. Por otro lado, los ancianos y enfermos prefieren permanecer, en muchas ocasiones, en el lugar en el que están, o simplemente, no tienen más remedio por su deterioro

físico. Otro de los aspectos importantes de este escenario es la atención a los heridos, que habrán de ser evacuados por necesidad o urgencia, sin que sus seres queridos sepan, a veces, adonde son conducidos. Asimismo, se producen detenciones o arrestos sin que los parientes sepan dónde se encuentran sus familiares detenidos.

En definitiva, los niños separados, los ancianos, heridos, discapacitados y enfermos crónicos son los grupos más vulnerables en caso de conflicto armado o desastre natural. De este modo, estos grupos son prioritarios para los actores internacionales, que han de intensificar sus esfuerzos en las situaciones de separación familiar, por contarse entre las consecuencias más dramáticas derivadas de las situaciones de emergencia. Sin embargo, en los últimos años, también algunas categorías de migrantes y sus familias han expresado la necesidad de ayuda para conocer el paradero de sus familiares o ponerse en contacto con ellos¹², lo que ha permitido una ampliación del mandato del Comité Internacional de la Cruz Roja en este sentido¹³. Las migraciones internacionales masivas y sus devastadoras secuelas aparecen como otro de los escenarios posibles en los que se producen separaciones de familias, menores no acompañados, y ancianos en situación de desamparo.

En este sentido, hemos de tener en cuenta que si el número de migrantes internacionales sigue creciendo al mismo ritmo que en los últimos 20 años, podría alcanzar los 405 millones en 2050, y se duplicaría en las próximas cuatro décadas¹⁴. De este modo, la migración internacional, en ocasiones con carácter masivo, se convierte en una cuestión de alcance mundial, compleja, y que concierne a distintos interlocutores.

En el contexto de las migraciones, y conforme al Informe de la Organización Internacional de las Migraciones¹⁵, los derechos a la reunificación familiar y a fundar una familia están ampliamente reconocidos

⁹ S. W. A. GUNN, “Droit de secours en cas de catastrophes naturelles”, *Annales de Droit International Médical*, nº 32, 1984-1985, p. 99; R. OJINAGA RUIZ, *Emergencias Humanitarias y Derecho Internacional: la asistencia a las víctimas*, op. cit., p. 75. En esta misma línea deberíamos tener en cuenta también lo que han venido a denominarse “emergencias humanitarias complejas” o “emergencias políticas complejas”, es decir, emergencias que vienen causadas por una multiplicidad de causas o factores, que además tienen un impacto “omnicomprensivo y que, por tanto hacen necesaria una respuesta internacional que permita la acción en múltiples frentes. Vid a este respecto K. PÉREZ DE ARMIÑO Y M. AREIZAGA, “Emergencia compleja”, en *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, <http://dicc.hegoa.efaber.net> (última consulta 2 de noviembre de 2011).

¹⁰ ACNUR, *Tendencias Globales 2011. Un año de crisis*, en http://www.acnur.es/PDF/tendenciasglobales_2011_spa_20120619_151451.pdf.

¹¹ <http://www.icrc.org/spa/what-we-do/reuniting-families/index.jsp>, consultado el día 28 de octubre de 2011.

¹² *Ibid.*

¹³ Conviene recordar, en este sentido, las palabras del Sr. Olivier VODOZ, Vice-Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, cuando afirmaba que: “The suffering of those who have no news of their families touches the core of all of us within the Movement. Restoring Family Links (RFL) is a key element of the ICRC’s humanitarian mission [...]. We have a unique role to play and it is time to do more about it” (ICRC, *Restoring Family Links Strategy*, including legal references, February 2009, p. 7).

¹⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES, Informe del Director General al Consejo, Sr. William Lacy Swing, Nonagésima novena Reunión, 29 de noviembre-2 de diciembre de 2010, Ginebra (MICEM/5/2010).

¹⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES, Informe sobre las Migraciones en el mundo 2010: el futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio, 2010

como aspectos fundamentales de la integración. Hay por lo menos cuatro categorías de migración de las familias: reunificación de la familia, fundación de familia (o migración por matrimonio), migración de toda la familia, y migración con el auspicio de un miembro de la familia. Es, por lo tanto, el aspecto de la reunificación familiar uno de los puntos básicos para abordar en toda su complejidad el fenómeno de las migraciones internacionales con carácter masivo.

2. La regulación de la reunificación de las familias en el ámbito internacional

Como recordatorio previo y conforme al art.16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Para determinar el término familia, a los efectos del estudio que nos ocupa, nos basaremos en la Observación General del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en relación con el art.17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Según dicha Observación, por “familia” se debe entender comprendidas a “[t]odas las personas que componen la familia, tal y como se entienda ésta en la sociedad del Estado parte de que se trate”¹⁶.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que en el concepto de familia vendrían incluidos las personas que mantienen la relación y los hijos a su cargo, ampliándose esta noción, sobre todo cuando hay hijos, a los hermanos, las hermanas, las parejas que conviven fuera del matrimonio y los abuelos¹⁷.

Partiendo del concepto amplio de familia que impera en el ámbito internacional, vamos a proceder a desgranar cuál es la regulación de la reunificación de la familia en contextos tan dramáticos como son los conflictos armados y los desastres naturales, para finalizar haciendo una referencia a la necesidad de su ordenación en el contexto de las migraciones internacionales.

2.1. La regulación de la reunificación familiar en el ámbito de los conflictos armados

En el marco de un conflicto armado internacional, el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra,

de 1949, establece, en su art. 27, que las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que sus derechos familiares, entre otros, sean respetados¹⁸. Más adelante, dicho instrumento dispone que las familias internadas deben poseer “las facilidades necesarias para hacer vida familiar”¹⁹.

En relación con los conflictos armados no internacionales, varias disposiciones del Protocolo Adicional II²⁰ parten del mismo principio relativo a la unidad familiar, y concretan dicho principio aplicándolo a situaciones como la reunión de familias temporalmente separadas, y el alojamiento en común de los hombres y las mujeres de una misma familia durante la detención o el internamiento.

Sin embargo, la regulación más específica en relación con la reunificación de las familias la hallamos, con toda lógica, en el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977. En particular, los artículos 74 y 78.3 del mencionado Protocolo²¹ regulan la reunificación de familias.

El art. 74 de dicho Protocolo se refiere a la reunión de familias dispersas, y parte de un principio básico, puesto que las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto habrán de facilitar la reunión de las familias dispersas como consecuencia de los conflictos armados. Dicha facilitación comprenderá el aliento y la cooperación con las organizaciones humanitarias que desempeñen esta tarea, siempre de conformidad con las disposiciones de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional I y de conformidad con sus respectivas normas de seguridad.

Por su parte, el art. 78.3 aborda la cuestión práctica de las fichas de los menores que habrá de enviar a la Agencia Central de Búsqueda del Comité Internacional de la Cruz Roja. Dicha ficha, acompañada de una fotografía, tiene como fin facilitar el regreso al seno de su familia y de su país de los niños evacuados, y deberá ser completada por las autoridades de la Parte que disponga la evacuación y, si procediere, por las autoridades del país que los haya acogido.

¹⁶ Observación General No. 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988), párr.5º.

¹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Johnston y otros c. Irlanda (Application nº 9697/82), de 18 de diciembre de 1986, párrs. 35 y ss.

¹⁸ IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949, art. 27 primer párrafo.

¹⁹ IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949, art. 82.

²⁰ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 1977, art. 4, párr.3º apdo b) y art. 5 párr.2 apdo a).

²¹ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977, artículos 74 y 78.3.

Esa ficha contendrá, siempre que sea posible y que no entrañe ningún riesgo de perjuicio para el niño, los datos siguientes: a) apellido(s) del niño; b) nombre(s) del niño; c) sexo del niño; d) lugar y fecha de nacimiento (o, si no se sabe la fecha, edad aproximada); e) nombre(s) y apellido(s) del padre; f) nombre(s) y apellido(s) de la madre y eventualmente su apellido de soltera; g) parientes más próximos del niño; h) nacionalidad del niño; i) lengua vernácula y cualesquiera otras lenguas del niño; j) dirección de la familia del niño; k) cualquier número que permita la identificación del niño; l) estado de salud del niño; m) grupo sanguíneo del niño; n) señales particulares; o) fecha y lugar en que fue encontrado el niño; p) fecha y lugar de salida del niño de su país; q) religión del niño, si la tiene; r) dirección actual del niño en el país que lo haya acogido; s) si el niño falleciera antes de su regreso, fecha, lugar y circunstancias del fallecimiento y lugar donde esté enterrado.

Si atendemos al Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, la norma 105 establece que “[e]n la medida de lo posible, se respetará la vida familiar”²². Este respeto comprende no sólo la preservación de la unidad familiar, sino también el contacto entre los miembros de la familia, y la información sobre el paradero de los miembros de la familia²³.

Como primera consideración a realizar, la experiencia en los conflictos armados, tanto internacionales como internos, exige el respeto de la unidad familiar en términos no limitados al desplazamiento. Igualmente, existe una práctica consolidada referente a la obligación de facilitar la reunión de las familias cuyos miembros se han dispersado²⁴. De hecho, algunos países como Angola o Colombia han promulgado leyes y adoptado medidas en la práctica para poner en marcha el principio de reunificación de las familias²⁵. Como ya hemos mencionado, este principio será de aplicación, incluso, en los supuestos en que se produ-

ce una privación de libertad de alguno de los miembros de la unidad familiar²⁶.

En referencia al contacto entre los miembros de la familia, en el supuesto de un conflicto armado, el punto de partida es la posibilidad de dar y recibir noticias de índole familiar²⁷. De hecho, las normas 125 y 126 regulan más concretamente la correspondencia de las personas privadas de libertad con la familia, así como las visitas²⁸. Las restricciones a dicho régimen de correspondencia y visitas siempre responderán a limitaciones razonables.

Otro de los aspectos que requieren una especial atención, desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, es el relativo a las personas desaparecidas y el derecho de los familiares a recibir toda la información disponible. De hecho, la norma 117, aplicable a los conflictos armados internacionales e internos, parte de este principio²⁹. Como apoyo, ya en los años 70, la Asamblea General de las Naciones Unidas pidió a las partes en los conflictos armados, con independencia de su carácter, que adoptasen todas las medidas disponibles y a su alcance a efectos de proporcionar información sobre las personas desaparecidas³⁰. En todo caso, conviene tener en cuenta que la obligación de facilitar información sobre las personas dadas por desaparecidas es una obligación de conducta y cada parte en el conflicto debe realizar todos los esfuerzos posibles al respecto³¹.

2.2. La reunificación familiar en las situaciones de desastre natural a la luz de su regulación actual

Las disposiciones anteriormente mencionadas se refieren al contexto del conflicto armado internacional por el propio ámbito de aplicación del instrumento internacional apuntado, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. Sin embargo, los mismos principios imperan en el caso de los desastres naturales, tal y como apuntan los Principios Rectores aplicables en los desplazamientos internos³² y las Directrices

²² J.-M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Vol. I: Normas, Comité Internacional de la Cruz Roja, pp. 432-436.

²³ *Ibidem*, pp. 433-436.

²⁴ IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949, art. 26; Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 1977, art. 4, párr.3º apdo b); Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 1977, art. 74.

²⁵ Cfr. J.-M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, *El derecho internacional humanitario...op.cit.*, p. 434.

²⁶ IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949, art. 82.

²⁷ IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949, art. 25.

²⁸ J.-M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, *El derecho internacional humanitario ...op.cit.*, pp. 434-435.

²⁹ J.-M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, *El derecho internacional humanitario ...op.cit.*, pp. 477-484.

³⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 3220 (XXIX), de 6 de noviembre de 1972, UN Doc. A/Res.3220.

³¹ J.-M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, *El derecho internacional humanitario ...op.cit.*, p. 482.

³² Principios Rectores de los desplazamientos internos, UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, de 11 de febrero de 1998. Ver también: Protección y asistencia para los desplazados internos, Resolución de

operacionales sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales³³.

A efectos de la aplicación de las Directrices, se entiende por Reunificación familiar “el proceso de reunir a las familias, especialmente a las niñas, niños y personas de la tercera edad con dependencia, de su familia o guardián anterior, con el fin de establecer o reestablecer cuidados a largo plazo”³⁴

Las Directrices primero establecen algunos principios generales. Por razones prácticas, la presentación de los principios fundamentales pertinentes para la protección de los derechos humanos de las personas afectadas se divide en cuatro capítulos³⁵, constituyendo el primero de ellos el relativo a la protección de los derechos relacionados con la vida, la seguridad e integridad física, y la protección de los lazos familiares en el contexto de las evacuaciones; estas garantías son derechos civiles y políticos, especialmente importantes durante e inmediatamente después de que se produce el desastre. El cuarto capítulo vendría referido a una cuestión más claramente vinculada a la reunificación familiar, como es la Protección de los derechos relacionados con la documentación, la libre circulación en el contexto de soluciones duraderas para los desplazados internos, el restablecimiento de los lazos familiares, la libertad de expresión y opinión y elecciones. Se trata de derechos civiles y políticos que pueden ir adquiriendo importancia cuanto más larga sea la etapa de recuperación, lo que se demuestra claramente en el restablecimiento de los lazos familiares.

De hecho, no olvidamos que los tsunamis, huracanes y terremotos que azotaron partes de Asia y las Américas en 2004 y 2005, así como el terremoto en Haití de 2010, acentuaron el hecho de que las personas afectadas deben hacer frente a múltiples desafíos en materia de derechos humanos después de un desastre natural, en particular en cuanto a la separación de la familia, especialmente para los niños/as,

personas con discapacidad y otras personas que dependen del apoyo de su familia para sobrevivir³⁶.

Si el desastre natural ocurre en una región en la que también se da una situación de conflicto armado, deberán tomarse medidas preventivas adecuadas de inmediato o reforzar las medidas existentes a fin de proteger a las niñas y niños afectados por el desastre natural contra el reclutamiento por parte del ejército u otros grupos armados. Entre las actividades a desarrollar, conforme a las Directrices operacionales mencionadas, se debería proporcionar la garantía necesaria para que los niños y niñas asociados con el ejército y grupos armados cuenten con los servicios apropiados, según sea necesario, incluido el apoyo médico y psicológico y, más particularmente, la reunificación familiar³⁷.

En todo caso, se han de diseñar las operaciones de socorro, en caso de desastre natural, de tal manera que se preserve la unidad de la familia. Los miembros de las familias que sean objeto de desplazamiento y que deseen permanecer juntos lo podrán hacer y se adoptará las medidas necesarias para permitirlo, debiendo evitarse su separación³⁸.

Igualmente, se ha de conceder asistencia a las personas afectadas para que averigüen el paradero de los familiares que hayan desaparecido, y los familiares que sean más próximos deben informar sobre el progreso de la investigación y sobre los posibles resultados de la puesta en marcha de mecanismos de búsqueda y rastreo. En todo caso, se tenderá a facilitar la reunificación de las familias, en especial cuando se trate de niños o personas de la tercera edad³⁹.

La atención especial a los menores no acompañados también es objeto de regulación en las Directrices Operacionales⁴⁰. De hecho, los niños separados y no acompañados deberán ser atendidos hasta que puedan reunirse con sus familias. Mientras tanto, se realizarán aquellos arreglos provisionales que sean necesarios, y todos tomando en consideración el interés superior del niño. Se debe informar al niño de los mencionados arreglos adoptados con carácter provisional, y también de sus derechos, pudiendo tener en cuenta las opiniones de las personas encargadas de su cuidado. Cuando se realicen los arreglos, siempre que sea posible, habrá de mantener a los hermanos juntos. En todo caso, la adopción del menor sólo se llevará a

la Asamblea General de 17 de marzo de 2010, UN Doc. A/RES/64/162; Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, UN Doc. A/64/214.

³³ Directrices operacionales sobre las personas en situaciones de desastres naturales, UN Doc. A/HCR/16/43/Add.5; Directrices operacionales del IASC sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales, Proyecto de Brookings-Bern sobre Desplazamiento Interno, Mayo de 2011.

³⁴ Directrices operacionales del IASC sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales, Proyecto de Brookings-Bern sobre Desplazamiento Interno, Mayo de 2011, p. 59.

³⁵ *Ibidem*, p. 10.

³⁶ *Ibidem*, p. 1.

³⁷ *Ibidem*, p. 25.

³⁸ *Ibidem*, p. 51.

³⁹ *Ibidem*, p. 52.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 53.

cabo cuando hayan fracasado los esfuerzos de reunificación familiar, principio básico a aplicar en estas situaciones⁴¹.

3. El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y su labor de mediación en la reunificación de familias.

3.1. Origen, Evolución y estructura de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Hablamos del Movimiento de la Cruz Roja y la Media Luna Roja⁴² para referirnos a una realidad compleja constituida por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Se trata de “una Institución con fines humanitarios inspirada en unos ideales filosóficos, recogidos en los principios fundamentales, [...] que lleva a cabo acciones de carácter humanitario en el ámbito nacional e internacional, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado, bajo el emblema de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja”⁴³.

El origen de la institución debemos situarlo en Ginebra en 1864 y su fundador fue Henry Dunant, Premio Nobel de la Paz en 1901. La verdad es que la idea de crear sociedades de socorro que aliviase la suerte de los heridos en el campo de batalla se le ocurre a Henry Dunant tras ser testigo en 1862 de los efectos de la guerra en la batalla de Solferino. Sus impresiones al respecto, así como la elaboración de propuestas de creación de sociedades de socorro en cada país con el objetivo de atender a los heridos en tiempo de guerra, son recogidas en su libro “Un Recuerdo de

Solferino”⁴⁴, en 1862. Estos antecedentes hacen que en 1863 se celebre en Ginebra una Conferencia Internacional, que congregó a dieciséis gobiernos, creándose el Comité Internacional de la Cruz Roja⁴⁵. A partir de este momento surge una institución cuya labor será esencial para las víctimas de las situaciones de emergencia.

Como señalábamos al comienzo de este apartado, en la actualidad la Cruz Roja y la Media Luna Roja⁴⁶ está compuesta por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Asimismo, reviste un gran interés, sobre todo en lo que al desarrollo progresivo del Derecho Internacional Humanitario se refiere, la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Veamos cada uno de estos órganos de forma diferenciada.

a. La Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Son miembros de ésta todas las delegaciones de las Sociedades Nacionales, del Comité Internacional, de la Federación Internacional y de los Estados Parte en los Convenios de Ginebra⁴⁷ y constituye el máximo órgano deliberante del movimiento. Éste órgano se reúne, de forma ordinaria, cada cuatro años, aunque puede hacerlo de forma extraordinaria si existe una decisión en contrario.

b. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). El Comité es el órgano fundador de la Cruz Roja y existe desde 1863, incluso antes de la celebración de la conferencia que tuvo lugar ese mismo año en Ginebra y que, como ya hemos dicho, constituyó el origen de la Cruz Roja. Si bien se trata de un organismo internacional por su acción, lo cierto es que “es una institución constituida al amparo de lo establecido en el Código Civil suizo, de carácter privado e independiente, neutral desde el punto de vista político, ideológico y religioso” y que “está integrado exclusivamente por

⁴¹ Ibidem, p. 54.

⁴² El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja es la red humanitaria más grande del mundo. Neutral e imparcial, el Movimiento brinda protección y asistencia a personas afectadas por desastres y conflictos armados. El Movimiento, que cuenta con unos 97 millones de voluntarios, colaboradores y personal empleado en 187 países, está compuesto por: a) el Comité Internacional de la Cruz Roja, b) la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, y c) las 186 Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Ver: <http://www.ifrc.org/es/nuestra-vision-nuestra-mision/movimiento/>, consultado el día 20 de mayo de 2013. Por su parte, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja fue fundada en 1919, y está integrada hoy por 187 Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, una Secretaría en Ginebra y más de 60 delegaciones estratégicamente situadas para apoyar las actividades que se llevan a cabo en todo el mundo. Hay más Sociedades en formación. En muchos países islámicos se utiliza la Media Luna Roja en lugar de la Cruz Roja. Ver: <http://www.ifrc.org/es/nuestra-vision-nuestra-mision/nuestra-vision-nuestra-mision/>, consultada el día 20 de mayo de 2013.

⁴³ Vid. M. ANTÓN AYLLÓN y M. BABÉ Y ROMERO, “El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”, en AA.VV., *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 87-88.

⁴⁴ <http://www.cedih.sld.cu/pdf/libros/solferino.pdf>.

⁴⁵ Para un análisis más amplio sobre el origen y evolución del CICR puede consultarse: M. ANTÓN AYLLÓN y M. BABÉ Y ROMERO, “El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”, en AA.VV., *Derecho Internacional Humanitario*, op. cit., pp. 88 y ss.; P. RYFMAN, *La question humanitaire. Histoire, problématiques, acteurs et enjeux de l'aide humanitaire internationale*, Ellipses, Paris, 1999, pp. 34 y ss.

⁴⁶ Esta denominación fue aprobada en la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en Ginebra en 1086.

⁴⁷ En la actualidad 194 Estados son Parte en los cuatro Convenios de Ginebra; [http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf) (última consulta 8 de noviembre de 2011).

ciudadanos suizos”⁴⁸. La sede del CICR está en Ginebra (Suiza). Entre sus funciones nos parece interesante resaltar la de que es el CICR el encargado de recibir las quejas en relación con las violaciones de los Convenios de Ginebra y, además, puede actuar como intermediario entre las partes en un conflicto armado, tanto internacional, como no internacional; asimismo, es importante destacar la labor de información que realiza, a través fundamentalmente de la Agencia Central de Búsqueda y de la Agencia Central de Información, en relación con detenidos –ya sean combatientes o no-, desplazados, desaparecidos, etc.

c. La Federación Internacional de las Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Surge en 1919, como una organización internacional, con el objeto de “inspirar, estimular, facilitar y ampliar continuamente y bajo todas sus formas la acción humanitaria de las Sociedades Nacionales, con miras a prevenir y aliviar los sufrimientos humanos y aportar así su contribución al mantenimiento y a la promoción de la paz en el mundo”⁴⁹.

d. Sociedades Nacionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja. La existencia de Sociedades Nacionales responde a la propuesta de Henry Dunant, recogida en su libro de 1962, de creación de entes permanentes de socorro. Las normas esenciales sobre la creación y la organización de las Sociedades Nacionales fueron establecidas en la Conferencia de Ginebra de 1863. En la actualidad son 187 las Sociedades que integran la Federación⁵⁰. Es importante señalar que son las Sociedades Nacionales las que forman la base del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y son ellas, de forma esencial, quienes desempeñan las tareas humanitarias encomendadas a la Cruz Roja⁵¹.

3.2. La Cruz Roja y la reunificación de familias.

Una de las labores que realiza el CICR es el que se denomina reunificación de familias (RFL)⁵². Lo cierto es que el CICR y las Sociedades Nacionales trabajan conjuntamente alrededor del mundo para prestar asistencia a las personas que se encuentran separadas de sus seres queridos debido a cualquier tipo de

emergencia, pues la labor de reunificación familiar conlleva una amplia gama de actividades⁵³.

En cualquier caso, debe partirse de la idea general de que la responsabilidad principal de asegurar el respeto de los derechos de los familiares de los desaparecidos recae sobre el Estado y que, únicamente cuando las autoridades no están en posición de cumplir con su obligación, es cuando entra en escena la Cruz Roja u otros organismos. Lo cierto es que el Movimiento de la Cruz Roja y la Media Luna Roja tiene una considerable experiencia en restaurar lazos familiares que le ha llevado a establecer una Red de Reunificación de Familias por todo el mundo que comprende la Agencia Central de Información del CICR, las oficinas de información de las delegaciones del CICR y los servicios de las Sociedades Nacionales. La existencia de esta red permite al Movimiento trabajar más allá de las fronteras estatales, haciendo posible la consecución de mejores resultados a la hora de localizar familiares que se encuentran separados por efecto de las diferentes emergencias.

En el marco del creciente papel que el movimiento de la Cruz Roja desarrolla en la labor de la reunificación familiar, el Consejo de Delegados del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja celebrado en Ginebra el 23 y 24 de noviembre de 2007, adoptó la estrategia de la Reunificación Familiar (y su plan de implementación) para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja 2008-2018⁵⁴. En este documento se establecen las medidas que deben ser adoptadas por unos y otros para fortalecer las capacidades en materia de RFL, entre las que nos gustaría destacar el diseño de un Plan de Comunicación Mundial que apoye la estrategia RFL y en el que han de involucrarse Sociedades Nacionales y CICR⁵⁵.

3.3. El CICR y la reunificación de familias: su labor.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha liderado hasta el momento la actividad de poner en contacto a los familiares que, inicialmente, se llamó

⁴⁸ M. ANTÓN AYLLÓN y M. BABÉ Y ROMERO, “El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”, en AA.VV., Derecho Internacional Humanitario, 2ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 114-115.

⁴⁹ M. ANTÓN AYLLÓN y M. BABÉ Y ROMERO, “El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”, en AA.VV., Derecho Internacional Humanitario, 2ª Ed., op. cit., pp. 118-119.

⁵⁰ <http://www.ifrc.org/es/nuestra-vision-nuestra-mision/directorio/>.

⁵¹ Vid. M. ANTÓN AYLLÓN y M. BABÉ Y ROMERO., “El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”, en AA.VV., Derecho Internacional Humanitario, 2ª Ed., op. cit., p. 121.

⁵² Del inglés Restoring family links.

⁵³ Entre estas actividades podemos incluir algunas como poner en contacto a la gente a través del teléfono, internet o mensajes manuscritos. Con frecuencia implica a personas olvidadas que se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad como los niños que han sido separados de sus familias, o las personas detenidas. “En muchos casos, la labor de RFL conlleva recopilar información sobre personas que han desaparecido y probablemente hayan muerto”. Vid. The need to know. Restoring links between dispersed family members, <http://es.scribd.com/doc/47891336/The-need-to-know-restoring-links-between-dispersed-family-members>.

⁵⁴ Vid. Restoring Family Links Strategy. Including Legal References, ICRC, Geneva, 2009, pp. 13-14.

⁵⁵ Ibid. pp. 33 y 34.

“actividad de búsqueda”. Como ejemplo de su experiencia y especialización en la materia, podemos mencionar que el Servicio Internacional de búsquedas de Arolsen, en Alemania, cuyo mandato consistía en determinar los datos personales de las víctimas de Nazis, está siendo administrado, desde el año 1955, por el propio CICR. Igualmente, el Tratado por el que se estableció dicho Servicio Internacional experimentó una importante modificación en 2006, a efectos de apertura a los investigadores del ámbito académico⁵⁶.

Siendo ésta una de las actividades más tradicionales del CICR y de la red de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, su importancia, tal y como señala FORSYTHE⁵⁷, no ha mermado con el tiempo. Uno de los casos más significativos, mencionados por el autor, se dieron en 2004, durante la ocupación de Irak por las fuerzas estadounidenses y aliadas, ya que no notificaban de modo sistemático la detención de los ciudadanos iraquíes a sus familiares, de modo que la actividad tradicional del CICR cobró un interés inusitado.

La labor del CICR en relación con los colectivos afectados fue descrita con gran acierto por SASSOLI, cuando decía que “el CICR trata de restablecer el contacto entre familiares que viven en lados opuestos de las líneas de frente, han huido de su hogar, han sido desplazados, o han buscado refugio en otro país o han sido capturados o detenidos a causa del conflicto”⁵⁸.

De este modo, el CICR restablece el contacto entre familiares por distintos medios⁵⁹, desde la puesta a disposición de los afectados de teléfonos o conexiones a internet hasta la concesión de la posibilidad de escribir mensajes a mano. En todo caso, su tarea más habitual consiste en buscar a personas que han sido dadas por desaparecidas o en el registro de los datos de grupos que son especialmente vulnerables. Los niños separados de sus familias y los detenidos figurarían entre estos grupos. En algunos casos, su labor se centra en buscar información sobre personas desaparecidas que probablemente están muertas. Si el resultado es positivo, sus actividades tienen como

función lograr la reunión de la persona buscada con sus familiares.

En definitiva, la labor principal del CICR consiste en coordinar y llevar a cabo las actividades de RFL tanto en los conflictos armados como en otras situaciones de violencia. En este sentido, quizá una de sus labores esenciales es la de recordar a las autoridades estatales las obligaciones que sobre ellas pesan, a la luz del Derecho Internacional, respecto de las familias que han sido separadas como consecuencia de un conflicto armado u otra situación de violencia. Pero, además, con el paso del tiempo, el compromiso del CICR con las personas que no tiene noticias de sus familiares se ha ido incrementando, como lo demuestran las palabras del Vicepresidente del CICR que afirma que “el sufrimiento de aquellos que no tienen noticias de sus familiares toca el corazón de todos dentro del Movimiento. La reunificación familiar (RFL) es un elemento clave de la misión humanitaria del CICR y constituye una parte vital de nuestra acción y cooperación con las sociedades nacionales. [...] RFL es una responsabilidad que todos compartimos. Tenemos un papel único que jugar y es hora de hacer más en este sentido”⁶⁰.

Sin embargo, para algunos autores esta “ampliación competencial” puede plantear dificultades⁶¹. En cualquier caso, la estrategia de la Reunificación Familiar (y su plan de implementación) para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja 2008-2018 recuerda el importante papel que el Comité debe desempeñar subrayando su enfoque integral que incluye: la prevención de la separación, la restauración y el mantenimiento del contacto entre los miembros de las familias separadas, el esclarecimiento de lo ocurrido con las personas desaparecidas y el apoyo a las familias⁶². Con el objetivo de cumplir con estos fines, son muchas las actividades que el CICR realiza para facilitar el contacto y la reunificación entre familias separadas⁶³, entre las que cabe destacar las siguientes:

⁵⁶ D.P. FORSYTHE, “El CICR: protagonista humanitario único”, Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º865 de la versión original, marzo de 2007, pp.57-58.

⁵⁷ Ibid. p. 57.

⁵⁸ M. SASSOLI y M.L. TOUGAS, “The ICRC and the missing”, International Review of the Red Cross, Vol.84, n.º848, 2002, pp.732 y ss.

⁵⁹ Sobre la labor del CICR en este sentido, ver: <http://www.icrc.org/spa/what-we-do/reuniting-families/index.jsp>, consultado el 28 de octubre de 2011.

⁶⁰ Vid. Restoring Family Links Strategy. Including Legal References, ICRC, Geneva, 2009, p. 7. Ver también: The Missing: Action to Resolve the Problem of People Unaccounted for As a Result of Armed Conflict or Internal Violence and to Assist their Families, International Conference of Governmental and Non-Governmental Experts, Geneva, 19-21 February 2003.

⁶¹ M. SASSOLI y M.-L. TOUGAS, “The ICRC and the missing”, en IIRC, December 2002, Vol. 84, No 848, pp. 729 y ss.

⁶² Vid. Restoring Family Links Strategy. Including Legal References, ICRC, Geneva, 2009, p. 18.

⁶³ Además de las actividades que aquí resaltamos que estarían estrechamente vinculadas con la labor de reunificación, pueden señalarse, como han hecho Sassòli y Tougas, otras actividades realizadas por el CICR y que, en gran medida, tendrían un efecto sobre la acción de RFL: apoyo a las medidas preventivas estatales; la

- La visita a las personas detenidas: a la luz del DIH –especialmente del Tercer y Cuarto Convenios de Ginebra–, el CICR tiene el derecho a visitar a los prisioneros de guerra y a los civiles privados de libertad y mantener entrevistas privadas con ellos. Así, a través de estas visitas y entrevistas, el CICR, en primer lugar, realiza una importante labor de recopilación de información sobre las personas que se encuentran en estas situaciones, ya que se realiza un registro que servirá, entre otras cosas, para informar a los familiares; por otra parte, a través de las entrevistas, el CICR puede obtener información sobre otras personas que pudieran haber sido detenidas y respecto de las cuales no se conozca su situación.

- Restaurar los vínculos familiares: el CICR trata de recuperar el contacto entre los miembros de las familias que viven en lados opuestos de la línea de batalla, o que hayan tenido que abandonar sus hogares, o que se hayan visto obligados a desplazarse a otro territorio dentro del propio país (desplazados internos) o a otro Estado (refugiados)⁶⁴. En este ámbito, es importante contar con la capacidad del CICR, al tratarse de una organización neutral y mundial, para actuar tanto en aquellos territorios en los que se produce el conflicto armado o cualquier otro tipo de emergencia humanitaria, como en el territorio de otros Estados en los que han podido asentarse los refugiados.

- Compilación y procesamiento de la información: una vez se ha recopilado toda la información relativa a las personas desaparecidas, por una parte, el CICR la contrasta con su base de datos y, en caso de estimarlo oportuno, el personal del CICR comienza una investigación a fin de encontrar a la persona. Asimismo, el CICR puede instar a las autoridades estatales que considere responsables que inicie dicha investigación⁶⁵.

- Utilización y sistematización de datos personales a través de la Red de Noticias Familiares (Family News Network).

diplomacia preventiva previa a las hostilidades, recopilación de información respecto de personas a las que se ha dado muerte por parte de combatientes o civiles detenidos, registro de civiles en situación de riesgo, uso de datos personales obtenidos a través del intercambio de noticias familiares, apoyo a las familias de las personas desaparecidas, búsqueda activa de personas desaparecidas, recopilación de información sobre los muertos y traslado de restos mortales, exhumaciones e identificaciones forenses. M. SASSÒLI Y M.-L. TOUGAS, "The CICR and the missing", en IIRC, December 2002, Vol. 84, No 848, pp. 736-746.

⁶⁴ M. SASSÒLI Y M.-L. TOUGAS, "The CICR and the missing", op. cit, p. 734.

⁶⁵ Ibid. p. 735.

Pero además, como señalábamos supra, es importantísimo el papel de liderazgo que el CICR desempeña dentro del propio Movimiento, que se hace evidente a través de las labores de coordinación, supervisión y fortalecimiento de las capacidades de sus colaboradores o socios y que realiza fundamentalmente a través de la Agencia Central de Información. En esta línea creemos resulta importante destacar la labor de "formación" desarrollada tanto a través de seminarios y reuniones, como a través de guías y recomendaciones como Restoring Family Links: a guide for National Red Cross and Red Crescent Societies (2000) y Recommendations and Conclusions of the International Conference of Governmental and Non-Governmental Experts on the Missing and their Families (2003)⁶⁶. Asimismo, en el marco de su labor de coordinación, será la Agencia Central de Información quien decida qué acción debe tomarse en cada caso y quién coordinará las actividades de las Sociedades Nacionales para asegurar la respuesta más efectiva posible.

En cualquier caso, la labor del CICR en materia de la restauración de los vínculos familiares debe guiarse por los principios que guían toda su actividad: la neutralidad e independencia, el diálogo y confidencialidad, carácter holístico y multidisciplinar de su acción⁶⁷.

3.4. El Papel de las Sociedades Nacionales.

Tal y como se establece en la Resolución XVI de la 25 Conferencia Internacional de la Cruz Roja (1986), las Sociedades Nacionales tienen un importante papel como componentes de la labor internacional de localización y reunificación de familias. En este sentido, señala la resolución que debe continuar su trabajo durante todo el tiempo que continúen las necesidades, lo que implica que su labor se prolongará, normalmente, después de la finalización de la emergencia humanitaria, sea cual sea su naturaleza.

Las Sociedades Nacionales, asimismo, son las responsables de establecer y consolidar una red nacional y efectiva de RFL. En este mismo sentido, corresponde a las Sociedades Nacionales decidir cuáles son las acciones a adoptar en esta materia en el caso de emergencias nacionales; así, serán las Sociedades Nacionales quienes en estos casos solicitaran la cola-

⁶⁶ Vid. Restoring Family Links Strategy. Including Legal References, ICRC, Geneva, 2009, p. 19. A través de la guías y recomendaciones también se pretende la unificación y homogeneización de criterios.

⁶⁷ Vid. "ICRC Protection Policy. Institutional Policy", en IIRC, Vol. 90, No 871, sept. 2008, pp. 758 y ss.

boración del CICR cuando la situación exceda sus capacidades.

A pesar de que parece estar bastante definido cuál es el papel a desempeñar por parte de las Sociedades Nacionales en relación con la reunificación familiar, lo cierto es que un estudio realizado en 2005 puso de manifiesto las carencias que las Sociedades Nacionales tenían en este ámbito⁶⁸. Basándose en toda esta información, la estrategia de la Reunificación Familiar (y su plan de implementación) para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja 2008-2018 señaló algunas de las medidas que las Sociedades Nacionales debían adoptar⁶⁹ a fin de mejorar sus capacidades, de entre las que nos gustaría señalar las siguientes: el establecimiento de programas de formación para el personal y el voluntariado encaminado al cumplimiento de las necesidades nacionales de RFL, establecimiento de programas de intercambio de personal y de visitas entre Sociedades Nacionales a fin de definir un escenario de la RFL en diferentes contextos, mejorar la coordinación y cooperación en el marco regional tanto con otras Sociedades Nacionales, como con el CICR, para hacer frente a las necesidades a nivel regional, intentar armonizar criterios para la aceptación de los casos o establecer y fortalecer las relaciones con las autoridades y otras organizaciones en el marco de las acciones de este tipo tanto a nivel local, como nacional.

4.- Reflexiones finales.

El mundo complejo en el que nos ha tocado vivir en el que el estallido de conflictos armados internos, situaciones de violencia interna y catástrofes naturales o provocadas por el hombre se suceden, tiene un efecto devastador sobre las familias. Como veíamos, en estas situaciones de emergencia humanitaria, muchas veces los miembros más débiles de las familias, como son los menores, los mayores o los enfermos, pierden el contacto con sus seres queridos, siendo muy complicado restablecerlo por ellos mismos. Ante estas situaciones, parece que tampoco los Estados son capaces de dar una respuesta adecuada, por lo que se hace necesaria la actuación de algún actor internacional con capacidad de actuación en el territo-

rio de cualquier Estado. En muchas de las situaciones descritas, los miembros de las familias acaban dispersados por el territorio de diferentes Estados, que, en ocasiones, no siquiera comparten la información que poseen a fin de que los familiares puedan saber del paradero de sus seres queridos. La estructura de una organización no gubernamental como la Cruz Roja, presente en la mayor parte de los países del mundo, y con una excelente valoración por parte de la opinión pública, ofrece una posibilidad en este escenario complicado.

En definitiva, creemos resulta esencial el papel del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja como actor mediador en el restablecimiento del contacto entre familiares separados en situaciones de emergencia, vengán éstas provocadas por conflictos armados u otro tipo de escenarios.

⁶⁸ Vid. Restoring Family Links Strategy. Including Legal References, ICRC, Geneva, 2009, pp. 19-20.

⁶⁹ La Estrategia recoge tres objetivos estratégicos a fin de mejorar las capacidades tanto del CICR como de las Sociedades Nacionales: Objetivo Estratégico 1: Mejorar las capacidades y los resultados de la reunificación familiar; Objetivo Estratégico 2: Reforzar la coordinación y cooperación dentro del Movimiento; Objetivo Estratégico 3: Reforzar el apoyo para la reunificación familiar. Vid. Restoring Family Links Strategy. Including Legal References, ICRC, Geneva, 2009, pp. 22 y ss.

LA RIFORMA ITALIANA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E LE CONTROVERSIE DEL SETTORE SANITARIO

Carlo Pilia

Cargo Profesor de derecho privado de la Universidad de Cagliari (Italia)

Fecha de recepción: 30 abril 2013

Fecha de aceptación: 20 de mayo de 2013

SUMARIO: 1. L'attuazione in Italia della direttiva 2008/52/CE. – 2. Il rafforzamento della tutela extragiudiziale. – 3. La mediazione finalizzata alla conciliazione. – 4. I profili qualitativi della mediazione. – 5. L'intervento della Corte costituzionale sull'illegittimità della prescrizione della mediazione obbligatoria. – 6. Le difficoltà di applicazione e le prospettive della mediazione nelle controversie sanitarie. – 7. L'elaborazione internazionale delle migliori prassi del settore.

RESUMEN: Italia ha dado la mejor aplicación de la Directiva 2008/52/CE sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en relación a dos aspectos principales sobre el alcance y los métodos de acceso a este mecanismo de protección de los Tribunales. En cuanto al primer aspecto, la mediación se ha programado para todos los litigios relativos a derechos disponibles, derivados no sólo de las relaciones transfronterizas, sino también de los nacionales, así como la Directiva permitía a los Estados miembros lo han hecho en el curso de la ejecución. En cuanto al segundo aspecto, en la mayoría de los litigios civiles y comerciales se ha establecido la mediación obligatoria como requisito de admisibilidad de la acción judicial.

Estas soluciones han impuesto un lanzamiento rápido y generalizado de las actividades de establecimiento de la mediación y la formación de profesionales para confiar a los conflictos de gestión fuera de los tribunales públicos y privados. En poco tiempo, se llevó a cabo en todo el país y en los distintos litigios civiles y comerciales del sistema judicial para la protección de los derechos, superando así una escasez crónica y estructural italiano.

Con la sentencia no. 272 de 24 de octubre de 2012, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el requisito de la mediación obligatoria introducida por el gobierno con el art. 5, del Decreto Legislativo no. 28/2010, ya que no está explícitamente previsto en el art. 60, la Ley 69/2009, que contiene la delegación parlamentaria sobre la mediación. A raíz de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, se ha producido una reducción drástica de las mediaciones que ahora son elegidas para la promoción a través de otros medios de acceso: en la recomendación de la corte (delegado de mediación) previo acuerdo de las partes (la mediación de acuerdo) y por iniciativa la parte solicitante (mediación opcional).

Las mismas modalidades de activación de la mediación también se pueden utilizar en los litigios relativos a la indemnización por daños causados por negligencia médica, así como derivados de contratos de seguros, que inicialmente fueron incluidos entre los que están sujetos a la mediación obligatoria. Para ellos, sin embargo, se requieren los más altos estándares de calidad para los organismos de mediación y para los profesionales que se encargan de ayudar a las partes. Sólo si no se puede conseguir soluciones eficientes que garanticen la plena protección de los derechos de las personas involucradas en estos conflictos, de hecho, la mediación puede también ser empleado útilmente en la gestión de la asistencia sanitaria litigio extrajudicial.

En este sentido, tenemos que desarrollar y poner a prueba la formación específica y protocolos de colaboración específicos con las instituciones de investigación, educación, protección de los niños y las profesiones judiciales, a desarrollar en el ámbito local, nacional e internacional. La estrategia de la máxima participación y el diálogo abierto le permite compartir diferentes enfoques, mejorar la calidad de la mediación y, sobre todo, para difundir entre el público en general los resultados. La aplicación de medios no judiciales de solución de diferencias, de hecho, asume la tarea de crear y difundir la cultura de la mediación en todos los niveles y en todos los sectores

RESUMEN: L'Italia ha dato un'attuazione rafforzata della direttiva 2008/52/CE relativa alla mediazione in materia civile e commerciale, con riferimento principalmente a due aspetti concernenti l'ambito applicativo e le modalità di accesso a questo meccanismo di tutela extragiudiziale. Quanto al primo aspetto, la mediazione è stata prevista per tutte le controversie aventi per oggetto diritti disponibili, scaturenti non solo dalle relazioni transfrontaliere, ma anche da quelle interne, così come la direttiva permetteva che gli Stati membri facessero in sede attuativa. Quanto al secondo aspetto, nella gran parte del contenzioso civile e commerciale è stata prescritta l'obbligatorietà della mediazione come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria.

Queste soluzioni hanno imposto il rapido e diffuso avvio delle attività di costituzione degli organismi pubblici e privati di mediazione e di formazione dei professionisti mediatori ai quali affidare la gestione extragiudiziale delle controversie. In breve tempo, è stato realizzato in tutto il Paese e per le varie controversie civili e commerciali il sistema di tutela extragiudiziale dei diritti, così superando una cronica e strutturale carenza italiana.

Con la sentenza n. 272 del 24 ottobre 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della prescrizione dell'obbligatorietà della mediazione introdotta dal Governo con l'art. 5, decreto legislativo n. 28/2010, in quanto non prevista in maniera esplicita nell'art. 60, legge 69/2009, che contiene la delega parlamentare in materia di mediazione. A seguito del recente pronunciamento della Corte Cost. si è assistito alla drastica riduzione delle mediazioni, che adesso sono promuovibili attraverso le altre modalità di accesso: su indicazione del giudice (mediazione delegata), su accordo preventivo delle parti (mediazione concordata) e su iniziativa della parte istante (mediazione facoltativa).

Le medesime modalità di attivazione della mediazione sono utilizzabili anche nelle controversie relative al risarcimento dei danni derivanti da responsabilità medica, oltre che scaturenti dai contratti assicurativi, che erano state ricomprese tra quelle inizialmente assoggettate alla mediazione obbligatoria. Per esse, tuttavia, si impongono più elevati standard qualitativi per gli organismi di mediazione e per i professionisti che sono incaricati di assistere le parti. Soltanto se si riescono a garantire soluzioni efficienti che garantiscano la piena tutela dei diritti dei soggetti coinvolti in queste controversie, infatti, la mediazione potrà essere utilmente impiegata nella gestione extragiudiziarica del contenzioso sanitario.

A tal proposito, si devono elaborare e sperimentare specifici percorsi formativi e protocolli collaborativi mirati con le istituzioni della ricerca, della formazione, della tutela giudiziale e delle professioni, da sviluppare su base locale, nazionale e internazionale. La strategia del massimo coinvolgimento e del confronto aperto permette di condividere i differenti approcci, migliorare la qualità della mediazione e, soprattutto, diffondere tra il grande pubblico i risultati. L'applicazione del meccanismo extragiudiziale di composizione delle controversie, infatti, presuppone l'attività di creazione e diffusione della cultura della mediazione a tutti i livelli e in ogni settore.

ABSTRACT: Italy has given the enhanced implementation of Directive 2008/52/EC on mediation in civil and commercial matters, with reference to two main aspects concerning the scope and methods of access to this mechanism of protection of court. As regards the first aspect, mediation has been scheduled for all disputes concerning rights available, arising not only from the cross-border relations, but also from domestic ones, as well as the Directive allowed Member States did in the course of implementation. As for the second aspect, in most of the civil and commercial litigation has been prescribed for the mandatory mediation as a condition of admissibility of judicial action. These solutions have imposed a rapid and widespread launch of activities of establishment of public and private mediation and training of professionals such as brokers to entrust the management disputes out of court. In a short time, was carried out throughout the country and for the various civil and commercial disputes the court system for the protection of rights, thus overcoming a chronic and structural shortage Italian.

With sentence no. 272 of 24 October 2012, the Constitutional Court declared unconstitutional the requirement of mandatory mediation introduced by the government with the art. 5, Legislative Decree no. 28/2010, as it is not provided explicitly in art. 60, Law 69/2009, which contains the parliamentary delegation on mediation. Following the recent ruling of the Constitutional Court, there has been a drastic reduction of the mediations that are now eligible for promotion through other modes of access: on the recommendation of the court (mediation delegate) prior agreement of the parties (mediation agreed) and on the initiative the requesting party (mediation optional). The same modalities of activation of mediation can also be used in disputes relating to compensation for damage caused by medical malpractice, as well as arising from insurance contracts, which were initially included among those subject to mandatory mediation. For them, however, you require the highest quality standards for mediation bodies and for professionals who are responsible for assisting the parties. Only if you fail to secure efficient solutions that ensure the full protection of the rights of those involved in these disputes, in fact, mediation can also be usefully employed in the management of extra-judicial dispute healthcare.

In this regard, we must develop and test specific training and collaborative protocols targeted with the institutions of research, education, child protection and judicial professions, to be developed on a local, national and international level. The strategy of the maximum involvement and open dialogue allows you to share different approaches, improve the quality of mediation and, above all, to spread among the general public the results. The application of non-judicial means of dispute settlement, in fact, assumes the task of creating and disseminating the culture of mediation at all levels and in all sectors.

PALABRAS CLAVE: Mediazione, conciliazione, tutele extragiudiziali, mezzi di risoluzione alternativi delle controversie, controversie civili, responsabilità medica, risarcimento danni.

KEYWORDS: Mediation, conciliation, extra-judicial protections, alternatives dispute resolution, civil disputes, medical liability, damages.

1. L'attuazione in Italia della Direttiva 2008/52/CE

L'iniziale quadro normativo italiano relativo al contenzioso medico legale ha subito una notevole evoluzione negli ultimi anni determinata principalmente dall'introduzione prima a livello europeo (Direttiva 2008/52/CE) e poi nazionale (Legge 69/2009 e D.Lgs. 28/2010) di una innovativa disciplina organica dedicata a taluni profili della mediazione delle controversie in materia civile e commerciale.

La riforma italiana ha reso la mediazione applicabile alla maggior parte delle controversie vertenti sui diritti disponibili¹. In particolare, come sarà precisato meglio, la mediazione è stata espressamente imposta per le domande giudiziarie aventi ad oggetto il risarcimento dei danni derivanti da responsabilità medica, oltre che per quelle concernenti i contratti assicurativi. In tal modo è stato realizzato un radicale cambiamento di approccio nella gestione delle controversie nel settore sanitario, che trova nella mediazione e nelle iniziative di composizione stragiudiziale dei conflitti un momento fondamentale di attuazione delle tutele.

La risalente disciplina nazionale applicabile al contenzioso medico legale è scaturita dal tradizionale quadro normativo interno dominato dai principi generali sulla responsabilità civile e penale e dalle regole processuali che sono rinvenibili nei rispettivi codici sostanziali e di rito². La risoluzione extragiudiziale delle controversie, in termini generali, era affidata ai me-

canismi compositivi tradizionali, anch'essi prevalentemente normati all'interno delle codificazioni italiane. I contenuti delle disposizioni, peraltro, sono stati progressivamente adeguati attraverso l'interpretazione evolutiva operata dal formante giurisprudenziale che ha fornito una rilettura costituzionalmente orientata dei tradizionali precetti codicistici. Sul piano sostanziale, sia civile che penale, infatti, si è assistito all'incessante processo di evoluzione giurisprudenziale che, soffermandosi sui principali aspetti della disciplina, ha determinato l'elaborazione di un innovativo regime speciale dedicato alla responsabilità medica.

Sul piano processuale, i tradizionali meccanismi civili di risoluzione extragiudiziale delle controversie sono costituiti prevalentemente dalle figure generali dell'arbitrato, rituale e irrituale, della perizia tecnica, della conciliazione e della transazione³. Tali meccanismi risolutivi, con riferimento ai diritti disponibili oggetto della lite, trovano applicazione anche nelle controversie risarcitorie derivanti dalla responsabilità medica. Per esse, infatti, si registra l'affermazione delle più generali tendenze alla diffusione della composizione extragiudiziale al fine di soddisfare esigenze di tutela che non sono circoscritte alle sole parti contendenti e ai terzi direttamente lesi in quanto titolari di posizioni a vario titolo coinvolte nel trattamento medico. Nella risoluzione extragiudiziale delle controversie, soprattutto nel settore in esame, assumono rilievo valori e interessi generali che sono ascrivibili al contenimento dei costi e dei tempi del contenzioso giudiziario e alla salvaguardia dell'armonia e della coesione della comunità nel suo complesso. In tal senso, le istituzioni preposte sono state sollecitate a fornire a livello internazionale e nazionale nuove soluzioni adeguate a soddisfare il crescente fabbisogno di tutela. Siffatti esigenze hanno trovato riscontro nelle varie esperienze europee e nazionali di risoluzione extragiudiziale delle controversie in campo di responsabilità professionale sanitaria.

In questa prospettiva, in primo luogo e in termini generali, sul versante della tutela extragiudiziale si deve segnalare la fondamentale novità normativa comunitaria costituita dalla Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in

¹ Sulla recente riforma italiana della mediazione, tra le principali opere di natura collettanea pubblicate, senza pretesa di completezza, si segnalano: AA. VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani e M. Leo, Napoli, 2012; AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, Padova, 2011; AA. VV., *Quaderni di conciliazione n. 1* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2011; AA. VV., *Quaderni di conciliazione n. 2* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2011; AA. VV., *Quaderni di conciliazione n. 3* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2012; AA. VV., *La mediazione civile* a cura di F. Ruscetta, M. Caradonna, F. Novelli, Milano, 2011, AA.VV., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura di A. Castagnola e F. Delfini, Padova, 2010; AA.VV., *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici* a cura di G. Sciancalepore e S. Sica, Torino, 2010; AA.VV., *La mediazione civile e commerciale* a cura di C. Besso Marcheis, Torino, 2010.

² Tra i numerosissimi contributi dedicati alle varie tematiche in materia di responsabilità medica nella letteratura civilistica italiana, si segnalano i contributi di M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano 1993; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; P. Stanzione, N. Zambrano, *Attività sanitaria e responsabilità medica*, Milano 1998; V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 294 ss.; C. PILIA, *Tutela contrattuale della personalità del paziente nel trattamento medico*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, III, Napoli, 2008, p. 1425 ss.; M. BONA, *La Cassazione rigetta il modello della "causalità proporzionale" con un decalogo impeccabile della valutazione degli atti pregressi*, in *Il corriere giuridico*, 2011, p. 1672 ss.

³ In relazione a questi strumenti extragiudiziali di composizione della lite, tra i recenti contributi, v. S. IANNICELLI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbl. contr.*, 2, 2008, p. 146 ss.; M. MARINELLO, *I Procedimenti complementari di risoluzione delle controversie*, in *Obbl. contr.*, 7, 2011, p. 530 ss.

materia civile e commerciale⁴. L'obiettivo perseguito è la garanzia di un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie. La direttiva, infatti, dovrebbe contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare per quanto concerne la disponibilità dei servizi di mediazione (considerando n. 5). A tal proposito, si rileva che la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione, si osserva ancora quanto ai vantaggi conseguibili, hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera (considerando n. 8). I profili teleologici sono riferibili anche al contenzioso medico legale che, per tante e ancor più profonde ragioni, necessita della predisposizione di adeguati meccanismi di risoluzione consensuale dei conflitti tra i soggetti coinvolti, tra gli altri: pazienti, professionisti e strutture che erogano servizi sanitari e compagnie assicuratrici.

L'obiettivo dichiarato dall'art. 1 della direttiva 2008/52/CE, più precisamente, è quello di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario. La stessa direttiva (art. 3) introduce una disciplina innovativa e comune delle tutele extragiudiziali da applicare in tutti i Paesi dell'Europa e, perciò, accompagna i contenuti normativi con le fondamentali definizioni oggettive e soggettive, a cominciare da quelle concernenti la «mediazione» e il «mediatore».

La prima è da intendere come un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse

stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro. La direttiva offre altresì la duplice precisazione che esso, per un verso, include la mediazione condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione e, per altro verso, esclude i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima.

Per «mediatore» si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione.

La disciplina comunitaria stabilisce i principi fondamentali che si devono applicare in tutte le legislazioni nazionali in materia di mediazione civile e commerciale per garantirne la qualità. Così si segnalano l'incidenza della domanda di mediazione sulla prescrizione e la decadenza (art. 8), la natura esecutiva dell'accordo raggiunto in mediazione (art. 6), il carattere riservato della procedura (art. 7), il rispetto dei principi di imparzialità, indipendenza, efficacia e competenza (art. 4). A tal proposito, si stabilisce che gli Stati membri incoraggino in qualsiasi modo ritengano appropriato l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione. Inoltre, si prescrive che gli Stati membri incoraggino la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti.

La direttiva, inoltre, stabilisce che i principi comuni in essa stabiliti siano fondamentali, abbiano natura cogente e carattere minimale e, perciò, che ciascuno Stato debba rispettarli e farli osservare, potendo comunque attuarli nella legislazione nazionale mediante l'adozione di soluzioni normative rafforzate che comportino una maggiore tutela dei valori e dei soggetti protetti. Una tutela rafforzata, in ogni caso, si rende

⁴ A proposito della direttiva 2008/52/CE, nella vasta letteratura italiana, si segnalano: V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediazione*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 1 ss.; G. IMPAGNATELLO, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2007/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357 ss.

necessaria per i settori più delicati del contenzioso civile che coinvolgono valori di rango costituzionale e vedono lesi soggetti deboli meritevoli di una più intensa protezione rispetto alle controparti forti come, tra l'altro, accade nella responsabilità professionale sanitaria.

2. Il rafforzamento della tutela extragiudiziale

L'Italia si è orientata per tanti versi nel senso di realizzare un deciso rafforzamento della tutela extragiudiziale delle controversie sia transnazionali che interne. Per affrontare la grave e cronica crisi che colpisce il sistema giudiziario e, probabilmente, per tentare di superare l'arretratezza strutturale nella diffusione delle tutele extragiudiziali che si riscontra in ambito nazionale, si è perciò data un'attuazione rafforzata ai principi della direttiva 2008/52/CE. La scansione dell'iter normativo multilivello di recepimento della fonte europea ha coinvolto il Parlamento per la redazione dei principi generali, il Governo per la stesura della normativa organica sul sistema della mediazione e il Ministero della Giustizia per la compilazione della normativa regolamentare e la gestione degli aspetti amministrativi della riforma.

Con la legge 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile⁵, all'art. 60 (Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali) sono stati stabiliti i principi e i criteri generali di attuazione della direttiva 2008/52/CE e di redazione della riforma organica della disciplina della mediazione⁶. La delega parlamentare è stata tempestivamente attuata con il decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 – Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69⁷, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali⁸. La nor-

mativa secondaria e di dettaglio sulla mediazione è stata adottata con il Decreto del Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 180⁹ – Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28¹⁰, successivamente integrata e modificata con il Decreto 6 luglio 2011, n. 145¹¹ – Regolamento di modifica al decreto 18 ottobre 2010 n. 180 sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione.¹²

Il legislatore italiano ha dettato una disciplina organica che assume carattere generale e attribuisce alla mediazione un ruolo centrale nel nuovo sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie civili e commerciali. Tanto si deve essenzialmente alle due principali scelte di politica del diritto che sono state compiute per realizzare un'effettiva funzione deflativa del contenzioso giudiziario, intervenendo nella redazione della riforma italiana, rispettivamente, quanto all'ambito applicativo allargato della mediazione e all'imposizione della stessa come condizione di accesso alla giurisdizione¹³. Entrambe le soluzioni, peraltro,

civile: il procedimento, la competenza e la proposta, *ivi*, p. 624 ss.; P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, *ivi*, p. 631 ss.; L. GRAZIANO, *Contenzioso civile e norme sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2011, p. 614 ss.; E. FABIANI E M. LEO, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" di cui al d.lgs. 28/2010*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla <<mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali>>*, *ivi*; M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 343 ss.; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 616 ss.; U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *I contratti*, 5, 2010, p. 437 ss.

⁹ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 258 del 4 novembre 2010.

¹⁰ Sulla normativa regolamentare del d.m. n. 180/2010, v. E. MINERVINI, *Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Contr. impr.*, 2, 2011, p. 229 ss.; G. CUFFARO, *Spontaneità della conciliazione e obbligatorietà della mediazione*, in *Il corriere del merito*, 2, 2011, p. 5 ss.; A. CONTALDO, M. GORGA, *La mediazione civile e commerciale alla luce del D.M. 180 del 4 novembre 2010*, in *Il corriere giuridico*, 1, 2011, p. 5 ss.; E. MANGINI, S. ZERAUSCHEK, *La nuova mediazione civile secondo il D.M. 180/2010*, in *Immobili & proprietà*, 3, 2011, p. 179 ss.; A. GRECO, *La via italiana alla mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28 del d.m. 18-10.2010 n. 180*, in *Obbl. contr.*, 5, 2011, p. 361 ss.

¹¹ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 197 del 25 agosto 2011.

¹² A proposito delle novità introdotte dal d.m. n. 145/2011, v. L. ANSALDI, *Le recenti novità legislative in materia di mediazione*, in *I contratti*, 2, 2012, p. 207 ss.

¹³ In proposito, v. G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 139 ss.

⁵ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2009.

⁶ Sul contenuto della legge delega in materia di mediazione, v. R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in AA. VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 354 ss.; F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 5, 2009, p. 1257 ss.; C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 845 ss.; F. MURINO, *Prime considerazioni sulla mediazione nel sistema della tutela dei diritti*, in *Il corriere del merito*, 6, 2010, p. 593 ss.; F. CUOMO ULLOA, *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, in *I contratti*, 2, 2010, p. 209 ss.

⁷ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 53 del 5 marzo 2010.

⁸ In relazione alle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 28/2010, tra gli altri, v. I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le società*, 5, 2010, p. 619 ss.; G. ARMONE, *La mediazione*

erano ipotizzate come facoltative dalla stessa direttiva 2008/52/CE che le rimetteva alle decisioni dei singoli Stati membri¹⁴.

Per un verso, è stata estesa l'applicazione della mediazione a tutte le controversie aventi per oggetto diritti disponibili: non solo per quelle c.d. transnazionali, ossia tra contendenti aventi residenza o sede in Stati europei differenti, ma anche alle controversie interne, ossia intercorrenti tra soggetti appartenenti tutti al medesimo Stato. In particolare, sono ricomprese le controversie tra litiganti italiani, che appaiono quelle di gran lunga più numerose e frequenti in ambito nazionale.

Per altro verso, è stato previsto che l'accesso alla mediazione si realizzi sulla base di plurimi fondamenti. In primo luogo, l'avvio della mediazione è una scelta che può essere compiuta liberamente dalla parte istante che decida di avvalersene (mediazione facoltativa)¹⁵, in secondo luogo l'utilizzo della mediazione può essere stata previamente concordata dai contendenti in una clausola contrattuale, di uno statuto o atto costitutivo di un ente dal quale scaturisce il conflitto (mediazione concordata)¹⁶ e, in terzo luogo, l'esperimento della mediazione può essere sollecitata direttamente dal giudice in qualunque fase del giudizio anche in grado d'appello (mediazione delegata) allorché appaia utile a favorire una soluzione bonaria della lite¹⁷. Infine, la mediazione è stata imposta normativamente ai contendenti prima di rivolgersi al giudice, alla stregua di una condizione di procedibilità dell'azione (mediazione obbligatoria) in una vastissima area di controversie del contenzioso civile e commerciale¹⁸.

Proprio la mediazione obbligatoria ha suscitato le maggiori critiche e resistenze da parte degli operatori del diritto, soprattutto quelli dell'ambiente forense, che hanno denunciato la violazione dei principi fondamentali del diritto europeo e nazionale¹⁹. In partico-

lare, la principale censura concerne la lesione del diritto fondamentale di rivolgersi al giudice e, quindi, di ottenere la tutela giurisdizionale degli interessi protetti dall'ordinamento. L'obbligatorietà della mediazione, più precisamente, è stata introdotta dall'art. 5, d.lgs. n. 28/2010 per tutte le seguenti controversie in materia di: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

L'ambito applicativo della mediazione obbligatoria è apparso da subito vastissimo e assai eterogeneo, forse troppo, ricomprendendo un'enorme mole di controversie che presentano caratteristiche molto differenti tra esse e richiedono l'adeguamento degli approcci risolutivi specificamente rivolti a ciascuna materia. Forse sarebbe stato preferibile un approccio più graduale, che desse il tempo necessario ad avviare con gradualità la sperimentazione del nuovo meccanismo compositivo e permettesse di organizzare quanto occorrente a garantire il suo migliore funzionamento in tutte le materie del contenzioso e per l'intero territorio italiano. La prescrizione dell'immediata e complessiva attuazione della riforma, che ha direttamente interessato le controversie risarcitorie derivanti da responsabilità medica, oltre che numerose altre controversie concernenti le disfunzioni nelle prestazioni sanitarie, ha imposto una rapida e generalizzata strutturazione del sistema della mediazione in tutta Italia. Per le richiamate controversie, infatti, la proposizione dell'azione giudiziaria è stata normativamente subordinata all'esperimento del procedimento di mediazione finalizzato alla conciliazione e, quindi, alla costituzione e all'accreditamento degli organismi di mediazione e, di conseguenza, alla formazione dei professionisti chiamati ad assistere i contendenti nel tentativo di risoluzione consensuale delle controversie. Quasi come se si fosse aperto un enorme cantiere, pertanto, sul territorio nazionale è stata immediatamente avviata la costituzione degli enti e la formazione dei professionisti ai quali è affidato il funzionamento dell'articolato sistema della mediazione.

3. La mediazione finalizzata alla conciliazione

primo grado, ivi.; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno, ivi.*; R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità, ivi.*

¹⁴ Considerando n. 8 e art. 7, par. 2, della direttiva 2008/52/CE.

¹⁵ Art. 2, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁶ Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁷ Art. 5, comma 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁸ Art. 5, comma 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁹ In relazione all'obbligatorietà della mediazione, tra gli altri contributi, si segnalano, R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 109 ss.; G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 139 ss.; P. DELL'ANNA, E. GARBARRINI, M. LEO, I. PAGANELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 215 ss.; M.M. ANDREONI, G. BATTAGLIA, S. GIAVARRINI, S. ROMANO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 63 ss.; A. GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *La resp. civ.*, 2011, p. 326 ss.; I. ZINGALES, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; F. SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di*

In conformità alle prescrizioni europee, la riforma italiana ha provveduto a stabilire, anche attraverso l'elaborazione di una corrispondente terminologia, il nuovo sistema di tutela extragiudiziale incentrato sulla mediazione fissandone i capisaldi nelle definizioni essenziali che accompagnano la disciplina. Per chiarezza e sintesi espositiva, pertanto, si riportano le definizioni italiane di «mediazione», «conciliazione», «mediatore» e «organismi».

Nell'ordine, per «mediazione» si intende l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa²⁰. Inoltre, per «conciliazione» si intende la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione²¹.

La mediazione, pertanto, indica il procedimento e la conciliazione ne rappresenta l'esito positivo, che si sostanzia in un accordo. Esso può essere raggiunto amichevolmente, ossia in maniera spontanea, direttamente dalle parti con l'assistenza del mediatore (mediazione facilitativa), ovvero mediante l'adesione delle stesse parti contendenti al contenuto della proposta risolutiva scritta formulata dal mediatore (mediazione valutativa). Sono, queste, in sintesi, le due principali tecniche di conduzione della procedura che, in progressione, possono essere utilizzate nella risoluzione della controversia²². La prima, in base alla riforma, è sempre utilizzabile, la seconda, invece, ha carattere eventuale e, di regola, risulta subordinata alla congiunta richiesta di tutte le parti contendenti ovvero, in mancanza, alla valutazione di opportunità compiuta dallo stesso mediatore²³.

Per «mediatore» si intende la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i

destinatari del servizio medesimo²⁴. In questo modo, si individua il tratto caratterizzate di questa tecnica non autoritativa, né eteronoma di risoluzione extragiudiziale del conflitto nella quale il mediatore non esercita poteri decisori della controversia. La risoluzione della controversia infatti presuppone sempre l'accordo delle parti contendenti, tanto se esso sia raggiunto spontaneamente dai contendenti, quanto se gli stessi aderiscano all'ipotesi compositiva prospettata dal mediatore (proposta scritta)²⁵.

Per i mediatori, quali professionisti incaricati di assistere le parti nel procedimento compositivo extragiudiziario, la riforma stabilisce pure i requisiti minimi di onorabilità e qualificazione che sono necessari al fine di conseguire e mantenere l'abilitazione all'esercizio di questa fondamentale attività²⁶. In particolare, si richiede il possesso di un diploma di laurea almeno triennale ovvero, in alternativa, l'iscrizione ad un ordine o collegio professionale²⁷. Inoltre, si delinea un percorso formativo di base della durata di cinquanta ore, con verifica finale di quattro ore, e un percorso di aggiornamento biennale di almeno diciotto ore²⁸. La riforma, peraltro, impone che il percorso formativo, di contenuto teorico e pratico riguardante diverse materie, sia svolto unicamente da enti di formazione dedicati che si devono accreditare presso il Ministero della Giustizia, al pari del responsabile scientifico e dei docenti che impartiscono le lezioni²⁹. Al contempo, per tutti i mediatori è prescritto nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito partecipino ad almeno venti casi di mediazione presso gli organismi accreditati per la gestione delle procedure³⁰. I mediatori, infine, sono considerati dei professionisti che si accreditano iscrivendosi presso un apposito registro tenuto dal Ministero della Giustizia e prestano la loro

²⁴ A proposito della definizione di mediatore, v. C. BRUNELLI, M. BUZIO, M. KROGH, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 69 ss.; C. MENICHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, cit., p. 1 ss.

²⁵ In relazione alla proposta scritta formulata dal mediatore, ai sensi dell'art. 11, d.lgs. 28/2010, v. E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta <<aggiudicativa>> del mediatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 486 ss.; D. NOVIELLO, in *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 189 ss.; M. BUZIO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 260 ss.

²⁶ Sui requisiti richiesti per i mediatori dalla normativa italiana, v. M. DI ROCCO, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 399 ss.

²⁷ Art. 4, comma 3, lett. a), d.m. n. 180/2010.

²⁸ Art. 4, comma 3, lett. b), d.m. n. 180/2010.

²⁹ Artt. 17 e 18, d.m. n. 180/2010.

³⁰ Art. 4, comma 3, lett. b), d.m. n. 180/2010.

²⁰ In relazione alla definizione di mediazione accolta in Italia, v. .

²¹ Sulla definizione di conciliazione, v. A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, p. 272 ss.

²² In relazione alle due modalità facilitativa e aggiudicativa di conduzione della mediazione, tra gli altri, v. A. SANTI, in *La composizione mediazione per la composizione amichevole delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 272 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 263 ss. D. NOVIELLO, in *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 181 ss.; M. CARADONNA, in *La mediazione civile*, cit., p. 288 ss.

²³ Art. 11, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

attività di assistenza negli organismi di gestione delle procedure ai quali si rivolgono le parti contendenti. La riforma precisa che i mediatori possano collaborare con diversi organismi di mediazione, fino a un massimo di cinque³¹, e che ciascun organismo di mediazione per potersi iscrivere nel registro ministeriale e operare debba aver raccolto la disponibilità di almeno cinque mediatori abilitati³².

Più precisamente, l'«organismo di mediazione» è costituito dall'ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi della disciplina di cui al d.lgs. n. 28/2010 e alle normative regolamentari³³. Per gli enti pubblici e privati che diano garanzia di indipendenza, efficienza e professionalità, la riforma prevede numerosi requisiti che devono essere posseduti per conseguire l'accreditamento, che si ottiene mediante l'iscrizione presso apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia che svolge anche l'attività di controllo e sanzionatoria nel settore³⁴. Per gli enti pubblici, peraltro, la riforma ipotizza una procedura semplificata di accreditamento e l'attribuzione di una competenza generale a trattare le controversie nelle varie materie civili e commerciali.

La nuova disciplina, infatti, ha previsto che le Camere di commercio³⁵, che già si occupavano della conciliazione societaria e tra imprese in base alla previgente normativa nazionale, possano accreditarsi di diritto e siano abilitate a trattare in mediazione tutte le controversie civili e commerciali, come pure i Consigli degli Ordini degli avvocati che costituiscano un organismo di mediazione che operi all'interno dei locali del tribunale³⁶. Per gli altri Ordini e Collegi professionali, inoltre, si stabilisce che possano costituire organismi accreditati per trattare le controversie rientranti nella loro specifica competenza³⁷.

Per gli organismi aventi competenza generale e, comunque, per quelli aventi dimensioni più grandi è previsto che con regolamento possano dotarsi di un'articolazione interna in sezioni tematiche, con sud-

divisione dei mediatori in base alla differente formazione, professionalità ed esperienza, in modo da riuscire a trattare adeguatamente le singole controversie concernenti le diverse materie civili e commerciali³⁸. Per gestire le mediazioni, infatti, gli organismi si avvalgono dei propri mediatori, utilizzandoli individualmente ovvero collegialmente a seconda della natura della controversia e delle norme di funzionamento contenute nel regolamento di procedura e nel codice etico di comportamento di cui ciascun organismo si deve munire fin dal momento d'iscrizione nel registro ministeriale per riuscire ad accreditarsi e per operare³⁹.

Il responsabile dell'organismo di mediazione⁴⁰, infatti, per ciascuna domanda di avvio della procedura compositiva che viene presentata ha la possibilità di nominare uno o più mediatori per assistere le parti nella risoluzione della controversia e, allorquando si presenta la necessità di avvalersi di competenze tecniche o specialistiche, può altresì nominare dei mediatori ausiliari che possiedano le competenze necessarie⁴¹. In mancanza di mediatori tecnici, sarà il mediatore designato ad avvalersi della collaborazione di un perito, che viene nominato anche attingendo dall'elenco tenuto dal Presidente del Tribunale⁴².

Le formule organizzative e gestionali che si utilizzano, peraltro, assumono significativo rilievo su molteplici piani, sia economici dei costi posti a carico delle parti contendenti e sia più in generale del rispetto dei criteri qualitativi di indipendenza, imparzialità, professionalità, disponibilità e osservanza dei tempi contingenti di svolgimento e di durata massima della procedura di mediazione. Entrambi i profili sono di estrema importanza per il successo della mediazione.

Quanto al primo profilo di carattere economico, la riforma della mediazione stabilisce che i compensi spettanti ai periti esterni siano calcolati dall'organismo di mediazione anche tenendo conto dei parametri previsti per i consulenti tecnici d'ufficio dei quali si avvalgono i giudici nei processi civili⁴³. Si tratta di costi assai significativi, che si aggiungono a quelli normalmente dovuti dalle parti per la procedura di mediazio-

³¹ Art. 6, comma 3, d.m. n. 180/2010.

³² Art. 4, comma 2, lett. f), d.m. n. 180/2010.

³³ In relazione agli organismi di mediazione, v. S. CAMILLERI, L. RUSSO, V. MASTROIACOVO, V. SESSANO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 443 ss.; G. MINELLI, A. SANTI, C. MARUCCI, M. DI ROCCO, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 338 ss.; S. ROMANO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, cit., p. 249 ss.

³⁴ Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

³⁵ Art. 4, comma 3, lett. a), d.m. n. 180/2010.

³⁶ Art. 18, d.lgs. n. 28/2010.

³⁷ Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

³⁸ Art. 7, d.m. n. 180/2010.

³⁹ Art. 5, d.m. n. 180/2010.

⁴⁰ In relazione all'esercizio da parte del responsabile dell'organismo di mediazione del potere di nomina dei mediatori, v. A.V. CAPASSO, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 165 ss.; M. MARINARO, *La designazione del mediatore tra legislazione e prassi ministeriale*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it.

⁴¹ Art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

⁴² Art. 8, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

⁴³ Art. 3, comma 3, lett. l), l. n. 69/2009.

ne. Per questa attività, infatti, è stato stabilito un regime tariffario calmierato che ha determinato l'importo delle indennità dovute dalle parti in base al valore delle controversie. Con il D.M. 180/2010, infatti, sono state fissate le indennità a carico delle parti per la mediazione e risultano altresì individuati gli importi massimi dovuti in relazione a dieci scaglioni di valore delle controversie (all. A), nonché una serie di criteri integrativi di maggiorazione e riduzione degli importi dovuti a seconda dei casi concreti⁴⁴.

Siffatto regime tariffario, imposto agli organismi pubblici per tutte le mediazioni e a quelli privati per quelle obbligatorie⁴⁵, inoltre, è costruito sulla scorta del criterio di omnicomprensività⁴⁶. Più precisamente, si dispone espressamente che le spese di mediazione comprendono anche l'onorario del mediatore per l'intero procedimento di mediazione, indipendentemente dal numero di incontri svolti. Si precisa, inoltre, che le stesse spese di mediazione rimangono fisse anche nel caso di mutamento del mediatore nel corso del procedimento ovvero di nomina di un collegio di mediatori, di nomina di uno o più mediatori ausiliari, ovvero di nomina di un diverso mediatore per la formulazione della proposta scritta. In pratica, le spese a carico dei contendenti sono comprensive anche gli onorari per i mediatori e risultano calmierate e non mutano qualora il responsabile dell'organismo anziché un solo mediatore decida di nominare un collegio di mediatori, né se gli stessi siano sostituiti o integrati nel corso della procedura. E' indubbio, quindi, che l'organismo di mediazione che si avvalga di un collegio di mediatori in possesso di tutte le competenze giuridiche e tecniche occorrenti anche per l'eventuale formulazione della proposta risolutiva scritta garantisca meglio l'adeguata professionalità nell'assistenza delle parti contendenti con costi decisamente competitivi. Di certo, per le parti le spese sarebbero inferiori rispetto a quelle dovute negli organismi che invece chiedano ai mediatori giuristi di avvalersi di periti esterni o, viceversa, ai mediatori tecnici di farsi assistere da esperti delle questioni giuridiche. In entrambe le situazioni, si graverebbe la procedura di ulteriori oneri a carico dei contendenti.

La nomina di un solo mediatore ovvero di un collegio di mediatori, inoltre, costituisce una differente scelta organizzativa e gestionale di notevole importanza pure sul piano della maggiore indipendenza e im-

parzialità, oltre che disponibilità e tempestività del servizio di assistenza che l'organismo riesce a garantire nello svolgimento della mediazione. Tali aspetti, infatti, assumono notevole significato nelle controversie di maggiore complessità e difficoltà, tra le quali rientrano quelle in materia di responsabilità civile che, per essere adeguatamente trattate, richiedono più elevati standards qualitativi e di specializzazione nell'assistenza dei contendenti.

Sul piano temporale, inoltre, la diretta disponibilità di tutte le professionalità che operano stabilmente come mediatori permette di garantire una maggiore tempestività nell'assistenza, senza dover ricorrere all'occasionale collaborazione di professionisti esterni. Costoro, verosimilmente, sono abituati a lavorare con tempistiche più ampie, oltre che con remunerazioni maggiori in quanto calibrate sulla base del regime del contenzioso giudiziario in cui sono solitamente impegnati come consulenti tecnici di parte o d'ufficio. Gli aspetti temporali della mediazione, in particolare, hanno formato oggetto di una puntuale e rigorosa disciplina, con prescrizioni sia del termine di quindici giorni per l'effettuazione del primo incontro di comparizione delle parti davanti al mediatore⁴⁷ e sia di una durata massima dell'intero procedimento stabilita in quattro mesi⁴⁸. L'osservanza di tali scadenze, infatti, si dimostra difficile, se non impossibile in mancanza di un numero deguato di professionisti che siano qualificati e prontamente disponibili a effettuare il compimento degli accertamenti complessi richiesti per la risoluzione delle controversie più delicate e difficili quali sono, tra le altre, quelle in materia di responsabilità professionale, specie sanitaria e medica.

4. I profili qualitativi della mediazione

I profili qualitativi della mediazione, inoltre, sono fondamentali sia nell'impostazione generale e sia nel funzionamento concreto della riforma che prevede un sistema aperto e concorrenziale di accreditamento che subordina l'abilitazione degli organismi e dei mediatori all'iscrizione in appositi registri ministeriali sulla scorta della verifica del possesso dei requisiti minimi richiesti dalle norme. Tuttavia, il sistema è configurato in maniera tale da stimolare la competizione tra gli organismi accreditati erogatori del servizio della mediazione in quanto gli utenti possono liberamente scegliere a quale di essi organismi preferiscano rivolgersi. Le nor-

⁴⁴ Art. 16, d.m. n. 180/2010.

⁴⁵ Art. 16, comma 13, d.m. n. 180/2010.

⁴⁶ Art. 16, comma 10, d.m. n. 180/2010.

⁴⁷ Art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁸ Art. 6, d.lgs. n. 28/2010.

me, in base al principio volontaristico che anima l'intera attività di mediazione, rimettono alla parte che intende promuovere il procedimento l'individuazione dell'organismo a cui rivolgersi, senza vincoli di competenza territoriale⁴⁹. La decisione dell'istante è libera e spazia tra tutti gli organismi accreditati in Italia, perciò assoggettati a una dinamica competitiva che, in prospettiva, dovrebbe vedere prevalere le formule gestionali migliori, in quanto più qualificate, efficienti ed economiche.

Il procedimento di mediazione⁵⁰, come accennato, si svolge davanti all'organismo scelto dalla parte istante e deve condursi nel rispetto dei principi generali, delle normative europee e nazionali, nonché delle disposizioni contenute nel regolamento di procedura e nel codice etico di comportamento di cui l'organismo deve obbligatoriamente dotarsi. Al tal riguardo, la riforma prevede espressamente che al procedimento di mediazione si applichi il regolamento dell'organismo scelto dalle parti⁵¹ e che il medesimo regolamento debba, in ogni caso, garantire la riservatezza, sia interna che esterna del procedimento, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico⁵². Si precisa inoltre, che gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità e che la mediazione si possa svolgere secondo modalità telematiche previste dal regolamento dell'organismo⁵³.

Una particolare attenzione è stata riservata dalla normativa europea⁵⁴ e nazionale⁵⁵ alla tutela della riservatezza nella mediazione⁵⁶. Più precisamente, si

stabilisce che chiunque presti la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione sia tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo⁵⁷. Inoltre, si soggiunge che rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti⁵⁸. La riservatezza sull'esistenza e sui contenuti della mediazione, infatti, è garanzia indispensabile affinché le parti si aprano al confronto in mediazione senza temere che tali informazioni siano utilizzate in sede processuale⁵⁹.

A tal proposito, il legislatore italiano ha pure stabilito in ordine all'inutilizzabilità e al segreto professionale⁶⁰. Per un verso, è stato stabilito che le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni, si precisa altresì, non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio⁶¹. Per altro verso, si prescrive che il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità

⁴⁹ Art. 4, d.lgs. n. 28/2010.

⁵⁰ In relazione al funzionamento del procedimento di mediazione, v. L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 575 ss.; R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; A. SANTI, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 214 ss.; C. BRUNELLI, M. BUZIO, C. CALDERONI, A.V. CAPASSO, A. GIORDANO, M. LEO, V. MASTROIACOVO, V. SESSANO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 145ss.; D. NOVELLO, in G. AUTORINO, D. NOVELLO, C. TROISI, *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011, p. 151 ss.

⁵¹ Art. 3, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

⁵² Art. 3, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

⁵³ Art. 3, commi 3 e 4, d.lgs. n. 28/2010.

⁵⁴ Art. 7, direttiva 2008/52/CE.

⁵⁵ Artt. 9 e 10, d.lgs. n. 28/2010.

⁵⁶ In merito alla tutela della riservatezza nella mediazione, tra gli altri, v. C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, in AA. VV., *Quaderni di conciliazione n. 3*, cit., p. 183 ss.; M. BUZIO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 95 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*,

Torino, 2011, p. 51 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, p. 229 ss.; A. SANTI, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 251 ss.; C. MENICHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, cit., p. 145 ss.; D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it.

⁵⁷ Art. 9, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

⁵⁸ Art. 9, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

⁵⁹ In relazione alle disposizioni dell'art. 9, d.lgs. n. 28/2010, tra gli altri, C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali in mediazione*, cit., p. 202 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 251 ss.; C. MENICHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 145 ss.; M. BUZIO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 95 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 229 ss.

⁶⁰ Art. 10, d.lgs. n. 28/2010. In proposito, v. C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali in mediazione*, cit., p. 211 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 261 ss.; F. FERRARIS, F. SODDU, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 150 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 249 ss.

⁶¹ Art. 10, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

giudiziarie né davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto applicabili⁶².

Tutte le disposizioni e in specie le garanzie da ultimo richiamate risultano indispensabili e, comunque, assumono fondamentale significato nelle controversie in materia di responsabilità medica. In relazione ad esse, sovente, per i medesimi fatti si attivano una pluralità di valutazioni e giudizi, non solo civili, ma anche penali e contabili, oltre che disciplinari a carico dei professionisti coinvolti. Pertanto, è forte il timore che i contenuti della mediazione, benché finalizzati unicamente al raggiungimento della conciliazione della controversia sui profili risarcitori, possano essere trasfusi in altre sedi di giudizio, ritorcendosi contro le stesse parti contendenti.

Nella mediazione, inoltre, si impone il massimo rispetto della riservatezza e della sicurezza del trattamento dei dati personali che deve avvenire nell'osservanza rigorosa delle disposizioni del codice della privacy (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)⁶³, specie con riferimento alla tutela dei dati sensibili, giudiziari e legati allo stato di salute, compresi quelli genetici. Per essi, infatti, è intervenuto il Garante per la protezione dei dati personali mediante l'adozione di un'apposita regolamentazione dedicata alla mediazione civile e commerciale, con particolare riferimento al contenzioso medico legale. In questo tipo di contenzioso, invero, sono suscettibili di venire in rilievo i profili più intimi e riservati dei contendenti, in quanto più strettamente legati alla salute e alle condizioni della persona. In relazione a tali aspetti, pertanto, si impone una massima protezione della riservatezza.

Nella riforma italiana, sul piano repressivo, si attribuisce al Ministero della Giustizia un potere di vigilanza e sanzionatorio nei confronti degli organismi e dei mediatori che non rispettino le prescrizioni in materia di mediazione⁶⁴. Inoltre, a tutti gli organismi è stato imposto il possesso di una polizza assicurativa per un importo non inferiore a cinquecentomila euro per la responsabilità a qualunque titolo derivante dallo svolgimento dell'attività di mediazione⁶⁵. In questo modo, la parte che sia danneggiata dalla mediazione può confidare anche della suddetta copertura

assicurativa. Un siffatto massimale, tuttavia, potrebbe non dimostrarsi adeguato in relazione a quelle procedure di mediazione di maggiore importo, superiore al milione di euro, ovvero concernenti profili più riservati, come accade sovente in materia di responsabilità medica. Anche sotto questo aspetto, la scelta degli utenti dovrebbe orientarsi verso gli organismi che garantiscano livelli qualitativi di maggiore tutela.

In caso di successo della procedura di mediazione, l'accordo conciliativo raggiunto dalle parti è suscettibile di assumere un valore che trascende le parti contendenti. Così, l'accordo conciliativo in materia immobiliare è suscettibile di essere trascritto nei casi previsti dall'art. 2643 cod. civ. nei registri pubblici, qualora la sottoscrizione del verbale sia autenticata da un pubblico ufficiale autorizzato a conferire pubblica fede (notaio)⁶⁶. Inoltre, l'accordo conciliativo assume forza esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale dopo avere conseguito l'omologa del Presidente del Tribunale del distretto nel quale ha sede l'organismo di mediazione⁶⁷. Nel giudizio di omologa l'Autorità giudiziaria è chiamata a verificare sia il rispetto delle procedure formali della mediazione e sia la non contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico del contenuto dell'accordo conciliativo⁶⁸.

5. L'intervento della Corte costituzionale sull'illegittimità della prescrizione della mediazione obbligatoria

Il monitoraggio dell'attuazione della riforma della mediazione è stato affidato al Ministero della Giustizia, che ha provveduto a divulgare i dati con cadenza almeno annuale⁶⁹. A distanza due anni dall'entrata in vigore della riforma, sono stati tracciati i primi dati sugli organismi di mediazione accreditati (un migliaio), sugli enti di formazione per mediatori (circa trecentocinquanta) e sui mediatori formati (circa cinquantamila), nonché sulle procedure di mediazione svolte (circa duecentocinquanta). Sono stati altresì elaborati i dati statistici nazionali e regionali di applicazione della mediazione, con riferimento sia all'intero contenzioso e sia alle singole materie. In particolare, sono state rile-

⁶² Art. 11, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

⁶³ Art. 12, d.lgs. n. 28/2010.

⁶⁴ In relazione all'esecutività dell'accordo conciliativo e al giudizio di omologa del verbale di conciliazione, v. E. GASBARRINI, in AA. VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 347 ss.; G. MINELLI, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, cit., p. 289 ss.

⁶⁵ Art. 11, d.lgs. n. 28/2010.

⁶² Art. 10, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

⁶³ Art. 7, comma 8, d.m. n. 180/2010.

⁶⁴ Art. 10, d.m. n. 180/2010.

⁶⁵ Art. 7, comma 2, lett. b), d.m. n. 180/2010.

vate le varie tipologie di procedure di mediazione promosse, il valore, la durata e l'esito delle stesse, la partecipazione delle parti e l'assistenza legale, con la ripartizione dei dati raccolti per area geografica e per settore di contenzioso interessati. I medesimi dati, inoltre, sono stati selezionati con particolare riferimento alle controversie sulla responsabilità medica, che per tanti aspetti presentano delle peculiarità che richiedono un approccio distinto e particolare.

Sul versante dell'evoluzione del quadro normativo, quale fattore di primario rilievo, è da segnalare come alla fine dello scorso anno la Corte costituzionale con la sentenza n. 272 del 24 ottobre 2012 abbia dichiarato la illegittimità costituzionale delle disposizioni della riforma che hanno introdotto l'obbligatorietà della mediazione per tutte le controversie di cui all'art. 5 d.lgs. 28/2010, nonché delle ulteriori disposizioni collegate che prevedevano le conseguenze sanzionatorie di carattere processuale⁷⁰ ed economico⁷¹ a carico della parte che senza giustificato motivo non si fosse presentata in mediazione. La pronuncia di illegittimità⁷², invero, ha accolto un rilievo di mero ordine procedurale dell'iter legislativo di emanazione della riforma, in quanto l'obbligatorietà della mediazione è stata introdotta dal d.lgs. 28/2010 in mancanza della formulazione di un corrispondente principio o criterio nella delega parlamentare (art. 60, l. n. 69/2009)⁷³.

La Corte nell'ampio apparato motivazionale, comunque, non ha mancato di svolgere delle considerazioni di ordine sostanziale, rilevando come l'obbligatorietà della mediazione sia compatibile tanto con il diritto europeo quanto con il diritto interno. La previsione legislativa dell'obbligatorietà della mediazione, tuttavia, deve corrispondere ad un apprezzabile interesse generale, che giustifichi un'attenuazione, ma non l'esclusione, del diritto fondamentale di accedere

alla giurisdizione. Tale interesse, peraltro, non è solamente quello dello Stato al contenimento del contenzioso giudiziario, ma principalmente quello degli utenti al miglioramento dell'accesso alla giustizia, da ritenere comprensiva tanto delle tutele extragiudiziali che di quelle giudiziali.

La richiamata pronuncia della Corte Cost., eliminando la condizione di procedibilità dell'azione giudiziale imposta con l'obbligatorietà della previa mediazione, ha determinato un forte rallentamento, se non la totale sospensione dell'attuazione della riforma. Si è registrato l'arresto del vorticoso processo di adeguamento del tradizionale sistema giudiziario alla nuova dinamica procedimentale incentrata sulla mediazione. Tuttavia, si colgono evidenti i risultati conseguiti attraverso l'iniziale previsione dell'obbligatorietà della mediazione rappresentati dalla infrastrutturazione dell'intero Paese attraverso la costituzione degli organismi di mediazione e la formazione dei professionisti disponibili ad assistere le parti. I risultati sono tanto più apprezzabili se si considerano sia l'arretratezza italiana in materia e sia il breve lasso temporale intercorso dall'attuazione della direttiva 2008/52/CE.

Ad oggi il legislatore italiano non ha ritenuto di re-introdurre l'obbligatorietà della mediazione, nonostante le forti sollecitazioni in tal senso provenienti da quanti si sono impegnati per realizzare il nuovo sistema di tutela. Costoro, peraltro, hanno compiuto un ingente sforzo economico, organizzativo e professionale che, in gran parte, era stato giustificato e programmato proprio sulla base dell'iniziale prescrizione dell'obbligatorietà della mediazione. Sulla scorta delle indicazioni provenienti dall'Unione europea e delle esperienze maturate negli altri Paesi membri, tuttavia, la mediazione anche in Italia sarà declinata in termini volontaristici, quanto meno in termini generali⁷⁴. Per supportare la diffusione del meccanismo compositivo, peraltro, occorre che siano sviluppati e aumentati gli incentivi e le agevolazioni, soprattutto quelli fiscali, che pure fin dall'entrata in vigore della riforma sono stati introdotti⁷⁵.

Le misure incentivanti della mediazione, comunque, si devono accompagnare a un necessario miglioramento della qualità del servizio, che soprattutto nella prima fase non si è potuta garantire adeguatamente. Con il tempo, sarà indispensabile migliorare gli standard qualitativi degli organismi e la professionalità dei

⁷⁰ Art. 8, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

⁷¹ Art. 13, d.lgs. n. 28/2010.

⁷² La sentenza è consultabile sul sito istituzionale della Corte costituzionale, all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> web:

⁷³ Tra i primi commenti della sentenza, v. C. I BUONOCORE, *La consulta e l'incostituzionalità del previo tentativo di mediazione*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 5, 2013, p. 483 ss.; E. DALMOTTO, *Mediazione ancora obbligatoria se il contratto o lo statuto la prevedono*, in *Giurisp. italiana*, 4, 2013, p. 893 ss.; A. BUSACCA, *Ratio della riforma e coerenza con la disciplina europea: è incostituzionale "la mediazione obbligatoria"*, in *I contratti*, 3, 2013, p. 231 ss.; C. BESSO, *La Corte costituzionale e la mediazione*, in *Giurisp. italiana*, 3, 2013, p. 606 ss.; I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012 n. 272*, in *Il corriere giur.*, 2, 2013, p. 257 ss.; F.P. LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Le società*, 1, 2013, p. 71 ss.

⁷⁴ In relazione a tali profili, v. C. PILIA, *La mediazione volontaria*, Cagliari, 2012.

⁷⁵ Art. 17, d.lgs. n. 28/2010.

mediatori, provvedendo a compeltare i processi riorganizzativi e formativi previsti dalle norme. Si sente altresì la necessità di una maggiore informazione e trasparenza sulla mediazione, che non sia limitata al dialettica degli avvocati con il cliente, così come erato inizialmente previsto⁷⁶. Sono da attivare e sviluppare tutti i canali della conoscenza, per mdo che operatori del diritto, amministrazioni pubbliche, soggetti economici e sociali e il largo pubblico abbia consapevolezza dell'esistenza, accanto alla tutela giudiziale dei diritti, di una tutela extragiudiziale che risponde ai parametri di qualità imposti dalle normative dell'Unione europea e nazionali. Tra queste forme di tutele, in ultima analisi, tutti i fuitori del servizio della mediazione devono sapere di essere liberi di effettuare la scelta più appropriata.

Alla luce della richiamata evoluzione normativa, giurisprudenziale e amministrativa, pertanto, si deve valutare l'utilizzo in Italia dell'illustrato meccanismo compositivo della mediazione civile finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali in generale e in quelle della responsabilità medica in particolare. A quest'ultimo proposito, come già rilevato, le controversie in materia di risarcimento danni da responsabilità medica erano state assoggettate alla mediazione obbligatoria, quale condizione di procedibilità dell'azione civile, ancorché la riforma avesse escluso che siffatto incumbente fosse necessario in caso di esercizio dell'azione civile in sede penale (costituzione di parte civile)⁷⁷. Il comportamento lesivo dei sanitari, infatti, potrebbe integrare non solo gli estremi della responsabilità civile, ma anche quelli della responsabilità penale. Al danneggiato, paziente ed eventualmente ai suoi familiari, pertanto, era lasciata la scelta se richiedere il risarcimento direttamente davanti al giudice penale, giovandosi dell'istruttoria promossa dal pubblico ministero e senza dover prima esperire la mediazione, ovvero rivolgersi al giudice civile. In questo caso, il danneggiato dovrà dare dimostrazione degli elementi sui quali si fonda la sua pretesa e, fino alla sentenza della Corte Cost. n. 272/2012, attendere l'esito dell'infruttoso esperimento del procedimento di mediazione.

Nell'ambito della responsabilità medica, come accennato, assumeva altresì rilievo il riferimento alle controversie in materia di contratti assicurativi, anch'esso contemplato nell'art. 5, d.lgs. 28/2010, dichiarato illegittimo dalla Corte Cost. Tanto si spiega in

ragione della copertura assicurativa di cui solitamente si avvalgono strutture sanitarie, medici e professionisti della salute per farsi sollevare dal peso economico derivante proprio dai gravi rischi inerenti ai danni conseguenti alle prestazioni mediche e più in generale all'attività sanitaria. Nella maggior parte delle controversie sulla responsabilità professionale sanitaria, pertanto, accanto alle vittime e agli incolpati sono altresì coinvolte le compagnie assicurative, che dovrebbero manlevare gli assicurati verso i danneggiati⁷⁸.

6. Le difficoltà di applicazione della mediazione nelle controversie in materia sanitaria

Malgrado il contenzioso in materia di responsabilità professionale sanitaria risultasse inizialmente assoggettato alla mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 28/2010, assai scarso è stato l'utilizzo di questa procedura da parte delle vittime di *malpractice* medica e, inoltre, minima è risultata la partecipazione dei medici e delle strutture sanitarie oltre che delle compagnie⁷⁹. La presenza delle assicurazioni in mediazione e, comunque, la loro disponibilità a conciliare costituisce un fattore decisivo per l'applicazione con esito positivo del meccanismo stragiudiziale di risoluzione del conflitto. La propensione degli assicurati, sia le aziende sanitarie e sia i professionisti della salute, a rivolgersi alla mediazione di fronte alle richieste risarcitorie provenienti dai pazienti che lamentano una lesione, infatti, finisce per dipendere dalle decisioni della compagnia assicuratrice che copre il rischio garantito. Nella gran parte dei casi, in quanto dovrà farsi carico del peso economico del risarcimento mediante il pagamento dell'indennizzo, è la compagnia che assume la decisione in merito

⁷⁶ In relazione alle principali questioni che si pongono in sede di gestione extragiudiziale del contenzioso medico legale, tra gli altri, v. E. D'ALOJA, C. PILIA, *Le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) e la responsabilità professionale medica: per un progetto di fattibilità di una camera di conciliazione aziendale*, in *Quaderni di conciliazione n. 1*, cit., p. 63 ss.; C. PILIA, E. D'ALOJA, *L'accertamento della responsabilità medica nel nuovo sistema conciliativo*, *ivi*, p. 181 ss.; C. PILIA, E. D'ALOJA, *La responsabilità medica e le controversie interessate dalla mediazione civile*, *ivi*, p. 235 ss.

⁷⁹ In merito alla mediazione nelle controversie sanitarie, v. AA. VV., *Rischio clinico e mediazione nel contenzioso sanitario* a cura di R. Barberio, E. De Masi, E. Sirotti Gaudenzi, Rimini, 2012; F. ROMEO, *Responsabilità medica e mediazione delle controversie*, in *La responsabilità civile*, 2, 2012, p. 739 ss.; M.R. FASCIA, *La mediazione e la responsabilità medica*, in *I contratti*, 4, 2011, p. 425 ss.; S. MEANI, *Conciliazione in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica: spunti di riflessione sulla scorta dell'esperienza americana*, in *Il corriere giuridico*, 8, 2011, p. 1163 ss.; G. MURGIA, *Commento a: Corte costituzionale 14 maggio 2010 n. 178*; in *Quaderni di conciliazione n. 2*, cit., p. 99 ss.; V. OCCORSIO, *Responsabilità medica e mediazione*, *ivi*, p. 139 ss.

⁷⁶ Art. 4, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

⁷⁷ Art. 5, comma 4, lett. f), d.lgs. n. 28/2010.

all'eventuale raggiungimento dell'accordo conciliativo, nonché all'entità della somma da corrispondere in favore delle vittime della responsabilità professionale sanitaria.

In queste controversie, inoltre, si devono considerare pure i profili legati alla legittimazione attiva e passiva nella mediazione e, comunque, alla partecipazione di una pluralità di soggetti coinvolti, tra i quali le compagnie assicurative. In termini generali, nella responsabilità medica la domanda risarcitoria viene avanzata dal paziente leso ed eventualmente dagli altri danneggiati, i quali spesso sono i componenti della famiglia o i conviventi che abbiano riportato un pregiudizio patrimoniale o anche non patrimoniale. Costoro rivolgono le pretese risarcitorie direttamente contro la struttura sanitaria e i professionisti della salute che nel sinistro risultano essere responsabili in solido. Gli stessi soggetti responsabili, se muniti di copertura assicurativa, hanno il diritto di farsi garantire dalla rispettiva compagnia e di chiamarla a partecipare all'interno della procedura di mediazione in base almeno a due distinte strategie. Entrambe non semplici e irte di difficoltà operative.

Una prima strategia dell'assicurato è quella di invitare la compagnia a partecipare alla medesima procedura di mediazione attivata dal paziente, in tal modo ampliando il novero dei contendenti e facendo slittare in avanti la procedura. Si vuole realizzare un pieno contraddittorio tra le parti, per verificare la percorribilità di una soluzione negoziale unitaria e condivisa. Non è però un percorso agevole, dal momento che vi sono difficoltà legate alla mancata previsione della chiamata o intervento del terzo nella mediazione e, soprattutto, ai tempi ristretti della procedura, che ha una durata massima di quattro mesi.

La seconda strategia adottabile dall'assicurato consiste nel promuovere una separata procedura di mediazione contro la propria compagnia, distinta ancorché collegata a quella promossa dal paziente. In questo modo, si avrebbe un altro tavolo di confronto, coscritto ai rapporti tra assicurato e compagnia, i cui risultati si ripercuoterebbero nei confronti delle vittime. In tal modo, tuttavia, la procedura di mediazione promossa dal paziente risulterebbe sostanzialmente vanificata dall'esigenza di attendere l'esito dell'altra procedura da attivare tra il sanitario e la sua compagnia. Si renderebbe, qualora si volesse realizzare una conciliazione tra tutti i soggetti coinvolti, promuovere un'ulteriore e decisiva mediazione. Siffatta strategia, oltre al groviglio procedimentale, presenterebbe altro non marginale profilo critico dovuto

all'incremento di costi che la duplicazione o moltiplicazione delle procedure di mediazione comporta per l'azienda sanitaria e i professionisti della salute.

A tali difficoltà, quindi, si può e deve tentare di ovviare in mediazione mediante una gestione congiunta e concordata dei diversi rapporti intercorrenti tra i soggetti coinvolti nella responsabilità professionale sanitaria. La soluzione concertata tra le varie parti, del resto, è del tutto coerente con le indicazioni provenienti dall'evoluzione giurisprudenziale della disciplina.

All'indomani della sentenza n. 272/2012 della Corte Cost., per effetto dell'eliminazione dell'obbligatorietà della mediazione, anche in queste controversie restano utilizzabili le restanti modalità di accesso alla misura. In primo luogo, lo stesso giudice per le controversie pendenti, qualora lo ritenga utile ai fini della composizione amichevole del conflitto, può rivolgere alle parti in causa un invito ad avvalersi della mediazione. L'invito del giudice è suscettibile di essere raccolto nel processo da quanti vogliano perseguire una soluzione concordata del contenzioso. Probabilmente, l'espletamento dell'attività istruttoria e, in particolare, degli accertamenti peritali sia sul sinistro e sia sulle conseguenze pregiudizievoli per le vittime segna il momento più propizio per la decisione in merito all'avvio della mediazione. In questo momento, infatti, dovrebbe essere stato chiarito l'apporto preliminare e dirimente dell'eventuale sussistenza della responsabilità e del danno. Le parti potrebbero pertanto cercare di comporre in mediazione i conseguenti aspetti controversi concernenti la quantificazione del danno dovuto e la relativa ripartizione tra i vari soggetti interessati dalla vicenda. Tanto vale, da un parte, per tutti i profili legati al riparto di responsabilità tra quanti hanno concorso a cagionare il danno, al fine di ripartire l'entità del peso economico che deve gravare su ciascuno o sulla rispettiva assicurazione. Dall'altra parte, in caso di pluralità di vittime del sinistro, restano da stabilire le questioni legate alla misura del ristoro spettante a ciascuna di esse.

Sono pienamente percorribili anche nella responsabilità medica le altre due forme di accesso volontario alla mediazione, sia facoltativa e sia concordata. Non solo il paziente, ma anche il medico e più in generale i professionisti della salute e le strutture sanitarie di appartenenza, come pure le compagnie assicurative possono, vertendosi in materia di diritti disponibili, attivare la procedura di mediazione facoltativa. La loro iniziativa soddisferebbe un'esigenza di pronta definizione della vicenda, che eviti i clamori della cronaca e le

esasperazioni giudiziarie, oltre che i maggiori oneri da sopportare in sede civile e penale. Specie nei casi di palese responsabilità, magari ripresi dalla cronaca o che hanno colpito emotivamente l'utenza, la mediazione permetterebbe di superare la situazione di criticità e di conflittualità, suscettibile di danneggiare gravemente la funzionalità della struttura e la serenità dei professionisti.

Infine, nei contratti di erogazione delle prestazioni sanitarie e in quelli assicurativi, tra l'altro, è possibile che sia inserita la clausola di mediazione, con la quale le parti si impegnano ad esperire la procedura compositiva prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria. Una siffatta clausola, invero, inizia a trovare applicazione nei formulari che si diffondono nella prassi contrattuale sanitaria, in quanto soddisfano un'esigenza sentita e reale di immediata tutela dei contraenti.

La mediazione in campo sanitario, infatti, svolge un'importante funzione non solo di deflazione del crescente ed esasperato contenzioso giudiziario, ma di miglioramento della qualità dei servizi sanitari e di rafforzamento dell'alleanza terapeutica tra professionisti della salute e pazienti. Per un verso, infatti, i meccanismi stragiudiziali di risoluzione dei conflitti facilitano il componimento bonario della controversia in tempi e con costi decisamente più ridotti. Il risparmio di spesa per il servizio sanitario, anche per quanto concerne gli oneri giudiziari ed assicurativi e quelli altrettanto ingenti che sono indotti dalla c.d. medicina difensiva, inoltre, si combinano con il miglioramento qualitativo del rapporto tra strutture sanitarie, professionisti della salute e pazienti. La natura riservata della mediazione finalizzata a trovare soluzioni conciliative condivise dovrebbe preservare l'alleanza terapeutica anche dopo la verifica del sinistro scongiurando sia la degenerazione dei rapporti in una rissosa conflittualità e sia la logica dell'incolpazione reciproca e dell'ostilità contrapposta. La garanzia della riservatezza, tanto quella interna quanto quella esterna del procedimento, permette di trovare una soluzione compositiva che non sia lesiva dell'immagine, della professionalità e della sensibilità dei soggetti coinvolti. In sede di mediazione, infine, il confronto riservato tra i protagonisti della vicenda professionale facilita un personale chiarimento e, se del caso, la presentazione delle scuse, senza implicazioni sul piano dell'ammissione di responsabilità.

In questo rinnovato scenario in rapida evoluzione, nella seconda parte del 2012 si è pure registrato un altro importante intervento settoriale del legislatore

italiano (c.d. decreto sanità)⁸⁰ che ha adottato una normativa specifica, tra l'altro, dedicata alla responsabilità medica e agli strumenti compositivi stragiudiziali delle controversie⁸¹. Nel rimodulare i tradizionali contenuti penalistici e civilistici della responsabilità professionale medica⁸², la nuova normativa sollecita gli erogatori delle prestazioni sanitarie all'adozione di tutte le iniziative necessarie a prevenire il contenzioso giudiziario e, a tal fine, organizzare

⁸⁰ Decreto legge del 13 settembre 2012, n. 158/2012, convertito con modificazioni in legge 8 novembre 2012 n. 189 – Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute.

⁸¹ Tra i primi commenti alla nuova normativa settoriale, v. M. CONTICELLI, *Lavori in corso nel servizio sanitario: molto rumore per...?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2013, p. 485 ss.; V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e responsabilità*, 4, 2013, p.367 ss.; L. CAJAZZO, M. MARZANO, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, in *Il corriere giuridico*, 4, 2013, p. 479 ss.; A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Diritto penale e processo*, 2, 2013, p. 216 ss.

⁸² Più precisamente, all'interno del decreto sanità, accanto ad alcune modifiche minori concernenti il fondo finalizzato a <<garantire idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie>>, meritano di essere considerate soprattutto le disposizioni dell'articolo 3 comma 1 (Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie), che stabilisce: <<l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo>>.

L'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica costituisce apparentemente una scusante, limitatamente alla sussistenza della colpa lieve, sul versante della responsabilità penale (pur essendo noto che in tale settore l'intensità della colpa è criterio per la determinazione della pena e non per l'accertamento della responsabilità). Sul versante della responsabilità civile, la nuova formulazione inopinatamente richiama "l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile" pur essendo l'intero ambito della responsabilità sanitaria pacificamente contrattuale a partire dalla sentenza n. 589/1999 della Cassazione che, come noto, ha sancito l'applicabilità in questo settore della teoria del contatto sociale. La dottrina ha subito denunciato l'improvvido intervento normativo privo di carattere sistematico, che non pochi problemi applicativi ingenererà nella prassi.

Ai sensi del comma 3 del medesimo articolo 3, inoltre, si dispone che: <<Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1, del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, offerenti all'attività di cui al presente articolo>>.

ovvero aderire ai meccanismi alternativi di risoluzione dei conflitti⁸³.

Nel settore sanitario, quindi, emergono ulteriori indicazioni normative che ribadiscono la valutazione di utilità degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie.

7. L'elaborazione internazionale delle migliori prassi qualitative di settore

In ragione della complessità e delicatezza delle controversie sulla responsabilità professionale sanitaria, che coinvolgono la tutela di valori fondamentali della persona e implicano difficili valutazioni ed accertamenti, occorre che la gestione delle mediazioni sia affidata ad organismi e mediatori che presentino requisiti di qualità particolarmente sviluppati. In questo senso, la scelta dell'organismo dovrebbe essere effettuata valutando adeguatamente il possesso di elevati standard di indipendenza, imparzialità, professionalità, disponibilità e riservatezza.

In base ai principi della riforma, in primo luogo, si osserva che a offrire maggiori garanzie di tutela ed efficienza sono gli organismi pubblici, di dimensioni decisamente maggiori e che, probabilmente, raccolgono tutte le professionalità giuridiche, tecniche e medico legali occorrenti per una corretta gestione del contenzioso. Gli organismi privati, specie quelli più piccoli, che possiedano i soli requisiti minimi, si dimostrano assolutamente inadeguati e, probabilmente, non dovrebbero essere dal Ministero abilitati a gestire queste controversie. In ogni caso, ad essi difficilmente si rivolgereanno i pazienti danneggiati e le controparti professionali o assicurative.

In secondo luogo, la formula collegiale nella nomina dei mediatori, soprattutto se scelti tra quelli più esperti e capaci in relazione ai diversi aspetti della gestione stragiudiziale del contenzioso della responsabilità professionale sanitaria, ancora, costituisce

un'ulteriore fattore organizzativo da privilegiare. Il contenzioso medico legale, anche nella risoluzione in sede extragiudiziale, richiede formule gestionali e organizzative che risultino adeguatamente preparate e specializzate. Soltanto in questo modo, infatti, si riescono a realizzare i risultati positivi che si perseguono con l'applicazione della mediazione e degli altri strumenti di composizione stragiudiziale del conflitto.

In terzo luogo, nel perseguire standard di maggiore qualità, si impone l'adeguata formazione specialistica per tutti gli organismi di mediazione e i diversi professionisti che assistono le parti nelle controversie in materia di responsabilità medica. Occorre ipotizzare un percorso formativo e di tirocinio che garantisca una preparazione teorica e pratica che permetta di fornire un'effettiva e incisiva assistenza. In questo senso, sono indispensabili sinergie e collaborazioni nella formazione e nella ricerca con il mondo accademico, sanitario, delle professioni e delle associazioni a tutela dei diritti dei malati. La gestione stragiudiziale del contenzioso della responsabilità professionale sanitaria, infatti, richiede un innovativo approccio interdisciplinare che combini gli aspetti di studio e sperimentazione, con quelli informativi, formativi e divulgativi.

La diffusione della cultura della mediazione in questo campo, infatti, deve muovere dal piano della ricerca e della continua sperimentazione dei sistemi e dei modelli formativi, organizzativi e gestionali migliori, che tengano costantemente conto dell'evoluzione normativa e dei risultati che si conseguono, cercando di privilegiare la prospettiva del massimo coinvolgimento istituzionale dei soggetti interessati.

In base alla direttiva 2008/52/CE, che intende favorire lo sviluppo delle dinamiche della libera circolazione delle persone, oltre che dei beni e dei servizi nei crescenti spazi di mercato, si propugna uno sviluppo della qualità della mediazione scaturente dall'elaborazione competitiva delle migliori prassi che dovrebbero incontrare il gradimento degli utenti su scala transnazionale. La mediazione, pertanto, non è costringibile nella dimensione interna ai singoli ordinamenti nazionali, come per tanti aspetti ancora si registra per la tutela giudiziaria. Piuttosto, i soggetti istituzionali presenti nei singoli Paesi, muovendo dalle proprie pregresse esperienze, dovrebbero confrontarsi ed elaborare insieme soluzioni internazionali, a cominciare dai rinnovati percorsi della formazione specialistica universitaria (corsi di alta formazione e master in mediazione, specie quelli svolti tramite le medesime tecnologie impiegate nella gestione delle procedure extragiudiziarie di composizione delle liti),

⁸³ In base all'art. 3-bis, del medesimo decreto sanità (Gestione e monitoraggio dei rischi sanitari), inserito dall'art. 1, comma 1, della legge 8 novembre 2012, n. 189, in sede di conversione, si dispone che: «Al fine di ridurre i costi connessi al complesso dei rischi relativi alla propria attività, le aziende sanitarie, nell'ambito della loro organizzazione e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ne curano l'analisi, studiano e adottano le necessarie soluzioni per la gestione dei rischi medesimi, per la prevenzione del contenzioso e la riduzione degli oneri assicurativi. Il Ministero della Salute e le Regioni monitorano, a livello nazionale e a livello regionale, i dati relativi al rischio clinico».

dalle pubblicazioni dedicate al settore (sulle mediazione e le migliori tecniche di gestione extragiudiziale dei conflitti), nonché le regole di condotta dei mediatori elaborate di concerto con le loro associazioni internazionali.

Principalmente verso queste iniziative di partenariato condiviso a livello internazionale, in specie, dovrebbe indirizzarsi il supporto dell'Unione europea e delle diverse istituzioni che intendono sviluppare la cultura della mediazione. In tal modo si creano le condizioni più favorevoli per un positivo processo di ricerca e di sperimentazione che risponda all'effettivo bisogno di tutela proveniente dall'utenza, che presenta marcati profili di transnazionalità anche nel settore dei servizi sanitari.

LA NORMATIVA SOBRE MEDIACIÓN FAMILIAR EN LA UNIÓN EUROPEA

Teresa MARCOS MARTÍN
Profesora Investigadora Derecho Internacional
Público UNED

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2013

Fecha de aceptación: 28 de mayo de 2013

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DIRECTIVA SOBRE CIERTOS ASPECTOS CIVILES Y MERCANTILES DE LA MEDIACIÓN. 2.1. CONTEXTO Y ANTECEDENTES. 2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2.3. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE SU CONTENIDO. 3. LA NECESARIA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA Y LAS CONSECUENCIAS DE SU AUSENCIA. 4. DESARROLLO Y EJECUCIÓN DE LA DIRECTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 5. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo la presentación de la incipiente regulación de la institución de la mediación en la Unión Europea, y su aplicación a los conflictos familiares. Esta figura, alternativa al arreglo judicial, se ha plasmado en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008. Analizamos su alcance y contenido, la influencia de la misma en el ordenamiento jurídico español. Reflexionamos finalmente acerca de las ventajas e inconvenientes de la mediación.

ABSTRACT: This paper aims at examining the emerging legislation of mediation in the European Union, and its application to family conflicts. Mediation as an alternative to judicial settlement is regulated in the European Parliament and Council Directive 2008/52/EC of 21 May 2008. After analyzing the scope, content and impact on Spanish Law of this EU Directive, the author offers some reflection on the advantages and disadvantages of mediation.

PALABRAS CLAVE: MEDIACIÓN FAMILIAR; NORMATIVA EUROPEA; DIRECTIVA; TRANSPOSICIÓN AL ORDEN JURÍDICO ESPAÑOL

KEYWORDS: FAMILY MEDIATION; EUROPEAN LEGISLATION; DIRECTIVE; IMPLEMENTATION ON SPANISH LEGAL ORDER

1. INTRODUCCIÓN

El incremento de los conflictos transfronterizos está generando importantes problemas tanto para los particulares como para los sistemas de justicia de los Estados miembros de la Unión.

El aumento de supuestos con elementos de extranjería también implica una mayor complejidad de los asuntos planteados y unos costes superiores.

La mediación es una institución, de reciente instauración, alternativa al recurso a la resolución judicial de los conflictos que se puedan generar en los ámbitos civil y mercantil.

En el seno de la Unión Europea se ha adoptado, en el año 2008, una Directiva sobre “ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”. En esta norma se encuentra un claro ejemplo de la aplicación de las políticas europeas en la búsqueda de mejora, uniformidad y aproximación de los sistemas de justicia de los Estados miembros a los ciudadanos. Esta norma es de obligado aunque difícil cumplimiento. Aunque no hace expresa referencia a la mediación familiar, es uno de los entornos que en mayor medida encajan en su ámbito de aplicación. Por ello, respecto a la norma de referencia, cuyo contenido estudiamos, lo que exponemos puede reconducirse a cada aspecto del ámbito de la mediación familiar.

Analizamos en primer lugar el tenor de esta disposición, teniendo en cuenta el contexto en que se encuadra, y presentamos en una segunda parte, de forma somera, la repercusión que su transposición está teniendo en nuestro ordenamiento jurídico.

La necesidad de simplificación, celeridad y acercamiento a los ciudadanos que refleja esa política europea se ha plasmado en esta Directiva, ya que como ella misma anuncia en su Exposición de Motivos, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos civil y mercantil; por ello se ha adoptado una Directiva de mínimos. Este carácter se refleja en todo el articulado de la norma; llamaremos la atención sobre ello en cada aspecto en que percibamos ese matiz de generalidad.

Esta norma tiene, así, un carácter limitado, al diseñar un marco jurídico de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ocupándose de aspectos muy

concretos y prescindiendo de una regulación uniforme, no ya de los medios alternativos de solución de conflictos, sino de la propia mediación.

La Directiva es el origen para la legislación española en este ámbito. Los principios que la rigen, tales como la voluntariedad de las partes y la buena voluntad de éstas, la confidencialidad del proceso, la posibilidad de que los acuerdos tengan fuerza ejecutiva, la formación de los mediadores, o la figura del mediador, se configuran como la referencia en la mediación civil y mercantil.

2. LA DIRECTIVA SOBRE CIERTOS ASPECTOS CIVILES Y MERCANTILES DE LA MEDIACIÓN

2.1. CONTEXTO Y ANTECEDENTES

En el marco de la política de uniformidad de los sistemas de justicia y aproximación de los mismos a los particulares europeos, entre otras medidas, la Unión ha debido adoptar mecanismos de cooperación en materia civil, necesarias para el funcionamiento del mercado interior.

Es en este contexto donde se intentan instaurar procedimientos alternativos de carácter extrajudicial. Así, en mayo de 2006, en el Consejo Europeo de Tampere se adoptaron unas Conclusiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, en las que se indicó que la definición de principios fundamentales en ese ámbito constituye un paso esencial para permitir el desarrollo de los procedimientos extrajudiciales de solución en este clase de asuntos, de manera que se mejore y simplifique el acceso a la justicia.

Por su parte, la Comisión adopta un Libro Verde sobre Modalidades alternativas de solución de conflictos¹ en el que realiza un balance de la situación en lo que respecta a métodos de solución en la Unión Europea y con el que inició algo que juzgamos de fundamental relevancia, como es la consulta con los Estados miembros y con las partes interesadas sobre posibles medidas para promover el uso de la mediación.

En otro orden de cosas, aunque siempre dentro de este entorno, la Directiva señala que el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política europea encaminada al establecimiento

¹ Libro que merecería un estudio complementario, y complementario de la norma europea que presentamos.

de un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios.

2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Esta norma se aplica cuando dos partes implicadas en un conflicto transfronterizo acuerdan de forma voluntaria recurrir a un mediador imparcial para resolver sus diferencias.

La disposición correspondiente² dispone que se aplicará "... en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (acta iure imperii)..."

Es fundamental la referencia a que esta norma ha de aplicarse a los conflictos transfronterizos, aunque la misma norma dispone que también puede referirse a procedimientos de carácter nacional.

En cuanto al ámbito material, abarca los asuntos civiles y mercantiles. En este punto se percibe de forma nítida el carácter de mínimos de la Directiva, ya que no se hace referencia explícita, por ejemplo, al ámbito que nos ocupa, la mediación familiar.

Las situaciones a las que no ha de aplicarse la Directiva se cifran en lo siguiente: no deben aplicarse a derechos y obligaciones de las partes que estas no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable correspondiente. Teniendo en cuenta que esta categoría de derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral, esta disposición parece que puede dejar una puerta abierta a una amplia interpretación nacional y que puede llegar a suponer un retroceso; se debería, consideramos, haber desarrollado en mayor medida el contenido de esta excepción a la aplicación de la mediación.

Habrán de quedar, además, excluidas de su ámbito de aplicación las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente para conocer del conflicto realice en el contexto de un proceso judicial

² Artículo 1,2.

relativo a dicho litigio, así como los casos en que el órgano jurisdiccional o el juez solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente.

En concreción de lo dispuesto en su Preámbulo, también se recoge la salvedad de que estarán excluidos los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana. Este último inciso supone una lógica exclusión. Podemos relacionar esta idea con la presente en el plano del Derecho internacional público, en su concepción más clásica, en el ámbito de la inmunidad del Estado, en el que los actos realizados por el Estado en el ejercicio de su soberanía, o con finalidad pública, gozan de inmunidad en los tribunales extranjeros.

El fundamento último de esta inmunidad, que se cifra en que el Estado no está actuando como podría hacerlo un particular, puede en cierta medida reconducirse al mismo que subyace en la exclusión de estos actos como generadores de un conflicto susceptible de solucionarse mediante mediación³.

Asimismo, tampoco se aplicará a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional. A este respecto, hace referencia a determinados mecanismos de conciliación judicial, así como a reclamaciones de consumo, al arbitraje y a la determinación por experto, a los procesos administrados por personas u órganos que formulan reclamaciones formales.

Por lo que se refiere a los Estados destinatarios, su ámbito de aplicación se extiende a todos los Estados miembros de la Unión Europea, con la salvedad de Dinamarca, quien no ha participado en la adopción de la misma y, por tanto, no está vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación.

La lectura del Preámbulo y de la primera disposición de la Directiva, sugiere que se hace mayor hincapié en las situaciones a las que no resulta aplicable que a la completa delimitación de su ámbito de aplicación.

³ Para un estudio exhaustivo de la distinción de los actos del Estado "iure imperii" y "iure gestionis" en el ámbito de la inmunidad del Estado en Derecho Internacional, *vid.* CASANOVAS Y DE LA ROSA, O.: "La inmunidad del Estado", en DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 2013, pp. 325 y ss.

2.3. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE SU CONTENIDO

Aparece, en el articulado de esta disposición, un glosario de términos ciertamente útil y que sin duda será objeto de un mayor desarrollo en posteriores disposiciones europeas específicas y, especialmente, en la práctica de los Estados.

En primer lugar, y enlazando así con el apartado anterior, delimita, en su artículo segundo, el contenido de la noción de litigio transfronterizo, como aquel en el que al menos una de las partes esté domiciliada o resida habitualmente en un Estado miembro distinto de las otras partes en la fecha en que las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o un tribunal dicte la mediación, sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o se remita una invitación a las partes; también aquel en el que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente⁴. La fragmentación de numerosas familias en el seno de la Unión Europea hace especialmente adecuada la aplicación del contenido de la Directiva a la mediación familiar.

Hay autores⁵ que llaman la atención sobre el hecho de que el legislador europeo habría tenido más acierto si hubiese escogido, para la catalogación como transfronterizo de un litigio, el criterio de la presencia de un elemento extranjero en un sentido más amplio.

En cuanto al carácter de esta institución, de la interpretación conjunta de sus disposiciones, se infiere que se trata de un sistema de arreglo de controversias de carácter voluntario, con las precisiones que exponemos. En efecto, la Directiva deja claro que debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento⁶. Así, por mediación se entiende⁷ un

“...procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación⁸, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de un litigio con la ayuda de un mediador”.

Sin embargo, este procedimiento puede ser no solamente iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional sino que también puede ser prescrito por el Derecho de un Estado miembro.

En una de sus disposiciones centrales, el artículo 5, que se refiere al recurso a la mediación, se dispone que “...el órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles”, y continúa: “...la presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”

Respecto del carácter de la mediación, voluntario, pero que no impide que una norma interna la prevea como obligatoria, nos ha llamado la atención el dato de que la incorporación de la obligatoriedad en la norma de transposición italiana, le ha valido su declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional de ese Estado⁹. *Interpretamos que la declaración de inconstitucionalidad de esta norma interna deriva de que la Directiva no recoge la mediación obligatoria y por tanto, no puede incorporarla como obligatoria la norma nacional de transposición; es decir, no puede ampararse la legislación nacional en esta Directiva para convertir en obligatoria la mediación tal como está prevista y organizada en esa norma euro-*

⁴ Este último inciso se circunscribe a los solos efectos de los artículos 7 y 8 de esta norma, que se analizarán *infra*.

⁵ *Vid. inter alia*, PALAO MORENO, G. “La mediación familiar internacional”, en *Estudios sobre la Ley valenciana de mediación familiar*, Ed. Práctica del Derecho, Valencia, 2003, pp. 64 y ss.; YBARRA BORES, A.: “Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al Derecho español”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm 23, 2012, pág. 12.

⁶ Párrafo 13 de la Exposición de Motivos.

⁷ Artículo 3,a).

⁸ En esta disposición se percibe el carácter flexible de la disposición.

⁹ La Corte constitucional italiana, en una decisión de 24 de octubre de 2012, ha declarado inconstitucional por exceso en la delegación legislativa la norma de 4 de marzo de 2010 a través de la cual se llevaba a cabo la trasposición de la Directiva europea de mediación y por medio de la cual se establecía la mediación obligatoria en determinados ámbitos.

pea. Cuestión diferente es que exista una norma interna como tal que sí disponga tal carácter; de hecho, la propia Directiva recoge, como se ha presentado ya, esa posibilidad, al decir que el ordenamiento europeo no afectará a la legislación nacional que la estipule como obligatoria.

En relación con este carácter voluntario, la norma realiza también otra matización en el sentido siguiente: “..no obstante, el Derecho nacional debe dar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer límites temporales al procedimiento de mediación; por otra parte, también deben poder señalar a las partes la posibilidad de la mediación, cuando resulte oportuno”¹⁰.

A efectos de su aplicación, se hace referencia a quién la llevará a cabo es decir, quién puede ser mediador. Éste es todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación.

Esta referencia a la libertad de profesión, que implica también libertad de formación y titulación en su Estado miembro nos recuerda, en cierta medida, en cuanto a la remisión a las normas de Derecho interno para su nombramiento, al recurso al orden nacional para la propuesta de jueces para las instancias jurisdiccionales europeas (Tribunal de Justicia, Tribunal General y Tribunales Especializados). Las diferencias en la estructura y organización jurisdiccional interna de los Estados miembros de la Unión, hacen necesaria la libertad de esas propuestas y nombramientos, a los que tienen acceso no solamente los jueces y magistrados nacionales, sino juristas de reconocido prestigio, como Profesores universitarios.

En todo caso, en el supuesto que presentamos, esta remisión a la libertad de los Estados miembros genera ciertas dificultades. De hecho, se ha presentado ya una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se trata del Asunto *Paola Galioto/Maria Guccione y otros* (Asunto C-464/11), aún no publicado, en el que el Tribunal nacional cuestiona, respecto de la eficacia y competencia del mediador, si las disposiciones de la Directiva pueden interpretarse en el sentido de que exijan que el

mediador posea también cualificación jurídica y que la selección del mismo, por el responsable del organismo, se efectúe teniendo en cuenta los conocimientos y experiencia profesionales específicos sobre la materia objeto de la controversia.

Aún no está disponible la sentencia recaída en este asunto, cuyo contenido resultará sin duda de utilidad para la homogeneización de los criterios, aunque sean mínimos, de cualificación de los mediadores.

YBARRA BORES¹¹ expone una preocupación que compartimos. Retomando el ámbito de aplicación de la norma, la situación habitual es la de la solución de conflictos transfronterizos, y por tanto, se generará la necesidad de reconocimiento de la condición de mediador más allá de las fronteras nacionales. En el seno de estas mediaciones con elemento extranjero, el mediador debería tener una formación complementaria específica para ser considerado suficientemente capacitado para afrontar con rigor y calidad estas situaciones. Entre otras exigencias, cita el conocimiento de idiomas, de las distintas culturas jurídicas en relación a la institución del matrimonio, de los sistemas judiciales e incluso conocimientos de Derecho internacional privado. Esto último lo consideramos de especial relevancia.

De la persona del mediador se han de predicar la profesionalidad, imparcialidad y competencia. Debe, en suma, ser un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa.

En el artículo 4 de la Directiva, bajo el epígrafe “calidad de la mediación”, se hace referencia también a las cualidades de la persona que llevará a cabo la mediación, y el control de la calidad que anuncia el artículo se cifra en la capacitación y actuación de estas personas. Así, a tenor del mismo, “Los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación.

Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de los mediadores para garanti-

¹⁰ Párrafo 13 de la Exposición de Motivos.

¹¹ Vid. YBARRA BORES, A., “Mediación familiar...”, *cit.* pág. 15.

zar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes.”

Se insiste a lo largo del articulado de esta norma, en un control de calidad no solamente de su actuación, sino de algo previo a su designación, que es la capacitación y el compromiso de su dedicación como mediadores; esto quedaría en parte garantizado por la elaboración de códigos de conducta y la adhesión a los mismos por parte de los potenciales candidatos a mediador.

En efecto, la vinculación del mediador a determinados códigos de conducta es un factor que se considera como un mecanismo eficaz de control de la calidad de la mediación y de la función realizada por los mediadores. Con esta mención a los Códigos de Conducta se está pensando sin duda en el European Code of Conduct for mediators, en el que se recogen tres principios que han de presidir la actuación de los mediadores, a saber: independencia y neutralidad; imparcialidad, en el sentido de desarrollar una labor equitativa y con objetividad en relación a las partes; confidencialidad con respecto al objeto de la mediación, las partes y el acuerdo que en su caso se pueda alcanzar.

Sin embargo, la Directiva limita este objetivo de la vinculación a ese y otros posibles códigos, al mero fomento por parte de los Estados miembros de la forma “que consideren conveniente”.

En el segundo párrafo, se hace referencia a la formación, tanto inicial como continua del mediador. En particular, la formación continua se configura como un dato esencial para el éxito de la concreta mediación iniciada y, para la consolidación como alternativa real de esta figura en el marco de la Unión Europea.

Esta mención a la capacitación y formación continua se deja a la promoción por parte de los Estados “por los medios que consideren adecuados”¹² y no se acompaña de una noción común de lo que pueda significar e implicar. No se dice nada respecto a eventuales requisitos de formación del mediador o de prohibiciones de actuar como mediador comunes a todos los Estados miembros, ni tampoco sobre la posible exigencia de inscripción del mediador en un registro público y las consecuencias, positivas y negati-

¹² Párrafo 16 de la Exposición de Motivos.

vas, que de ello se pueden derivar, ni sobre el reconocimiento de tal condición en un concreto Estado miembro y fuera de éste.

Entramos a analizar un tema contemplado en la Directiva de marcado tono procesal: el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación, que recoge el artículo 6, con el siguiente tenor: “...Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo”¹³. Se contempla esto con el ánimo de dar efecto a los procedimientos de mediación, ya que sin esta posibilidad quedaría ciertamente sin su natural esencia este recurso.

Observamos que, en todo caso, siempre se actúa en el respeto de la voluntad¹⁴ de las partes ya que se tiene que partir de su consentimiento explícito.

La Directiva hace un reconocimiento indirecto de que no se van a disponer normas especiales para el reconocimiento y ejecución de tales acuerdos, y que, por tanto se van a respetar los instrumentos que en el ámbito comunitario se están aplicando de manera recurrente

¹³ Se recogen en los siguientes apartados normas específicas de procedimiento:

“...El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir una solicitud de conformidad con los apartados 1 y 2.

¹⁴ El voluntarismo, la flexibilidad y cierta libertad que son parte del hilo conductor de esta figura nos recuerdan en cierta medida, con la lógica distancia, a los modos de solución de controversias en Derecho internacional y, exactamente, a la mediación y, en algunos aspectos, a la conciliación.

SOLETO MUÑOZ llama la atención sobre el hecho de que precisamente en nuestro país, la voluntariedad es una de las características básicas de la mediación, tal como es entendida en nuestro ámbito. (Vid. SOLETO MUÑOZ, H: “La mediación en la Unión Europea”, OTERO PARGA, M., Y SOLETO MUÑOZ, H (coords.), en *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente, 2007*,

“... Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otro Estado miembro de un acuerdo que haya adquirido carácter ejecutivo..”

Este es uno de los artículos que en mayor medida han de interpretarse de forma sistemática en conjunción con la Exposición de Motivos, donde además se recoge la relación de la Directiva con otras normas previas comunitarias, en este caso, Reglamentos. Así, el contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable, por ejemplo sobre la base del Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo¹⁵

Más específico es el Reglamento (CE) no 2201/2003, al que también se remite la Exposición de Motivos, y que dispone expresamente que los acuerdos entre las partes deben tener fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que se han celebrado para poder ser ejecutivos en otro Estado miembro. Por consiguiente, si el contenido de un acuerdo resultante de la mediación en el ámbito del Derecho de familia no tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que ha sido celebrado o en el que se solicita que se le dé carácter ejecutivo, la presente Directiva no debe alentar a las partes a eludir la legislación del Estado miembro en cuestión mediante gestiones encaminadas a dotarlo de fuerza ejecutiva en otro Estado miembro¹⁶.

En todo caso, la disposición relativa a la ejecución de acuerdos, a nuestro parecer, debería haberse situado al final, ya que constituye el resultado último del proceso.

Se trata de uno de los puntos más complejos¹⁷, y que requiere de una adaptación y desarrollo

¹⁵ Reglamento de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

¹⁶ Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

¹⁷ Este tema de la eficacia de los acuerdos y otros como el de la ley aplicable al fondo del litigio son tratados en particular por expertos en la materia, del ámbito del Derecho Internacional Privado. (Vid. el siguiente exhaustivo estudio: ESPLUGUES MOTA, C.: “El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos

completo por las legislaciones nacionales, aun cuando de manera recurrente se hace alusión al respeto a las legislaciones nacionales ya que, como puede detectarse, la armonización europea en este sentido aún dista de ser absoluta.

Todo el proceso ha de desarrollarse en un entorno de confidencialidad; en efecto, se dispone¹⁸ que ninguna de las personas que participen en el procedimiento de mediación estará obligada a declarar en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso.

En cuanto al alcance personal de la disposición, únicamente se hace referencia a los mediadores y a las personas que participan en el procedimiento; consideramos que cabe una interpretación extensiva ya que, de la lectura de los considerandos de la Directiva se desprende que la nota de confidencialidad es uno de los hilos conductores de todo el proceso y de la institución de la mediación en general.

Se recoge en esta norma la salvedad de que cabe, respecto del deber de confidencialidad, acuerdo en contrario de las partes. No es por tanto, una prohibición de carácter absoluto, ya que además se contempla otro conjunto de excepciones: cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona.

La necesaria excepción del interés superior del menor está presente en todos los procedimientos relativos al mismo.

También quiebra el principio de respeto de la confidencialidad cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

Salvo estas claras excepciones, consideramos que esta norma ha de interpretarse en el sentido de que la confidencialidad ha de presidir todo el proceso, y no se circunscribe únicamente a no declarar en un proceso judicial

transfronterizos en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2013-1, pp. 24 y ss.

¹⁸ Artículo 7.

(aunque esta sea la prevención más importante). Interpretamos esto al comenzar precisamente la norma diciendo "...dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad ..."

En todo caso, y como inciso final, se recoge la posibilidad de que los Estados miembros puedan aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación. Es un claro ejemplo de que se trata de una de las disposiciones que dejan una cuestión ciertamente abierta, que será objeto de futuras revisiones y de seguimiento respecto de los que los Estados interpreten de manera más o menos estricta.

En el contexto de las relaciones de la mediación con el recurso a jueces y tribunales, se recogen normas sobre caducidad y prescripción. Así, los Estados miembros deben velar por que más adelante las partes no tengan dificultades para iniciar un procedimiento judicial o un procedimiento de arbitraje tras una mediación con motivo de la expiración de los plazos de prescripción. El tenor de la disposición correspondiente (artículo 8) es el siguiente: "Los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación."

El objetivo último de esta disposición es garantizar que no se impida a las partes que optan por la solución de la mediación incoar un procedimiento judicial con posterioridad, por el hecho de haber intentado un previo procedimiento de mediación.

Destacamos la idea de "intentar" la solución mediante la mediación, ya que la interpretación que ha de hacerse para cumplir esa finalidad es que se trata de que el tiempo que transcurra desde el momento en que se somete un asunto a la mediación hasta que finalice conllevará automáticamente la suspensión de todo plazo de caducidad o prescripción relacionado con la acción que pudiera proceder sobre las cuestiones sometidas a mediación, y ello independientemente de que el proceso de mediación finalice con o sin éxito.

Esta norma ha de entenderse sin perjuicio de las disposiciones sobre caducidad y prescripción incluidas en los acuerdos internacionales en que sean partes los Estados miembros¹⁹. Otro ejemplo de margen de maniobra para los Estados, en este supuesto, por causa de sus compromisos internacionales.

Hay un último aspecto, el relativo a la información, que se presenta en dos disposiciones: los artículos 10 y 11, que recogen el acceso, para los particulares, a la información acerca de los mediadores y los servicios en general, y además la Comisión también hará accesible públicamente, por los medios que considere oportunos, la información sobre los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes que le hayan comunicado los Estados miembros.

En otro orden de cosas, la Directiva se ha adoptado, como se dispone en su Exposición de Motivos, en el debido respeto a dos de los principios que rigen el ejercicio de las competencias de las instituciones de la Unión: el de subsidiariedad y el de proporcionalidad²⁰. En función de los mismos, la Unión solamente actuará si los objetivos de la acción pretendida pueden lograrse de mejor modo a escala de la Unión que a nivel nacional, y además, el contenido y la forma de su acción no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

3. LA NECESARIA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA Y LAS CONSECUENCIAS DE SU AUSENCIA

Las directivas, en el orden jurídico de la Unión Europea, son actos que imponen a los Estados obligaciones de resultado, que han de ser cumplidas en un plazo determinado en el mismo acto jurídico.

La ejecución de la directiva en los ordenamientos nacionales es absoluta, de manera que su inobservancia supone un incumplimiento del Derecho de la Unión que puede ser sancionado mediante las vías de recurso previstas en el Tratado. Concebida como tal obligación de ejecución, la directiva no sola-

¹⁹ En concreto, se dispone, en el párrafo 2 del artículo 8, que "Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre plazos de caducidad o prescripción incluidas en los acuerdos internacionales en que sean partes los Estados miembros."

²⁰ Para una ordenada presentación del sentido y alcance de estos principios, *vid.* IGLESIAS BERLANGA, M.: "Competencias", en SÁNCHEZ, V.M., (coord.), *Derecho de la Unión Europea*, Ed. Huygens, Barcelona, 2010, pp. 35 y ss.

mente exige la consecución en abstracto de un resultado, sino que impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas nacionales necesarias para alcanzar dicho resultado con la libertad de elección de la forma y los medios.

El plazo de transposición de esta norma concluyó el 21 de mayo de 2011. Después del incumplimiento de ese plazo por España y por otros ocho Estados (República Checa, Francia, Chipre, Luxemburgo, Países Bajos, Finlandia, Eslovaquia y Reino Unido), la Comisión abrió expediente por no haber notificado aún las medidas nacionales acordadas para la transposición de la Directiva. En efecto, la Comisión Europea en coherencia con la política europea de potenciación de la mediación en asuntos transfronterizos y, en particular, en ejercicio de su labor de vigilancia del cumplimiento del Derecho de la Unión, inició la primera parte del recurso por incumplimiento. Este recurso se cifra en el envío de dictámenes motivados a los Estados que no han incorporado una norma europea en tiempo y forma. En estos dictámenes, esta Institución expone al Estado miembro las razones por las que considera que hay un incumplimiento y fija un plazo para que sus autoridades competentes pongan fin al mismo.

Tras ese apercebimiento, que efectivamente tuvo lugar, se presentó Proyecto de Ley de mediación (Proyecto 2011) que aunque entró en el Congreso de los Diputados caducó y no siguió su tramitación. Ello justificó el recurso al real decreto-ley, como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho, con lo que se puso fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comportaría para los ciudadanos y con la consiguiente apertura del procedimiento contencioso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²¹. Así, se adoptó el *Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, que posteriormente ha sido derogado por la actual Ley, que presentamos en el siguiente epígrafe.

4. DESARROLLO Y EJECUCIÓN DE LA DIRECTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Comenzamos este epígrafe enlazando con las ideas recogidas en el inmediatamente anterior. Efecti-

vamente, el Real Decreto ley dio paso a la actual norma en vigor, la Ley 5/2012. La regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles.

Recogemos en este estudio una referencia limitada a la normativa española, por exceder el ámbito central de nuestro análisis, de manera que presentamos únicamente aspectos puntuales de la misma.

Hemos dedicado atención, por su relevancia en la práctica, a la figura del mediador en la norma europea. En el sistema español no existe, en los actuales planes de estudio universitarios, un grado o diplomatura en, si bien hay una creciente oferta de másteres, cursos de formación continua o de especialización en las Universidades españolas, tanto públicas como privadas que tratan de dar cumplimiento a las exigencias de la Ley 5/2012, que dispone que el mediador ha de contar con formación específica, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

El Real Decreto-Ley disponía, como reflejo de las exigencias de la Unión, que "...El mediador deberá contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. Esta formación específica proporcionará a los mediadores los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico...". En la Ley que deroga al Decreto, se omite la alusión a esos concretos conocimientos necesarios.

Dentro de este mismo conjunto de ideas, GARCÍA PRESAS sugiere que la probable vinculación de los mediadores a un colegio profesional propio –que puede ser voluntaria u obligatoria- se constituye como una posible temática que ha de ser considerada a nivel estatal²².

²¹ En efecto, si no se obtiene solución en esa primera fase de apercebimiento, se produce una demanda por parte de la Comisión, ante el Tribunal de Justicia, quien ha de pronunciarse acerca del incumplimiento por parte del Estado.

²² GARCÍA PRESAS, I.: "Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España", *Dereito*, vol. 18, 1, 2009, pág. 249.

Al presentar la norma de la confidencialidad, llamamos la atención sobre el hecho de que se deja una puerta abierta a medidas más restrictivas por parte de los Estados miembros. En nuestra norma, al delimitar el ámbito personal a que debe extenderse, se cita al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes.

Las normas relativas a la caducidad y la prescripción se concretan en nuestro ordenamiento en que la solicitud de inicio de la mediación suspenderá la prescripción o caducidad de acciones desde la fecha en que conste la recepción de dicha solicitud o depósito ante la institución de mediación, si es el caso. Por otro lado, si en el plazo de quince días no se firmara el acta de la sesión constitutiva, se reanuda el cómputo de los plazos. En cuanto al alcance temporal de la suspensión, ésta se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo, o en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en la Ley. En estas últimas matizaciones, respecto de su terminación, nos apoyamos para reafirmar la idea de la finalidad última de estas normas, que pretenden evitar que se impida a las partes incoar un procedimiento judicial por el hecho de haber intentado la resolución del litigio mediante mediación.

Las disposiciones sobre la ejecución de los acuerdos recogen útiles aclaraciones, sobre la formalización del título ejecutivo, que podrá elevarse a escritura pública, o el Tribunal competente para su ejecución, que será aquel que homologó el acuerdo. La ejecución en el supuesto de acuerdos de mediación transfronterizos es desarrollada en previsión de la Directiva, entre otras cuestiones, en el sentido de que un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en el nuestro cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.

Los aspectos, especialmente de carácter organizativo, de los procesos de mediación en España, como incorporación y desarrollo detallado de lo dispuesto de forma general en la Directiva, son tratados, a nuestro parecer, de manera ciertamente completa en la Ley, quedando cubiertas las necesidades de aclaración de intervinientes, infraestructuras, condiciones

y plazos. Estamos haciendo referencia a temas como la calidad y autorregulación de la mediación, la responsabilidad de los mediadores, los costes y las sesiones en que se desarrolla y estructura el procedimiento.

5. CONCLUSIONES

En esta aportación, hemos intentado presentar una panorámica muy general de la situación de esta Institución en nuestro entorno, europeo y nacional, desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, conscientes de que es un tema en el que se entremezclan disciplinas como el Derecho procesal, civil y mercantil y especialmente el Derecho internacional privado, desde el momento en que aparece el elemento transnacional.

Desde esta perspectiva, el estudio de los nuevos instrumentos jurídicos en la materia nos sugiere, en primer lugar, la percepción de que estamos ante un nuevo modo de solución de controversias adaptado a la complejidad, disparidad y celeridad con que suceden los conflictos en nuestros días, especialmente, en el ámbito de las relaciones familiares, y en particular, en los conflictos familiares transfronterizos. La Unión Europea parece impulsar así el recurso a la misma. Afirmado esto, no podemos dejar de advertir que la transposición de un marco legal tan general como el que recoge la Directiva concede a los legisladores estatales un amplio margen de maniobra. Ello puede entrañar el peligro, o al menos, la amenaza latente, de que persistan discrepancias en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que pueden acabar afectando tanto a la realidad de la puesta en práctica del texto de la Directiva, como a la consecución del objetivo último de fomento y armonización de la institución en el territorio de la Unión.

Permaneceremos atentos a la continuidad en la adaptación nacional a la normativa europea, a la futura adopción, en el seno de la Unión, de otras futuras normas en desarrollo de la Directiva, y al impulso que, con carácter general, continúe teniendo la mediación dentro de esta Organización, ya que nuestra impresión es, con las reservas apuntadas, que la adopción de esta primera norma supone únicamente el comienzo de una futura práctica consolidada en este ámbito. Esta idea parece empezar a confirmarse, entre otras cuestiones, al haberse adoptado, por ejemplo, por parte del Consejo de la Unión Europea, Directiva

para la Resolución Alternativa de Litigios y una regulación para Resolución de Disputas Online, que permitirán a comerciantes y clientes llegar a acuerdos de manera simple, rápida y barata. Adoptamos esta nueva norma como ilustración de la reciente práctica de la consideración de las alternativas a la solución judicial de litigios entre particulares.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERCULTURAL EN ESPAÑA E ITALIA

Beatriz Souto Galván

Profesora titular de la Universidad de Alicante

Fecha de recepción: 17 de abril de 2013

Fecha de aceptación: 30 de abril de 2013

SUMARIO: I. Introducción. II. Tratamiento jurídico de la diversidad cultural. III. Algunas precisiones sobre la noción de mediación familiar intercultural. IV. Ámbito de aplicación material. V. El objeto de la mediación familiar intercultural: límites. 1. Crisis matrimonial. 2. Filiación. 3. La elección del futuro cónyuge: los matrimonios forzados. VI. Consideraciones finales.

RESUMEN: Uno de los supuestos más complejos que encontramos en el ámbito de la mediación es el de la mediación familiar intercultural. Sin embargo, hasta el momento, no se ha llevado a cabo por parte de los ordenamientos italiano y español un desarrollo suficiente de esta categoría. En este contexto, el objetivo del presente trabajo es analizar e intentar dar respuesta a los problemas y las necesidades derivadas de esta específica modalidad de mediación.

ABSTRACT: One of the more complex postulations we found in the field of mediation is the intercultural family mediation. However, so far, has not been carried out by the Italian and Spanish legal systems sufficient development of this category. In this context, the objective of this paper is to analyze and try to respond to the problems and the needs arising from this specific form of mediation.

PALABRAS CLAVE: Mediación, Familias interculturales.

KEYWORDS: Mediation, Intercultural Family

I. Introducción

Antes de iniciar el análisis de los aspectos más relevantes que sugiere esta temática, relativos a su concepto y límites, es necesario valorar como incide la diversidad cultural en la sociedad occidental actual y, en concreto, en el ámbito familiar. La toma de postura por parte de los poderes públicos frente a este tipo de sociedad, en la que conviven diferentes de modelos de vida, nos dará las claves para una interpretación correcta tanto de la naturaleza como del contenido y alcance del proceso de mediación familiar intercultural.

En España, a la diversidad cultural autóctona se une la derivada del progresivo aumento de la población inmigrante. Los últimos datos publicados por el INE (2012), muestran un total de extranjeros con residencia legal en España de 5.333.805. De las quince principales nacionalidades, siete pertenecen a la Unión Europea: Rumanía (908.769), Reino Unido (243.058), Italia (186.868), Bulgaria (174.784), Portugal (129.366), Alemania (128.134) y Francia (102.923). Las dos nacionalidades más numerosas siguen siendo la rumana y la marroquí, que conjuntamente representan el 33,07% del total de residentes a 30 de junio de 2012.

La presencia de inmigrantes ha generado, lógicamente, una transformación social, tanto desde una perspectiva demográfica y económica, como cultural y política. Desde la perspectiva que estamos tratando nos interesa sobre todo destacar que esta diversidad permite la existencia de modelos de familia interculturales que plantean retos en su tratamiento socio-jurídico, precisamente en función de su diversidad cultural.

Italia muestra una tendencia similar a la española en el ámbito de la inmigración aunque porcentualmente es menor que en nuestro país si tenemos en cuenta que se trata de un país de casi 60 millones de habitantes y la población inmigrante se estimó en el último Informe presentado en 2012 por el *Instituto Nazio-*

nale di Statistica en 4.029.145 de personas¹. Según el mismo organismo a 1 de enero de 2012 la cifra de ciudadanos no comunitarios alcanzaba los 3.637.724. El país de procedencia mayoritaria es Marruecos (506.369), seguido de Albania (491.495), China (277.570), Ucrania (223.782) y Filipinas (152.382).

Se observa, en este sentido, en ambos países un crecimiento notable en el número de parejas y matrimonios "mixtos". Como ha puesto de evidencia Moscato, en este tipo de relaciones hay muchos elementos que pueden generar situaciones complejas que pueden influir negativamente en la relación de pareja si no se tratan adecuadamente, en cuanto se produce una modificación sustantiva de las reglas sociales tradicionales. La dificultad deriva fundamentalmente de las presiones procedentes de las familias de origen y de la comunidad de acogida². En los supuestos de ruptura, de hecho, suelen invocar sus peculiaridades culturales y regímenes jurídicos del país de origen. También hay que tener en cuenta a las familias procedentes de la inmigración que acuden a los institutos del país de residencia para solucionar sus conflictos familiares, en los que también tendrá un peso muy importante la cultura de origen.

II. Tratamiento jurídico de la diversidad cultural

Se plantean tres opciones en el tratamiento de la diversidad cultural: la integración-asimilación de la diversidad cultural a la cultura dominante; la integración flexible: integración en la ética común que se plasma en los derechos humanos, y diversas en los valores culturales, en aquellos que no afecten a los derechos huma-

¹ <http://www.empleo.gob.es/es/mundo/revista/Revista137/158.pdf>

² Moscato, G., "Familias interculturales en España: Análisis de la satisfacción vital", *Portularia: Revista de Trabajo Social*, Vol. Extra 12, 2012, págs. 35-43, p.37. En este sentido, el mismo autor destaca la afirmación vertida por la socióloga italiana Tognetti en relación con los matrimonios interculturales que llama la atención sobre la posibilidad de que éstos sean vistos "como una amenaza para la comunidad de acogida en cuanto esa nueva tipología de familia es un elemento de novedad y cambio que podría poner en crisis la adhesión a un sistema social dado" (Ibid).

nos³; la conservación y protección ilimitada de la identidad cultural.

El Estado español, a la hora de diseñar las políticas públicas que puede adoptar en relación con la diversidad cultural, sólo puede decantarse por aquéllas que respeten el marco jurídico que se desprende del texto constitucional. El artículo primero de nuestra Constitución señala que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Este precepto hay que leerlo en conjunción con lo dispuesto por el artículo 10.1., conforme al cual “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Estos son, en consecuencia, los elementos que configuran el marco de valores y normas básicas dentro del cual debe articularse la diversidad cultural. Y, desde mi punto de vista, descartan la posibilidad de optar por la integración-asimilación que se deriva del etnocentrismo cultural pero también la protección ilimitada de la identidad cultural.

La respuesta, por tanto, a este fenómeno es la del respeto y garantía de los valores consagrados constitucionalmente en conjunción con el llamado principio de interculturalidad. Es decir, se concibe la integración como un proceso de mutua adaptación que impone respetar y valorar las distintas culturas que conviven en el Estado español, rechazando la posibilidad de una simple asimilación a las pautas culturales dominantes entre la población española. Pero la defensa de la diversidad no debe llevar al mantenimiento de grupos culturales aislados entre sí, ni a una consideración ahistórica o acrítica de las culturas. El principio de interculturalidad exige reconocer y respe-

tar las diferencias, pero busca la comunicación, el diálogo crítico, la interrelación y la interacción de personas pertenecientes a culturas diversas, sobre la base de unos valores básicos compartidos. El resultado de esta comunicación e interrelación es la producción de nuevas realidades culturales, en las que todos los individuos y grupos pueden resultar transformados y enriquecidos.

Por otra parte, no cabe negar que en ocasiones las diferencias culturales existentes en el seno de una población cada vez más diversa pueden conducir a conflictos, que habrá que abordar con los instrumentos del diálogo constructivo y el compromiso, dentro del marco de opciones que abren la Constitución y las leyes.

En este sentido se ha manifestado también el Consejo de la Unión Europea, afirmando que “La práctica de diversas culturas y religiones está garantizada por la Carta de los Derechos Fundamentales y debe quedar salvaguardada, a menos que dichas prácticas entren en conflicto con otros derechos europeos inviolables o con la legislación nacional. En consecuencia, los Estados miembros tienen la responsabilidad de garantizar que las prácticas culturales y religiosas no impidan a los individuos ejercer otros derechos fundamentales. Ello reviste particular importancia en lo que se refiere a los derechos y la igualdad de la mujer, a los derechos e intereses del niño, y a la libertad de practicar o no una determinada religión”.

En definitiva, los mejores medios para abordar los conflictos de convivencia ligados a diferentes prácticas culturales o las cuestiones relacionadas con prácticas culturales y religiosas inaceptables que entren en conflicto con los derechos fundamentales y con los valores básicos de la UE son, como señala el Consejo, el diálogo intercultural e interreligioso constructivo, la educación, un discurso público basado en la reflexión y el apoyo a las expresiones culturales y

³ Abarca Junto, P., “La regulación de la sociedad multicultural”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Calvo Caravaca, A. L., Iriarte Ángel, J.L. ed., Madrid, 2000, pp.163-179, p.167.

religiosas que respeten los valores, derechos y leyes nacionales y europeos.

En un escenario como el actual, caracterizado por la presencia en el mismo territorio de un conglomerado de distintas creencias, religiones y culturas, resulta necesario garantizar un marco normativo y axiológico que facilite la convivencia y permita gestionar los conflictos inherentes al propio hecho de convivir.

Con esta finalidad nace precisamente la mediación intercultural, orientada no sólo a la resolución de conflictos sino también a la prevención de los mismos –aspecto en el que se distancia del resto de ámbitos propios de la mediación-. Es decir, se trata de “un proceso de intercambios que permite influirse, recíprocamente, por medio de la comunicación”⁴.

En España, la mediación intercultural no ha sido regulada expresamente por el legislador estatal y ante este evidente vacío normativo generado por la indecisión legislativa del Estado, algunas Comunidades Autónomas han resuelto abordarla en su ámbito propio. En la mayoría de los casos, sin embargo, la mediación intercultural se desarrolla fuera de un marco regulatorio específico, mediante su incorporación a los servicios sociales de los Ayuntamientos o su puesta en marcha desde ONGs.

En Italia, existen también numerosas experiencias de mediación intercultural y su funcionamiento es análogo al español, si bien se encuentra más avanzado en el proceso de institucionalización⁵

III. Algunas precisiones sobre la noción de mediación familiar intercultural

El principio de interculturalidad se establece, por tanto, como principio rector en el marco de las polí-

ticas públicas frente a la diversidad cultural, determinando, como decía anteriormente, el contenido y alcance del proceso de mediación familiar intercultural. Pero antes de analizar este aspecto, conviene realizar alguna precisión sobre su conceptualización.

El término “mediación familiar intercultural” está siendo utilizado, desde mi punto de vista, para denominar realidades diversas. En general, desde el ámbito de la mediación familiar, se configura como un proceso de autorregulación de los propios intereses, de carácter extrajudicial y voluntario, caracterizado por la presencia de un tercero, sin poder de decisión, que trata de crear las condiciones necesarias para facilitar el diálogo entre los familiares en conflicto y la búsqueda por éstos de acuerdos satisfactorios para ambos. Su objeto será evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos. En este caso, por tanto, el objeto de la mediación se caracteriza por ser de naturaleza disponible y susceptible de ser planteado judicialmente.

Partiendo de esta noción, las únicas singularidades que caracterizan a este tipo de mediación frente a la mediación familiar “común” son, en primer lugar, la presencia de diversidad cultural en el seno familiar o de pautas culturales diferentes de las compartidas mayoritariamente en el contexto social en la que ésta se desarrolla y, en segundo lugar, la capacitación específica que debe poseer la persona mediadora en estos casos (los códigos culturales de las personas involucradas en el proceso de mediación: conocimientos lingüísticos, jurídicos y pautas culturales específicas del ámbito familiar, etc.)

Sin embargo, el concepto anterior se diluye bastante desde la perspectiva de la denominada *mediación intercultural*. En este caso, se concibe como un servicio social que trata, en realidad, de facilitar la convivencia intercultural. Se constituye, en consecuencia, en un medio de intermediación entre la población inmi-

⁴ J. García Castaño; C. Barragán Ruiz-Matas, “Mediación intercultural en sociedades multiculturales: hacia una nueva conceptualización”, *Portularia* 4, 2004, pp.123-142, p.131.

⁵ La Ley 40/1998 de 6 de marzo la que introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico la figura y funciones del mediador cultural

grante y las instituciones o la población inmigrante y la población autóctona con el objetivo de prevenir la aparición de conflictos. Los mediadores interculturales se definen, generalmente, como “expertos en más de una cultura que pueden intervenir para suplir las carencias del conocimiento mutuo y facilitar así la comunicación y el intercambio, previniendo el conflicto”⁶. Creo que ambos ámbitos son esenciales pero que requieren una terminología que permita su distinción porque, desde mi punto de vista, no se identifican en su objeto, naturaleza y fines.

IV. Ámbito de aplicación material

En España, al igual que la mediación intercultural, la regulación de la mediación familiar se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito autonómico, desde el que, mayoritariamente, se admite que pueda ser utilizada para resolver conflictos entre personas unidas por matrimonio o vínculo familiar, hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad y entre parejas de hecho. En todo caso, los conflictos deben versar sobre materias de Derecho privado respecto a las cuales el ordenamiento jurídico vigente en cada momento reconozca a las personas interesadas la libre disponibilidad o, en su caso, la posibilidad de ser homologadas judicialmente. La nueva Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles no se dirige en exclusiva a la regulación de este tipo de mediación pues su objeto es mucho más amplio pero solventa algunos de los problemas procedimentales que planteaba la regulación autonómica de la mediación familiar. En Italia, la mediación Familiar se encuentra escasamente regulada⁷. La

Ley 54/2006 *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, que modifica diversas disposiciones del Código Civil italiano y la Ley de enjuiciamiento civil, permite acudir a la mediación familiar previendo que el juez, con el consentimiento de las partes, pueda aplazar la adopción de las disposiciones relativas a los hijos, para permitir a los padres, con la ayuda de expertos, intentar una mediación⁸. Y, en el año 2009, se promulga ley de 18 junio, nº 69, «*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile*», en cuyo artículo 39, se delega al Gobierno la competencia para regular la mediación y la conciliación civil y mercantil. Además, establece la creación de un Registro de organismos de conciliación/mediación en la sede del Ministerio de justicia, y la previsión de regular mediante decreto los requisitos y las condiciones para acceder a la profesión de conciliador⁹.

Los supuestos más comunes de mediación familiar son los de crisis matrimonial o de parejas de hecho. La diferencia en este caso viene marcada por la presencia de pautas culturales diversas que pueden generar problemas específicos, ya sea por tratarse de una pareja mixta, es decir, formada por personas de contextos culturales diferentes, generalmente de distinta nacionalidad; o, de familias procedentes de la inmigración que acuden a los institutos del país de residencia para solucionar sus conflictos familiares, en los que también tendrá un peso muy importante la cultura de origen.

Pero, en realidad, cabe aquí cualquier conflicto familiar siempre que ésta contenga el rasgo de multiculturalidad. Por ejemplo, las experiencias de adopción

⁶ Llevot Calvet, N., “La figura del mediador intercultural en Cataluña: la visión del colectivo formador”, Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado, 20(2), (2006), pp. 151-164, p.151.

⁷ Como apunta Maria Antonietta Foddai, “La falta de regulación, si bien por un lado ha estimulado la experimentación y la búsqueda de modelos más adecuados a la tradición jurídica italiana, por otro lado ha favorecido el desarrollo anárquico de organizaciones que realizan actividades de mediación fuera del control estatal, sin ofrecer garantías idóneas ni sobre la profesionalidad de los mediadores ni

de la equidad de los acuerdos”, “Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?”, *Diritto@Historia*, 9(2010).

⁸ Ibid.

⁹ Previsiones normativas desarrolladas a través del d.lgs. 28/2010 “Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” y el d. m. 18 ottobre 2010 n.180 “Registro degli organismi di mediazione e elenco dei formatori per la mediazione”.

internacional - situaciones que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos-; sucesiones; liquidación de bienes en situación de comunidad entre los miembros de una familia; conflictos relativos a la obligación de alimentos entre parientes; conflictos relativos a la comunicación y relación entre progenitores, descendientes, abuelos, nietos y demás parientes, etc.

V. El objeto de la mediación familiar intercultural: límites

Como decía, en España, los ámbitos de la mediación familiar, generalmente, se extienden a aquellas materias de derecho disponible, en el ámbito de las relaciones familiares, respecto de las cuáles las partes tengan interés en negociar, dentro del respeto al orden público. Así, y tal y como establece el artículo 25 de la Ley 5/2012, para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.

El orden público, en ambos ordenamientos jurídicos, se constituye en límite insoslayable del principio de voluntariedad que rige en el ámbito de la mediación familiar, y, por tanto, no podrán homologarse judicialmente ni ejecutarse los acuerdos cuyo contenido sea contrario al mismo. En consecuencia, la persona mediadora tiene la obligación de cerciorarse de que los objetivos de la mediación no sean antijurídicos o no atenten contra el orden público protegido por la ley.

En España, la entrada en vigor de la Constitución de 1978 modificó de forma paulatina la institución familiar que consagraba un modelo de familia patriarcal, de sumisión de la mujer a la autoridad del marido y limitación de su capacidad de obrar, la indisolubilidad del matrimonio, la distinción entre hijos legítimos e ilegíti-

mos, etc. Los valores y principios reconocidos en nuestra Carta Magna han permitido una radical transformación de la institución familiar, basada ahora en el respecto a la igualdad y la libertad personal.

Por lo que ahora importa, interesa destacar, en primer lugar, que nuestra norma constitucional consagra el principio de no discriminación por razón de sexo y, reconoce además de forma específica la igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito matrimonial: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica”, por lo que disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (DUDH)¹⁰; garantía que debe ampliarse lógicamente a las uniones no matrimoniales, en virtud del artículo 14 de la Constitución.

El principio de igualdad ha permitido también la desaparición de la tradicional distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, equiparándolos jurídicamente a todos los efectos. Y, en este sentido, se ha potenciado co-

¹⁰ CEDAW, artículo 16: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a. El mismo derecho para contraer matrimonio; b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; g. Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso. i. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

mo elemento prioritario del orden público familiar la protección de interés superior del menor, que ha de informar la actuación de padres, tutores, guardadores, jueces, y, en este caso, de la persona mediadora.

A las premisas anteriores, que determinan el modelo de familia vigente en nuestro ordenamiento jurídico, debemos añadir la peculiar naturaleza de las normas de Derecho de familia en aplicación del denominado *orden público familiar*, que debe entenderse, tal y como sostiene Acedo, como una especialidad del orden público, que tiene en cuenta los derechos constitucionales relativos a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad dentro del entorno familiar, así como los principios de protección de la familia, tanto dentro como fuera del matrimonio¹¹. En virtud del mismo algunas de las normas jurídicas que rigen el Derecho de familia tienen carácter imperativo e inderogable, limitando, en consecuencia, la autonomía de la voluntad de sus miembros.

En definitiva, y aunque se ha producido en ambos ordenamientos jurídicos un progresivo reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar, especialmente en relación con la crisis matrimonial, la naturaleza imperativa de los derechos-deberes que se atribuyen en el derecho de familia, impide que parte de los mismos puedan tener naturaleza disponible.

El proceso de modernización del derecho de familia en la República italiana se inició también en los años 70s del siglo pasado aunque ha aplazado excesivamente algunos aspectos relevantes como el respeto del principio de igualdad en materia de filiación, pues hasta el año 2012 ha mantenido la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos¹².

Por otro lado, y como ya adelantábamos, se ha de tener en cuenta el reconocimiento en el ámbito in-

ternacional y europeo del derecho a la identidad cultural, que se extiende al particular estilo de vida y, en lo que ahora afecta, al derecho a la vida familiar y privada. En este sentido, La Declaración Universal sobre la diversidad cultural de la UNESCO, aprobada en el 2001, establece que «la defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a las minorías y los de los pueblos autóctonos. No obstante, nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance».

Tanto el Estado español como el italiano han adoptado algunas medidas de promoción del ejercicio del derecho a contraer matrimonio según los ritos matrimoniales propios, admitiendo cierto pluralismo formal, esto es, se reconoce eficacia civil a los matrimonios celebrados según determinados ritos matrimoniales de carácter religioso, aunque ambos países se arrogan la exclusiva jurisdicción del Estado en materia matrimonial, de modo que, les corresponde la competencia para regular todo lo relativo a la constitución del matrimonio, la sociedad conyugal y su extinción.

Teniendo presentes los criterios que ambos ordenamientos jurídicos han adoptado en la configuración del Derecho de Familia vigente vamos a analizar ahora algunos de los conflictos que pueden plantearse en el proceso de mediación intercultural.

1. Crisis matrimonial

Como ya adelantaba, el objeto más común de la mediación familiar es el relativo a la crisis matrimonial o de pareja. Uno de los conflictos que se plantean con mayor frecuencia en estos supuestos es precisamente, es el de la posición que ocupa la mujer en aquellos con-

¹¹ Acedo, A., "El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº 14-15, 1996-1997, págs. 323-392, p.366.

¹² Legge 10 dicembre 2012, n.219, G.U. n.293 del 17.12.2012.

textos culturales¹³ en los que sigue vigente el modelo patriarcal de familia. En este sentido, se ha afirmado que “en el conjunto de las poblaciones de inmigrantes, las mujeres son los sujetos en relación a los que aparecen más diferencias entre las diversas concepciones de las relaciones entre los sexos, entre individuo y grupo familiar, entre Estado y religión. En relación a ellas, las prescripciones religiosas y comunitarias se traducen frecuentemente en formas de discriminación y opresión”¹⁴. Y, pese a que podría alegarse que, en ocasiones, la mujer opta, en ejercicio de su propia autonomía, por adoptar un estilo de vida en el admita someterse a situaciones discriminatorias, lo cierto es que la constatación de que la mayor parte de las violencias y discriminaciones femeninas se producen en el ámbito familiar y comunitario ha llevado a sostener la necesidad de reformular las categorías de los derechos fundamentales de manera que provean instrumentos de tutela de las mujeres contra los abusos privados también en relación a los grupos de pertenencia¹⁵.

Aunque la regulación de la separación y el divorcio es distinta en los ordenamientos jurídicos analizados, en ambos cuando se recurre a la mediación en supuestos de crisis matrimonial, los cónyuges persiguen alcanzar acuerdos sobre los contenidos que se han de plasmar en el Convenio regulador de separación o divorcio. Tanto en la legislación española como en la italiana *-Divorzio congiunto-* estos contenidos deberán versar sobre los siguientes extremos:

¹³ Según un estudio de María Carmen Albert y Erika Masanet sobre los matrimonios mixtos en España, “las mujeres españolas contrajeron matrimonio en el 2005 mayoritariamente con ciudadanos de países de América Latina (36%), seguido muy de cerca de ciudadanos de países europeos, principalmente de la Europa comunitaria y africanos (22%). Respecto a la nacionalidad de los extranjeros que se casaron con mujeres españolas, el colectivo más numeroso fue el de varones argentinos, colombianos y ecuatorianos, y el de rumanos e italianos en lo que concierne a países europeos, finalmente en el caso de países del continente africano destacan marroquíes y nigerianos” (“Los matrimonios mixtos en España ¿espacios de construcción intercultural?, Revista *Obets* 1, 2008, pp.45-71, p.48)

¹⁴ Facchi, A., “Mujeres inmigrantes, libertad individual y políticas sociales, p.2.

¹⁵ *Ibid*, p.6.

- a. El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- b. La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- c. La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- d. La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Uno de los colectivos culturales minoritarios de mayor presencia en nuestro país es el de tradición islámica. La religión, en este contexto, determina el marco jurídico y moral que rige las instituciones y las relaciones humanas (Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos aprobada en 1981), y, en general, y pese a las reformas experimentadas en los últimos 150 años, configura un modelo de familia que difiere en gran medida del occidental en su versión actual. Precisamente en función de las discrepancias que surgen entre ambos modelos, vamos a referirnos a este colectivo para ejemplificar algunos de los conflictos que pueden surgir en el ámbito de la mediación familiar intercultural, pero no antes de aclarar que no es el único modelo patriarcal de familia aunque si es al que se ha dedicado mayor atención desde las distintas disciplinas jurídicas.

Uno de los contenidos del Convenio sobre el que las partes deberán llegar a acuerdos es el referido al ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia de los hijos.

Salvando las singularidades que se aprecian entre los distintos ordenamientos jurídicos de Derecho islámico, en general, en caso de disolución del vínculo matrimonial la patria potestad se otorga automáticamente al padre y el cuidado del/la menor a la madre en función de la edad del hijo/a (hadāna). La configuración del alcance de este cuidado varía de un ordenamiento a otro, pero, por ejemplo, en el código de familia argelino consiste en “el cuidado, la escolarización y la educación del niño en la religión de su padre así como en la salvaguarda de su salud física y moral”. La madre puede perder la custodia por tres causas: nuevas nupcias de ésta; por fijar su residencia en el extranjero; por no educar al hijo/a en la fe musulmana¹⁶.

La patria potestad no es, por tanto, compartida por los esposos, sino que corresponde al padre decidir acerca de la educación de su descendencia, le representa y administra su patrimonio. Tanto la legislación italiana como la española atribuyen, sin embargo, la titularidad de la patria potestad a ambos progenitores aunque admite diversas posibilidades respecto a su ejercicio. En este sentido, a modo de ejemplo, el Código civil español dispone que “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges” (art.92.4). No obstante, las decisiones adoptadas al respecto deberán, en todo caso, proteger el interés superior del menor¹⁷. En definitiva, los padres tienen el derecho y deber de ejercitar la patria potestad frente a los hijos, e incluso en aquellos casos en los que se

vieran privados de las facultades, poderes y derechos a ella inherentes siguen obligados a satisfacer las obligaciones esenciales para con sus hijos y no cabe la renuncia aunque si la privación de la misma por la autoridad judicial cuando incumplan los deberes inherentes a la misma.

En este sentido, el Código civil español establece que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Representarlos y administrar sus bienes.

La protección del interés superior del menor, que es el principio que ha de informar y regir todas las relaciones que surjan en el ámbito del derecho de familia, y la consagración de la igualdad del hombre y de la mujer en relación con la titularidad y ejercicio de la patria potestad, impedirían en ambos ordenamientos jurídicos acuerdos de este tenor. Por un lado, porque el beneficio de los hijos, de naturaleza imperativa por integrar el orden público familiar, actúa como principio informador de la patria potestad, por lo que no puede ser objeto de pactos privados dirigidos a modificarlas, con la consiguiente imposibilidad de los padres de renunciar a la titularidad de la patria potestad. Por otro, y, en ningún caso, cabría incluir las cláusulas trascritas, referidas a la pérdida de la custodia, puesto que se trata de cláusulas discriminatorias por razón de sexo y, en algún caso, de religión, que no son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico, y, por tanto, no cabría su homologación judicial.

La pensión compensatoria es uno de los posibles contenidos del convenio regulador, y, por tanto, también del proceso de mediación y consiste en una

¹⁶ Durán Ayago, A., “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Calvo, A-L, Castellanos, E., dir., Madrid, 2004, pp.295-318, p.299.

¹⁷ De igual modo, el artículo 155 del Código Civil italiano dispone en este sentido “La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all’istruzione, all’educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente”.

compensación económica, que puede ser temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única para el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

En el Derecho islámico no se prevé una compensación económica de esta índole, aunque la esposa haya dedicado toda su vida a trabajar a favor del esposo y la familia, e incluso cuando el esposo prohíba trabajar a la esposa durante la permanencia de la relación matrimonial. Sin embargo, el propio contrato matrimonial introduce una institución no contemplada en nuestro ordenamiento jurídico: la dote islámica.

Se trata de la obligación que nace del matrimonio y en virtud de la cual el esposo debe entregar un bien a su esposa, que puede consistir en una suma monetaria, en bienes muebles o el usufructo de un inmueble. Se suele otorgar en dos pagos: uno en el momento de contraer matrimonio y el otro en un momento posterior fijado previamente (como en caso de divorcio). Actualmente se justifica esta donación nupcial como vía para asegurar el mantenimiento de la esposa en caso de disolución del matrimonio, pues la mujer musulmana tras la ruptura matrimonial y transcurrido el retiro legal o *idda*, no tiene derecho a ser mantenida.¹⁸

Y, en este sentido, no debe entenderse contraria al orden público, y en un acuerdo de mediación, previo al proceso de divorcio mutuo acuerdo, podría contemplarse como una pensión compensatoria siempre que no perjudique gravemente al otro cónyuge.

¹⁸ Carrascosa González, J., "Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el siglo XXI", *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Núm.21. 2003. Págs.109-143, pp.129-130.

2. Filiación

Como hemos visto, el derecho de familia islámico presenta diferencias relevantes en relación con la configuración de los deberes y facultades derivados de la patria potestad.

La filiación, a excepción de la presunción de filiación matrimonial, depende exclusivamente del padre y ninguna otra autoridad, ni siquiera el juez, puede sustituirla.

En el derecho islámico los hijos no nacidos o concebidos en el matrimonio y no reconocidos por el padre no generan lazos de parentesco con éste ni con su familia. Los efectos inmediatos de la negación de la paternidad son de orden sucesorio y patrimonial, que corresponden en exclusiva a la madre y a la familia de ésta. Como ya adelantaba, tanto el derecho español como el italiano –aunque éste último en una reforma muy reciente- han igualado jurídicamente a los hijos matrimoniales y los no matrimoniales y ambos progenitores están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos, con independencia de su origen. Se trata de una norma de naturaleza imperativa por lo que no caben acuerdos en este punto que desvirtúen las obligaciones inherentes a la patria potestad.

3. La elección del futuro cónyuge: los matrimonios forzados

Por último, también se ha planteado el uso de la mediación intercultural en el supuesto de las familias inmigradas de segunda generación porque, en ocasiones, en estas familias surgen dificultades en el proceso de socialización y culturización de los hijos: conflictos sobre la lengua que debe hablarse en el hogar familiar, las pautas alimenticias y el vestido, la salud, la práctica religiosa, etc., e incluso respecto a la elección del futuro cónyuge. Desde mi punto de vista en la mayoría de los casos enunciados no cabe acudir al proceso de mediación en sentido estricto –como método de resolución de

conflictos alternativo al proceso judicial-, en cuanto su objeto es indisponible al tratarse del ejercicio de derechos fundamentales, pero sí la mediación intercultural de carácter preventivo, que precisamente trata de evitar que nazca el conflicto.

Algunos autores, no obstante, incluyen en la mediación familiar intercultural, los conflictos que puedan surgir en el ámbito familiar en relación con la elección de la pareja y el matrimonio, contexto en el que se enmarcan los llamados “matrimonios forzados”.

La Organización de Naciones Unidas ha instado en numerosas ocasiones y, a través de diversos instrumentos internacionales, a garantizar el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes¹⁹. Desde esta instancia, se ha precisado que el matrimonio forzado es aquél “en el cual falta el libre y válido consentimiento de por lo menos uno de los contrayentes”²⁰. Se ha constatado también que la motivación para provocar el matrimonio forzado obedece a causas diversas: “matrimonios para saldar deudas (Afganistán); para cobrar una dote (Tanzania); como herencia, cuando una viuda es obligada a casarse con el hermano de su difunto marido, o cuando un viudo contrae matrimonio con la hermana menor de su difunta esposa, sin su consentimiento (África); en el caso de las trokosi o el sistema devadasi, el matrimonio en que se obliga a las muchachas a casarse con un dios local, representado por un sacerdote (Ghana e India); el matrimonio tras un secuestro o rapto (Afganistán, Ghana y Serbia, entre los romaníes); el matrimonio con cualquier hombre dispuesto, a menudo discapacitado o de clase baja, de una muchacha que se ha quedado embarazada mientras vivía con un pariente varón (Kenya); como compensación cuando un miembro

de un clan ha matado a un miembro de otro (Afganistán); etc²¹.

La libertad consensual se erige como uno de los pilares básicos de los sistemas matrimoniales examinados, no sólo a través de su reconocimiento constitucional, si no también mediante la oportuna protección penal.

En Italia no existe una disposición concreta que tipifique como delito “el matrimonio forzado”. En España el anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal aprobado en el Consejo de Ministros el 23 de abril de 2013 introduce este delito específico, con una pena de hasta tres años de prisión a los que obliguen a contraer matrimonio a terceras personas. Agravado, además, en el caso de ese matrimonio obligue a algunos de los cónyuges a abandonar el territorio nacional.

Se trata, en definitiva, de un claro atentado tanto contra el orden público español como del italiano puesto que la libertad, y, en su caso, la libertad consensual matrimonial constituye, sin duda alguna, un elemento esencial del orden público en ambos ordenamientos, que no puede ser vulnerado en aras de preservar la identidad de determinados grupos culturales o ideológicos que persisten en el uso de este tipo de prácticas. Y, claramente constituye un supuesto en el que, en sentido estricto, no puede ser objeto de proceso de mediación familiar intercultural, aunque, evidentemente, sí debe abordarse desde la acción preventiva que ésta comporta.

VI. Consideraciones finales

El respeto y garantía del ejercicio del derecho a la identidad cultural en relación con el ámbito familiar debe conjugarse, en todo caso, con los princi-

¹⁹ DUDH, PIDCP, Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1964); Plataforma de Acción de Beijing (1995), Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención sobre los Derechos del Niño, etc.

²⁰ A/61/122/Add.1, párr.122.

²¹ Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda (A/HRC/4/23, 24 de enero de 2007), p.11.

pios constitucionales y las libertades públicas consagrados constitucionalmente en los ordenamientos jurídicos español e italiano, en especial, el principio de igualdad, la dignidad de la persona, la libertad, la intimidad personal y familiar o la protección de los menores e incapaces. No obstante, se debería intensificar en ambos países la promoción de la mediación familiar intercultural como instrumento idóneo para solventar las dificultades derivadas de la coexistencia en el ámbito familiar de cosmovisiones culturales diversas.

CRISIS MATRIMONIALES Y PROCESOS DE FAMILIA

Marta Gómez de Liaño Fonseca-Herrero
Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal. UNED

Fecha de recepción: 17 de mayo de 2013

Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2013

SUMARIO: I. Planteamiento general. II. La separación. III. El divorcio. IV. Régimen común a la separación y al divorcio. V. Los procesos matrimoniales

RESUMEN: En el presente trabajo se abordan la separación y el divorcio en dos grandes bloques: en primer lugar, y desde la óptica del Derecho Civil se analizan los aspectos sustantivos de las dos figuras; en segundo término, se examinan sus alambicadas implicaciones procesales. Todo ello, sin olvidar hacer referencia, siquiera puntual, a determinados extremos de la nulidad matrimonial.

ABSTRAC: In this paper we address the separation and divorce in two main groups: first, and from the perspective of civil law discusses the substantive aspects of the two figures, and second, it examines their implications convoluted process. All this, without forgetting to refer, even point to certain ends of marriage annulment.

PALABRAS CLAVE: Crisis matrimoniales; separación; divorcio; procesos matrimoniales.

KEYWORDS: Crisis matrimonial separation, divorce, matrimonial proceedings

I. Planteamiento general

La separación, disolución y nulidad del matrimonio son objeto de una profunda regulación en los artículos 73 a 107 del Código Civil (en adelante, CC) y en los artículos 760 a 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

La separación, el divorcio y la nulidad son figuras funcionalmente muy cercanas habida cuenta que se utilizan para dar salida a las crisis matrimoniales, pero conceptualmente muy diferentes¹.

En el caso de la separación hay un matrimonio validamente constituido, pero se produce el cese de la vida en común y de las obligaciones conyugales. En el divorcio se extingue el vínculo matrimonial. En las nulidades, el matrimonio nunca fue válido desde el punto de vista de su constitución debido a un defecto originario en su nacimiento.

En el presente trabajo se abordan la separación y el divorcio en dos grandes bloques: en primer lugar, y desde la óptica del Derecho Civil se analizan los aspectos sustantivos de las dos figuras; en segundo término, se examinan sus alambicadas implicaciones procesales. Todo ello, sin olvidar hacer referencia, siquiera puntual, a determinados extremos de la nulidad matrimonial.

II. La separación

1. Concepto y clases

La separación matrimonial acontece cuando se origina el cese efectivo de la convivencia perdiendo sentido, con ello, la mayor parte de los deberes conyugales.

En atención a quién determina el cese de la convivencia de los cónyuges, la separación será de hecho o judicial. En la separación de hecho, la cesación viene dada por una decisión de los cónyuges, bien tomada de común acuerdo, bien por la voluntad de uno solo de ellos, pero en todo caso, y esto es lo importante, sin que exista resolución judicial alguna al respec-

to². A *sensu contrario*, cuando el cese de la convivencia viene respaldado y amparado en una resolución judicial, la separación es judicial.

2. La separación de hecho

La separación de hecho puede tener lugar por el mutuo acuerdo de los cónyuges o por la decisión unilateral de uno de ellos.

A este respecto, conviene dejar claro que la separación de hecho por decisión de uno sólo de los cónyuges que además abandona el domicilio familiar no determina automáticamente la comisión de un delito de abandono de familia. Únicamente, se incurre en el delito previsto en el art. 226.1 del Código Penal en caso de incumplimiento de los deberes de asistencia consustanciales a la patria potestad y de la asistencia prevista para el sustento de descendientes y cónyuge.

La separación de hecho finaliza por convertirse en judicial, por dar lugar al divorcio, y por la reconciliación de los cónyuges.

Pero, hay ocasiones en las que la separación de hecho se petrifica en el tiempo, y en tales casos va a ocurrir, a efectos jurídicos, lo siguiente:

- A) Se suprime la presunción de paternidad del marido, trescientos días después de la separación de hecho (art. 116 CC).
- B) Ejercicio de la patria potestad por el cónyuge con quien viven los hijos comunes (art. 156 CC).
- C) Normas sucesorias específicas (art. 834 y 945 CC).
- D) Especialidades en el régimen económico matrimonial (art. 1388, 1393.3º y 1442 CC).

3. La separación judicial

De acuerdo con el art. 81 CC, la separación judicial puede decretarse: a) por petición de ambos cónyuges, o de uno con el consentimiento del otro; o b) a petición de uno sólo de los cónyuges.

¹ Cfr.: Martínez de Aguirre Aldaz C.: "*Separación y disolución del matrimonio*" en "*Derecho de Familia, (VV.AA)*", Colex, Madrid, 3ª edic. 2011. pp. 149 y 150.

² Para Martínez de Aguirre Aldaz C., con la separación judicial cesa la obligación de convivencia y con la separación de hecho simplemente se incumple. "*Separación...*", *op. cit.*, pp. 151.

Si bien los aspectos procesales de la separación consensuada y contenciosa son objeto de tratamiento pormenorizado en el apartado correspondiente (*vide, infra, apartado V*), conviene dejar claro ya algunos extremos.

La legitimación activa corresponde a cualquiera de los cónyuges, bien de forma conjunta o por separado. Se trata, pues, de una acción personalísima, aunque la sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000, de 18 de diciembre consideró contrario al derecho a la tutela judicial efectiva la negación de la legitimación activa para el ejercicio de la acción de separación a la madre tutora de su hija incapacitada, puesto que en tal caso lo que se rechazaría sería la propia posibilidad de ejercitar la acción, que la tutelada no podría actuar por sí sola³.

En cuanto al plazo, para poder presentar la demanda de separación es necesario que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. Ello no obstante, no es necesario, el transcurso del plazo de tres meses, cuando la separación sea instada por uno sólo de los cónyuges que acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquier de los miembros del matrimonio⁴.

La demanda de separación presentada de común acuerdo por los cónyuges tiene que ir acompañada de una propuesta de convenio regulador en los términos del art. 90 CC. En el caso de la demanda presentada de forma unilateral ha de acompañarse una

propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

En cuanto a los efectos, señala el art. 83 CC que la sentencia de separación produce la suspensión de la vida en común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Especial interés reviste el art. 84 CC que regula la reconciliación de los cónyuges.

Hay que distinguir entre la reconciliación anterior y la posterior a la sentencia de separación. En el caso de la reconciliación anterior se pone fin al procedimiento de separación, y en el supuesto de que la reconciliación se produzca una vez dictada la sentencia de separación se deja sin efecto lo resuelto en la misma, aunque cuando exista causa que lo justifique, las medidas adoptadas en relación con los hijos pueden ser mantenidas o modificadas mediante resolución judicial.

El art. 84 establece que ambos cónyuges -de forma separada y sin necesidad de alegar motivo alguno- deben comunicar la reconciliación al juez que entienda o haya entendido del litigio, por lo cual hay que diferenciar entre la reconciliación notificada y la no notificada. Sólo la reconciliación notificada al juez produce los efectos comentados -poner fin al procedimiento de separación o dejar sin efecto la sentencia de separación⁵-. El juez dicta auto teniendo a los cónyuges por reconciliados.

III. El divorcio

1. Concepto

De conformidad con el art. 85 CC son tres las causas de disolución del matrimonio, al margen de la forma y el tiempo de su celebración: la muerte, la declaración de fallecimiento, y el divorcio.

El divorcio -decretado judicialmente a petición de ambos cónyuges o de uno sólo- determina la

³ Vide, Martínez de Aguirre Aldaz C.: "Separación...", *op. cit.*, pp. 152. Para mayor profusión, vide, también, De Salas Murillo S. y Mayor del Hoyo M^a V.: "La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación matrimonial en representación del pupilo" en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 6/2001.; Rubio Torrano E.: "¿Carácter personalísimo de la acción de separación matrimonial?" en Aranzadi Civil-Mercantil núm. 21/2000.

⁴ A este respecto, señala Planes Moreno M^a D. "En cuanto al momento de acreditar la existencia del riesgo, se plantea si debe realizarse con la presentación de la demanda, lo que daría lugar a la inadmisión de la misma, obligando al demandante a presentar una nueva demanda transcurrido el plazo señalado, o durante la tramitación del procedimiento, lo que supondría la desestimación de la acción de separación, aunque considero que en este caso sólo procedería la desestimación de la demanda, si en la fecha del pronunciamiento no hubiese transcurrido el plazo de tres meses señalado con carácter general, pues el mismo se exige, según la expresión literal del art. 81, para decretar la separación, no la interposición de la demanda". Cfr.: "Los procesos de familia: una visión judicial (VV.AA)", Colex, Madrid, 2^a edic. 2009, pp. 60.

⁵ Y es que, la reconciliación supone la reanudación de la convivencia por parte de los cónyuges separados, con ánimo de que cese la situación jurídica de separación y sus efectos. No es reconciliación, por tanto, el mero intento de reconciliarse, aunque haya supuesto una reanudación provisional de la convivencia: falta en este caso el ánimo de que cese la situación jurídica de separación. Vide, al respecto, Martínez de Aguirre Aldaz C.: "Separación...", *op. cit.*, pp. 152.

disolución del vínculo matrimonial validamente constituido.

La primera regulación del divorcio en el Derecho Civil español tuvo lugar durante la Segunda República -previsto en el art. 43 de la Constitución de 1931 y desarrollado por la Ley de 2 de marzo de 1932. En el año 1939 se deroga la posibilidad de disolución del matrimonio y el Fuero de los Españoles de 1945 proclama la indisolubilidad del matrimonio.

El art. 32 de la Constitución establece que la ley regulará las causas de separación y disolución del matrimonio, siendo la Ley de 7 de julio de 1981 la que desarrolló el mandato constitucional e introdujo el divorcio en la España democrática.

Tras veinticuatro años de vigencia, el 8 de julio de 2005 se instaura en España mediante la Ley 15/2005 un nuevo régimen del divorcio fundado exclusivamente en la voluntad de los cónyuges –bien de uno, bien de los dos- sin necesidad de alegación de causa alguna. Desaparece, pues el sistema causalista de 1981 ya que según reza la Exposición de Motivos de la Ley del 2005 “(...) *el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación*”.

2. Notas esenciales

De acuerdo con el art. 86 CC *“Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el art. 81”*.

Del precepto citado se extraen las notas esenciales de la figura:

a) No es necesario alegar ninguna causa en la demanda de divorcio.

b) La demanda de divorcio de común acuerdo tiene que ir acompañada de una propuesta de convenio regulador en los términos del art. 90 CC. En el caso de demanda unilateral ha de acompañarse una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados del divorcio.

c) Para poder interponer la demanda de divorcio es necesario que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo en caso de que la demanda sea presentada por uno sólo de los cónyuges que acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquier de los miembros del matrimonio.

d) La legitimación activa corresponde exclusivamente a los cónyuges. La acción de divorcio se extingue por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, no pudiendo continuar los herederos con la acción entablada, ya que en realidad el matrimonio ha quedado disuelto por fallecimiento.

e) El divorcio solicitado de común acuerdo, o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, se sustancia por el procedimiento previsto en el art. 777 LEC. El divorcio solicitado por uno sólo, sin el consentimiento del otro, sigue los cauces establecidos en el art. 770 de la Ley Procesal Civil (*vide, infra, apartado V*).

f) La disolución del matrimonio por divorcio únicamente tendrá lugar por sentencia que así lo declare, y producirá efectos a partir de la firmeza de la resolución judicial. No perjudicará a terceros de buena fe, sino a partir de su inscripción en el Registro Civil (art. 89 CC).

g) La reconciliación de los cónyuges sólo es posible mientras no se haya dictado sentencia de divorcio y la misma debe ser expresa. Una vez dictada sentencia de divorcio, la reconciliación no produce efectos legales, si bien los divorciados pueden contraer entre sí nuevo matrimonio (art. 88 CC).

IV. Régimen común a la separación y al divorcio

El CC tras regular de manera específica los aspectos propios y característicos de la nulidad, la separación y el divorcio, contiene un tratamiento unita-

rio -que evita repeticiones innecesarias- de las normas de aplicación común a las tres figuras. En el Capítulo IX del Título IV se regulan los efectos definitivos comunes y en el Capítulo X las medias provisionalísimas y provisionales previas, también comunes.

Conviene advertir que los art. 95.II y 98 CC son sólo aplicables a la figura de la nulidad matrimonial, y que los art. 97 y 99 a 101 CC son exclusivos de la separación y al divorcio.

1. Medidas provisionalísimas y provisionales

De conformidad con el art. 102 CC una vez admitida la demanda de separación o divorcio – también, de nulidad- se producen automáticamente, y por ministerio de la ley, los siguientes efectos:

- A) Los cónyuges pueden vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal. En todo caso, el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda no incumple con el deber de convivencia (art. 105 CC).
- B) Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro.
- C) Salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. A estos efectos, cualquiera de las partes puede instar la oportuna anotación en el Registro Civil y en los de la Propiedad y Mercantil.

A continuación, en los art. 103 a 105 del CC se regulan un conjunto de medidas que pueden adoptarse:

- A) Antes de interponer la demanda. Estas medidas se denominan medidas previas o provisionalísimas y sólo subsisten en tanto en cuanto la demanda se presente ante el tribunal competente antes de que transcurran treinta días desde que fueron adoptadas (art. 104.II CC).
- B) O, una vez interpuesta la demanda. En estos casos se trata de las medidas provisionales.

El art. 103 CC enumera una serie de medidas que va a adoptar el juez una vez admitida la demanda

y a falta de acuerdo de ambos cónyuges, pero con audiencia de éstos. Tales medidas también pueden ser solicitadas antes de la interposición de la demanda (art. 104 CC):

1ª.- El juez tiene que determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges van a quedar los sujetos a la patria potestad de ambos. Al tiempo tiene que decidir la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir con el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía⁶.

2ª.- Teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, el juez debe determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar. Previo inventario, el juez va a señalar los bienes y objetos del ajuar que continuarán en la vivienda y los que se llevará el otro cónyuge.

3ª.- El juez debe fijar la contribución de cada uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes para asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge tiene que abonar al otro. A este respecto, se considera contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedica a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

4ª y 5ª.- También ha de señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales que se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deben observarse respecto a su administración, disposición, y rendición de cuentas. Igualmente, el juez ha de determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.

⁶ Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez. Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes: a) prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

Las medidas provisionalísimas y provisionales terminan cuando son sustituidos por las medidas de la sentencia o finaliza el procedimiento de otro modo (art. 106 CC).

2. Medidas o efectos definitivos

A) El convenio regulador

En el Capítulo IX del Título IV del CC se regulan los efectos definitivos comunes a las sentencias de nulidad, separación y divorcio, siendo el convenio regulador la piedra angular, toda vez que, tanto la ley, como las decisiones judiciales, se consideran a estos efectos como supletorias de lo acordado por los cónyuges. Es decir, únicamente en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación judicial del mismo, el juez va a determinar los efectos y consecuencias en la sentencia.

Como ha quedado señalado, la demanda de divorcio de común acuerdo tiene que ir acompañada de una propuesta de convenio regulador en los términos del art. 90 CC. En el caso de demanda unilateral ha de acompañarse una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados del divorcio.

El art. 90.I CC alude al contenido mínimo del convenio. Así pues las cuestiones que *“al menos”* deben ser referidas y resultas en el convenio regulador son las siguientes:

1ª.- El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, su ejercicio, y en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

2ª.- Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento.

3ª.- La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

4ª.- La contribución a las cargas y alimentos, así como las bases de actualización y garantías.

5ª.- La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

6ª.- La pensión que conforme al art. 97 CC correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

El convenio regulador será aprobado por el juez, salvo si resulta dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. La denegación de lo acordado en el convenio tiene que hacerse mediante resolución motivada, y en tales casos los cónyuges deben someter una nueva propuesta de convenio regulador a la consideración del juez para su aprobación, si procede. La aprobación judicial dota al convenio de fuerza ejecutiva de manera que puede hacerse efectivo por la vía de apremio. Además, el juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

Tanto el convenio regulador aprobado judicialmente, como las medidas que el juez adopte en su defecto -ya son medidas definitivas- podrán ser modificados judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias originarias.

B) Disolución del régimen económico matrimonial

Una vez firme la sentencia se produce, en la esfera patrimonial y respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial (art. 95 CC). A continuación entra en funcionamiento lo acordado por los cónyuges en el convenio regulador, o en su defecto lo determinado por el juez.

El apartado segundo del art. 95 CC contiene una previsión específica para la nulidad: *“Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”*.

C) Patria potestad, guarda y custodia, deber de alimentos y derecho de visitas

El legislador ha sido especialmente sensible a la hora de atender la situación de los hijos en el marco de las crisis matrimoniales. El principio básico es que las medidas se adoptarán siempre en beneficio de los hijos habidos⁷.

La piedra angular en materia de patria potestad, guarda y custodia es que la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. El juez cuando adopta cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. Incluso, se puede acordar en sentencia la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

La principal novedad de la Ley de 15/2005 es la introducción del ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos menores. Las posibilidades que ofrece el art. 92 CC son las siguientes⁸:

- A) Privación de la patria potestad a uno de los progenitores si hay causa para ello, quedando en manos del otro.
- B)) Privación de la patria potestad a ambos progenitores siempre que hubiera causa, en cuyo caso hay que nombrar un tutor (art. 222.1º CC).
- C) Patria potestad ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, una vez acordado por los padres en el convenio regulador o decidido por el Juez en beneficio de los hijos (art. 92.4º CC)
- D) Patria potestad ejercida conjuntamente por los dos progenitores. En estos casos hay que establecer todo lo relativo al régimen de guarda y custodia. La custodia puede ser atribuida a uno de los padres y se establece un régimen de visitas a favor del otro. Y la custodia también puede ser compartida siempre y cuando lo soliciten los padres en la pro-

puesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos (art. 92.5 CC).

Ahora bien, aun cuando los padres no soliciten la custodia compartida de común acuerdo como exige el apartado 5 del art. 92, el apartado 8 del precepto señala que el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

En cualquier caso, no procede la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

El juez, antes de adoptar alguna de las decisiones que hemos referido, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Por lo que respecta al deber de alimentos, el juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (art. 93 CC). Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los art. 142 y siguientes del CC.

En cuanto al derecho de visita señala el art. 94.1 CC que *“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”*. Junto al derecho de visita de los padres el CC

⁷ Como señala Martínez de Aguirre Aldaz C., el beneficio del hijo no equivale a la voluntad o deseos del hijo y su oposición a determinadas medidas, aunque debe ser tenida en cuenta, no es por sí sola decisiva para rechazarlas. Cfr.: *“Separación...”*, op. cit., pp. 176.

⁸ De conformidad con Martínez de Aguirre Aldaz C.: *“Separación...”*, op. cit., pp. 176 y 177.

contempla el derecho de visita a favor de los abuelos, siempre previa audiencia y conformidad de padres y abuelos. El juez va a determinar el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

D) Vivienda familiar

En defecto de acuerdo con los cónyuges aprobado por el juez en el convenio regulador, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario que se encuentren en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 CC). Por lo tanto, el uso de la vivienda familiar se otorga a los hijos, y en consecuencia al cónyuge con quien convivan, independientemente de quién sea el titular dominical de la vivienda, que de hecho puede ser del cónyuge no beneficiado por su uso. Ahora bien, para disponer de la vivienda y bienes cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial (art. 96.4 CC).

El TS en sentencia de 14 de abril de 2011 ha establecido que no se pueden poner limitaciones temporales al uso de la vivienda en tanto en cuanto los hijos sigan siendo menores, ya que lo que prevalece es el interés del menor.

En el caso de que alguno de los hijos quedase en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente respecto del uso de la vivienda (art. 96.4).

No habiendo hijos, puede acordarse de que el uso de la vivienda y de los objetos habidos en ella corresponda al cónyuge no titular siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección y siempre por un tiempo prudencial (art.96.3 CC)

E) La compensación por desequilibrio económico

La reforma del año 2005 configura a la conocida como pensión compensatoria como una compensación por desequilibrio económico ya que, puede no haber pensión.

En el art. 97 CC -sólo aplicable a la separación y al divorcio- encontramos las notas esenciales de la compensación por desequilibrio económico: *“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”*⁹.

Por lo tanto, y tras la reforma del 2005 la compensación puede ser, y así lo recogerá el convenio regulador o la sentencia: a) Pensión temporal; b) Pensión indefinida; c) Una cantidad global a tanto alzado

Son los cónyuges los que determinarán la cantidad de la compensación y a falta de acuerdo entre ellos lo hará el juez en la sentencia atendiendo a las circunstancias recogidas en el art. 97 CC, a saber:

- 1º. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2º. La edad y el estado de salud.
- 3º. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4º La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5º. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6º. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7º. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8º. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge
- 9º. Cualquier otra circunstancia relevante.

⁹ Especialmente relevantes son las consideraciones que sobre la compensación efectúa Calaza López S.: *“Los procesos matrimoniales: nulidad, separación y divorcio”*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 149 y ss.

Por supuesto, en la sentencia se fijan las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

El art. 98 contiene la norma aplicable a los supuestos de nulidad, ya que el art. 97 no resulta de aplicación, y así el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el art. 97.

V. Los procesos matrimoniales

Los llamados procesos matrimoniales aparecen regulados en el Capítulo IV del Título I del Libro IV de la LEC. Se trata de procesos especiales y subespecie a su vez de los procesos de familia en los que la vigencia del principio dispositivo debe ser matizada en atención al interés público inherente al objeto procesal, esto es la relación familiar que goza de la protección jurídica de los poderes públicos¹⁰.

Los art. 769 a 778 de la LEC contienen un triple tratamiento diferenciado de los procesos matrimoniales: a) procesos matrimoniales sin consenso o contenciosos; b) procesos matrimoniales consensuados y c) procedimientos relativos a la adopción de medidas.

Los procesos matrimoniales comparten, tal como establece el apartado 3º del art. 748 LEC, las normas relativas a otros procesos de derecho de familia. Es decir, a los procesos matrimoniales le son aplicables las disposiciones generales del Capítulo I del Título I del Libro IV: Intervención del Ministerio Fiscal (art. 749); Representación y defensa de las partes (art. 750); Indisponibilidad del objeto del proceso con exclusión de la renuncia, el allanamiento y la transacción (art. 751); Prueba: ausencia de preclusión en la introducción de los hechos, prueba de oficio y vigencia plena del principio de libre valoración de la prueba (art. 752); Tramitación: sustanciación de los procesos según los trámites del juicio verbal con contestación escrita a la demanda (art. 753); Posibilidad de exclusión de la publicidad en los juicios (art. 754); y acceso de las sentencias a Registros públicos (art. 755).

¹⁰ Cfr.: Gimeno Sendra V.: "Derecho Procesal Civil: Los procesos especiales", Colex, 3ª edic. 2010, pp. 299. Vide, también, Gómez Colomer J.L.: "Derecho jurisdiccional II: proceso civil" (VV.AA), Tirant Lo Blanc, 18ª edic. 2010, pp 756 y ss. Ortells Ramos M.: "Derecho Procesal Civil", Aranzadi, 10ª edic., 2010, pp. 1119.

1. Especialidades comunes a los procesos matrimoniales

A) Jurisdicción

La jurisdicción de los tribunales españoles es la primera de las cuestiones que se suscitan en las demandas de separación y divorcio (también nulidad) cuando alguno o ambos cónyuges no tienen la nacionalidad española.

El art. 36.1 de la LEC establece que para determinar la extensión y los límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

Con carácter general, el art. 21 LOPJ señala que los juzgados y tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

A continuación, el art. 22 LOPJ recoge la normativa concreta sobre la competencia internacional del orden jurisdiccional civil, que en el caso de los procesos matrimoniales es la siguiente:

- A) Como fueros preferentes: la sumisión expresa o tácita de los cónyuges a los tribunales españoles o el domicilio del demandado cuando lo tenga en España (art. 22.2º LOPJ). El artículo 769 LEC también hace referencia al fuero preferente del domicilio conyugal.
- B) En defecto de los fueros preferentes se aplican los fueros subsidiarios del apartado 3º: "(...) en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro".

- C) Y por último, los juzgados y tribunales españoles serán competentes para adoptar medidas provisionales o de aseguramiento sobre personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España (art. 22.5º LOPJ)¹¹.

B) Competencia

La competencia objetiva corresponde de forma compartida a los Juzgados de Primera Instancia, a los Juzgados de Familia y a los Juzgados de Violencia sobre la mujer.

La regla general es que son los Juzgados de Primera Instancia los competentes para conocer de los procesos matrimoniales. Ahora bien, cuando en una circunscripción existen varios Juzgados de 1º Instancia pueden ser¹² - Juzgados de Familia con conocimiento propio, exclusivo, específico y especializado en estos asuntos.

En los casos de violencia contra la mujer y de acuerdo con la LO 1/2004, la competencia para conocer de la demanda de separación corresponde al Juzgado de Violencia de Género que esté conociendo de las actuaciones correspondientes. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 87 ter LOPJ) tienen en el orden civil competencia exclusiva y excluyente en materia de nulidad, separación y divorcio siempre y cuando alguna de las partes del proceso civil sea víctima de actos de violencia de género; sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género; se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

Por lo que respecta a la competencia territorial hay que distinguir:

- A) Procesos matrimoniales en general: La competencia corresponde al tribunal del domicilio

conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente -a elección del actor- el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. Los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados, a elección del demandante, en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, y si tampoco pudiere determinarse así la competencia, corresponderá ésta al tribunal del domicilio del actor (art. 769.1 LEC)

- B) Procesos de separación y divorcio consensuados: el juez del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes (art. 769.2 LEC)
- C) Solicitud de medidas provisionales previas a la demanda o provisionalísimas: El tribunal del domicilio del solicitante (art. 771 LEC).

C) Procedimiento.

Todas las demandas de separación y divorcio, y de peticiones de cualesquiera medidas se tramitan por los trámites del juicio verbal con las especialidades señaladas en las disposiciones generales mencionadas, y según las reglas procedimentales recogidas en los art. 770 y 777 que divergen en atención al carácter consensuado o contencioso de la petición.

D) Legitimación

La legitimación activa en los procesos de separación y divorcio corresponde exclusivamente a los cónyuges, habida cuenta que se trata de acciones personalísimas. Como ha quedado dicho (*vide, supra, apartado II*), el Tribunal Constitucional en sentencia 311/2000, de 18 de diciembre reconoció la legitimación activa de la tutora del cónyuge incapacitado para instar la separación y medidas provisionales¹³. La legitimación pasiva corresponde al otro cónyuge o a su representante legal, si fuera menor, incapaz o se encontrará en situación de ausencia, con la intervención del Ministerio Fiscal de acuerdo con el art. 749.2 LEC.

¹¹ No hay que olvidar, el Reglamento CE 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 –conocido como Bruselas II bis, donde se regula la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Para mayor profusión, *vide, inter alia*, Santana Páez E.: “*Los procesos de familia: una visión...*”, *op. cit.* pp. 148 y ss.

¹² En virtud de acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, habilitado por el artículo 98 LOPJ

¹³ En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Álava en sentencia de 31 de diciembre de 2001 y 20 de diciembre de 2004.

E) Representación y defensa

Las partes en los procesos matrimoniales han de actuar con asistencia de abogado y representadas por procurador. Sin embargo, en los procedimientos de separación o divorcio de común acuerdo, los cónyuges podrán valerse de una sola defensa y representación (art. 750 LEC)

Para solicitar medidas provisionalísimas no es precisa la intervención de procurador y abogado, pero sí será necesaria la representación y defensa para todo escrito y actuación posterior (art. 771.1 LEC)

2. Procesos matrimoniales sin consenso de los cónyuges

Todas las demandas matrimoniales formuladas por un cónyuge sin el consentimiento del otro -demandas sin consenso entre los cónyuges- se tramitan por las normas comunes ya analizadas, y por lo dispuesto en el art. 770 LEC.

A) Demanda, contestación y reconvencción

La demanda debe ir acompañada de los todos los documentos en los que el cónyuge instante funde su derecho, de la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, de las certificaciones de la inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil. Si se solicitan medidas de carácter patrimonial, el demandante tendrá que aportar los documentos que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.

El art. 753 LEC establece que todos los procedimientos matrimoniales se sustancian conforme a los trámites juicio verbal que, como es sabido, principia mediante tres tipos de demanda: sucinta, simple impreso, o mediante demanda ordinaria. Pues bien, en el caso de los procesos matrimoniales sin consenso la demanda ha de ser la propia del juicio ordinario, ya que el art. 770.1º habla de demanda, y no de demanda sucinta, ni de impreso.

Otra de las especialidades es que la contestación a la demanda se hace por escrito -por el contrario, en el juicio verbal la contestación es oral y en la

vista-. El actor dispone de diez para contestar a la demanda

La reconvencción se tiene que proponer con la contestación a la demanda y sólo se admite:

- a) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.
- b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.
- c) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.
- d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

B) Vista y prueba

Al acto de la vista deberán concurrir las partes por sí mismas, siendo obligatoria la presencia de los abogados respectivos. La incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.

Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, el cual no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias exigidas por el CC para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados.

Si se estime necesario -de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor- se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

En las exploraciones de menores se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando ex-

cepcionalmente el auxilio de especialistas cuando sea necesario.

C) Conversión procesal

La regla 5ª del art. 770 LEC permite a las partes, en cualquier momento del proceso, y de común acuerdo o una con el consentimiento de la otra, que continúe el procedimiento por los trámites del 777 LEC, es decir solicitar el cambio del procedimiento contradictorio por el consensuado. Es lo que se conoce como la conversión procesal.

La Ley 15/2005 introdujo una regla 7ª de acuerdo con la cual las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación.

D) Sentencia y recursos

Las sentencias que estimen la separación y el divorcio -también, la nulidad- del matrimonio gozan de los efectos materiales de la cosa juzgada y sus efectos se extienden a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil. No hay ninguna especialidad en el régimen de los recursos que será el general de apelación y casación sin efectos suspensivos de las medidas adoptadas.

3. Procesos de separación y divorcio consensuados

Las demandas de separación y divorcio solicitadas de mutuo acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, esto es las demandas consensuadas, se sustancian conforme a lo señalado en el art. 777 LEC.

En puridad se trata de un juicio similar al verbal con trámites muy simplificados en atención a la común voluntad de los cónyuges que preside todo el proceso.

Ciertamente, el procedimiento que establece el art. 777 LEC presenta los rasgos de la jurisdicción voluntaria, sobre todo por la inexistencia de una parte demanda, pero la indisponibilidad de los efectos lega-

les de la separación o del divorcio le confieren los caracteres propios de un proceso especial¹⁴.

A) Solicitud o petición

La solicitud o petición de separación o divorcio de mutuo acuerdo se formula por escrito y tiene que ir acompañada de la certificación de la inscripción del matrimonio, de las inscripciones de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, de la propuesta de convenio regulador redactado conforme al art. 90 CC, y de los documentos en los que los cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar.

B) Ratificación

Admitida la solicitud de separación o divorcio y dentro de los tres días siguientes, el secretario judicial va a citar a los cónyuges para que ratifiquen de manera separada su petición.

Si alguno de los cónyuges no ratificara la petición, el secretario judicial acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el art. 770 LEC -el contradictorio o contencioso-. Contra la resolución del secretario judicial -decreto- cabe recurso de revisión ante el tribunal.

C) Prueba

Si ambos cónyuges ratifican la solicitud, el tribunal procede a examinar la documentación que han aportado, y si considera que es insuficiente dará a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen.

Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y las demás que el tribunal considere necesarias para acreditar la concurrencia de las circunstancias exigidas por el CC y para apreciar la procedencia de la aprobación de la propuesta de convenio regulador¹⁵.

¹⁴ En este sentido, Gimeno Sendra V.: *"Derecho Procesal Civil..."*, op. cit., pp. 317; Gómez Colomer J.L.: *"Derecho jurisdiccional II..."*, op. cit., pp 771.

¹⁵ Vide, por su especial interés en materia probatoria, López Barajas Pera I.: *"La intervención de las comunicaciones electrónicas"* La Ley, Madrid, 2011, pp. 233 a 274.

La LEC prevé la intervención del Ministerio Fiscal cuando el matrimonio tenga hijos menores o incapacitados. Así, el tribunal va a pedir informe del fiscal sobre los aspectos del convenio relativos a ellos. Es posible que el juez oiga a los menores cuando así se estimen de oficio o a petición del fiscal, de las partes, de miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

D) Sentencia y recursos

La sentencia en los procesos consensuados contiene dos pronunciamientos distintos: un primer pronunciamiento en el que concederá o denegará la separación o el divorcio; un segundo, en el caso de concederlos, referido al convenio regulador, el cual puede ser: no aprobado en su totalidad; aprobado entero; aprobado sólo en parte.

Si la sentencia no aprueba en todo o en parte el convenio regulador propuesto, el juez concede a las partes un plazo de diez días para que propongan un nuevo convenio. En caso de no aprobación parcial, la propuesta de nuevo convenio se limitará a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Una vez, presentada la nueva propuesta, o transcurrido el plazo sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo que proceda.

Tanto la sentencia que deniegue la separación o el divorcio, como el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no va a suspender la eficacia de las mismas. La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal.

4. Procesos relativos a la adopción de medidas

La LEC contempla varios procedimientos en atención al momento en que las medidas inherentes a los procesos matrimoniales pueden adoptarse. No atiende la LEC al contenido de las medidas del que se ocupa el CC. Así se distinguen:

A) Medidas previas a la demanda

El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar las medidas a que se refieren los art. 102 y 103 del CC ante el tribunal de su domicilio sin necesidad de procurador y abogado -aunque será preceptiva la intervención para todo escrito y actuación posterior-. Ahora bien, para que las medidas acordadas subsistirán resulta imprescindible presentar, dentro de los treinta días siguientes a su adopción, la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 771. 1º y 5º LEC).

El procedimiento regulado en el artículo 771 se caracteriza por su simplicidad y rapidez:

Una vez presentada la solicitud, el secretario judicial cita a los cónyuges y, si los hubiere a los hijos menores o incapacitados, y al Ministerio Fiscal, a una comparecencia que se celebra en los diez siguientes donde se intenta un acuerdo de las partes. A la comparecencia debe acudir el cónyuge demandado con abogado y procurador¹⁶. La falta de asistencia a la comparecencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el contrario para fundamentar sus peticiones sobre medidas de carácter patrimonial.

Si en el acto de la comparecencia no hay acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar o si llegan a un acuerdo que el tribunal no aprueba en todo o en parte se abre un periodo de alegaciones y prueba. Finalizada la comparecencia o la práctica de la prueba, el tribunal dispone de tres para resolver mediante auto contra el que no cabe recurso alguno.

B) Medidas provisionales simultáneas a la admisión de la demanda

Las medidas provisionales también pueden solicitarse por vez primera en el escrito de demanda de nulidad, separación o divorcio. Si los cónyuges hubieran llegado a un acuerdo entre ellos sobre las medidas provisionales han de someterlo a la aprobación del tribunal, aunque tal acuerdo no será vinculante para las pretensiones de las partes, ni para la decisión

¹⁶ Muy excepcionalmente y por motivos de urgencia, el juez mediante auto no recurrible va a acordar de inmediato las medidas del artículo 102 CC y lo que considere procedente en relación con los hijos y la vivienda (art. 771.2.II LEC).

que pueda adoptar el tribunal sobre las medidas definitivas (art. 773.1 LEC).

Una vez admitida la demanda, el secretario judicial convoca a los cónyuges y, en su caso, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, que se sustancia conforme al art. 771 LEC, y a continuación el tribunal resuelve mediante auto contra el que no cabe recurso alguno sobre las medidas que han sido solicitadas de acuerdo con el dispuesto en art. 103 CC (art. 773. 2 y 3 LEC).

La LEC prevé -art. 773.4 LEC- que el cónyuge demandado en el escrito de contestación a la demanda pueda solicitar medidas provisionales cuando no se hubieran adoptado con anterioridad o no hubieran sido solicitadas por el actor. Tal solicitud se sustancia en la vista principal, siempre que se señale dentro de los diez días siguientes a la contestación, y el tribunal va a resolver, bien mediante sentencia inmediatamente después de la vista, bien por medio de auto no recurrible cuando la sentencia no pueda dictarse a continuación de la vista. Para los casos en los que la vista no pueda señalarse en el plazo de diez días antes, el secretario judicial tiene que convocar la comparecencia del apartado 3 del art. 773 LEC.

Las medidas provisionales quedan sin efecto cuando sean sustituidas por las medidas definitivas.

C) Medida definitivas

En el acto del juicio de los procesos matrimoniales los cónyuges someten a consideración del tribunal los acuerdos sobre las medidas y proponen la práctica de prueba. A falta de acuerdo, se abre el periodo probatorio sin más.

En la sentencia, el juez resuelve sobre las medidas solicitadas de común acuerdo, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad. En defecto de acuerdo o en caso de no aprobación del mismo, el juez determina en la sentencia las medidas definitivas. Los recursos que, conforme al sistema general se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas acordadas (art. 774 LEC)

D) Modificación de las medidas definitivas

Cuando varían sustancialmente las circunstancias que en su día se tuvieron en cuenta para aprobar las medidas definitivas, los cónyuges, también el Ministerio Fiscal si hay menores o incapacitados, pueden solicitar la modificación de las medidas convenidas.

La solicitud de modificación puede ser -art. 775.2 LEC-: a) consensuada por ambos cónyuges que acompañan propuesta de convenio regulador. Aquí rige el procedimiento establecido en el art. 777 LEC; b) no consensuada. Estas peticiones se tramitan conforme al art. 770 LEC

Además, la LEC prevé -art. 775.3 LEC- que con ocasión de un pleito posterior relativo al mismo matrimonio, se pueda pedir en la nueva demanda o en su contestación la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior, sustanciándose la petición con arreglo a lo previsto en el art. 773 LEC.

E) Ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre las medidas

Los pronunciamientos sobre las medidas se ejecutan con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de la LEC y con observancia de las especialidades contenidas en el art. 776 de la Ley Procesal Civil, que en esencia son las que se describen a continuación:

1ª.- Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago se le impondrán "multas coercitivas" de acuerdo con el art. 711 LEC, sin perjuicio de ejecutar sobre su patrimonio las cantidades no satisfechas.

2ª.- En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procede la sustitución automática por el equivalente pecuniario del 709.3 LEC, y se podrán mantener las multas coercitivas mensuales todo el tiempo necesario más allá del plazo de un año.

3ª.- El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas puede dar lugar a la modificación por el juez del régimen de guarda y visitas.

4ª.- Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no previstos de manera expresa en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la parte contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los art. 440 y siguientes y que resolverá mediante auto.

TÉCNICAS Y HERRAMIENTAS DE LA MEDIACIÓN. LA NEGOCIACIÓN.

Cesar j. Viana lopez

Abogado. Profesor tutor centro asociado UNED de Guadalajara

Fecha de recepción: 12 de mayo de 2013

Fecha de aceptación: 29 de mayo de 2013

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Nociones básicas la negociación. 3. Negociación distributiva. Concepto y clases. 4. Negociación integrativa. Concepto y caracteres. 5. Modelo de negociación de Harvard. Elementos. 6. Tácticas desleales de negociación. ¿Cómo combatirlas?. 7. Bibliografía.

RESUMEN: Los profesionales negociamos a diario, lo que nos lleva al convencimiento de que somos unos expertos en negociación, lo cual no es del todo cierto como veremos a continuación, porque negociar, negociamos todos, lo difícil es hacerlo bien. En este artículo vamos a abordar las diversas técnicas de negociación, sus elementos, las tácticas desleales y la forma de neutralizarlas.

ABSTRACT: The professionals negotiate every day, leading us to believe that we are experts in negotiation, which is not entirely true as discussed below, because negotiate, negotiate all, how difficult is it right. In this article we will address the various trading techniques, elements, unfair tactics and how to neutralize them.

PALABRAS CLAVE: negociacion. intereses. comunicación. relaciones. tacticas desleales.

KEYWORDS: negotiation. interests. communication. relationships. des-loyal tactics.

1. Introducción:

Aunque no seamos muy conscientes de ello, pasamos gran parte de nuestras vidas negociando. Negociamos de niños a través del llanto, negociamos con mayor o menor éxito en nuestra vida familiar, social o laboral aunque a veces no lo percibamos como tal.

Como profesionales, muy frecuentemente nos corresponde negociar complejos asuntos en propio nombre o en representación de otros. Resulta asombroso que a pesar de la importancia de la negociación y su necesario uso diario, especialmente en el campo profesional de la mediación, abogacía..., poca o ninguna formación recibidos al respecto, ni en la formación reglada ni con posterioridad¹.

Los profesionales negociamos a diario, lo que nos lleva al convencimiento de que somos unos expertos en negociación, lo cual no es del todo cierto como veremos a continuación, porque negociar, negociamos todos, lo difícil es hacerlo bien².

Negociar bien supone, no obtener el mejor acuerdo para una de las partes, o cual-quier acuerdo, sino uno que satisfaga en la mayor medida a las partes involucradas. Porque si el acuerdo no es bueno es mejor no buscarlo y optar por la mejor alternativa fuera de la negociación³.

2. Nociones básicas de la negociación.

A continuación voy a recoger una serie de nociones o cuestiones básicas en materia de negociación:

¹ Esta situación no es muy distinta en el ámbito mundial. Apenas a finales de la década de los 70 y comienzos de los años 80, la Universidad de Harvard, y muy especialmente el Profesor Roger Fisher junto a William Ury, y otros profesores de la Escuela de leyes de dicha Universidad, logran sistematizar un método de negociación según principios que pueden ser aplicados a cualquier tipo de negociación. Max H. Bazerman y Margaret A. Neale, señalan que a principios de los años 80, los cursos de negociación eran escasos, ahora, en cambio, se encuentran entre los que tienen más demanda en los Estados Unidos de América. Estos autores también explican las principales razones por las cuales, en su criterio, la negociación ha tenido tanto auge. Cfr. BAZERMAN Max H., y NEALE Margaret A.; *Negociación racional en un mundo irracional*, Piados Empresa 20, 1993, Primera Reimpresión 1997, p. 11 y ss.

² FISHER Roger; URY William, y PATTON Bruce; *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Grupo Editorial Norma, Sda Edición, Colombia 1994, p. xviii.

³ Se atribuye a los profesores FISHER y URY el concepto de "BATNA" (en inglés) o MAAN en español: "Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado". La MAAN o Plan "B", es la brújula que nos indica las fronteras de la negociación porque nos marca los límites en torno a cuándo estamos en presencia de un posible buen acuerdo que debemos aceptar y cuándo no. Asimismo, la MAAN es una fuente de poder, pues, en la medida que mejor sea nuestra alternativa en caso de que falle la negociación, mayores posibilidades tendremos de "educar" a nuestro adversario durante el proceso de negociación sobre las eventuales consecuencias que se darían para ambos en caso de no llegar a un acuerdo.

2.1. Concepto de negociación.

En un sentido restringido, la negociación puede ser definida como un proceso mediante el cual las partes, procuran alcanzar un acuerdo que satisfaga, en mejor medida, los resultados e intereses particulares deseados, en lugar de recurrir a otra alternativa menos atractiva y beneficiosa.

2.2. Acuerdo optimo.

El economista italiano Wilfredo Pareto (1848-1923) definió la medida de un resultado óptimo como la situación alcanzada en la que a nadie le podría ir mejor, salvo que a alguien le vaya peor⁴. En contraste con lo jurídicamente justo el acuerdo óptimo persigue lograr el mejor acuerdo en términos cualitativos y cuantitativos para las partes, en el mejor trueque de intereses que muchas veces no tiene que ver con la justicia o la equidad.

2.3. La negociación es una ciencia y un arte.

Aunque sobre todo desde los estudios de la Escuela de Harvard se considera la negociación como una ciencia con sus bases y postulados, algunos autores también lo consideran como un arte⁵, ya que si bien se aprende no es menos cierto que al igual que otras actividades de la vida el virtuosismo no solo está ligado al aprendizaje sino también a una serie de cualidades innatas.

2.4. Intereses en juego.

En muchas negociaciones la preocupación de las partes se centra más en obtener concesiones por la otra parte que en satisfacer sus propios intereses. En toda negociación es necesario deslindar los intereses en juego, que no siempre serán contrapuestos, y tratar de satisfacer con el acuerdo en la mayor medida posible los mismos.

Más que dividir o fraccionar lo que se debe es agrandar el pastel a repartir para así lograr una mayor satisfacción de intereses. La negociación debe combi-

⁴ Extraído del material de clase del Workshop de Negociación, CMI International Group, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 2000.

⁵ RAIFFA Howard; *The Art and Science of Negotiation, how to resolve conflicts and get the best out of bargaining*. Harvard University Press. Sixteenth printing, 2002.

nar conflicto con colaboración, si solo nos centramos en la derrota del contrario olvidaremos en muchas ocasiones los intereses propios.

3. Negociación distributiva: Concepto y clases.

3.1. Concepto.

En la negociación distributiva, cada parte centra sus esfuerzos en lograr del contrario el mayor número de concesiones, siendo más exitosa cuando mayores sean las mismas. No se busca una satisfacción bilateral sino la propia basada en el menor número de concesiones, que solo se hacen para obtener un beneficio mayor. Los caminos para lograr estos resultados son muy diversos dando lugar una a varios tipos de negociación que abordaremos en el apartado siguiente.

3.2. Clases.

La negociación distributiva persigue lograr del contrario el mayor número de concesiones, cifrando el éxito de la misma en su número. Es una negociación que trata de conseguir concesiones por la otra parte, utilizando dos tipos del estilo, la negociación dura o la suave, pero siempre con el objetivo inicial.

3.2.1. Negociación dura.

Cada parte considera a la otra como un adversario a derrotar y obtener el mayor número de concesiones y trata de lograrlo desde una posición inmovilista y amenazante, haciendo pequeñas concesiones para forzar un acuerdo satisfactorio.

3.2.2. Negociación suave.

Con el mismo objetivo que la anterior trata al contrario con una actitud amigable con un estilo cordial o manipulador, pero con la intención clara de obtener la mayor concesión posible desde la diplomacia o manipulación de las cuestiones discutidas.

4. Negociación integrativa. Concepto y caracteres.

4.1. Concepto.

Este tipo de negociación atiende sobre todo a los intereses en juego, por lo que no desconociendo las posiciones contrarias o adversas de las partes, profundiza en los mismos, y se centra más que en la concesión en la satisfacción de los propios intereses y los de la otra parte.

Se centra tanto en los intereses propios como ajenos como vía segura de encuentro o acuerdo. To-

mando en consideración no solo los intereses propios sino también los de la otra parte la posibilidad de éxito en el acuerdo es mayor.

4.2. Caracteres.

La negociación integrativa presenta, sin perjuicio de matizaciones, una serie de caracteres que conviene resaltar:

a) Separación del problema de las personas. Este tipo de negociación requiere un esfuerzo en separar el problema objeto de controversia de las partes que lo protagonizan como paso previo para lograr un acuerdo. Esta separación, que no es fácil, facilita tremendamente el acuerdo ya que elimina muchas implicaciones personales que muchas veces llevan a un callejón sin salida a la negociación. Se trata de ser duro con el problema y suave con las personas, el quid de la cuestión no es la resolución de conflictos personales sino la resolución de un problema que suele provocar o ir acompañado de los mismos.

b) Trueque de intereses. A menudo las partes renuncian a la satisfacción plena de sus intereses porque suponen que deben ceder en algo para llegar a un acuerdo. Cuando las dos partes quieren lo mismo, a menudo se conforman con un resultado diferente⁶. Ceder e intercambiar intereses son conceptos distintos. En las negociaciones integrativas se pueden llegar a trueques creativos y mutuamente beneficiosos, en donde las partes no se preocupan por "distribuir el pastel", sino por encontrar alguna forma de agrandarlo. Ello se logra cuando las partes, luego de precisar sus intereses y generar opciones creativas, aceptan conceder una cuestión que tiene mucho más valor para la otra parte, a cambio de recibir otra que es la que más le interesa. Y si bien este tipo de negociación requiere cierta cooperación, ésta rápidamente se logra cuando, el adversario percibe que a través de una solución integrativa puede satisfacer la totalidad o gran parte de sus intereses recibiendo lo que para él es indispensable y concediendo algo que no representa mayor sacrificio⁷. Paradójicamente, son las propias

⁶ BAZERMAN Max H., y NEALE Margaret A.; *Negociación racional en un mundo irracional*, Piados Empresa 20, 1993, Primera Reimpresión 1997, p. 43.

⁷ Para un análisis sobre las tensiones que se producen en la dinámica de crear valor en las negociaciones y distribuirlo véase MNOOKIN Robert H.; PEPPEL Scott R.; TULUMELLO Andrew S.; *Beyond Winning, Negotiating to create value in deals and disputes*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2000, p. 11 y ss.

diferencias (de ciertos intereses) las que una vez descubiertas facilitan el acuerdo⁸.

En este sentido, el ejemplo clásico de la naranja utilizado en los cursos de negociación de la Universidad de Harvard, nos ayuda a desvirtuar ese mito⁹: Dos niños hermanos se disputan la única naranja existente en la casa y al no ponerse de acuerdo, se inicia una acalorada discusión. La madre al escuchar la disputa se acerca y como no encuentra argumentos que claramente le den la razón a alguno de los niños, resuelve equitativamente cortar la naranja en dos, obteniendo cada niño una mitad. Ciertamente, de esta manera, la madre pone fin al conflicto imponiendo a cada uno de los niños recíprocas concesiones y reduciendo sus respectivas pretensiones al 50%. Se piensa así que fuera de este modo típico de transacción, sólo a través del empleo de un mecanismo adversarial, como podría ser el ámbito judicial o un arbitraje, es que alguna de las partes podría obtener el 100% de sus pretensiones. Se cree que sólo, luego de derrotar al adversario, demostrando en el respectivo proceso la prioridad en la tenencia de la cosa, o un mejor derecho sobre ésta, es que se podría alcanzar el 100% de lo que se demanda.

Sin embargo, si la madre en lugar de proceder a cortar la naranja, interroga a cada uno de los niños para indagar cuáles en realidad son los intereses que subyacen bajo sus posiciones, específicamente preguntándoles ¿para qué quieren la naranja? se podría sorprender al averiguar que uno de ellos la quiere para extraer de ella el jugo, y el otro la quiere para jugar con las cáscaras. Nótese que al descubrirse estos

intereses disímiles, se podría satisfacer en un 100% las pretensiones de ambos niños sin ningún tipo de desperdicio.

Es fácil comprender por qué resulta conveniente explorar la posibilidad de acudir a la negociación integrativa aunque tengamos certeza de que podemos vencer a nuestro adversario, Este tipo de negociación permitirá alcanzar mejores resultados, no sólo cuantitativos, sino también cualitativos.

5. Modelo de negociación de Harvard. Elementos.

La Universidad de Harvard, inició en los años 80 un "Proyecto sobre negociación" encabezado por el profesor Roger Fischer quien junto a William Ury y Bruce Patton, luego publicaron un libro titulado *Sí, ¡de acuerdo! cómo negociar sin ceder*. Este Proyecto, que tenía por objeto analizar las principales características de los negociadores exitosos, tiene el mérito de haber logrado sistematizar las bases de la teoría de la negociación moderna. Toda la literatura posterior en materia de negociación de alguna manera u otra, se fundamenta en sus postulados. Uno de los primeros aspectos que enseñan los resultados de este Proyecto, es que la respuesta a la pregunta de si es más efectivo el estilo suave o duro, es "ni lo uno ni lo otro", resaltando así la existencia de otro tipo y estilo de negociación: Suave con las personas y duro con el problema. Esta estrategia de negociación procura soluciones integrativas con base a principios o méritos, separando a las personas o negociadores del problema, y siendo entonces cordiales con éstas y firmes con el problema. Sugiere que se busquen ventajas mutuas, que se exploren los intereses que subyacen en las posiciones e insiste en que la opción que se escoja para lograr el acuerdo se base en una referencia objetiva, independiente de la voluntad de las partes. La relación de las partes, la comunicación que se debe desarrollar y la alternativa que se tiene si no se logra el acuerdo, son los otros elementos presentes en este método. Nos enseñan estos profesores que si bien cada negociación es diferente, estos elementos básicos no cambian¹⁰.

Este método no emplea trucos ni falsas apariencias. Puede ser utilizado en negociaciones internacionales entre Estados, con grupos insurgentes; entre comerciantes, o entre parejas que quieren divorciarse o simplemente quieren decidir a dónde ir de vacacio-

⁸ MEZGRAVIS Andrés, "Negociación: Herramienta básica para el abogado del siglo XXI", en Libro Tendencias Actuales del Derecho Procesal, Constitución y Proceso, UCAB 2006, p. 9.

⁹ Si bien es cierto -y corresponde reconocer con justicia- que el 'ejemplo de la naranja' ha sido difundido en especial a través de los Seminarios de Negociación de la Universidad de Harvard, no es menos cierto que existen opiniones encontradas sobre su autoría. El ejemplo es citado por Fisher, & Ury en el libro *Sí, de Acuerdo...* (primera edición, 1981, p. 67) como el caso de los 'famosos chicos (proverbial kids) que peleaban por una naranja'. Desde antes de esa fecha, existe un caso práctico llamado 'The Ugly Orange Case' elaborado en 1973 por Robert J. House, que utiliza la misma imagen de la naranja para resolver un conflicto de salud pública. Otros lo adjudican a Mary Parker Follet, quien fue pionera de estas ideas a comienzos del siglo. Puede verse además, *Experiences in Management and Organization Behavior* compilado por D. T. Hall, D.D. Bowen, Roy J. Lewicki y F. S. Hall, segunda edición, Nueva York, ed. John Wiley and Sons, 1982 (130-13) citado también en A. Manual for Group Facilitators publicado por el Center for Conflict Resolution. También Padilla, Roberto E. : 'Un cambio de mentalidad : negociación y solución de conflictos', diario La Nación, 14 de julio de 1993, p. 7," citado por CAIVANO; GOBBI y PADILLA ob cit, Nota Nº 92, p. 83.

¹⁰ MEZGRAVIS Andrés, "Negociación: Herramienta básica para el abogado del siglo XXI", en Libro Tendencias Actuales del Derecho Procesal, Constitución y Proceso, UCAB 2006, p. 12

nes. Este método resulta aplicable a cualquier tipo de desacuerdo. No importa que la otra parte tenga o no experiencia en negociación, ni tampoco si es un negociador duro o manipulador. Al contrario de lo que ocurre con otras estrategias, si el otro lado también la conoce no es más difícil utilizarla, sino más fácil¹¹.

Este modelo consta de siete elementos básicos que determinan cuando una negociación tiene éxito o no. Estos elementos de un modo sintético serían los siguientes:

a) La relación. Cuanto más se mejore la relación entre las partes mayor será la posibilidad de acuerdo, de aquí el axioma anteriormente abordado de separar el problema de las personas.

b) La comunicación. Muchas veces es la falta de comunicación entre las partes la que dificulta notablemente el acuerdo. Si se mejora la misma y se generan cauces o vías de comunicación confiables se facilita considerablemente la negociación.

c) Los intereses. Deben ponerse sobre la mesa todos intereses en juego con-trapuestos o no de las partes, siendo su satisfacción mutua y no unilateral una de las claves del éxito de este modelo de negociación.

d) Opciones. Las partes deben realizar un verdadero esfuerzo a fin de buscar soluciones o alternativas de satisfacción mutua de intereses, a través de herramientas como “la tormenta de ideas” o similares. Sin esfuerzo en la búsqueda de soluciones es difícil el acuerdo.

e) Legitimidad. A la hora de llegar a un acuerdo en muy útil buscar referentes que legitimen las posiciones e intereses de las partes, como sería por ejemplo una tasación independiente, un índice oficial, un informe de una entidad independiente sobre la cuestión a discutir, etc.

f) Compromisos. Los compromisos son acuerdos verbales o escritos a los que llegan las partes durante la negociación sobre aspectos procedimentales o de fondo sobre la cuestión controvertida y cuyo cumplimiento facilita el éxito de la misma y la consecución del acuerdo.

g) Alternativas. Son las distintas posibilidades de actuación de las partes en el caso de no llegar a un acuerdo. En principio la negociación debe perseguir la obtención de algo mejor a lo que se podría obtener sin acuerdo y a través de otras vías. Las partes deben tenerlo presente antes de iniciar cualquier pro-ceso. Es lo que denomina por parte de la doctrina Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado (“MAAN” en español, “BATNA” en ingles)¹².

6. Tácticas desleales de negociación. ¿Cómo combatirlas?

Es muy común que en las negociaciones alguna de las partes que utiliza el estilo de negociación distributivo – duro o manipulador- se sirva de tácticas desleales. Estas tácticas pueden ser contrarias a la ley, a la ética o simplemente desagradables, y se suelen utilizar porque en anteriores negociaciones a dado resultados satisfactorios obteniendo de la otra parte un mayor número de concesiones.

6.1. Clases de tácticas desleales.

Aunque la tipología de las mismas puede ser tan rica como la casuística en la que se desarrollan la mayor parte de la doctrina señala al menos tres categorías muy definidas:

a) Tácticas de atrincheramiento. Son las que denomina URY como “Muros de piedra”, y son las que emplea la parte que muestra una posición inflexible e intransigente mostrando como única solución al conflicto la aceptación de su posición. Parte de posiciones unilaterales como postulados o hechos consumados no susceptibles de variación o negociación.

b) Tácticas de intimidación. Tratan de provocar en la otra parte una sensación de inferioridad que provoque el mayor número de cesiones posibles. Persiguen una victimización de la contraparte a fin de debilitar su posición.

c) Tácticas de engaño. Son tácticas que a través de engaños y artimañas tratar de doblegar la voluntad de la otra parte en aras a conseguir el mayor beneficio posible. Se manipula por ejemplo la información con cifras engañosas para obtener concesiones de la otra parte.

¹¹ FISHER r., URY W., Y Patton b., ob, cit. p. 19.

¹² Extraído del material de clase del Workshop de Negociación, CMI International Group, Harvard University, Cambridge, Massachussets, 2000.

Todas estas tácticas persiguen obtener de la otra parte la mayor cantidad de cesiones posibles, radicando gran parte de su éxito en el desconocimiento de las mismas. Por otra parte su descubrimiento e identificación son una de las principales vías de neutralización.

6.2. Neutralización.

El empleo de tácticas desleales en la negociación es algo habitual, saber neutralizarlas es algo mucho más difícil, que requiere de cierta metodología y disciplina. A continuación vamos a recoger varias técnicas para combatir dichas tácticas:

a) Controlar nuestras reacciones. Con las tácticas desleales el contrario trata de debilitar nuestra voluntad, descolocarlos. Lo importante en estos casos es controlar nuestras emociones y evitar alguna de estas tres reacciones:

- Contraatacar. Reacción no recomendable de cara a un acuerdo porque supone una escalada del conflicto y en muchas ocasiones es un terreno en el se desenvuelve mejor el contrario que nosotros.

- Ceder. Se debe ceder frente a posiciones objetivas y legítimas no ante presiones, intimidaciones o tácticas desleales. Muchas veces se piensa que esta cesión rebajara la escalada del conflicto y que se reconducirá el acuerdo, nada más lejos de la realidad, normalmente la cesión empoderar a una de las partes y provoca un desequilibrio en la negociación.

- Romper la negociación. Decisión visceral que un momento determinado puede parecer la más correcta pero que luego puede ser lamentada por las partes.

b) Negociar el procedimiento antes que el fondo. Es importante negociar antes la forma que el fondo de la negociación ya que facilita considerablemente la comunicación y la relación y por ende las posibilidades de acuerdo.

c) Identificar la táctica y aplicar el antídoto. El primer paso para combatir una táctica desleal identificarla, y una vez identificada aplicar el correspondiente antídoto.

En el caso de las tácticas de atrincheramiento, una vez identificadas lo aconsejable es ponerlas a prueba. Si fueran una táctica la otra parte comenzara a flexibilizar su posición, y si realmente su posición es inamovible deberemos contemplar alternativas al acuerdo y en su caso dar por finalizado el proceso de negociación.

Cuando se trata de tácticas intimidatorias, identificadas se debe hacer ver a la otra parte que su estrategia ha sido descubierta, y que no va a ser efectiva, de tal manera que o cambia de táctica o la negociación difícilmente llegará a buen puerto.

Por último ante una táctica de engaño, la más difícil de identificar, un consejo muy útil es un examen minucioso de la parte contraria a fin de detectar inconsistencias o mentiras y en su caso ponerlas al descubierto con datos objetivos. En toda negociación es necesario ser confiable pero no confiado.

7. Bibliografía.

BAZERMAN Max H., y NEALE Margaret A.; Negociación racional en un mundo irracional, Piados Empresa 20, 1993, Primera Reimpresión 1997, p. 11 y ss.

FISHER Roger; URY William, y PATTON Bruce; Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder, Grupo Editorial Norma, Sda Edición, Colombia 1994, p. 18.

MEZGRAVIS Andrés, "Negociación: Herramienta básica para el abogado del siglo XXI ", en Libro Tendencias Actuales del Derecho Procesal, Constitución y Proceso, UCAB 2006, p. 9.

MNOOKIN Robert H.; PEPPEL Scott R.; TULUMELLO Andrew S.; Beyond Winning, Negotiating to create value in deals and disputes, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2000, p. 11 y ss.

RAIFFA Howard; The Art and Science of Negotiation, how to resolve conflicts and get the best out of bargaining. Harvard University Press. Sixteenth printing, 2002.

LA LEY 5/2012 DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Beatriz Gil

Fecha de recepción: 06/03/2013

Fecha de aceptación: 23/03/2013

SUMARIO: 1. Introducción: “La Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”; 2. La Mediación Civil y Mercantil en España; 3. Conclusiones.

RESUMEN: Este artículo realiza un análisis de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, haciendo hincapié en todos sus aspectos procesales.

ABSTRACT: This article realizes an analysis of the Law 5/2012 of July 6, of mediation in civil and mercantile matters, emphasizing in all procedural aspects.

PALABRAS CLAVE: Mediación, asuntos civiles y mercantiles.

KEYWORDS: mediation, civil and mercantile matters

1. Introducción: “La Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”.

I. La Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles aprobada el pasado 6 de julio de 2012 (en adelante, LMCYM) tiene por objeto la incorporación al Derecho español de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002. El plazo de trasposición de la directiva europea finalizaba el 21 de mayo de 2011, lo que dio lugar al Real decreto Ley 5/2012 de 5 de marzo evitando las consecuencias negativas de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea. Sin embargo la disposición final tercera de la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación, lo que justifica la aprobación definitiva por el Congreso de la LMCYM del pasado 6 de julio de 2012 dotando al ordenamiento jurídico español de una norma destinada a la ordenación general en materia de mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, materia sobre la que hasta la aprobación del Real Decreto Ley 5/2012 se carecía de una ordenación general estatal y había dado lugar en los últimos años a la aprobación de diversas normas en el ámbito de las CCAA en el ejercicio de sus competencias.¹

El apartado III del Preámbulo de la LMCYM establece que: “la presente Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permitan articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las CCAA en el ejercicio de sus competencias” Pese a los esfuerzos realizados, todo apunta a que el nuevo marco jurídico no conllevará la deseada *desju-*

¹ Competencias en materia de derecho civil propio con las exclusiones atribuidas al Estado en virtud del art 149.1.8 de la CE en aquellas CCAA que exista legislación específica. Las primeras leyes en autonómicas en materia de mediación familiar se aprobaron en Cataluña, Galicia y Valencia. En Cataluña: Llei 15/2009 de 22 de julio

dicialización de conflictos en España, al menos, en materia civil, debiendo preguntarnos el porqué. Y dicha afirmación no se hace como crítica a la mediación sino todo lo contrario, pues ningún bien se le hace a la misma si nos quedamos en meras alabanzas sobre las ventajas de la mediación, y sin embargo no somos capaces de abordar sin miedo las causas por las que la mediación corre el riesgo de seguir fracasando en España.

Con carácter previo a profundizar en el objeto de la materia de la LMCYM, hemos de hacer referencia a su Disposición final tercera, que incluye una serie de modificaciones de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. El apartado V del preámbulo establece que “las disposiciones finales cohesionan la regulación con el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales”. Y añade que “se operan también una serie de modificaciones de carácter procesal que facilitan la aplicación de la mediación dentro del proceso civil”. Nada en el texto hace por tanto presagiar una modificación de gran calado procesal como la que introduce en la Disposición Final tercera (Doce) que añade un apartado 4º ² al apartado 3 del artículo 438, en virtud de la cual en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa³

2. La Mediación Civil y Mercantil en España

Dice la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles ⁴ (II Preámbulo) que “la mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos de carácter disponible”. Por lo tanto, para que haya mediación, debe existir un conflicto “jurídico”.

Como juristas hemos de preguntarnos qué es un “conflicto jurídico” en caso de que tal concepto exista. En mi opinión, el conflicto es sólo eso: conflicto. Y en todo caso, lo jurídico será la herramienta para solucionar el conflicto. O no. Los conflictos pueden

² En realidad dice la disposición que se añade una “excepción” sin que encontremos sentido aquí al término utilizado

³ Es lo que en la jerga legislativa se conoce como una “percha”, aunque responde más bien como técnica legislativa, a un “parche”. Por otra parte, esta modificación procesal ha de ponerse en relación con la reciente declaración de nulidad del art. 43 del CF de Cataluña por el TC

⁴ Procedente del Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo

solucionarse sin necesidad de acudir al ordenamiento jurídico. Los conflictos son intrínsecos al propio sistema en comunidad. Están en todas partes. Y siempre lo estarán. Si nos sentamos en un parque infantil podremos observar continuos conflictos entre los niños que juegan en él. Se pelean por el columpio, discuten por la pala de su cubito,..En definitiva sólo están defendiendo sus intereses. Crecemos y con nosotros crecen los conflictos a los que nos enfrentamos. En la base del conflicto siempre encontramos la convicción de las partes que intervienen en el mismo de que están en posesión de la verdad y les asiste la razón. Los conflictos en el parque los suelen solucionar los propios niños que al poco rato vuelven a ser amigos, o bien, en ocasiones, a través de las madres⁵ que los acompañan. Las madres no intervienen directamente, pues si lo hacen imponiendo su solución a sus hijos, al final acabarán enfrentados además de los hijos las propias madres y el conflicto crecerá. Las madres simplemente les explicaran a sus hijos que para subirse al columpio hay que hacer la cola primero, o que es más divertido compartir la pala del cubito que jugar solo. Cuantos más mayores nos hacemos curiosamente, menos capacidad tenemos para volver a ser amigos de aquéllos con los que nos hemos enfrentado. Y además ya no tenemos a nuestras madres o ya no les hacemos caso. Entonces el conflicto se agudiza y requiere de una solución. Y la solución será jurídica si acudimos al ordenamiento legal para bucear en el mismo y encontrar regulado el conflicto existente previsto de forma genérica en una norma y la solución al mismo, y la aplicamos al supuesto concreto. Pero también puede solucionarse el conflicto sin acudir al sistema legal y recuperando la capacidad perdida en la infancia para volver a ser “amigos” de aquellos con los que hemos entrado en conflicto. Al haberse perdido esta capacidad natural, esta segunda solución requiere de un esfuerzo y una predisposición. Es decir, de un esfuerzo personal por las partes implicadas en el conflicto. Cuando dicha predisposición no surge de forma espontánea, puede existir una “madre” que reoriente la situación. En mi opinión la figura del “mediador” es la figura que sustituye a esa madre del parque, que sin intervenir directamente, es capaz de que los propios interesados reorienten la situación.

Es precisamente por lo dicho hasta ahora por lo que, en mi opinión el mediador, en el sentido al que me he referido, no responderá al perfil de un jurista o

⁵ Entiéndase madres, padres, abuelos u otra figura de compañía del menor

por lo menos, si lo es, no habría de actuar como tal, ya que su intervención ha de ser una “intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes” y así lo dice el apartado III del Preámbulo de la Ley. En el mismo apartado III del Preámbulo se dice que el “segundo eje de la mediación es la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto”.

Cabe preguntarse entonces si no estamos ante una contradicción: el conflicto del que parte la mediación se califica de jurídico pero se “deslegaliza” la solución del mismo. Y la contradicción intuida parece confirmarse cuando comprobamos que al acuerdo “de mediación” –que no deja de ser un acuerdo, como diremos más abajo- se le dota de la capacidad de constituir título ejecutivo, lo que llanamente podemos traducir en revestirle de la forma requerida para que judicialmente se obligue al incumplidor a su cumplimiento. Y entonces volvemos al marco jurídico ya que para que el acuerdo alcanzado sea ejecutivo, la ley de enjuiciamiento civil⁶ exige que el acuerdo haya sido elevado a escritura pública, lo que obviamente obliga a acudir al Notario y éste no otorgaría la correspondiente escritura notarial si el contenido del acuerdo vulnerara alguna norma del ordenamiento legal lo que implica un juicio de validación jurídica de la solución alcanzada por las partes. Hemos de tener en cuenta que si se ha acudido al Notario es porque el conflicto no habrá llegado todavía a judicializarse, es decir, que ninguna de las partes habrá acudido aún a la vía judicial. Nos movemos entonces en un campo que aparentemente estaba fuera del marco de la Directiva⁷ que regulaba algunos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La Directiva se dirigía a los conflictos civiles y mercantiles transfronterizos, y expresamente decía que “la presente directiva debe aplicarse a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un **acuerdo amistoso sobre la resolución de su litigio** con la ayuda de un mediador” y que “no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanis-

⁶ Disposición final primera Ley 5/2012: Modificación LEC: el número 2 del apartado 2 del artículo 517 pasa a tener la siguiente redacción: 2º: “Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”

⁷ Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008

mos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculante o no, sobre la solución del conflicto". En definitiva el marco en que la directiva sitúa la intervención del mediador es en un conflicto judicializado en el que las partes deciden intentar desjudicializar y no considera mediación otro tipo de negociaciones. En cambio la norma estatal además de ir más allá y regular no sólo los conflictos civiles y mercantiles transfronterizos sino también los nacionales, se refiere a la mediación como solución de conflictos que califica de jurídicos pero que en cambio no están judicializados y para mayor confusión, acaba por dotarles de otorgarles categoría de título ejecutivo a los acuerdos alcanzados, aunque para ello, y como no podía ser de otra forma, obliga a las partes a someter a su acuerdo al filtro notarial.⁸ Para no confundirnos hemos también de tener en cuenta que la norma ya prevé la escritura notarial como una opción de las partes, por lo tanto no obligatoria, y a la que sólo deberán acudir en caso de querer tener una garantía de que en caso de incumplimiento del acuerdo se podrá instar la ejecución judicial. En caso de no otorgarse escritura pública el acuerdo goza de la misma fuerza vinculante que todos los acuerdos entre partes por lo tanto también en caso de incumplimiento podrán acudir a la vía judicial pero entonces antes de llegar a la vía ejecutiva del acuerdo habrán de acudir al previo proceso declarativo correspondiente.

Seguramente es por todo lo expuesto hasta ahora, la mayoría de los mediadores actúan de forma conjunta con un jurista, (comediación)- o remiten directamente a las partes a sus respectivos asesores legales en determinados puntos de la mediación- invocando una "diferencia de roles".

A tenor de lo previsto en el art. 13 del Proyecto de Ley (apartado segundo) "**el mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes**". Y en realidad esa es la única frase que define la actuación que ha de realizar el mediador. Tan escueta definición nos abre otro interrogante, en relación a cuál ha de ser el perfil del mediador. A primera vista podríamos pensar en un psicólogo. Sin embargo la norma abre la puerta

a todo aquél que esté en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y "contar con formación específica para ejercer la mediación que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas". En primer lugar podemos preguntarnos por qué una persona con un título de formación profesional superior puede realizar la formación de mediador y una con el título de bachillerato no. O simplemente si era necesario exigir una titulación reglada. Y ello recordando que estamos ante una persona cuyo perfil ha de ser tener la capacidad para lograr el acercamiento de dos partes en conflicto. En segundo lugar, aceptando la premisa básica de exigir una determinada formación, y sin entrar a valorar en concreto cual ha de ser esta, habrá que plantearse –en el desarrollo reglamentario- el contenido de la formación específica del mediador, evitando que la misma se convierta en una mera fuente de ingresos para las instituciones acreditadas que la realicen y sin cerrar la puerta a profesionales que puedan acreditar experiencia en la resolución de conflictos. En cuanto al procedimiento a seguir, la propia norma es muy clara y establece claramente todos los pasos a seguir⁹ por lo tanto una persona con la formación previamente exigida –titulación universitaria o formación profesional– habría de ser capaz de aplicar la ley sin ninguna dificultad. Ahora bien, entendemos que existe en realidad un trasfondo mayor, que es en el que deberá incidir la formación específica –o convalidarse, previa experiencia acreditada- relativo al desarrollo de la *habilidad, de las técnicas de mediación*, que califica al mediador; a su capacidad para lograr el objetivo: el acercamiento de las partes.

No podemos olvidar que el objetivo que marca la ley a la figura del mediador, es el intento de alcanzar un acuerdo en un conflicto no judicializado. Y ello es importante, porque a partir de la entrada en vigor de la ley – que recupera la técnica legislativa de la *vacatio legis* de veinte días- y a la luz de la legislación vigente, para que los acuerdos alcanzados por las partes con intervención de un tercero, sean calificados de "acuerdos de mediación" será necesario que ese tercero ajeno al conflicto que ha participado acercando a las partes y haciendo posible que estas alcancen un acuerdo, tenga la titulación "oficial" de mediador.

⁸ Art. 25 Proyecto de Ley: "el acuerdo de mediación": 3. 2: "el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que puedan instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo"

⁹ Art.16: solicitud de inicio; Art 17: información y sesiones informativas; Art. 18: Pluralidad de mediadores; Art. 19; sesión constitutiva; art. 20: duración del procedimiento; art. 21: desarrollo de las actuaciones de mediación. Art. 22: terminación del procedimiento; art. 23: acuerdo de mediación

En caso contrario, estaremos simplemente ante un “acuerdo”.

La pregunta es si realmente es relevante la diferencia entre un “acuerdo” y un “acuerdo de mediación”, y si realmente existen diferencias entre ambos conceptos jurídicamente.

El “acuerdo” tendrá fuerza vinculante entre las partes porque así lo establece el art. 1255 del CC. El “acuerdo de mediación” también. El “acuerdo” podrá ser elevado a Escritura Pública y ser título ejecutivo. El “acuerdo de mediación” también.

¿No nos recuerda un poco a aquel chiste de las ovejas del famoso humorista catalán, Eugenio, cuando se refería a las ovejas blancas y seguidamente... a las negras “también”? ¿Para este viaje hacían falta estas alforjas?

Desde un punto de vista puramente técnico, la única aportación de la LMCYM es dar carta de naturaleza estatal a una profesión ya existente en la mayoría de las CCAA : la de mediador.¹⁰ Pero lo cierto es que si al mediador le despojamos de la formación específica que ha realizado (previo pago) nos encontramos con una figura que ya existe, desde las madres que hemos dejado hace un rato, en el parque con sus hijos, al abogado que por sentido común, intentará alcanzar un acuerdo.

Y todo ello, y perdón por la insistencia, porque la mediación se ha basado en la resolución del conflicto no judicializado. Y es que, la directiva, recordemos, se dirige a la solución del conflicto judicializado: (13) “la presente Directiva debe ser aplicable a **los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación** o en que la legislación nacional prescribe la mediación” y como ya se dijo antes ha de aplicarse (10) “a los procedimientos en el que dos o más partes en un conflicto (transfronterizo) **intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución su litigio** con la ayuda de un mediador”. Y seguramente por ello, se refiere al juez como mediador, “siempre que no sea al responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto **del litigio**” mientras que en la norma estatal en ningún caso se hace la más mínima referencia a la intervención del juez como mediador.

El único papel que se le da al juez vinculado a la mediación es en realidad el mismo que tiene ante cualquier acuerdo que se somete a su homologación y

la previsión de poder suspender la suspensión del proceso para someterse a mediación o arbitraje¹¹. En este punto nos encontramos ante la derivación desde el proceso judicial a la mediación. Y este es también un punto no resuelto. En realidad el juzgado no dispone de un servicio de mediación propio por lo que habrá de acudir a los distintos servicios de mediación que existan en el mercado y que pueden entrar en competencia, salvo que se articule desde el desarrollo parlamentario un registro único de mediadores.

No se comprende por qué no se ha tenido en cuenta la posible intervención de la mediación desde el propio proceso judicial. Ello se habría de haber configurado como una remisión obligatoria a las partes desde el proceso, en concreto desde el órgano jurisdiccional. En ese caso la convocatoria prevista en la audiencia previa no debería haberse quedado en una “información a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar un conflicto, incluido en recurso a una mediación” –tal y como queda redactado el apartado 1 del art. 414 LEC- sin que debiera haber remitido obligatoriamente a las partes a asistir a una sesión informativa sobre mediación lo que no convierte a la mediación en obligatoria porque por supuesto las partes tras conocer las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, y las consecuencias jurídicas del acuerdo que pueden alcanzar –y ese es el contenido previsto en la sesión informativa según el art. 17 de la ley- podrán decidir libremente si se someten o no a la mediación. En caso negativo habría bastado levantar acta y remitirla al juzgado. En caso positivo daría lugar a la sesión constitutiva de mediación y continuaría el proceso previsto para la misma. Para todo ello sería preciso contar con un servicio de información de mediación en cada sede judicial. Como costear ese servicio es otro tema. Se podría optar por el sistema privado, como el diseñado en la ley, que no olvidemos es un sistema de mediación privada y de pago, o bien, un sistema público y gratuito para el ciudadano pudiendo acudir a profesionales dependientes directamente de la administración pública¹²

¹¹ Nueva redacción ap.1 art. 415 LEC: “las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 para someterse a mediación o arbitraje”. Nueva redacción ap. 1 art. 440: el ap. Segundo prevé que en la citación “se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación en cuyo caso estas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de las mismas”

¹² A modo de ejemplo, se puede contar con los profesionales que forman parte de las bolsas de Magistrados Suplentes o Jueces sustitutos que podrían llevar a cabo dicha labor en los periodos en

¹⁰ Aunque ahora amplíe su contenido a la mediación mercantil, excluida de las regulaciones de las CCAA

También podría haberse optado por un sistema análogo al previsto en la jurisdicción laboral, mediante la preceptiva conciliación laboral, aunque en ese caso, estaríamos nuevamente ante el conflicto en una fase anterior a la judicial.

3. Conclusiones.

En definitiva, la Ley de Mediación de 6 de julio de 2012 es un *totum revolutum* que difícilmente conseguirá el objetivo previsto en su preámbulo “concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio” y que su mayor aportación probablemente consistirá en regular una nueva profesión en el mercado laboral, la de mediador, incrementando la oferta formativa actual sin que ello sea positivo ni negativo simplemente se aparta del verdadero objetivo de la directiva comunitaria encaminada a descargar a los tribunales de justicia .

Habrà que esperar al informe que ha previsto la Ley en su disposición final novena, sobre la aplicación, efectividad y efectos del conjunto de medidas adoptadas que deberá el Gobierno remitir a las Cortes Generales en el plazo de dos años para comprobar si la mediación ha llegado al ciudadano medio se acerca a ella de forma voluntaria y previa al litigio para evitarlo tal y como está diseñada actualmente, o si conviene afrontar la revisión del proceso judicial para que desde este exista una verdadera puerta de entrada a la mediación y alternativa real al litigio.

En cuanto a la reforma procesal operada con la adición de un apartado cuarto al número tercero del artículo 438 de la LEC en realidad se trata de una norma de economía procesal que ya existía en ordenamientos jurídicos como el Derecho Civil Catalán¹³, por lo que su valoración, independientemente de la técnica legislativa utilizada, resulta positiva.

que estando nombrados para el cargo no ejercen funciones jurisdiccionales.

¹³ Recientemente declarado inconstitucional el derogado art. 43 del Código de Familia de Cataluña

EL “ACUERDO DE MEDIACIÓN” DE LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES: ALGUNAS NOTAS SOBRE SU EFICACIA Y EFECTOS DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICO-CRÍTICA

Carmen Lázaro Guillamón

Universitat Jaume I

Fecha de recepción: 6 de mayo de 2013

Fecha de aceptación: 19 de mayo de 2013

SUMARIO: 1. La *transactio* romana como mecanismo jurisdiccional de consenso. 2. La actividad jurisdiccional del Pretor romano como “mediador”. 3. Lectura romanística de los principios informadores de la Ley 5/2012. 4. La novedad del “acuerdo de mediación” en la Ley 5/2012. 4.1. El “acuerdo de mediación” en función del “tipo” de mediación realizada. 4.2. Análisis del “acuerdo de mediación” descrito en la Ley 5/2012. 5. Reflexiones finales.

RESUMEN: Que las partes en conflicto construyan la solución y pongan fin a la disputa a través de la autocomposición depende, en gran medida, de la activación de instrumentos que puedan proporcionar un alto grado de seguridad en el cumplimiento del acuerdo alcanzado. Se propone el análisis desde un punto de vista histórico de los elementos que han propiciado el cumplimiento del acuerdo construido por las partes, en este punto, será básico el ejemplo del Derecho romano dado que corresponde al *officium* del magistrado jurisdiccional guiar la conformación del consenso para que las partes en conflicto lleguen al acuerdo antes del efectivo proceso. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, regula en su Título V el procedimiento de ejecución de los acuerdos derivados de un proceso de mediación. En relación con el acuerdo de mediación lo más relevante se recoge en el artículo 23.3: su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo. En el estudio se plantea la eficacia de dicho título ejecutivo analizando la oportunidad de las modificaciones que ha sufrido la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la mencionada ejecutividad directa del acuerdo de mediación.

ABSTRACT: The building of the solution by the parties in a dispute in an out of court settlement system depends largely on the activation of instruments that can provide a high degree of safety in the fulfillment of the built agreement. It is proposed an analysis from a historical point of view of the elements that have led the fulfillment of the agreement built by the parties, at this point, Roman law offers a basic example as it belongs to the magistrate's court *officium* to provide a guide for the formation of consensus between the conflicting parties in order to reach agreement before the effective process. The 5/2012 Act about mediation in civil and commercial matters, regulates in its Title V the procedures to enforce the agreements resulting from mediation process. In connection with the mediation agreement as is stated in its article 23.3, to configure the agreement as an enforceable title it is necessary to give it public deed. The study raises the effectiveness of the mediation agreement as an enforceable title and analyzes the changes suffered by the Civil Procedure Act regarding the direct enforceability of the upon mentioned mediation agreement.

PALABRAS CLAVE: autocomposición, acuerdo de mediación, transacción, consenso, Derecho romano, título ejecutivo.

KEYWORDS: self-resolution systems, mediation agreement, transaction, consensus, Roman law, enforceable title.

1. La *transactio* romana como mecanismo jurisdiccional de consenso.

La historia de la búsqueda de formas alternativas a la vía judicial para solucionar conflictos es tan antigua como la del propio conflicto. El repaso del *iter* histórico de la mediación permite realizar una reflexión sobre el dato innegable de que es una forma de resolución de desavenencias consustancial a la historia de la humanidad¹. La mediación se ha ido adaptando a lo largo del tiempo a las distintas culturas en función de sus características sociológicas² porque desde siempre se ha empleado la autocomposición para dar solución a los conflictos aunque éstos, obviamente, pudieran ser resueltos optando por mecanismos heterocompositivos.

Si trabajamos desde un punto de vista estrictamente jurídico, es conveniente comenzar por el análisis de la autocomposición en el Derecho romano³. Como pone de manifiesto Tamayo Haya⁴, en

¹ Por ejemplo, en Grecia, según Elena I. HIGHTON y Gladys S. ÁLVAREZ: *Mediación para resolver conflictos*, AD-HOC, Buenos Aires, 2008, pp. 144 y ss., se encuentra la figura de un agente facilitador que acercaba la diferencia, en concreto, la sociedad ateniense solicitaba que los conflictos se dirimieran sin necesidad de recurrir al juicio, para ello se encargaba a los Thesmotetas “la disuasión y persuasión de los espíritus en crisis para avenirlos en transacción o compromisos arbitrales”. Los Thesmotetas o Tesmotetas de Atenas eran unos magistrados que realizaban labor disuasoria respecto de las intenciones litigiosas de los ciudadanos buscando avenir a las partes del posible proceso; daban fuerza de ley a las conciliaciones que se realizaban por los llamados a comparecer en juicio, en este sentido *vid.* Cap I, VII: *Archon numerabatur athenis inter thermetetas hoc est legum conditores: qui erant sex: inter hos archon. lege. Archontes fuerunt athenis novem: et ex his sex dicti Thesmotex* en TITO LUCRECIO CARO, In Carum Lucretium poetam Commentarii a Ioanne Baptista Pio editi Codice Lucretiano diligenter emendato, Venundatur ab Ascensio et Joanne Parvo, Parisiis, 1514.

² Sergio FERNÁNDEZ RIQUELME: “La mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales”, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales* (Grupo EUMEDNET, Universidad de Málaga) enero 2010, www.eumed.net/rev/cccss/07/sfr.htm.

³ La mayor parte de trabajos que se dedican a la conceptualización y origen de la mediación en Derecho romano quizá no han encontrado el camino más acertado: esencialmente fundamentan sus orígenes en D. 50.14 (*De proxenetis*), texto del Digesto de Justiniano dedicado al contrato de corretaje, en concreto, la sitúan en el ámbito de actuación del *pater familias* y la conectan con el contrato de mandato calificándola como institución típicamente oriental que se extiende a Roma durante el principado, es entonces cuando la mediación se desliga de la actividad del *pater familias* y del contrato de mandato y se vincula al ámbito mercantil; así por ejemplo Lorna GARCÍA GERBOLES y Monika MUESMANN: “El entronque histórico – jurídico del concepto de la mediación desde el Derecho Romano hasta la actualidad”, en *La mediación*. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica, coordinado por José María CARABANTE MUNTADA y dirigido por Jaime RODRÍGUEZ, ARANA-MUÑOZ y Mercedes DE PRADA RODRÍGUEZ, Villanueva Centro universitario, Universidad Complutense de Madrid, Madrid,

la Roma más antigua, el *pater gentis* o cabeza de la *gens* o estirpe podía llegar a solucionar cualquier tipo de controversia suscitada entre los miembros de grupo gentilicio asistido por el consejo de los diferentes jefes domésticos a través de una composición voluntaria. Más aun, el Derecho romano es ejemplo del ofrecimiento a las partes en desacuerdo la ocasión de obviar la vía estrictamente judicial a través de la posibilidad de gestionar el consenso por medio de la *transactio* –transacción–; en sentido general, la transacción del Derecho romano arcaico era producto de un pacto cuya finalidad era que las partes evitaran la prosecución de un litigio o que pusieran fin a uno ya comenzado; se trata de un modo de evitar las luchas entre los grupos gentilicios y las reivindicaciones familiares admitido en las *mores maiorum* –costumbres de los antepasados, primeras normas de regulación de la conducta de naturaleza externa y objetiva– como una forma más ventajosa de buscar la paz, dado que se mitiga el empleo de la venganza privada⁵; en particular, consistía en que el ofensor proponía un precio para la composición y el ofendido se comprometía a no desencadenar la venganza privada al haber aceptado el precio propuesto por el ofensor. En resumen, desde la Ley de las XII Tablas⁶ el pacto (o la transacción) se vislumbra como una forma de acuerdo de autocomposición amistoso que tenía lugar entre ofendido y ofensor al accionar un proceso ante el Pretor renunciado, a través de ese acuerdo, al juicio que se estaba preparando, es decir, se producía la renuncia a las pretensiones mutuas de forma que la construcción del acuerdo era el objetivo que, además, restablecía la paz

2010, pp. 23 y ss. No debemos confundir el término y el concepto de mediación como modo de resolución alternativa de conflictos fuera del ámbito estrictamente judicial (en moderna terminología anglosajona: *Alternative Dispute Resolution*) con la mediación en asuntos comerciales, etc...

⁴ Silvia TAMAYO HAYA: “El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica”, en *Anuario de Derecho Civil* (Ministerio de Justicia), LVII-3, julio 2004, pp. 1105 y ss., en concreto, p. 1105.

⁵ Como afirma Silvia TAMAYO HAYA: El contrato de transacción: principales líneas, op. cit., p. 1107, el ofendido renunciaba a la reintegración a mano armada de su derecho dada la oferta de composición pecuniaria o satisfacción dirigida a reparar la ofensa por parte de su ofensor. Este pacto propiciaba la extinción de la acción penal que hubiera correspondido al ilícito cometido –tégase en cuenta el propio dictado de las XII Tablas: *Tab. VIII, 2: Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*–.

⁶ En particular los textos disponen que: *Tab. I.6: Rem ubi pacunt, orato* –cuando haya pacto sobre la cosa (litigiosa), proclámese–; *Tab. I.7: Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto. Com peroranto ambo praesentes* –Si no pactan, expóngase sumariamente la causa en el comicio o en el foro antes del mediodía. Cuando se realice la exposición ambos deben estar presentes–.

poniendo fin al conflicto⁷. Esto significaba la aprobación de un convenio realizado por los litigantes antes de dirigirse al tribunal que, precisamente, tendía a evitar la intervención judicial. Sin embargo, como pacto, la eficacia sólo llegaba a producirse a través de *exceptio*, es decir, si el pacto se incumplía no era posible incoar el inicio del concreto proceso, sin embargo, sí que era posible oponer el pacto como “defensa” por parte del eventual demandado si la contraparte reclamaba la original pretensión.

Aunque no es objeto de este trabajo realizar un análisis de la evolución de la *transactio*, sí es necesario advertir que este inicial régimen de pacto cuya eficacia viene limitada a la mencionada *exceptio*, se amplía en el período del Derecho romano clásico a la posibilidad de que a ese inicial pacto se le pueda adjuntar una *stipulatio* –contrato de naturaleza formal-; es decir, en el derecho clásico el acuerdo puede ser causa de un acto abstracto –una *stipulatio*– a través del cual las partes realizarían sus mutuas concesiones. Por tanto, se percibe la tendencia a dotar al acuerdo transaccional de una mayor accionabilidad, esto es, que el incumplimiento del *pactum* pudiera revestir la forma de efectiva obligación exigible judicialmente; en resumen, se persigue confeccionar un acuerdo que, de no cumplirse, proporcionaría el ejercicio de la correspondiente acción⁸ derivada de la *stipulatio*.

En efecto, la tendencia referida se concreta y se amplía dado que en la última época del Derecho romano, la transacción se configura como un contrato autónomo, integrado en el conjunto de los denominados contratos innominados, acompañado de su correspondiente tutela procesal en caso de incumplimiento.

Como se ha afirmado anteriormente, no es intención del presente trabajo realizar un minucioso análisis de la historia de la *transactio*, baste por ahora recoger la afirmación de Tamayo Haya⁹ sobre el particular: “Así las cosas, la transacción, de simple acuerdo en origen, pasó posteriormente a convertirse en un contrato autónomo protegido con una acción *sui generis*”. La evolución de la institución sigue la estela de lograr una mayor efectividad y eficacia del acuerdo, del consenso, en el sentido en que las partes quieren asegurar al máximo su cumplimiento. Las partes quieren construir una paz segura y poner definitivamente fin a un conflicto por obra del

concurso de voluntades que es la verdadera causa de la *transactio*¹⁰. Es tal el poder de la voluntad que la *transactio* se puede dar en cualquier litigio salvo en los que comportan lo que en la actualidad¹¹ se denominan “derechos irrenunciables”, esto es: los relativos al estado civil (libertad, ciudadanía y familia) y los conexos (edad, tutela, dote...). En cualquier caso, se trata de otorgar poder a la voluntad de los interesados para la tutela de sus intereses (autotutela y autocomposición) a través de la transacción que siempre implica concesiones recíprocas.

En definitiva, la resolución de un conflicto no ha de ser obligatoriamente monopolio del estado y ha de ser tenida en cuenta la voluntad de los particulares, que alcanza su máxima expresión, en el ámbito del Derecho privado, en los contratos, estos se dibujan como la mejor fuente de resolución de conflictos. En particular, en el caso de la transacción, el papel de Derecho queda relegado a un segundo plano y se mantiene en la sombra, es la actividad de las partes la que permite crear una norma adaptada al caso a través del consenso.

La eficacia del contrato de transacción y, en definitiva, su éxito, depende de su efectivo cumplimiento. La posibilidad de que las partes en conflicto construyan la solución y pongan fin a la disputa utilizando mecanismos autocompositivos y

¹⁰ Como manifiesta Domingo R. DOMINGO DE MORATÓ: El Derecho civil español con las correspondencias del romano tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala, Ed. Facsímil de la de Valladolid de 1877, Anacleto DL, Pamplona, 2002, p. 459: “La transacción no conoce otra causa que la voluntad de los contrayentes”.

¹¹ Téngase en cuenta el artículo 1.814 del Código civil español “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”. El estado civil de las personas es una materia de orden público y por tanto indisponible, en relación con la duda sobre la posibilidad de transigir sobre las consecuencias patrimoniales que dimanar del mismo, se aplica analógicamente el artículo 14 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 que impide que se puedan someter a arbitraje las materias disponibles que se encuentran indisolublemente unidas a otras indisponibles. En cuanto a las cuestiones matrimoniales, la indisponibilidad deriva de la misma razón anterior y, por tanto, en ningún caso cabrá la transacción sobre la existencia o subsistencia del vínculo, aunque se debe puntualizar que cuando se trate de materias sobre las que los esposos puedan disponer, cabe la transacción (por ejemplo: pensiones compensatorias o atribuciones de vivienda conyugal en causas de separación o divorcio, etc.). Sobre alimentos futuros –no aquellos que ya devengados todavía no se han satisfecho– la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera exclusivamente los alimentos entre parientes. Por último, se permite la transacción sobre la acción civil procedente de un delito o falta, pero sin que por ello se extinga la acción pública para la imposición de la pena correspondiente (1.813 del Código civil) en concordancia con el carácter público de la acción penal (cfr. artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

⁷ Puede tenerse en cuenta en relación con el *pactum*, por ejemplo, D. 2.14.17.1 (*Paulus 3 ad ed.*)- *Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur: ut iniuriarum, item furti*, es decir, el jurista Paulo afirma que determinadas acciones como la de injurias y la de hurto se pueden extinguir por medio de un pacto.

⁸ De esta forma, el acuerdo transaccional, poco a poco, va asumiendo autonomía propia, sobre todo en controversias sobre herencias y alimentos –los supuestos se relatan en D. 2.14.7.17; D. 40.4.54.1; D. 42.8.23-.

⁹ Silvia TAMAYO HAYA: El contrato de transacción: principales líneas, op. cit., pp. 1121-1122.

alternativos a la vía estrictamente judicial depende, en gran medida, de la activación de instrumentos que puedan proporcionar un alto grado de seguridad en el cumplimiento del acuerdo alcanzado. En resumen, que el poder de la voluntad sea efectivo y eficaz no sólo porque las partes han construido el acuerdo y han llegado al consenso, sino porque dicho acuerdo (manifestado, por ejemplo, en el contrato de transacción) es efectivamente definitivo en relación con el conflicto o conflictos resueltos y zanjados.

2. La actividad jurisdiccional del Pretor romano como “mediador”.

En este punto, la fuerza del Derecho romano estriba en que la *transactio* no escapa al *officium* del Pretor, magistrado jurisdiccional, dado que entre las tres palabras solemnes *do*, *dico* y *addico* –*tria verba solemnia*– correspondientes a la actividad pretoria se encuentra la posibilidad de “mediar” –nos permitimos la expresión actual-, de guiar la construcción del consenso para que las partes en conflicto lleguen a una *transactio* antes de la efectiva *litis*¹². Se trata, en resumen, de dar efectividad a la posibilidad de solucionar un conflicto fuera del ámbito judicial (aunque, desde el punto de vista del Derecho romano, no estrictamente extrajurisdiccional, dado que la intervención del Pretor es esencial y éste es el magistrado jurisdiccional) merced a la autocomposición y desde la dirección de la gestión del conflicto por parte de un guía, el Pretor, que tiene la facultad y, quizá la obligación, de ayudar a dirimir ese conflicto sin proponer la solución (si no fuera porque se integra en el ámbito del Derecho romano, bien podríamos estar haciendo referencia a una mediación y a un mediador: el Pretor).

En definitiva, hay que pensar en la plausibilidad de un litigio propiciado por una *res dubia* o la verificación de una eventual *res litigiosa* que se da en el contexto de una actividad jurisdiccional: la del magistrado. En el Derecho romano y, en caso de conflicto, cabe la posibilidad de excluir el inicio de la fase judicial llegando a una solución amigable mediante concesiones recíprocas de derechos entre las partes a través de la *transactio*, mecanismo que en la fase *in*

iure (frente al magistrado Pretor) permitía poner fin al proceso antes de la *litis contestatio*. Muy probablemente, la iniciativa transaccional correspondía a las partes, pero las fuentes aluden a que el Pretor puede propiciar el acuerdo. En esta asignación pretoria puede verse la disposición de una tarea para el magistrado en la fase *in iure*: “debe” inducir a las partes a pacificarse¹³. Vayamos al texto del Digesto que, particularmente, refiere esta misión: D. 12.1.21 (*Iulianus 48 dig.*)- *Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere*. En el texto del Digesto pasa desapercibido el giro *cum ad officium (sc. praetoris) eius pertineat lites deminuere*, sin embargo, es de suma importancia: con este giro el jurista Juliano recoge la opinión generalizada de que el acuerdo al que lleguen las partes que se encuentran en determinado conflicto ha de ser fruto de su voluntad y producto del ejercicio de la autonomía privada y la libertad, la gestión de la construcción de este acuerdo es una tarea encomendada al Pretor. La solución fuera del estricto ámbito judicial no puede venir impuesta y no corresponde al Pretor proponerla, sin embargo, el magistrado sí que puede “gestionar” el conflicto si “compele” al actor a recibir lo que se le ofrezca y facilitar la gestión preocupándose, por ejemplo, de que el ofrecimiento sea equilibrado. Si el Pretor actúa de esa forma conseguirá disminuir los pleitos (actividad que el texto atribuye directamente a su *officium*) y esto, en cualquier caso, es obrar con más humanidad –*causa humanius facturus*-. En sentido similar se puede interpretar un texto del jurista Ulpiano -D. 39.1.1.10- quien recoge la opinión del jurista Celso en el caso de acuerdo en la realización de una obra tras haberse intentado una denuncia de obra nueva, en particular y, por lo que interesa en relación con la actividad pretoria, se atribuye al magistrado la facultad de dirimir la eventual controversia dado que es facultad de las partes apartarse voluntariamente de aquélla denuncia bajo la directriz del Pretor para la construcción del acuerdo; igualmente, el jurista Gayo -D. 2.4.22.1- quien al comentar la Ley de las XII Tablas, afirma tajantemente que el pleito puede obviarse si se transige sobre la cuestión litigiosa.

A pesar de lo expuesto, no vamos a caer en la trampa del denominado “presentismo” advertida por Grossi¹⁴, es decir, proyectar conceptos actuales a otra

¹² El contenido de la *iurisdictio* se resume en los llamados *tria verba solemnia*: *do*, *dico*, *addico* (Macrobio, *Saturnalia*, 1.16.14) –palabras pronunciadas por el magistrado jurisdiccional que indicaban las formas en las que se explicaba y manifestaba su jurisdicción: *do* acompañaba al acto en cuya virtud el magistrado proponía un mecanismo de tutela jurisdiccional o permitía que se realizara determinada actividad, *dico* se refería comúnmente a la atribución a una de las partes en conflicto de la posesión interina de determinada cosa, *addico* dotaba al concreto dictado pretorio de eficacia constitutiva-. A decir de FESTO, *De verborum significatione*, 13, *addicere* significaría aprobar en virtud de la presencia del Pretor, cualquier actividad que se llevara a cabo en el órgano jurisdiccional: *addicere est proprie idem dicere et approbare dicendo*.

¹³ Antonio, FERNÁNDEZ DE BUJÁN: Derecho privado romano, IUSTEL, Madrid, 2011, p. 112.

¹⁴ Paolo Grossi: “Un Derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval”, en Anuario Mexicano de Historia del Derecho (Universidad Nacional Autónoma

época histórica de forma improcedente, pero debemos reconocer que la actividad del Pretor como coadyuvante y facilitador de la construcción del acuerdo (*transactio*) recuerda a la intervención del mediador referida en el artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuando recoge el concepto de mediación: “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”, aunque el “mediador romano” –si se nos permite la expresión- es el órgano jurisdiccional que dirige la fase *in iure*.

3. Lectura romanística de los principios informadores de la Ley 5/2012.

Vayamos a la reciente Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La Ley 5/2012 recoge en su exposición de motivos una serie de principios informadores dignos de análisis: En general, declara que “desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia”, de acuerdo, aunque con la salvedad de que no es nuevo el recurso a medios alternativos de resolución de conflictos, es más, la mayor parte de las disputas no se solventan en la vía judicial¹⁵. Sigue el preámbulo con la afirmación de que la mediación es una “alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad”, en efecto, la autocomposición es y debe ser un corolario en los consensos alcanzados en virtud del poder de la voluntad de las partes en disputa que someten la gestión del conflicto a la “la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto”¹⁶.

de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas), 9, 1997, pp. 167 y ss., en concreto, p. 169.

¹⁵ En palabras de Pablo SALVADOR CODERCH: “ABC de la transacción”, en *Indret*, Working Paper 101, octubre 2002, www.indret.com/pdf/101_es.pdf, pp. 1 y ss., en concreto, p. 4: “[...] la inmensa mayoría de los conflictos se resuelven extrajudicialmente: en la realidad social, las partes hacen y soportan casi todo antes de verse abocadas a la maldición de un litigio judicial”.

¹⁶ A decir de Andrés DE LA OLIVA SANTOS: “Mediación y justicia: síntomas patológicos”, en *Otrosí* (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), 8, octubre-diciembre 2011, pp. 7 y ss., en concreto, p. 8, “la mediación no es Administración de Justicia, ni por sus protagonistas ni por su método. En la mediación no tiene por qué

Los ejes fundamentales de la mediación se recogen en la exposición de motivos de la Ley 5/2012; en resumen, se trata de los siguientes:

- La “desjudicialización” de determinados asuntos.
- La “deslegalización” o pérdida del papel central de la ley.
- La “desjuridificación” que se vincula al reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo.

En relación con el primer punto -la “desjudicialización” de determinados asuntos- la exposición de motivos de la Ley 5/2012 manifiesta que algunas desavenencias “pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal para el caso en que “el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible”; se trata de una “fórmula de autocomposición [...] ordenada a la paz jurídica”; hasta aquí nada diverge del contrato de transacción romano (nos atrevemos a aventurar: tampoco del actual). Se añade que la mediación es un “hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de los tribunales”: recordemos, en Roma la actividad pretoria en la *transactio* humanizaba el conflicto e impedía el recurso no tan agradable a la vía judicial. La autonomía de la voluntad de las partes (el poder de la *voluntas* y del *consensus*) es palmario en la Ley 5/2012: “El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes”. En la *transactio* romana la intervención del pretor era activa y en ningún caso ofrecía la solución, similar (*mutatis mutandi*) a la actividad del mediador pero desde un planteamiento jurisdiccional (esa es la diferencia) que permitía el control y la gestión del acuerdo.

El segundo eje de la mediación -la “deslegalización” o pérdida del papel central de la ley- se halla íntimamente relacionado con el aumento del poder de la voluntad de las partes en la construcción del acuerdo, se otorga relevancia al principio dispositivo que va a regir también en las relaciones que son objeto de conflicto. No olvidemos que, siguiendo a Schulz¹⁷, en sentido estricto, en Roma se observa muy escrupulosamente “la moderación observada, como principio, en relación con toda promulgación estatal del Derecho”, el modo de formación del derecho viene dado por el lento y leve

intervenir el Estado; puede llevarse a cabo con formas máximamente flexibles, simplemente amparadas por la ley en cuanto manifestaciones de la autonomía de la voluntad de los sujetos jurídicos y el acuerdo se basa en la conveniencia mutua y no necesariamente en reglas jurídicas aplicables al caso”.

¹⁷ Fritz SCHULZ: *Principios del Derecho romano*, trad. de M. Abellán Velasco, Civitas, Madrid, 1990, pp. 29 y 38.

progreso a través de la resolución de casos prácticos y de la discusión jurídica, nunca frenado por las reglas rígidas de una ley [...] en estrecha colaboración con el magistrado jurisdiccional”. La cuestión es si estamos en disposición de simular al genio jurisprudencial romano...

En relación con el tercer eje -la “desjuridificación”- se vincula con el acuerdo al que puede llegarse en el proceso de mediación. Este acuerdo no es elemento esencial, aunque sí querido por las partes y resultado de una buena guía y actuación del mediador. La Ley 5/2012 reconoce el acuerdo al que las partes pueden llegar como título ejecutivo, en concreto afirma que “corolario de esta regulación es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, lo que se producirá con su ulterior elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales”. En este punto se halla la aparentemente indiscutible novedad de la Ley 5/2012: La “obligatoriedad” del acuerdo de mediación mediante su elevación a escritura pública y, por tanto, conformación como título ejecutivo. A esta cuestión se dedican las siguientes líneas.

4. La novedad del “acuerdo de mediación” de la Ley 5/2012.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, regula en su Título V el procedimiento de ejecución de los acuerdos derivados de un proceso de mediación. En la exposición de motivos la Ley se ajusta “a las previsiones que ya existen en Derecho español y sin establecer diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento haya de producirse en otro Estado; para ello se requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo”. De esta forma, dispone su artículo 2.1: “Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable”¹⁸.

En relación con el acuerdo de mediación y destacando lo más relevante, en el artículo 23.3 de la Ley, párrafo segundo, se dispone que “el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo”¹⁹. En el artículo 23.4

afirma que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”. En el artículo 25 recoge que para formalizar el acuerdo de mediación como título ejecutivo, aquél se deberá presentar a un notario (acompañado de copia de las actas de sesión constitutiva y final del procedimiento); el notario verificará que se cumplen los requisitos de la Ley 5/2012 y que el acuerdo no es contrario a Derecho. Por último, en el caso de la mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial: artículo 25.4: “las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

4.1. El “acuerdo de mediación” en función del “tipo” de mediación realizada

En este punto se debe incluir una previa: la diversidad en la eficacia del acuerdo de mediación dependerá del tipo de mediación llevada a cabo y teniendo en cuenta diferentes criterios, a saber:

- En función del contexto en el que se desarrolla:
 - Mediación intrajudicial: Se desarrolla existiendo un proceso judicial en marcha. En este caso, el acuerdo de mediación está homologado por la propia autoridad judicial, no haría falta su elevación a escritura pública.
 - Mediación extrajudicial: Se desarrolla al margen y no habiéndose iniciado el proceso judicial. Aquí sí que haría falta elevar a escritura pública para que fuera título ejecutivo.
- En función de su carácter preceptivo o no:
 - Mediación voluntaria: Las partes acuden a la mediación libremente. Para que el acuerdo sea título ejecutivo es necesario elevarlo a escritura pública.
 - Mediación obligatoria: Impuesta por la ley o por la autoridad judicial. Nuevamente, la homologación judicial hace innecesario elevar el acuerdo a escritura pública.
- En función de si existe o no comunicado al Juzgado:
 - Mediación abierta: Cuando el resultado de la mediación ha de comunicarse al juzgador –no hace falta elevar el acuerdo a escritura pública-.
 - Mediación cerrada: Cuando el resultado de la mediación no ha de comunicarse al juzgador –sería conveniente la elevación del acuerdo a escritura pública-.

Por tanto, no todos los acuerdos de mediación necesitan, para ser efectivos títulos ejecutivos, ser elevados a escritura pública; según lo expuesto,

¹⁸ Es más, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la ley (a tenor del artículo 2.2): a) La mediación penal, b) La mediación con las Administraciones públicas, c) La mediación laboral y d) La mediación en materia de consumo”.

¹⁹ En relación a la caracterización del acuerdo como título ejecutivo *vid.* Silvia BARONA VILAR: Mediación en asuntos civiles y mercantiles

en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 433 y ss.

debemos fijar nuestra atención en acuerdos de mediación no homologados judicialmente y, en ese caso, abordar toda una serie de cuestiones sobre las que es necesario reflexionar y que se desarrollan en los apartados siguientes.

4.2. Análisis del “acuerdo de mediación” descrito en la Ley 5/2012.

Las cuestiones en las que nos vamos a centrar son esencialmente las siguientes:

1ª.- Se ha recibido como el gran progreso de la actividad de mediación la posibilidad de ejecución de los acuerdos alcanzados en un procedimiento de mediación regulado por la Ley 5/2012, es decir, la declaración de que el acuerdo de mediación es título ejecutivo si se eleva a escritura pública. En este sentido, es necesario señalar que en atención a lo dispuesto en el artículo 517.2.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que las escrituras públicas son título ejecutivo²⁰. Por tanto ¿dónde estriba la novedad de la Ley 5/2012? ya antes de su publicación, las escrituras públicas eran y siguen siendo títulos ejecutivos al amparo del artículo 517.2.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La efectiva novedad descansa en la nueva redacción del artículo 517.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: [...] 2. Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles” –la cursiva refiere la novedad-. Al propio tiempo, parece que la Ley 5/2012 está componiendo un nuevo contrato: “el acuerdo de mediación”, sobre todo si tenemos en cuenta el segundo párrafo del artículo 23.3 de la Ley 5/2012 cuando obliga al mediador a informar a las partes que el acuerdo que firmen es vinculante y que se puede elevar a escritura pública para convertir dicho acuerdo en título ejecutivo; es más, según esta disposición, podemos dudar sobre la atribución al acuerdo de voluntades de las consecuencias de la *res iudicata* material dado que, contra lo convenido en el acuerdo de mediación, se podrá ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (recordemos: en el artículo 23.4 de la Ley 5/2012 se dispone que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”). En conclusión, si estamos ante una nueva figura

²⁰ Artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la acción ejecutiva y a los títulos ejecutivos, dispone en el punto 2º que “Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos”: en particular, por lo que nos interesa: “4. Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes”.

contractual: ¿No es eso incongruente con el hecho de que el artículo 517.2.2 recoja que los acuerdos de mediación tendrán aparejada ejecución si fueran elevados a escritura pública? La reflexión está servida...

2ª.- Todo lo expuesto cabe en el supuesto de que ambas partes estén de acuerdo en la elevación a escritura pública, pero ¿qué pasaría si al momento de elevar el acuerdo a escritura pública una de las partes se negara pese a haber manifestado en el acuerdo su consentimiento en tal sentido? Es fácil imaginar que sería necesario acudir a la justicia ordinaria para obligar a la parte a cumplir con las promesas recogidas en el acuerdo de mediación que, en tal caso, no sería título ejecutivo, la cuestión es ¿sería un contrato?, si lo es, no hay problema en reclamar su cumplimiento judicialmente.

3ª.- Nuestro derecho y la tradición jurídica –y esta última integrándolo en el espacio jurisdiccional- ya recogen el contrato de transacción como forma de autocomposición, entonces ¿para qué un “nuevo contrato”? –nos referimos, por supuesto, al acuerdo de mediación-. Esencialmente, quizá se podrían alegar para la no adopción del contrato de transacción como figura contractual que pusiera fin al proceso de mediación, tres objeciones:

3ª.1.- La novedad de su constitución en título ejecutivo si se eleva a escritura pública (ya se ha hecho referencia a las cuestiones controvertidas).

3ª.2.- La cuestión de la eficacia del contrato de transacción en caso de incumplimiento.

3ª.3.- Llegar a evitar la aplicación del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En relación con la primera cuestión –3ª.1-, hay que tener en cuenta el valor añadido de que el acuerdo de mediación (y no un contrato de transacción) pueda conformarse como título ejecutivo si se eleva a escritura pública ex artículo 517.2.2: “Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: [...] Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”²¹, y no ex artículo 517.2.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que respecta a la segunda cuestión –3ª.2-, la eficacia del contrato de transacción en caso de incumplimiento-, si tenemos en cuenta la jurisprudencia, y en concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1999, las obligaciones derivadas de los contratos de transacción, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, no se regirán por normas distintas a las establecidas con carácter general para el resto de los contratos, por tanto, ante un eventual incumplimiento de lo acordado por transacción, el transigente frustrado puede optar por

²¹ En redacción dada por Ley 5/2012, de 6 de julio.

la resolución del contrato ex artículo 1.124²² del Código civil, resolución que lleva inherente el efecto de la retroacción, en virtud del cual ha de volverse al estado jurídico preexistente²³, o lo que es lo mismo, que los contratantes queden liberados de las obligaciones que hubiesen contraído por el acuerdo resuelto. Todo esto significaría, en el contrato de transacción, la legitimación para volver a reclamar las pretensiones sacrificadas por la propia transacción dado que no existe argumento válido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que permita excluir la normal aplicación del artículo 1.124 del Código civil a la figura de la transacción. La exclusión se podría fundamentar en el artículo 1.816 del Código civil que declara la fuerza de lo decidido en transacción igual a la de cosa juzgada, sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de abril de 1963 señala que lo establecido en el artículo 1.816 del Código civil no deroga preceptos fundamentales como el artículo 1.124 del Código civil que sanciona el incumplimiento de las obligaciones recíprocas.

El resultado es que las partes que celebran una transacción con la intención de finalizar un conflicto mediante el acuerdo de recíprocas concesiones, en el caso de que una de las partes incumpla una concesión y la otra opte por reclamar su antigua pretensión en vía judicial haciendo caso omiso del contrato de transacción y, en ese caso, el demandado conteste con su antigua pretensión, el vínculo nacido de la transacción desaparece por el mutuo disenso tácito²⁴. Sin embargo, si el transigente que excepciona opone la transacción (no hay mutuo disenso tácito), el juez se vería obligado a desestimar la demanda porque la transacción, aunque incumplida, continúa siendo válida y eficaz. Es más, el demandado podría reconvenirse solicitando el cumplimiento de la transacción y el tribunal podría acceder a esta pretensión.

Como hemos dicho al principio de este punto, se podría alegar que el contrato de transacción presenta estos inconvenientes, en concreto, la transacción preprocesal y extraprocésal carecerían de la autoridad de cosa juzgada a pesar del artículo 1.816 del Código civil porque se trata de un convenio entre partes que

sólo produce efectos entre ellas (artículo 1.257 del Código civil), igualmente, la transacción procesal no es la cosa juzgada material de los artículos 222 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁵.

Más aun, la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la transacción al tratar del derecho de disposición de los litigantes sobre el objeto del juicio (en concreto, en el artículo 19.1 se dispone: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”²⁶). En relación con la transacción judicial recoge el artículo 19.2: “Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin”. La transacción judicial es homologada por un auto del tribunal que conoce del litigio, esta transacción deriva, según el artículo 415.1, del hecho de que “[...] las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 para someterse a mediación o arbitraje”. En relación con esta transacción judicial, dispone el artículo 415.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial”.

¿Afecta toda esta consideración sobre la resolución por incumplimiento al acuerdo de mediación? Nuevamente estimamos que deberemos esperar al análisis de la jurisprudencia ante eventuales casos de incumplimiento de acuerdos de mediación porque, como hemos afirmado, aparentemente se trata de un contrato²⁷, recordemos que en el artículo 23.4 de la Ley 5/2012 se afirma que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”. En definitiva ¿qué se ha ganado con la consideración de título ejecutivo si se eleva a escritura pública el acuerdo de mediación si sigue siendo un contrato? Sigamos con la reflexión...

En cuanto a evitar la aplicación del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –recordemos, cuestión

²² “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1999.

²⁴ Elena M^ª. LÓPEZ BARBA: El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento, Ediciones Laborum, Murcia, 2001, p. 18.

²⁵ Susana SAN CRISTÓBAL REALES: “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles”, en Anuario Jurídico y Económico Escurialense (Real Centro Universitario Escorial – M^ª Cristina), XLIV, 2011, pp. 277 y ss., en concreto, p. 297.

²⁶ En redacción dada por Ley 5/2012, de 6 de julio.

²⁷ Silvia BARONA VILAR: Mediación, op. cit., p. 452.

3ª.3-, debe tenerse en cuenta que los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales únicamente pueden documentar obligaciones pecuniarias, a contrario, los títulos judiciales y arbitrales sí que pueden documentar obligaciones pecuniarias; sorprendentemente, entre estos últimos títulos ejecutivos no está el novísimo acuerdo de mediación elevado a escritura pública según las disposiciones de la Ley 5/2012.

En efecto, los títulos ejecutivos no judiciales tienen condicionado su carácter ejecutivo al cumplimiento del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que la acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales, cuando se trate de los títulos ejecutivos previstos en los números 4, 5, 6 y 7 –el supuesto de escritura pública es el del número 4- del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo podrá despachar ejecución por cantidad determinada que exceda de 300€²⁸.

Por tanto, para hacer valer en vía de ejecución una obligación no pecuniaria (o no computable en dinero o que aun siendo pecuniaria no alcance el valor de 300€) elevada a escritura pública habrá que instar previamente el procedimiento declarativo oportuno aportando, eso sí, como documento público, la escritura²⁹ ¿Es esto último lo que se aplica al contrato de mediación? Recordemos que el acuerdo de mediación no se encuentra entre los títulos judiciales y arbitrales referidos en el 520 (interpretamos *a contrario*, dado que el tenor literal del artículo es “acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales”) a pesar de que forma parte de los títulos ejecutivos incluidos entre los del 517.2.2 que son, precisamente, los judiciales, los arbitrales y, por nueva redacción de la Ley 5/2012, los acuerdos de mediación elevados a escritura pública. Quizá el legislador hubiera debido dar nueva redacción al 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con fundamento en la Ley 5/2012 en el sentido de incluir a los acuerdos de mediación elevados a escritura pública (“acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales *ni en acuerdos de mediación elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*” -la cursiva es nuestra-), aunque ello, no obstante, significara una contradicción que quizá esté presente en el subconsciente del legislador, dado que ¿no era el acuerdo de mediación un contrato?...

²⁸ Además, debe tratarse de dinero efectivo y, en su caso, moneda extranjera convertible o en cosa o especie computable en dinero. Añade el artículo 520 en su apartado 2 que el límite de los 300€ podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos ejecutivos de los previstos en dicho apartado.

²⁹ Juan MONTERO AROCA y José FLORS MATÍES: Tratado de proceso de ejecución civil I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 50 y ss., donde se manifiesta claramente que “el legislador ha optado por mantener la tradición”.

5. Reflexiones finales.

En definitiva, quizá el legislador se ha visto superado por la situación en el sentido en que está intentando equiparar a sentencia firme o a resolución arbitral el acuerdo de mediación (otorgándole suma importancia en el ámbito del derecho adjetivo) al tiempo que se sigue sometiendo al ámbito derecho material, dado que el acuerdo de mediación es susceptible de ser impugnado por error, dolo, violencia o falsedad documental³⁰ y no se incluye en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se está tratando de convertir a la concurrencia de voluntades en título ejecutivo y muy probablemente esa pieza no encaja en el puzzle de nuestro sistema de Derecho procesal aunque sí, nos permitimos recordar, en el esquema del Derecho procesal romano a través de la *transactio* cuya evolución también persigue asegurar el cumplimiento del acuerdo de voluntades.

El modelo clásico de litigio tiene una base intuitiva clara: ante un pleito de derecho privado, las partes tienen casi siempre la alternativa de ponerse de acuerdo. En la realidad social cotidiana, la inmensa mayoría de los conflictos no se litigan, los conflictos se resuelven extrajudicialmente ya que las partes hacen y soportan casi todo antes de verse abocadas a un litigio en sede judicial³¹, el recurso a “la justicia” se presenta popularmente como “la última opción”. A pesar de ello ¿hasta qué punto el poder de la voluntad ha de tener tal amplitud que llegue a suplir completamente la actividad de un órgano jurisdiccional?, en palabras de De La Oliva Santos³² “*a fortiori*, el acuerdo de mediación resulta equiparable a los títulos ejecutivos judiciales o parajudiciales actuales” y ello significa “abrir la puerta directamente a la ejecución forzosa sobre la base de documentos privados”, esta cuestión, cuanto menos merece “un debate extenso y a fondo”. En este punto hemos “olvidado” las bondades de la *transactio* romana dirigida por el Pretor y con una estructura consustancial a nuestro Derecho y nuestra *forma mentis*. En su lugar, introducimos instituciones que pueden ser provechosas sólo si las adecuamos y las adaptamos a nuestros principios jurídicos. Quizá sería conveniente no importar aquello que simplemente “está de moda” –si se permite la expresión- porque corre el riesgo de “morir de éxito” antes de que se ponga en marcha. De ese modo, instituciones como la mediación que puede ser efectiva y sumamente útiles y desplegar así efecto beneficioso en la gestión del conflicto, en la consecución del consenso, en conseguir una mayor economía procesal, en desbloquear la justicia, en introducir un nuevo modelo de relaciones sociales,

³⁰ Silvia BARONA VILAR: Mediación, op. cit., pp. 476 y ss.

³¹ Pablo SALVADOR CODERCH: ABC de la transacción, op. cit., p. 4.

³² Andrés DE LA OLIVA SANTOS: Mediación y justicia: síntomas patológicos, op. cit., pp. 7 y ss.

etc., se reporten y resulten inútiles e ineficaces por querer someterlas a una pretendida modernidad que olvida los fundamentos que, sorprendentemente, se aproximan mucho más a lo que parece que es "querido por todos". Quizá convendría "poner en valor" las instituciones históricas que han sido y son fundamento de nuestro ordenamiento jurídico porque, muy probablemente, ofrecerán soluciones renovadas y no extrañas a nuestra forma de gestionar el consenso fuera y dentro del margen de lo jurídico.

La importancia de la mediación en el sistema de Justicia Juvenil: Aportaciones desde un cambio de orientación

Gloria Fernández-Pacheco Alises

Doctora en Criminología.
Centro de Investigación en Criminología,
Universidad de Castilla- La Mancha (UCLM).

Fecha de recepción: 10 de mayo 2013

Fecha de aceptación: 25 de mayo 2013

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE MENORES; 2. LA INCLUSIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA JUSTICIA PENAL DE MENORES EN EUROPA: EVO-LUCIÓN Y ALCANCE; 3. LA LO 5/2000 Y LOS PROGRAMAS DE MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y REPARACIÓN; 4. EL PROCESO DE MEDIACIÓN Y LA CONCILIACIÓN EN LA JUSTICIA DE MENORES; 5. EL SISTEMA DE REPARACIÓN EN JUSTICIA DE MENORES; 6. UNA SOLUCIÓN ALTERNATIVA Y UN EJEMPLO PARA LA JUSTICIA PENAL DE ADULTOS

RESUMEN: Los principios de la Justicia Restaurativa ha inspirado la legislación penal de menores en toda Europa como mecanismo esencial para la reeducación de los menores. Con la entrada en vigor de la Ley 5/2000 se inicia también en España la vía de la conciliación y la justicia reparadora en el sistema judicial formal, es decir, se abren las puertas a la mediación intra-judicial. Con este artículo se pretende reflexionar sobre la evolución de este sistema en las legislaciones europeas, y en concreto en el sistema de justicia juvenil en España. La inclusión de la denominada "tercera vía" del Derecho Penal en la legislación de menores ha posibilitado ampliar las respuestas al delito, posibilitando la resolución del conflicto entre menor y víctima, e incluso la implicación de la comunidad; devolviendo al mismo tiempo el protagonismo a la víctima. Una muestra del poder del cambio de orientación es la pérdida del carácter de pena para convertirse en sanción, lo cual implica voluntariedad en su aplicación y una visión orientada a la víctima. Las aportaciones de los mecanismos conciliadores al sistema de justicia de menores constituyen un ejemplo de cómo es posible transformar un sistema estático y rígido en una justicia más cercana al ciudadano y que posibilite una responsabilización del imputado por el delito cometido, además de mejorar la satisfacción sobre el proceso judicial.

ABSTRACT: The principles of Restorative Justice have inspired juvenile criminal law throughout Europe as an essential mechanism for the rehabilitation of minors. With the entry into force of Law 5/2000 is launched in Spain the restorative justice into the criminal justice system. This article aims to trace the evolution of Restorative Justice in European legislation and establish how restorative mechanisms are operating in the juvenile justice system in Spain. The inclusion of the, so-called "third way" of criminal law, has allowed opening legal responses ranging from resolving the conflict between offender and victim to reducing fear of crime in the community, through a change of attitude to and from the victim to the outcome of the crime. A sample of the power shift is the loss of the character of penalty sentence, implying voluntariness in implementation and a change of vision for the victim. Contributions of ADR mechanisms to juvenile justice system are an example of how you can transform a static and rigid justice system into a closer system to citizens and increased the offender's sense of responsible for the offence and the sense of satisfaction about the criminal justice process.

PALABRAS CLAVE: Justicia restaurativa, sistema penal de menores, responsabilización y reeducación.

KEYWORDS: Restorative Justice, Criminal Justice for Minors, accountability and re-education.

1. Introducción: la Justicia Restaurativa y el sistema de Justicia penal de menores

Según algunos autores¹, la Justicia Restaurativa en general y los mecanismos de mediación/conciliación en concreto, ha “sacudido” los cimientos del sistema penal de menores. Tradicionalmente la justicia penal y la Criminología habían centrado su atención en la figura del delincuente juvenil y en el estudio de las sanciones que posibiliten una modificación de la conducta delictiva. Sin embargo, a partir de los años setenta surgen en Europa nuevas tendencias que apuntan a la descriminalización y a la diversificación de las reacciones de la justicia ante la delincuencia de los jóvenes², además a crear espacios que posibiliten la participación de la víctima en la resolución del conflicto³. Este sistema se encuentra enmarcado claramente en el modelo de Estado de bienestar, y considera al menor no sólo delincuente sino también víctima del sistema, con lo que se ve necesario compaginar el castigo con la re-educación de ese menor que puede haber sufrido ciertas deficiencias en la adquisición de normas sociales o bien ha sido objeto de unas desigualdades sociales que le habrían llevado a esa situación. Según Gimenez-Salinas la justi-

¹ Esther GIMENEZ-SALINAS I COLOMER: “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado”. En MARTINEZ-PEREDA, J.M (Dir.) *Menores privados de libertad*. Edic. del Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid 1996. Pp. 55-81.

² Ana NOGUERAS MARTÍN: “La mediación en el ámbito juvenil”. En Jesus Miguel HERNÁNDEZ GALILEA (Coord.), *El sistema español de Justicia Juvenil*. Edit. Dykinson, 2002. Pp.397-418. En concreto, p. 397.

³ De hecho, ha sido considerado como un proceso de redescubrimiento de la víctima, que implica el advenimiento de una nueva disciplina en el seno de la Criminología, la *Victimología*, específicamente dirigida a estudiar su posición en el conflicto y en la solución, los factores que determinan la victimización, así como los marcadores de peligro o los efectos de victimización reiterada que le puede deparar el contacto con el sistema policial y judicial. Ver Enrique BACA BALDOMERO; Enrique ECHEBURÚA ODRIOZOLA y Josep Maria TAMARIT SUMALLA (Coords.): *Manual de Victimología*, Valencia, 2006. 462 pp.

cia se convierte en el último peldaño de la acción social.

Son precisamente estas implicaciones *descriminalizadoras* y *desjudicializadoras* las que nos interesan en esta aproximación a la mediación desde la justicia penal de menores. Con este artículo se pretende reflexionar sobre la evolución del sistema de conciliación/reparación en las legislaciones europeas, y en concreto en el sistema de justicia juvenil en España; para abordar a continuación las posibilidades que ofrece la Justicia Restaurativa al sistema penal de adultos. Son de destacar, a nuestro entender, las oportunidades de pacificación social que aportan los mecanismos de conciliación o mediación en un sistema formal inspirado originalmente en la pena como respuesta jurídica por excelencia al delito y a la seguridad ciudadana. Para ello es necesario entender en primer lugar los orígenes de los principios inspiradores del sistema penal de menores en Europa y en España.

2. La inclusión de la Justicia Restaurativa en la Justicia penal de Menores en Europa: Evolución y alcance

El desarrollo legislativo de la justicia de menores en Europa siguió durante los años 80 y 90 la línea de implantación de un modelo *responsabilizador* de la justicia juvenil, basado en las 4Ds: *Due process* o proceso debido, *descriminalización*, *desjudicialización* y *desinstitucionalización*⁴. Esto es, *Due process* o proceso debido: garantía de los derechos de los menores en los procedimientos judiciales seguidos contra los mismos; *des-*

⁴ En Esther FERNÁNDEZ MOLINA: *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*. Tirant lo Blanch edit. Valencia, 2008. 430 Pp. En concreto pp. 63 y ss.

criminalización que propone elaborar un concepto restringido de delincuencia que permita no castigar hechos delictivos considerados de escasa gravedad, los cuales sí serían enjuiciados en la justicia penal de adultos; *desjudicialización*, renuncia a la acción penal en pro de otras medidas de carácter informal o alternativo, lugar que ocuparían las prácticas de mediación-conciliación; y *desintitucionalización*, que consiste en posibilitar la intervención del menor en su ámbito de referencia, evitando la privación de libertad.

A ello se añade que han ido tomando fuerza las corrientes que pretenden que se considere a la víctima del delito como una parte relevante del proceso, por lo que deben reforzarse sus derechos, la atención y su participación directa⁵. En definitiva, se observa la irrupción de una serie de elementos que habían permanecido en la sombra de los sistemas penales modernos: esto es, la víctima, la reparación del daño, el conflicto generado por el delito en su dimensión personal, y en definitiva, la “pacificación” de las relaciones sociales. Se trata, en palabras de Pérez Sanzberro, de una progresiva incorporación de la reparación a la víctima alcanzada a través del tratamiento del hecho delictivo y sus consecuencias por parte de los propios implicados (autor y víctima), y por extensión a la comunidad⁶.

⁵ Para una revisión de la legislación europea en materia de *Victimología* consultar el artículo de Marina Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch: “La posición de la víctima en el derecho comparado y en la normativa de la Unión Europea”. En Juan Pablo GONZÁLEZ GONZÁLEZ (dir.): *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*. Colección Estudios de Derecho Judicial 121, 2007, pp. 137 y ss.

⁶ Para una amplia revisión sobre la relevancia de la reparación para el Derecho penal consultar: Guadalupe PÉREZ SANZBERRO: *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?*. Edit. Comares, Granada, 1999. 475 pp. En concreto pp.1.

Encontramos los primeros indicios de los principios de la Justicia Restauradora en las directivas del Consejo de Europa y las reglas de la Declaración de los Derechos de Naciones Unidas de 1959. En concreto la Recomendación (87)20 de 17 de septiembre de 1987, del Consejo de Europa sobre reacciones sociales frente a la delincuencia juvenil⁷ se encuentra detrás de la aparición de los programas de mediación y reparación en los sistemas de Justicia penal de menores. Con esta Recomendación se invita a los Estados Miembros a impulsar la descriminalización de la justicia de menores, evitando siempre que sea posible el internamiento y promoviendo la reparación a la víctima. El Comité consideraba que debían revisarse las legislaciones y prácticas judiciales con el fin de establecer políticas de intervención e inserción social de los jóvenes, con fines preventivos; además de desarrollar procedimientos de desjudicialización y mediación con la intención de evitar que el sistema penal se hiciera cargo de los menores e incluyera a su vez un tratamiento adecuado para la víctima, utilizando para ello mecanismos de conciliación víctima-delincuente. En el modelo que dibujara el Comité, con esta Recomendación, y que debían observar los Estados Miembros, se concebía una justicia de menores que garantizara la acción educativa eficaz, que alejara la remisión a la jurisdicción de adultos, además de evitar en la medida de lo posible la detención preventiva y la reclusión provisional. Esta intención de alejamiento del sistema formal es lo que ha pasado a denominarse la

⁷ María Begoña SAN MARTÍN LARRINOVA: “Mediación en la justicia penal de menores”. En Juan Pablo GONZÁLEZ GONZÁLEZ (dir.): *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*. Colección Estudios de Derecho Judicial 121, 2007, pp. 125 y ss.; en concreto, p. 127.

estrategia de “*diversión*” del Derecho penal de menores⁸.

Este modelo tuvo reflejo en los desarrollos legislativos de los diferentes países. Algunos países como Inglaterra, Finlandia o Noruega incorporan rápidamente estas alternativas a sus sistemas de justicia juvenil⁹. El primero de ellos es un referente por la aplicación de una amplia variedad de medidas con elementos restaurativos, que abarcan desde las amonestaciones o reprimendas realizadas por la policía en fase pre-judicial, las ordenes de reparación o la remisión de menores a los *Youth Offender Panels* para aplicar medidas educativas basadas en los principios de la Justicia Restaurativa¹⁰.

A mediados de los años 80 Holanda y Alemania comienzan sus primeras experiencias y Austria instaura con enorme fuerza su primer modelo en Salzburgo en 1985¹¹. En este modelo el 50% de los asuntos que llegan al sistema de justicia de menores se resuelven con conciliación o reparación del daño de la víctima, por lo que se ha servido de ejemplo para otras legislaciones a nivel internacional. Una de sus características destacadas es que el ordenamiento jurídico austriaco distingue claramente entre el Derecho penal juvenil y el Derecho tutelar de menores, y son los juzgados de familia con competencia en éste últimos los encargados de imponer medidas educativas y tutelares a los menores de 19 años, en los que se observe un déficit

educativo, social o asistencial¹². Del mismo modo, el Derecho penal juvenil alemán, el cual introduce la reparación o acuerdo entre infractor y víctima en 1923, prevé para los casos de criminalidad leve la omisión de los hechos por parte del Fiscal y el archivo del proceso por parte del Juez. Como en el caso austriaco, y a raíz de reforma introducida en 1990 en el *Jugendgerichtsgesetz* (ley de tribunales de jóvenes de 1974) se amplían los casos de sobreseimiento del proceso por reparación del daño e incorpora la conciliación entre autor y víctima a la categoría de las instrucciones o medidas orientadas a la educación, alcanzando una gran relevancia en la práctica¹³. Se trata de este modo, de incidir pedagógicamente en el desenvolvimiento futuro del joven, tal y como explica Pérez Sanzberro¹⁴. Será un grupo de penalistas alemanes, austriacos y suizos¹⁵, denominado grupo de trabajo “el Proyecto alternativo”, los que acuñarían el término de *tercera vía* (termino que abordaremos más adelante) con la intención de integrar la reparación en el sistema sancionador y procesal para evitar la pena, hasta donde sea posible.

Las sucesivas reformas legislativas del proceso penal de menores en Europa han tenido como ejes de actuación los programas de conciliación-reparación. Así, en Portugal

⁸ Cit en Guadalupe PÉREZ SANZBERRO, pp.10.

⁹ Cit en Ana NOGUERAS MARTÍN, pp. 398.

¹⁰ Una amplia revisión del modelo aplicado en Inglaterra y Gales puede encontrarse en Carlos-Eloy FERRERÓS MARCOS, Ana SIRVENT BOTELLA, Rafael SIMONS VALLEJO y Cristina AMANTE GARCÍA: La mediación en el Derecho Penal de Menores. Edit. Dykinson, Madrid, 2011. 275 pp. En concreto pp.118-143.

¹¹ Cit en Esther GIMENEZ- SALINAS, pp. 59.

¹² Carlos VAZQUEZ GONZÁLEZ: Derecho Penal Juvenil Europeo. Dykinson, 2005. Pp 134.

¹³ Cit en Carlos VAZQUEZ GONZÁLEZ: Derecho Penal Juvenil Europeo. Dykinson, 2005. Pp 119.

¹⁴ Guadalupe PÉREZ SANZBERRO: Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?. Edit. Comares, Granada, 1999. 475 pp. En concreto pp.139.

¹⁵ El grupo encabezado por ROXIN, junto con otros catorce penalistas alemanes, austriacos y suizos elaboraron en 1992 el denominado Proyecto alternativo sobre reparación penal. *Apud* Carlos VAZQUEZ GONZÁLEZ: Pp 119. Y en Guadalupe PÉREZ SANZBERRO: pp.268.

en 1987, y en Italia y Suecia en 1988, las reformas abrieron las posibilidades al sobreseimiento de expedientes de menores en los casos en que se hubiese adoptado, o al menos intentado, una solución de carácter reparador. En Francia, una reforma llevada a cabo en 1994 incluye programas de reparación y conciliación con la víctima, como medida educativa, medida provisional y estrategia alternativa antes de iniciar el proceso judicial. Destaca la participación del municipio en este proceso, a través de la transacción propuesta por el Alcalde, siempre antes de la interposición de la acción penal, si el daño se produce en perjuicio del orden público¹⁶. También en Holanda la legislación de menores de 1995 establece la reparación como solución al conflicto en todos los niveles del procedimiento, desde la fase policial hasta la adopción de medidas¹⁷.

A comienzos de los 90 Francia, como ya hemos visto; España, Italia y Bélgica se suman a la experiencia.

Se van implementando de forma progresiva programas y prácticas basadas en ese modelo “responsabilizador” con distintas denominaciones y características: resolución extrajudicial de conflictos, reparación de la víctima, reconciliación víctima-delincuente, mediación-reparación, etc. Estos programas comenzaron en un primer momento en experiencias de conciliación entre víctima y delincuente, para pasar a desarrollar estrategias de reparación del daño causado a la víctima, o mecanismos de mediación y arbitraje, e

incluso las novedosas prácticas del sistema de conferencias, familiares o grupales, como un proceso de reparación del daño y restablecimiento de la paz social a la comunidad¹⁸.

En general el Consejo de Europa fomenta, en diversas resoluciones, la mediación y reparación así como una mayor participación de los ciudadanos en los procedimientos judiciales que les afectan. Sobre este punto, la Recomendación (99)19, de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre mediación penal, define la mediación y los principios generales de actuación, estableciendo criterios¹⁹ basados en la implica-

¹⁸ En definitiva, las prácticas basadas en la Justicia Restaurativa podrían agruparse en:

- Mediación indirecta, cuando la información pasa por uno o varios mediadores, entre menor y víctima, e incluso pueden participar otros familiares o profesionales, pero no llega a realizarse un encuentro entre las partes del conflicto;
- Mediación directa, cuando menor y víctima se encuentran “cara a cara”, con uno o varios mediadores o facilitadores presentes;
- Conferencias, donde menor y víctima tienen un encuentro cara a cara, con uno o varios mediadores, además de otras personas interesadas en el conflicto (familiares, personas afectadas indirectamente por el delito, personas de referencia para menor o víctima);
- Prácticas de reparación indirecta, que implican un trabajo del imputado hacia la comunidad, sin participación directa de la víctima.

En Joana SHAPLAND *et al.*: *Restorative Justice in Practice*. The second report from the evaluation of three schemes. University of Sheffield. Julio 2006.

Consultar en:

<http://www.shef.ac.uk/law/research/clusters/ccr/occasionalpapers>

¹⁹ Los criterios para aplicar a la mediación penal, tanto de menores como de adultos, serían: “Que los Estados miembros tienden cada vez más a recurrir a la mediación penal como una opción flexible, basada en la resolución del problema y en la implicación de las partes, como complemento o alternativa al proceso judicial; La necesidad de posibilitar una participación personal activa en el procedimiento penal de la víctima, del delincuente y de todos aquellos implicados como parte, así como de la comunidad; reconoce el interés legítimo de las víctimas a poder expresar las consecuencias de su victimización, comunicarse con el de-

¹⁶ Carlos-Eloy FERREIRÓS MARCOS, Ana SIRVENT BOTELLA, Rafael SIMONS VALLEJO y Cristina AMANTE GARCÍA: La mediación en el Derecho Penal de Menores. Edit. Dykinson, Madrid, 2011. 275 pp. En concreto pp.107.

¹⁷ Cit en Esther FERNÁNDEZ-MOLINA, pp.104.

ción de las partes en la resolución del problema, incluidos víctima y comunidad; el reconocimiento de la reparación como respuesta adecuada para la víctima; y la “responsabilización” del delincuente. También propone que la mediación solo se realice con el consentimiento de las partes, que las conversaciones sean confidenciales y que nunca se utilice como prueba de culpabilidad en los procedimientos penales. A su vez es destacable la Decisión marco (2001/220/JAI) del Consejo de Europa, relativa al estatuto de la víctima en el proceso. Esta decisión insta a los Estados miembros a impulsar la mediación en las causas penales (tanto de adultos como de menores) para aquellas infracciones que se presten a ello, y a que se tomen en cuenta en el proceso judicial los acuerdos a que lleguen la víctima y el imputado.

3. La LO 5/2000 y los programas de mediación, conciliación y reparación

En este contexto, La Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM), de 12 de enero, al igual que ya hizo su antecesora la Ley Orgánica 4/1992, proclama entre sus principios la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educadora del procedimiento y las medidas aplicables a los menores infractores. Se presta especial interés a la reparación del daño causado y a la conciliación entre el menor imputado y sus víctimas o perjudicados, si se considera lo más adecuado para dar respuesta principio máximo de “superior interés del menor”. Un interés que según la Exposición de motivos de la citada Ley, ha de ser valorado en cada

lincuente, obtener de este una disculpa y una reparación; que es importante reforzar en los delincuentes el sentido de la responsabilidad y darles la oportunidad de rectificar”. *Cit en Ana NOGUERAS MARTÍN*, pp. 398

caso según los criterios técnicos y no jurídicos de los equipos de profesionales del ámbito social y psicológico que forman los Equipos Técnicos de los Juzgados de Menores.

La Ley Orgánica 5/2000 otorga la posibilidad de optar por mecanismos de mediación al Equipo técnico, bien como vía previa a la apertura de un expediente judicial por parte de la Fiscalía de menores, como una vía alternativa al procedimiento judicial, que permite no entrar en él o finalizar el mismo una vez iniciado; o bien en fase de ejecución de la medida. Esto es, la LORPM ofrece dos posibilidades, en diferentes momentos del procedimiento, para la aplicación un programa de mediación.

En la fase de instrucción, el art. 19 permite que el Ministerio fiscal pueda desistir de la continuación del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. Se trata, como veíamos en la regulación europea y los principios inspiradores de la Justicia de menores, de una *desjudicialización* de los hechos de menor gravedad (para los que el Código Penal establece las penas de tres meses a cinco años, arts. 13 y 33 CP) o faltas. Se han de valorar no obstante, las circunstancias del hecho delictivo y del menor; especialmente que no haya existido violencia o intimidación en la comisión de los hechos, y que el menor no haya cometido anteriormente hechos de la misma naturaleza. Será el Equipo técnico el órgano encargado de valorar la viabilidad de una conciliación o reparación en el caso concreto.

Es facultad del Ministerio Fiscal autorizar la conciliación, mediación y/o reparación, de oficio, a instancia del Equipo técnico o del letrado del menor. Una vez autorizado el proceso alternativo de concilia-

ción/mediación/reparación el Fiscal dará por concluida la fase de instrucción y podrá suspender provisionalmente el procedimiento judicial o bien desistir de la incoación del expediente penal, solicitando al Juez de Menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. Si bien en el caso de que el menor no cumpliera la reparación o actividad educativa acordada, el Fiscal procederá con la continuación de la tramitación del expediente.

Por otro lado, en la fase de ejecución, el art. 51.2 plantea que el Juez pueda dejar sin efecto la medida impuesta por sentencia a un menor en cualquier momento en que se produzca una conciliación entre el menor y la víctima, a propuesta del Ministerio fiscal o del letrado del menor y una vez oídos el Equipo técnico y la entidad pública de protección y reforma de menores. Siempre y cuando el Juez considere que dicho acto de conciliación y el tiempo de duración de la medida ya cumplido sean suficiente reproche para los hechos cometidos por el menor. En estos supuestos se entiende que puede darse en todo tipo de delitos, sin exclusión de los delitos graves²⁰.

Si bien es el Fiscal a quien corresponde la potestad decisoria de acudir a los programas de reparación/mediación, será el Equipo Técnico el órgano encargado de llevar a cabo la mediación, tal y como establece el art. 19.3 LORPM.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que el reconocimiento del daño, las disculpas o el compromiso de reparar el daño no están condicionados a un posible acuerdo sobre responsabilidad civil, el cuál debe seguir su propio curso. Tal y como establece el

art 19.2 LORPM. Aunque la Ley deja abierta la puerta a que se puedan incluir ambos aspectos en favor a una solución global del conflicto: la conciliación penal y/o reparación del daño y un acuerdo sobre responsabilidad civil.

4. El proceso de mediación y la conciliación en la Justicia de menores

Una vez tomada la decisión por parte del Ministerio Fiscal de derivar el caso a una posible mediación o reparación, el Equipo técnico debe realizar un *trabajo previo de preparación* de las partes implicadas en el proceso. En opinión de Nogueras Martín²¹ este trabajo es fundamental porque ayuda a cada parte a situarse ante lo que representa la mediación y favorece una mayor disposición al encuentro, eso sí, teniendo en cuenta la necesaria neutralidad y sin restar protagonismo a las partes.

Indicar en este punto que cuando existen varios infractores menores se puede realizar una mediación grupal, aunque en muchos casos estos dificulta que se opte por el proceso de mediación/reparación, por las dificultades que implica contar con varios menores y varias circunstancias personales y sociales²². También puede haber procesos de mediación con más de una víctima o que en un proceso de mediación no todas las víctimas participen.

El procedimiento a seguir viene regulado en el art.5 del Reglamento de la LO 5/2000, el cual establece que se citará al me-

²⁰ SUBIJANA, pp. 267.

²¹ Cit en Ana NOGUERAS MARTÍN, pp. 401.

²² Conclusión derivada de entrevista con operador de la Fiscalía de menores de Albacete, realizada el 18 de Abril de 2013.

nor, a sus representantes legales y al abogado defensor.

En la entrevista con el menor se le dará información sobre las posibilidades que ofrece la ley, las características de la alternativa que se plantea y en concreto su carácter voluntario, además del rol de mediador y los requisitos básicos que debe asumir:

- Responsabilizarse de los hechos cometidos, en un ámbito extra-judicial;
- Mostrar explícitamente la voluntad de reparar a la víctima;
- Asumir un compromiso de participación activa en el proceso.

Una vez informado el menor se procederá a realizar la exploración o entrevista del menor, es decir, se abordarán los elementos relacionados con su actitud hacia el hecho delictivo, el conflicto y ante una posible reparación. Se valorará la descripción que hace de los hechos el menor, si se siente culpable o minimiza los daños, su madurez y grado de entendimiento, la motivación hacia una reparación y su actitud hacia la víctima. También se valora la visión de los padres sobre el conflicto así como su disposición a una opción extrajudicial. Una vez llegado a este momento, se recabará la conformidad del menor y de sus representantes legales con una conciliación o reparación.

A continuación se realiza una *entrevista con la víctima*, la cual puede ser bien una persona física (menor, adulto) o una entidad jurídica (empresas, centros educativos, etc.). Los objetivos de esta entrevista con la víctima son informar sobre los criterios y normas que rigen la mediación, mostrando que se

trata de una opción voluntaria asumida por el menor y autorizada por el Fiscal, lo cual le da su carácter formal; además de evitar falsas expectativas sobre la disponibilidad del menor a reparar el daño causado y la intervención de la justicia (posibilidades legales y procedimentales).

Una vez realizadas estas entrevistas preliminares el mediador tendrá que realizar una aproximación global al conflicto desde la perspectiva de las partes. Deberá entonces valorarse si es posible o no continuar con el proceso de mediación y en qué condiciones. Para que sea posible seguir con el proceso es necesario que se cumplan algunos requisitos esenciales: entre los que se incluye que exista un reconocimiento de ambas partes de la existencia de un conflicto, una actitud positiva a negociar una solución y la capacidad para negociar y comunicarse entre las partes.

Como apunta la mediadora Nogueras Martín, es importante para que el proceso se desarrolle de forma adecuada que las partes definan el conflicto y su nivel de participación para gestionarlo, con la ayuda del mediador. En su opinión: “el mediador es responsable del proceso y las partes del contenido”. A modo de ejemplo, un delito de robo o daños puede tener importantes sanciones penales y repercusiones civiles y no ser vivido como un conflicto por los implicados, con lo que se resuelve fácilmente con un acuerdo económico. Sin embargo hay otras ocasiones en que una falta de calumnias o amenazas mantenga a las partes en un continuo problema, por lo que una mediación puede ser de gran ayuda²³.

²³ Cit en Ana NOGUERAS MARTÍN, pp. 406.

A continuación se promoverá un *encuentro entre las partes* implicadas, con la intención de que el menor y la víctima o víctimas muestren sus razones y las circunstancias que le llevaron a delinquir o a estar en el sitio inadecuado en el momento incorrecto. En este encuentro las partes deben ser las protagonistas, deben sentir que tanto autor como víctima son dueños de la solución a su conflicto y están dispuestos a escuchar y ser escuchados. El mediador debe dar a las partes ese protagonismo y facilitarles un adecuado conocimiento de su conflicto y de las posibilidades de solución.

En lo que se refiere a la *conciliación*, al igual que en el Derecho penal de adultos, se puede llegar a una conformidad entre las partes dentro de proceso judicial. Esta puede tener lugar antes de la audiencia, siempre que el Fiscal o el letrado/s de la víctima/s, en su caso, no hayan solicitado medidas de internamiento o inhabilitación absoluta en su escrito de alegaciones, tal y como establece el art. 32 LORPM. O puede producirse en el acto de audiencia, sin restricción a las medidas postuladas por la acusación (art.36 LORPM).

5. El sistema de reparación en Justicia de menores

Cuando no existe participación de la víctima en el proceso de mediación, bien porque no está interesada bien porque no es conveniente su participación o por cualquier otra circunstancia, la Ley abre la posibilidad de alcanzar un compromiso de reparación por parte del menor, así lo recoge el art.19.4 de la LO 5/2000. En este caso, el Equipo Técnico propondrá una actividad educativa para el menor y el Fiscal dará por concluida la instrucción, solicitando al Juez el sobreseimien-

to y archivo de las actuaciones. De este modo, el menor cuenta con una alternativa al proceso judicial que no está vinculada a la víctima.

Según aclara Nogueras Martín, se entiende por reparación aquella acción que realiza el menor, en beneficio de la comunidad y que le permite de alguna forma cambiar una conducta negativa, que constituye el hecho delictivo, por una acción positiva²⁴. Esta acción o actividad debe partir, como requisito esencial, de la asunción de responsabilidad en los hechos por parte del menor y de la voluntad de éste en participar en ella. Debe ser una actividad asumida por el menor, pero no como un castigo sino como una respuesta simbólica del infractor a la comunidad. Por lo tanto no cabe el criterio de proporcionalidad entre el hecho delictivo y la reparación. No se trata de una sanción penal sino de una forma de compensación de los daños causados por el delito cometido. En un sentido práctico, Nogueras Martín nos aclara que aunque en los supuestos de actos vandálicos la reparación suele centrarse en tareas de limpieza o de mantenimiento de instalaciones; en los expedientes por delito de lesiones la actividad no será automáticamente la estancia en un hospital, ya que puede producirse un proceso culpabilizador que se aleja de la respuesta educativa que se quiere conseguir.

Los objetivos son eminentemente educativos y se inscriben dentro del proceso de responsabilización del menor, como una oportunidad de aprendizaje y de integración en la comunidad. En este sentido, la ejecución voluntaria de la actividad reparadora constituye un paso adelante para la inserción comunitaria. Por ello se acude en la mayoría

²⁴ Cit en Ana NOGUERAS MARTÍN, pp. 408.

de los casos a los municipios, con la intención de buscar soluciones reparadoras a la delincuencia juvenil²⁵.

De forma paralela, serán esos mecanismos de responsabilización del menor los que refuerzan la utilidad de la ley penal para prevenir futuros delitos, según autores como Subijana²⁶. Por tanto, encontramos en las medidas de reparación no sólo un camino de inclusión social para los menores en conflicto con la ley, sino también una forma de prevenir futuras incursiones en la delincuencia, a través del acercamiento al plano colectivo de la sociedad donde residen y las normas que regulan la convivencia. Se pretende, desde el plano individual, fomentar la empatía en jóvenes con dificultades de control y de percepción de los efectos de sus actos. Desde la perspectiva del delincuente, las tendencias criminológicas contemporáneas²⁷ consideran fundamental la existencia de lazos sociales fuertes que permitan apoyar a los jóvenes en el abandono de la carrera criminal²⁸. Así, Maruna sostiene que los exdelincuentes para mantener la “*abstinencia del crimen*” necesitan dar sentido a sus vidas, y para ello cada persona adoptará una imagen de su propia

vida basada en un amplio rango de interpretaciones sugeridas por el contacto con su cultura, su sociedad y su grupo social.

6. Una solución alternativa y un ejemplo para la justicia penal de adultos

En este contexto de la justicia penal de menores, la mediación, conciliación o reparación entre el menor y su víctima se presentan como una solución alternativa al procedimiento formal y supone, en nuestra opinión, un excelente ejemplo para su transposición a la justicia penal de adultos.

La justicia restaurativa pretende, con la incorporación del sistema conciliador, que la reacción jurídico penal satisfaga los intereses del autor, de la víctima y de la sociedad en general, confiriendo valor a las perspectivas individuales y colectivas de todo delito, opinión que compartimos con Subijana²⁹.

Son la flexibilidad que preside la justicia juvenil y el valor educativo que debe fomentar la autorresponsabilización, además de la posibilidad de dar respuestas jurídicas no estigmatizadoras las razones que explican el empleo intensivo de la mediación en la justicia juvenil. Y esas mismas razones son las que pueden esgrimirse para dar respuestas a las deficiencias de la Justicia penal de adultos.

Se trataría de aplicar la *tercera vía* de la que hablábamos al comienzo. El grupo de estudio que conformaba el “Proyecto Alternativo” (Arbeitskreis “Alternativentwurf”) consideraba que la reparación no era propiamente una pena, ni tampoco puede entenderse con un fin penal autónomo, sino que debe entenderse como una forma de

²⁵ Cit. en Carlos-Eloy FERREIRÓS MARCOS: pp.225.

²⁶ Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI: “Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia Restaurativa”. En *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*. Estudios de Derecho Judicial Num. 121. Consejo General del Poder Judicial, 2007. Pp.227-270. En concreto pp.268.

²⁷ Para profundizar en las corrientes evolutivas de la criminología consultar: David FARRINGTON: “Developmental and life-course criminology: key theoretical and empirical issues”- the 2002 Sutherland award address. *Criminology* 41 (2), 2003. Pp. 221-256. O bien Per-Olof WIKSTRÖM y D.A. BUTTERWORTH,; Adolescent Crime. Individual differences and lifestyles. Willan Pub: London, 2006. Pp. 90 y ss.

²⁸ MARUNA, S.: *Making good: How exconvicts reform and rebuild their lives*. American Psychological association, Washington, 2001. Pp. 7 y 8.

²⁹ Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI: pp.264.

reacción específica. Sería una respuesta alternativa, que completaría las penas y las medidas de seguridad como respuestas propias del sistema jurídico penal, caracterizada por realizarse voluntariamente y por su referencia a la víctima³⁰. La conciliación/ reparación es entendida por los integrantes de este proyecto como una nueva vía, que acentúa la autonomía de las partes, en concreto devuelve el protagonismo a la víctima en el conflicto, y cuyo objetivo final es el restablecimiento de la paz jurídica. La reparación se considera un nuevo camino para el tratamiento del fenómeno delictivo en forma de reacción positiva o constructiva, y no basada en la sanción-pena como hacía el Derecho penal hasta el momento.

Es, por lo tanto, una forma de reacción del sistema que puede solventar los problemas de efectividad y legitimidad de la intervención penal formal, debido a que son los propios protagonistas del conflicto los encargados de su resolución y de restaurar la paz social. No obstante, el modelo basado en la Justicia restaurativa o reparadora no es una forma de justicia más rápida, sino al contrario, llegar a un proceso de conciliación puede ser más laborioso que la imposición de una pena. En palabras de Gimenez- Salinas: *"la reparación no es una manera de agilizar la justicia, de "sacarse" casos, sino de introducir en términos penales en un sentido más amplio, la posibilidad de una justicia negociada"*³¹. En su opinión, la mediación y la confrontación son aspectos importantes de un proceso dinámico entre víctima y delincuente, de una participación activa para llegar a

resolver el conflicto. Surge así la idea de un modelo de intervención en que el Estado opta por ceder el protagonismo a los particulares interesados y consolidar un papel subsidiario. Algunos autores³² sugieren el "desarme" del Derecho Penal, al encontrar en la mediación una estrategia adecuada para devolver el papel protagonista al autor y a la víctima.

Desde esta misma perspectiva, de política criminal, Varona³³ considera que la mediación como forma y estilo concreto de control social es uno de los modelos más eficaces, ya que cuanto más consensuado sea más aceptado será ese control. En este sentido, la justicia restaurativa se identifica con la participación, por lo que la inclusión de mecanismos conciliadores en el Derecho penal, bien de forma intra-judicial o bien a través de mecanismos de gestión externa, puede traer efectos positivos tanto para el sistema penal formal como para la ciudadanía. Se trata de virar la orientación del sistema hacia la responsabilización en lugar de hacia el castigo. Mientras que el estilo penal utiliza un lenguaje de prohibiciones, infracciones, culpa y retribución, el estilo compensatorio habla de obligaciones, daños, deudas y restitución³⁴. Las aportaciones de los mecanismos conciliadores al sistema de justicia de menores constituyen una prueba de cómo es posible transformar un sistema estático y rígido en una justicia más cercana al ciudadano y que posibilite una responsabilización del imputado por el delito cometido, además de mejorar la satisfacción sobre el proceso judicial.

³⁰ Guadalupe PÉREZ SANZBERRO, pp.273.

³¹ Esther GIMENEZ- SALINAS, en concreto pp. 55. Guadalupe PÉREZ SANZBERRO, en concreto pp. 29. O Antonio BERISTAIN (1974) *Apud* Gema VARONA MARTÍNEZ: pp. 337.

³² *Apud* en Esther GIMENEZ- SALINAS, pp. 60.

³³ Gema VARONA MARTÍNEZ: La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica. Edit. Comares. Estudios de Derecho Penal, Granada, 1998. 549pp. En concreto pp. 117.

³⁴ Gema VARONA MARTÍNEZ: pp. 117.

La justicia restaurativa se presenta, de este modo, como una alternativa ante la crisis de legitimación del sistema de justicia formal, basado en la retribución y el castigo. Se trata de crear un contexto que favorezca no sólo el arrepentimiento del infractor sino también la participación activa de la víctima y de la sociedad, y la prevención de una futura reincidencia. Y, aunque la relación entre los mecanismos de la filosofía reparadora y el sistema criminal no ha sido siempre fluida³⁵, encontramos en la Justicia penal de menores, tanto en el contexto europeo como en el español, un ejemplo de incremento de la satisfacción de las partes implicadas con la solución al proceso.

Por su parte, las estrategias restaurativas que incluyen a la comunidad como parte del conflicto (véase las citadas *conferencias* utilizadas en el ámbito anglosajón, o el sistema de reparación), cuentan entre sus efectos la posibilidad de reducir la sensación de inseguridad ciudadana, y posibilitan que no sólo la víctima, sino también la comunidad se sienta escuchada como parte en la solución del conflicto. En definitiva, nos encontramos con un amplio espectro de ventajas que no debe despreciarse en una época de crisis de valores sociales y pérdida de confianza en las instituciones.

También indicar que aunque la mediación reparadora constituye una tendencia al alza, como puede apreciarse de las posibilidades que ofrece la Ley de Responsabilidad

Penal del Menor en relación con la utilización de estrategias conciliadoras, o las experiencias mediadoras en el ámbito de la Justicia penal de adultos por parte del Consejo General del Poder Judicial y de algunas Comunidades Autónomas (Cataluña, Madrid, el País Vasco, etc.), además de Colegios de Abogados o asociaciones profesionales, en nuestra opinión es trascendental que exista una ideología compartida entre los profesionales implicados en estas experiencias y una evaluación adecuada de los programas aplicados. Para ello, el Estado debe definir el marco y los límites de los mecanismos reparadores o conciliadores, garantizando que se desarrollan dentro de un proceso justo. De otro modo, ese cambio hacia valores inclusivos y responsabilizadores del que hablábamos podría quedar en meras intenciones reguladoras y experiencias frustradas.

Para concluir, indicar que con esta breve reflexión desde la Justicia juvenil hemos querido realizar un acercamiento al valor de la mediación en el ámbito penal, a sus posibilidades y aportaciones recíprocas. Son muchas las “puertas abiertas” que nos ha mostrado la filosofía reparadora en la Justicia de menores y, que esperamos poder aprovechar desde el estudio y la investigación. Queremos terminar con una frase de la mediadora Ana Nogueras cuando dice que “aunque la mediación podría considerarse una intrusa en el campo penal, los beneficios que aporta a las partes la convierten en una herramienta muy valiosa para la Justicia misma”³⁶.

³⁵ Para una revisión muy interesante de la relación entre la Justicia restaurativa y el sistema de justicia penal en el ámbito anglosajón consultar: Andrew VON HIRSCH, Julian ROBERTS, Anthony E. BOTTOMS, Kent ROACH y Mara SCHIFF (Edit.): *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconciliable Paradigms?*. Hart Publishing, London, 2003. 348 pp.

³⁶ Ana NOGUERAS MARTÍN, pp. 417.

PROBLEMÁTICA DE LA MEDIACIÓN INTERCULTURAL EN EL ÁMBITO SANITARIO

Cristina Cuadrado Gutiérrez
Abogada del ICA Palencia y Mediadora

Fecha de recepción: 25 de abril de 2013

Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2013

RESUMEN: Ante el creciente fenómeno de la inmigración que ha experimentado España en los últimos años ha surgido lo que se conoce como la mediación intercultural.

Podemos definir este proceso como aquel que con la intervención de un tercero, busca facilitar las relaciones, la comunicación, el entendimiento, la comprensión mutua y la integración entre personas o grupos pertenecientes a una o varias culturas.

Si trasladamos este concepto al ámbito sanitario, hemos de tener en cuenta en primer lugar que la obligación del médico es de medios y no de resultado, lo que conlleva que aparezcan una serie de problemas comunicativos que tienen su origen en diversas causas como son la salud, el origen y la naturaleza de las enfermedades así como las prácticas sanitarias; la burocratización de la sanidad pública española; normas de convivencia; la relación médico-paciente, y sobre todo los problemas lingüísticos.

ABSTRACT: With the growing phenomenon of immigration that Spain has experienced in recent years it has emerged what is known as intercultural mediation.

We can define this process as one that with the intervention of a third party, seeks to facilitate relationships, communication, mutual understanding and integration between people or groups from one or more cultures.

If we move this concept to health sector, we consider first that the physician's obligation is provide means, not results, what leads us to a series of communicative problems which has its origin in several causes such as health, the origin and nature of disease and health practices, the bureaucratization of the Spanish public health, standards of living, the doctor-patient relationship, and especially the language problems.

PALABRAS CLAVE: intercultural, mediación, inmigración, problemas lingüísticos y de comunicación, sanidad, relación médico-paciente.

KEYWORDS: intercultural, mediation, immigration, language problems, health, the doctor-patient relationship.

1. Evolución de la Inmigración en España

Desde la década de los 90, España ha pasado de ser un país de emigración a convertirse en receptor de flujos migratorios.

Concretamente, desde el año 2000 España ha presentado una de las mayores Tasas de Inmigración del mundo, por delante incluso de Estados Unidos y Francia.

Es el noveno país con mayor porcentaje de inmigrantes dentro de la Unión Europea, por debajo de Alemania, Austria, Irlanda o Luxemburgo.

En 2005, la población extranjera se había multiplicado por cuatro, asentándose casi tres millones de nuevos habitantes.

En 2009, el 12 % de los residentes en España eran de nacionalidad extranjera, ascendiendo dicho porcentaje a un 12,2 % en el año 2011.

Es en este año 2011, cuando, por primera vez y a causa de la crisis, se produce un descenso de la inmigración en un 0,7 %.

En el año 2012, el porcentaje de extranjeros residentes en España desciende al 12,10 %.¹

A fecha 1 de enero de 2013, la población extranjera residente en España constituye un 11,7 % (5.520.133), siendo un 5% (2.352.978) de la población, ciudadanos comunitarios, mientras que el 6,7 % (3.167.155) pertenecen a países no comunitarios.

Dentro de los ciudadanos comunitarios destacan los ciudadanos rumanos (868.635), seguidos de los británicos (383.093) y los italianos (192.174).

Entre los extranjeros no comunitarios destacan los ciudadanos marroquíes (787.013), los ecuatorianos (262.223) y los colombianos (221.361).

En cuanto a la distribución de los ciudadanos extranjeros por comunidades y ciudades autónomas, cabe apuntar que Islas Baleares (20,1%), Comunidad Valenciana (16,8 %) y la Región de Murcia (15,7%) son las que tienen mayor proporción de extranjeros, siendo por el contrario Extremadura (3,7 %), Galicia (4%) y el Principado de Asturias (4,5 %) las que engloban menor proporción de extranjeros.²

A la vista de estos datos, es notoria la afluencia incesante de inmigrantes hacia nuestro país, lo que ha hecho surgir necesidades comunicativas en ámbitos muy diversos, como por ejemplo la sanidad.

Dichas necesidades surgen a causa de las diferencias entre la lengua y cultura o costumbres del inmi-

grante y las del país de acogida, diferencias que introducen una diversidad creciente en la estructura social del país de acogida.

La mediación intercultural surge a raíz de esta nueva necesidad social.

Varios autores han dado su particular definición de mediación intercultural, como por ejemplo Giménez que la define como *“una modalidad de intervención de terceras partes, en y sobre situaciones sociales de multiculturalidad significativa, orientada hacia la consecución del reconocimiento del otro y el acercamiento de las partes, la comunicación y comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la regulación de los conflictos y la adecuación institucional, entre actores sociales o institucionales etnoculturalmente diferenciados”*³

Si aplicamos el concepto de mediación intercultural al ámbito sanitario podemos definir la misma como aquel proceso que con la intervención de un tercero imparcial, busca facilitar entre el personal facultativo y el paciente, las relaciones, la comunicación, el entendimiento, la comprensión mutua y la integración entre personas o grupos pertenecientes a una o varias culturas, siendo las funciones del mediador intercultural ayudar a la comunicación y mejorar las relaciones entre el paciente y el profesional sanitario; mediar al objeto de facilitar la negociación ante el surgimiento de un conflicto entre ambos grupos, el personal sanitario y el paciente; fomentar la cohesión social y promover la autonomía e inserción social de las minorías, entre otras.

2. El Sistema Sanitario Español

El sistema sanitario ha evolucionado en España de un modelo de seguridad social (financiado por las cuotas de empresarios y trabajadores) a un modelo de sistema nacional de salud (Un sistema nacional cohesionado y descentralizado financiado mediante los impuestos y con cobertura para toda la población).

El sistema de seguridad social había culminado en 1908 con la creación del Instituto Nacional de Previsión, el cual centralizó las prestaciones sanitarias hasta 1978, año en que se creó el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), y en 1943 con la creación del seguro obligatorio de enfermedad (SOE), y posteriormente los grandes hospitales y ambulatorios de la seguridad Social.

¹ INE

² Estadística del Padrón Continuo-Año 2013 (Datos Provisionales), INE

³ Giménez, G (1997) “La naturaleza de la Mediación Intercultural” en Revista Migraciones, Instituto Universitario de Migraciones, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, p. 142.

En 1986 con la Ley General de Sanidad⁴ se produjo el cambio de sistema de seguridad social a sistema nacional de salud.

Nuestra Constitución Española de 1978 estableció en su Art. 43, el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de todos los ciudadanos.

A través de la Ley General de Sanidad se ejerce este derecho constitucionalmente reconocido y que se concreta fundamentalmente en: financiación pública, universalidad y gratuidad de los servicios sanitarios en el momento del uso; derechos y deberes tanto de los ciudadanos como de los poderes públicos; prestación de una atención integral de la salud e integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en el Sistema Nacional de Salud (SNS).

Este Sistema Nacional de Salud, puede definirse como el conjunto coordinado de los servicios de salud de la Administración del Estado y los servicios de salud de las comunidades autónomas que integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con la ley, son responsabilidad de los poderes públicos.

2.1. Competencias del estado en materia de sanidad.

La Constitución Española atribuye competencias asumibles por las comunidades autónomas y las exclusivas al estado en el ámbito sanitario, siendo estas últimas:

-Bases y coordinación general de la sanidad, que se traduce en el establecimiento de normas que fijen las condiciones y requisitos mínimos en la búsqueda de una igualdad básica de las condiciones en el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

-Sanidad exterior, y relaciones y acuerdos sanitarios internacionales. Las actividades de sanidad exterior se corresponden con las labores de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros.

A través de las relaciones y acuerdos internacionales, España colabora con otros países y organismos en el control epidemiológico, en la lucha contra las enfermedades transmisibles, en la conservación de un medio ambiente saludable, en la elaboración, perfeccionamiento y puesta en práctica de normativas inter-

nacionales, y en la investigación biomédica entre otras.

-Legislación sobre productos farmacéuticos, así como evaluación, autorización y registro de medicamentos de uso humano, veterinarios y productos sanitarios.

También se le atribuye la decisión sobre la financiación pública y la fijación del precio de los medicamentos y productos sanitarios; garantizar el depósito de sustancias estupefacientes de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales; importación de medicamentos extranjeros y urgentes no autorizados en España; mantenimiento de un depósito estatal estratégico de medicamentos y productos sanitarios para emergencias y catástrofes; adquisición y distribución de medicamentos y productos sanitarios para programas de cooperación internacional.

2.2 Competencias de las comunidades autónomas en materia de sanidad.

Las comunidades autónomas ejercen sus competencias en planificación sanitaria, salud pública, y gestión de los servicios de salud.

Cada comunidad autónoma cuenta con un servicio de Salud, que se configura como la estructura administrativa y de gestión que integra todos los centros, servicios y establecimientos de la propia comunidad, las diputaciones, ayuntamientos y cualesquiera otras administraciones territoriales intracomunitarias.

La asunción de competencias por parte de las comunidades autónomas permite aproximar la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano y facilitarle así garantías en cuanto a la equidad, la calidad y la participación.⁵

3. Derechos del paciente vs Obligaciones del personal sanitario.

En la actualidad la relación médico-paciente gira en torno al principio de la autonomía de la voluntad, constituyendo el respeto a la libertad del paciente previamente informado una premisa plenamente aceptada en el ámbito jurídico, asistencial y social.

Para dar cumplimiento a este principio de autonomía de la voluntad contamos con dos instrumentos:

-Por un lado, la información clínica, el consentimiento informado y el derecho a la toma de decisiones.

⁴ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE, núm. 102 de 29 de Abril de 1986).

⁵ "Mediación intercultural en el ámbito de la salud". Programa de Formación. Obra Social Fundación "La Caixa", p. 6 a 8

-Por otro lado, el derecho de la persona a realizar una declaración de voluntad anticipada y que sea respetada.

3.1. Información clínica, consentimiento informado y el derecho a la toma de decisiones.

El personal facultativo debe informar al paciente, no a sus familiares ni allegados que serán informados en la medida que el paciente lo consienta, sobre las consecuencias relevantes de la intervención, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia o al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención, las contraindicaciones, así como las consecuencias de rechazar la intervención propuesta.

Asimismo se atribuye al médico el llamado "privilegio terapéutico" que le faculta para llevar a cabo una actuación médica sin informar previamente al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud gravemente. Será necesario dejar constancia en el informe clínico, así como informar de la decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.⁶

Los datos relativos a la salud constituyen datos especialmente protegidos, teniendo carácter confidencial según la LOPD.⁷

Otra de las manifestaciones más importantes del principio de la autonomía de la voluntad es el consentimiento informado, el cual podemos definir como la conformidad libre y voluntaria manifestada por un paciente después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

Generalmente este consentimiento es verbal, exceptuando las intervenciones quirúrgicas, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y cualesquiera otros procedimientos que puedan suponer riesgos e inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa en la salud del paciente.

La Ley⁸ prevé dos supuestos en que se puede llevar a cabo una intervención médica sin que el paciente

haya prestado su consentimiento: cuando exista riesgo para la salud pública y cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física y psíquica del enfermo, siempre y cuando no sea posible conseguir su autorización.

3.2. Derecho de la persona a realizar una declaración de voluntad anticipada y que sea respetada.

En cuanto al segundo de los instrumentos, se reconoce expresamente el derecho a que se respete la voluntad del paciente de no ser informado, debiendo dejarse constancia documental de la renuncia en su expediente clínico.

Este derecho también tiene sus límites, dado que hay supuestos en que el paciente tiene obligación de recibir cierta información, como por ejemplo cuando esté en juego el interés de la salud del propio paciente, o por las exigencias terapéuticas del caso, entre otras.

Asimismo, el paciente tiene derecho a rechazar cualquier tipo de tratamiento médico, incluso cuando esa negativa le suponga la muerte.

Los límites a este derecho son los mismos que se prevén para prescindir del consentimiento informado: cuando exista riesgo para la salud pública y cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física y psíquica del enfermo, siempre y cuando no sea posible conseguir su autorización.

Cabe hablar también del derecho a la expresión de voluntades previas.

La Ley⁹ lo define como el documento en el que una persona manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla, bien en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o bien una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o los órganos del mismo.

No podrán aplicarse instrucciones que sean contrarias al ordenamiento jurídico; que sean contrarias a la *lex artis*, o que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto a la hora de manifestarlas.

Una vez que hemos expuesto las características que conforman la autonomía de la voluntad, no po-

⁶ Ley 41/2012, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 2002).

⁷ Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298 de 14 diciembre de 1999).

⁸ Ley 41/2012, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de

información y documentación clínica (BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 2002).

⁹ Ley 41/2012, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 2002).

demos olvidar hacer mención a la actuación del facultativo.

Es doctrina jurisprudencial¹⁰ reiterada que la obligación del médico es de medios y no de resultado, considerando el contrato que une al facultativo con el paciente como un arrendamiento de servicios y no de obra, en razón a que tanto la naturaleza del hombre, como la ciencia médica (insuficientes para la curación de determinadas enfermedades), añadido a que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos médicos, hace que algunos de ellos, aún resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros, lo que impide reputar el aludido contrato como arrendamiento de obra, pues éste obliga a la consecución de un resultado, que en muchos casos nunca podrá conseguirse, dada la naturaleza del hombre.

Por ello, se entiende que se trata de un arrendamiento de servicios, obligando únicamente al facultativo a actuar conforme a la *lex artis* y a poner los medios necesarios para la deseable curación del paciente, y no a la obtención de un resultado.

4. Concepción de la salud por los principales grupos étnicos presentes en España.

Si relacionamos los conceptos antes expuestos referentes a los derechos y obligaciones de los pacientes y los facultativos con la diversidad de grupos étnicos presentes en nuestro país, nos encontramos con una serie de problemas comunicativos que tienen su origen en diversas causas como son: la salud, el origen y la naturaleza de las enfermedades así como las prácticas sanitarias, que se conciben de forma distinta en unas u otras culturas; la burocratización de la sanidad pública española, desconocida en la mayor parte de los países de origen de los inmigrantes; normas de convivencia; la relación médico-paciente, y sobre todo los problemas lingüísticos, debido al desconocimiento de la lengua o a la falta de comprensión por la diferente terminología utilizada por profesionales sanitarios y usuarios.

Así por ejemplo, los países de **Europa del Este** (Población rumana, búlgara, rusa, checa, serbia, ucraniana, etc), no tienen una cultura de hábitos saludables, es decir, del cuidado del cuerpo a largo plazo.

¹⁰ STS (Sala de lo civil) núm. 349/1994, de 25 de abril (RJ/1994/3073); STS (Sala de lo civil) núm. 1038/1999, de 9 de diciembre (RJ/1999/8173); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 896/2004, de 23 de septiembre (RJ/ 2004/5890); STS (Sala de lo civil, Sección 1ª) núm. 1377/2007 de 5 de enero (RJ/2007/552).

Nociones como alimentación equilibrada, ejercicio habitual, reducción/eliminación del tabaco y el alcohol,..., son conceptos ajenos a su concepción de salud.

Tienen la concepción de que la responsabilidad sanitaria recae exclusivamente en los médicos, lo que a menudo puede generar conflicto dado que la obligación del facultativo en nuestro país consiste en actuar conforme a la *lex artis* y emplear los medios necesarios para la curación del paciente, no obtener un resultado.

En concreto, los pacientes de origen eslavo tienden a esperar de su médico resultados inmediatos y tratamientos rotundos.

Otra de las particularidades de esta cultura, es que no suelen acudir a los servicios de salud mental, ya que conciben que el problema de un individuo es el problema de la familia, llegándose a considerar estos trastornos mentales como una vergüenza o deshonra.

Por último, en cuanto a la educación sexual, ésta es insuficiente. Debería informarse a estos pacientes de los métodos habituales de prevención e higiene sexual, puesto que en buena parte de los países de Europa del este, el método anticonceptivo más utilizado ha sido el aborto.

La **población de origen magrebí**, incluyendo dentro de ésta los países de Marruecos, Argelia, Túnez y Mauritania, y cuya religión predominante es el Islam, confían en el sistema de medicina occidental, valorando positivamente la atención sanitaria pública en España.

Es muy frecuente en esta cultura la automedicación y el recurso a los remedios caseros transmitidos por la gente mayor.

Destacan los hábitos alimenticios, en los que juegan un papel central las prescripciones del Islam sobre los alimentos que son o no permitidos, como por ejemplo la sangre de los animales, la carne de cerdo, y sus derivados, así como la práctica del Ramadán, consistente en el ayuno diario desde el alba hasta que se pone el sol, costumbres éstas que en ocasiones generan conflictos derivados de las prescripciones médicas.

La sexualidad y la reproducción se consideran temas tabú, que pertenecen al ámbito privado, por lo que estos temas deben abordarse con mucho tacto y en un contexto de máxima confidencialidad.

Se constata una falta de conciencia respecto a la necesidad del seguimiento del embarazo. No es costumbre la presencia de familiares en el parto y no suele aplicarse tratamiento para el dolor.

Otra característica a reseñar es su concepción sobre la muerte, por ejemplo, la cara de los difuntos de-

be mirar hacia La Meca, por lo que si un paciente está en coma o en fase terminal es preferible que la cara del paciente mire hacia La Meca.

En cuanto a la **población de origen chino**, decir en primer lugar que la forma de comunicación de la población china está influenciada en muchos casos por el confucianismo, dando paso esta sumisión a una conducta pasiva.

No cuestionan las posturas de terceros y evitan la mirada directa, dado que en la cultura china se considera una muestra de respeto al interlocutor.

Así, la barrera idiomática y de comunicación es el principal obstáculo en la relación médico-paciente.

La población china no suele utilizar muy a menudo a la sanidad española; el 80 % de las enfermedades se tratan a través de la medicina tradicional china, basada en gran medida en el consumo de infusiones o cociones de mezclas de plantas medicinales, las cuales pueden interactuar con las medicinas prescritas por el médico.

En cuanto a las enfermedades mentales, la medicina china tiene un concepto íntegro de la relación cuerpo-mente, tanto las enfermedades físicas como las mentales se atribuyen a un desequilibrio orgánico, por lo que los trastornos mentales no se tratan por separado de sus síntomas físicos.

Ello tiene como consecuencia que los pacientes con trastornos mentales acudan al médico de cabecera en vez de a los servicios de salud mental.

Los temas sexuales en esta cultura están rodeados de mucho secretismo. Durante el embarazo, las embarazadas no suelen acudir a las revisiones.

Toman una dieta especial durante el embarazo y después del parto. Tienen la creencia de que, mientras, está embarazada, el cuerpo de la mujer permanece en un estado yin (frío), y que, por tanto debe evitar comer alimentos yin, como son las alubias, plátanos, melón, bebidas frías,...Por el contrario la dieta yang, rica en carnes, huevos, es la que se sigue después del parto, hasta que se recupera el equilibrio entre yin y yang, ya que se piensa que la pérdida de sangre durante el parto provoca un estado yin.

Sobre los **países latinoamericanos**, cabe apuntar en primer término, que el empleo del español como idioma oficial facilita sus posibilidades de comunicación y adaptación en nuestro país.

En segundo lugar, decir que valoran muy positivamente el sistema sanitario español, teniendo una idealización de la atención especializada que fomenta

la minusvaloración del Médico de familia y la Atención primaria.

El sistema que más valoran son las Urgencias, acudiendo a él por su rapidez, su flexibilidad de horarios y la presencia de especialistas.

La salud sexual y reproductiva se concibe como una cuestión íntima, casi en secreto. Utilizan términos como “enfermar” cuando se refieren a la llegada de la menstruación o “cuidarse” cuando se refieren al uso de métodos anticonceptivos, existiendo un desconocimiento y desinformación por gran parte de las mujeres sobre esta tema.

Por último, no podemos olvidar, hacer mención a la **población de origen subsahariano**, principalmente a la población de Senegal y Nigeria.

En estos países cuentan con dos modelos paralelos, la medicina moderna y la medicina tradicional.

La concepción holista del funcionamiento del cuerpo humano, propia de la sanidad tradicional, implica, entre otras cosas, la especial relevancia de los canales o conductos energéticos que conectan orgánicamente las diferentes partes del cuerpo, y por los que circulan flujos, humores,...

Sobre la salud mental, son receptivos a terapias de grupos y terapias de carácter comunicativo en general.

En esta cultura, las mujeres no suelen acudir a los servicios de planificación familiar ni a los controles periódicos del embarazo.

Por otro lado, es habitual, en el caso de pacientes hospitalizados, recibir muchas y abundantes visitas, y que éstas se encarguen de tareas propias del personal sanitario.

En cuanto a la muerte, son reticentes tanto a las autopsias como a la incineración.

Y por último, apuntar que un elevado porcentaje de senegaleses lleva consigo algún tipo de amuleto, que suelen negarse a quitar o a que los toque otra persona.¹¹

Consecuencia de las diferencias culturales y lingüísticas de los diferentes grupos presentes en España, se hace necesaria la implantación de mecanismos que tengan por objeto prevenir y/o resolver los conflictos que se generan día a día entre el personal sanitario y los usuarios.

Es aquí donde empieza la compleja labor de los mediadores interculturales, los cuales deberán de aplicar las técnicas necesarias para facilitar la comuni-

¹¹ Curso de Especialización en Mediación en el Ámbito Sanitario. Tema 5 “ Resolución extrajudicial de conflictos interculturales”, Ed. Aranzadi

cación entre médico-paciente, siendo capaces de garantizar la comunicación lingüística y cultural en la relación asistencial con el fin último de asegurar a los usuarios de los servicios de salud una asistencia sanitaria de calidad con independencia de su pertenencia a uno u otro grupo étnico o cultural.

5. Principales experiencias nacionales de mediación intercultural en el ámbito sanitario.

La mediación en el ámbito sanitario es todavía una figura emergente y no está formalizada totalmente, por lo que encontrar su sitio dentro del hospital o cualquier otro centro sanitario es una tarea complicada.

A pesar de ello, en España, hay varios proyectos de mediación intercultural en la atención sanitaria como por ejemplo:

-El GRUPO CRIT (Comunicación y Relaciones Interculturales y Transculturales), comenzó en 1998, con el objetivo de estudiar la interacción comunicativa entre inmigrantes y españoles, los problemas que esta conlleva, y principalmente, la posibilidad de superarlos mediante un conocimiento de comunicación intercultural.

Se ha venido adoptando una metodología empírica, basada en el análisis de las grabaciones audiovisuales de interacciones interculturales. Esto se ha llevado a cabo desde una perspectiva sistémica que intenta abarcar todas las dimensiones comunicativas (lenguaje verbal y no verbal).

Ante todo, la investigación de CRIT postula que es posible proponer una clasificación funcional y dinámica de los patrones comunicativos de las diversas culturas (Raga, 2005)

En los últimos años se ha centrado concretamente, en el estudio de la mediación intercultural en el ámbito sanitario, tomando como ejemplo la población proveniente de la India, Pakistán, Europa del Este y Magreb.¹²

Fruto de ello podemos destacar varios proyectos de Investigación, como por ejemplo *“La mediación Intercultural en la atención sanitaria a la población inmigrante. Análisis de la problemática comunicativa intercultural y propuestas de formación”*, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y coordinado con la universidad de Alcalá de Henares, y el Proyecto

“Salud y Cultura. Diseño e implementación de un portal informativo de acceso libre de apoyo a la mediación intercultural y a la interpretación en el ámbito sanitario”, financiado por la Fundació Caixa Castelló/Bancaixa y la Universitat Jaume I.

-El SERVICIO DE MEDIACIÓN INTERCULTURAL DEL HOSPITAL CLINIC, se encuentra adscrito a la Unidad de Atención al cliente (Dirección de Calidad y Seguridad Clínica).

Este servicio tiene por objeto facilitar el entendimiento lingüístico y cultural entre el paciente o los familiares, y el personal sanitario, así como ayudar a su adaptación y al entendimiento de los tratamientos médicos y las curas de enfermería, mejorando el funcionamiento del hospital.

Asimismo, los mediadores interculturales asignados a esta unidad, ponen a disposición de los pacientes los recursos necesarios para una mejor integración y entendimiento de la sociedad que los acoge y les facilita el acceso a las redes culturales y de soporte de su propio colectivo, que ayuda a facilitar la atención sanitaria y la socio-sanitaria.¹³

-El PROYECTO RIU, consiste en un proyecto de intervención e investigación participativa para promover la salud y el acceso adecuado a los servicios de salud de poblaciones vulnerables.

Desde 2008 y a través del Centro de salud pública de Alzira en colaboración con el Ayuntamiento de Algemesí (Comunidad Valenciana), se desarrolla en el barrio de “El Raval” de Algemesí esta iniciativa.

Su objetivo es promover la accesibilidad y la utilización de los servicios sanitarios en entornos en situación de vulnerabilidad social siguiendo un modelo que ya se ha experimentado en otros contextos, como por ejemplo, el medio penitenciario, comunidad gitana,...

Apuntar que el Proyecto Riu ha sido galardonado con el Premio de Calidad e Igualdad del Ministerio de Sanidad en 2011.¹⁴

- RED DE MEDIADORES INTERCULTURALES EN SALUD. OBRA SOCIAL LA CAIXA.

La Obra Social “La Caixa” ha creado este programa con el objetivo de facilitar la integración de las personas que llegan a nuestro país tras un proceso migratorio, promoviendo acciones que favorezcan la convivencia intercultural.

El programa incluye tanto asesoramiento a las personas inmigradas en temas de la vida práctica, de

¹² Orti, R; Sánchez, E; Sales, D “Interacción comunicativa en la atención sanitaria a inmigrantes: diagnóstico de necesidades (in)formativas para la mediación intercultural”, Instituto Cervantes, Universitat de Valencia, Universitat Jaume I, (Grupo CRIT).

¹³ <http://blog.hospitalclinic.org>

¹⁴ Curso de Especialización en Mediación en el Ámbito Sanitario. Tema 5 “ Resolución extrajudicial de conflictos interculturales”, Ed. Aranzadi

trabajo, legales o de ocio, así como un conjunto de actividades dirigidas promover el conocimiento de las diferentes culturas entre sí y su interacción, favorecer el respeto mutuo y potenciar los valores de la diversidad cultural.

Destaca dentro del plan, la potenciación de la mediación intercultural en el ámbito de la salud, donde es fundamental la puesta en marcha de este tipo de servicios, para llevar a buen puerto la necesaria adaptación de sistema sanitario a esta nueva realidad multicultural, garantizando una atención de calidad e igualdad de condiciones para todos los usuarios, con independencia de su origen o etnia.

El desarrollo de esta iniciativa es posible a través del convenio de colaboración entre la Fundación La Caixa y el Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña.¹⁵

-SERVICIO DE MEDIACIÓN INTERCULTURAL EN EL ÁMBITO SANITARIO DE CASTILLA-LA MANCHA, nace en 2007 a través de la colaboración entre el Gobierno regional, a través del Servicio de Salud Castilla La-Mancha (SESCAM), la Universidad Regional y la ONG Médicos del Mundo, como apoyo para la resolución de conflictos culturales, idiomáticos o sociales, favoreciendo las relaciones interpersonales.

Dicho servicio se enmarca dentro de la Estrategia de Confortabilidad del Servicio de Salud de Castilla La Mancha que, en el área de Accesibilidad, establece como objetivo facilitar el acceso a la atención sanitaria de las personas inmigrantes que no dominan el castellano o que proceden de distintos medios culturales.

A pesar de los buenos resultados que ofrecía según la valoración de las propias personas usuarias y profesionales, y que fue premiado en 2010 a través de los II Premios Sanitaria 2000 a la Sanidad de Castilla-La Mancha, en la categoría de campaña o acción sanitaria, la Junta de Castilla La Mancha, a principios de 2012, decidió suprimir el proyecto desarrollado en las áreas sanitarias de Toledo, Talavera de la Reina y Alcazar de San Juan.

-El SERVICIO DE MEDIACIÓN DEL HOSPITAL DE SANTA CREU I SANT PAU, que nace en el año 2009 a raíz de las necesidades expuestas en el Plan Director de Inmigración del Departament de Salut de la Generalitat.

El equipo lo forman dos mediadoras, una de origen chino y otra de origen árabe, que trabajan principalmente en los servicios de ginecología, obstetricia y

pediatría debido al gran número de mujeres inmigrantes que dan a luz hoy en día en el hospital.

-El SERVICIO DE MEDIACIÓN INTERCULTURAL DEL HOSPITAL DEL MAR, nace en 2003 a consecuencia del boom migratorio en el distrito de Ciutat Vella de Barcelona. Debido a la acogida diaria de inmigrantes y turistas, se decidió crear un servicio de atención al usuario que cuenta con un servicio de mediación intercultural, el programa "IMAS.Mediadores", formado únicamente por mujeres.

Esta iniciativa se convirtió en un servicio pionero no solo en Barcelona, sino en toda España, lo que le hace que se le considere un modelo a seguir. En la organización del servicio colaboran estrechamente tanto el Hospital del Mar como la Associació Salut i Família (Entidad privada sin ánimo de lucro).

En colaboración con dicha asociación y subvencionado por La Obra social "La Caixa", el Hospital encargó un estudio de campo para saber cómo debía funcionar el servicio de mediación y que necesidades planteaba cada comunidad, revelando los resultados del mismo, que la mayoría de peticiones procedían de cirugía, traumatología y ginecología (El 41 % de los partos eran de personas inmigrantes).

También se dedujo que, según las comunidades, las especialidades médicas requeridas eran diferentes debido a tradiciones culturales que contrarrestan con la cultura de acogida.

A raíz de este estudio se decidió crear un programa de acción transversal que comenzase en el servicio de urgencias del hospital, ya que la mayoría de los casos se descubrían allí y, de este modo, era más fácil desviar a las mediadoras hacia las diferentes especialidades.¹⁶

- Por último citar el HOSPITAL VALL D'HEBRÓN, dotado también de un servicio de mediación intercultural.

6. Experiencias en Derecho comparado, Europa y América Latina.

En el sistema de mediación sanitaria de **Francia**, cabe distinguir dos ámbitos: el intrahospitalario, que mediante la Ley 2002-303, de 4 de marzo de 2002, relativa de los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud, eliminó las comisiones de conciliación

¹⁵ <http://obrasocial.lacaixa.es>

¹⁶ Bigas Elia, Irene; Domínguez de la Escosura, J; El papel de la mediación intercultural en el ámbito sanitario (Trabajo Académico), Facultad de Traducción e Interpretación, Universitat Pompeu Fabra, Junio 2009.

liación existentes en los hospitales y las reemplazó por las *Comisiones de Relaciones con los Usuarios y de la Calidad de la Asistencia Médica*, que tienen como funciones básicas, velar por el respeto de los derechos de los usuarios facilitando los trámites a cumplir ante las autoridades y contribuir, con sus opiniones y proposiciones, a la mejora de la política de acogida de asistencia médica de las personas enfermas y de sus parientes.

Por otra parte, dentro del ámbito extrahospitalario, la Ley 2002-303, de 4 de marzo de 2012, crea las *Comisiones Regionales de Conciliación e Indemnización*. Ante éstas se desarrolla un procedimiento de reparación de los daños derivados de accidentes médicos, de afecciones yátricas y de infecciones nosocomiales.

Así, las Comisiones cumplen dos funciones, dependiendo de la gravedad del perjuicio producido.¹⁷

En **Hungría**, a través de la Ley CXVI de Mediación en la Atención Sanitaria de 2000, se articula un procedimiento de mediación para lograr la resolución extrajudicial de los conflictos jurídicos referentes a la prestación de servicios por parte de los proveedores de servicios sanitarios a los pacientes y velar por la aplicación práctica y efectiva de los derechos de las partes.

Éstas deben presentar su solicitud de mediación a la Cámara regional de Expertos Judiciales situada lo más cerca posible del domicilio del paciente o del lugar donde se presten los servicios sanitarios objeto de conflicto. La Cámara regional también se encarga de gestionar el registro de mediadores sanitarios.¹⁸

Por su parte, el **sistema sueco**, se basa en un procedimiento denominado, *Seguro del Paciente*, que gestiona integralmente tanto el riesgo como el aseguramiento.

Dicho seguro es impulsado por la Administración, y atiende casi todos los supuestos de daño sanitario, independientemente de que haya mediado o no culpa o negligencia e su producción, excluyéndose solo determinados supuestos residuales.

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, este sistema de objetivización de la responsabilidad genera un importante volumen de indemnizaciones que, sin embargo, se pretende compensar mediante la correlativa reducción del elevado coste de la medicina defensiva, los gastos burocráticos de gestión, de los costes judiciales y del importe de la indemnización que, en dicho sistema, siempre es menor, cuando se concede en vía extrajudicial.

Las reclamaciones se realizan ante el Servicio de Reclamaciones del Consorcio de Seguros o al Consejo de Reclamaciones del Paciente, de tal forma que, el seguro facilita la indemnización a través de sus sistema mixto de conciliación-arbitraje, que no excluye la vía judicial, a la que solo se llega en contadas ocasiones.

En **América Latina**, varios son los países que incorporan sistemas de resolución extrajudicial de conflictos en materia sanitaria.

Por ejemplo, en **Chile**, existe un novedoso sistema de mediación preceptiva para la resolución de conflictos sanitarios implantado a la partir de la Ley nº 19.966 de 2004, desarrollada por el Decreto nº 47 de 2005 que aprueba el Reglamento sobre Mediación en conflictos derivados de la atención a la salud.

El sistema chileno descansa sobre la configuración de la mediación como trámite prejudicial obligatorio previo al ejercicio de acciones jurisdiccionales que pretendan la reparación de daños atribuibles al proceso de atención a la salud, constituyendo, un presupuesto procesal de la acción. Es de aplicación tanto para los prestadores públicos como para los prestadores privados.

En cuanto a los primeros, la mediación se desarrolla de manera gratuita ante el Consejo de Defensa del Estado, que designará a un funcionario como mediador; por el contrario si la reclamación se deduce frente a un prestador privado, el procedimiento se sustenta por mediadores privados acreditados por la autoridad pública, debiendo ser costeados por las partes.

En **México** se crea, mediante Decreto de 6 de Marzo de 1996, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED)¹⁹, dependiente de la Secretaría de Salud del Gobierno Federal en México, con el fin de

¹⁷ Cayón de las Cuevas, J., "Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: Manifestaciones jurídico positivas y posibilidades de futuro", I Congreso Internacional de Resolución Alternativa de Disputas Civiles y Mercantiles, Universidad de Cantabria y el Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos, 18 de septiembre de 2009

¹⁸ <http://ec.europa.eu>

¹⁹ <http://www.conamed.gob.mx>

contribuir a resolver de forma gratuita los conflictos suscitados entre usuarios y los prestadores de servicios médicos, y ostentando plena autonomía técnica e imparcialidad para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos.

Las quejas presentadas contra los prestadores públicos y privados son recibidas en la CONAMED por personal especializado que brinda asesoría e información sobre los derechos y obligaciones de usuarios y prestadores, analiza la documentación aportada, busca la conciliación/mediación entre las partes cuando es factible, o bien, las somete a arbitraje para poder emitir el laudo correspondiente, siendo este último instrumento infrecuente, a la vista del éxito de estas vías de resolución extrajudicial de conflictos.

Por último, en **Argentina**, nos encontramos con el *Tribunal Argentino de Conciliación, Mediación y Arbitraje Médico y de Salud (TACAMES)*, creado por la iniciativa privada a través de la Fundación Kiwanis Internacional Argentina.

El reglamento de funcionamiento del TACAMES tiene una cláusula compromisoria cuya utilización permite a los contratantes acudir a la institución arbitral y en la cual se hace expresa remisión, previa y obligatoria a las reglas de mediación y conciliación previstas en la Ley argentina de Mediación nº 24.573/96.

Así, son los propios protagonistas los que resuelven el conflicto por responsabilidad civil médica.

El Reglamento también prevé la actuación internacional, y en este sentido, constituye el paradigma de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos sanitarios de los países del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), en cuyo ámbito territorial opera el Tribunal Internacional de Mediación, Conciliación y Arbitraje del Mercosur.²⁰

²⁰ Cayón de las Cuevas, J., "Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: Manifestaciones jurídico positivas y posibilidades de futuro", I Congreso Internacional de Resolución Alternativa de Disputas Civiles y Mercantiles, Universidad de Cantabria y el Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos, 18 de septiembre de 2009.

CRÓNICAS

LA ACTIVIDAD INSPECTORA DEL CGPJ

Autor: Ana Carrascosa
Cargo: Magistrada.
Letrada del CGPJ

Fecha de recepción: 9 de mayo de 2013

Fecha de aceptación: 28 de mayo de 2013

SUMARIO: La actividad inspectora del CGPJ.

RESUMEN: Este artículo recoge la importante actividad del Consejo General del Poder Judicial, que está desarrollando en el momento e implantación de la mediación en los diferentes juzgados.

ABSTRACT: This article refers to the important activity of the del Consejo General del Poder Judicial, which is developing at the moment and implementation of mediation in the different courts.

PALABRAS CLAVE: Mediación, mediación en los juzgados, actividad inspectora.

KEYWORDS: Mediation, mediation in courts, inspection activity.

1. La actividad inspectora del CGPJ.

Desde hace casi dos años desde el Servicio de Inspección del CGPJ se viene desarrollando por dos de Letradas una labor de seguimiento e impulso de la Mediación Intrajudicial, tanto penal, como familiar y, en el último periodo, tras la promulgación del RDL 5/2012 en materia civil y mercantil, también en materia civil.

El CGPJ al encomendar esta labor a la Inspección no hace sino cumplir el mandato constitucional que otorga al órgano de gobierno de los jueces, entre otras funciones, la de Inspección y régimen disciplinario (art. 122). Esta función, que “prima facie” pudiera entenderse creada con fines de control y sanción, es mucho más amplia, fundamentalmente no busca el castigo sino una mejora de la administración de justicia.

Así lo dice textualmente la LOPJ en su exposición de motivos donde aparecen concebidas las facultades de inspección de Juzgados y Tribunales, no como una mera actividad represiva, sino, más bien, como una potestad que incorpora elementos de perfeccionamiento de la organización que se inspecciona.

Esa misma ley, en su artículo 107 atribuye competencia al Consejo General del Poder Judicial en materia de Inspección de juzgados y tribunales, estableciendo en el artículo 148 que el Servicio de Inspección llevará a cabo, bajo la dependencia del Consejo General, funciones de comprobación y control del funcionamiento de los servicios de la Administración de Justicia, mediante la realización de las actuaciones y visitas que sean acordadas por el Consejo General, todo ello sin perjuicio de la competencia de los órganos de gobierno de los Tribunales-, y en el artículo 171 que el Consejo General del Poder Judicial ejerce la superior inspección y vigilancia sobre todos los Juzgados y Tribunales para la comprobación y control del funcionamiento de la Administración de Justicia, para lo cual, el Consejo o su Presidente, cuando lo consideren necesario, podrán ordenar que el Servicio de Inspección dependiente de aquél, o los Presidentes, Magistrados o Jueces de cualquier Tribunal o Juzgado, realicen inspecciones a Juzgados o Tribunales o recaben información sobre el funcionamiento y el cumplimiento de los deberes del personal judicial.

Del mismo modo el Reglamento de organización y funcionamiento del CGPJ. título IV (art. 117 y ss) define al Servicio de Inspección como el órgano técnico que, bajo la dependencia del Pleno del Consejo Gene-

ral, ejerce la comprobación y control del funcionamiento de los servicios de la Administración de Justicia. Así, corresponde al Jefe del Servicio de Inspección la dirección de las Unidades que lo integran, y el control y coordinación de las mismas, así como la realización personal de aquellas actuaciones inspectoras que específicamente se le encomienden o que estime pertinentes.

Todas estas atribuciones legales se dirigen a conseguir la función fundamental del Consejo y como instrumento del mismo, del Servicio de Inspección, es decir, velar por la eficaz prestación del servicio público de la Justicia y por la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los Jueces y Magistrados, mediante la adecuación de la carga de trabajo y de los medios personales y materiales que sean necesarios para que sea posible el ejercicio digno de dicho servicio público. A tal fin el servicio de inspección tiene como misión prevenir, detectar disfunciones y evitarlas, lo que se logra mediante un conocimiento permanente de la situación del Juzgado, el apoyo a la mejora de la gestión y el control de su actividad. El CGPJ, a través del Servicio de Inspección, ejerce pues la labor de inspección persiguiendo primordialmente la incorporación de elementos de perfeccionamiento de la organización que se inspecciona.

Desde el conocimiento directo a través de la labor inspectora del funcionamiento de los programas de Mediación desarrollados por diversos Juzgados y Tribunales en nuestro país se ha llegado al convencimiento de que la Mediación, ya sea como alternativa a la Jurisdicción, ya sea como sistema complementario de ésta en la resolución de conflictos, constituye un instrumento eficaz para lograr ese “perfeccionamiento” en la administración de justicia que como hemos visto es el fin primordial de la actividad inspectora del Consejo. En aquellas jurisdicciones donde ha alcanzado un grado más avanzado de desarrollo, especialmente, la de familia y la penal, el Servicio de Inspección ha tenido ocasión de comprobar que, entre otros métodos de resolución de conflictos que conviven con el sistema adversarial propio de la Jurisdicción, la Mediación aporta perspectivas de trabajo y propuestas de viabilización del conflicto que no pueden desatenderse si pretendemos realmente hacer una justicia más humana y cercana a las necesidades de los administrados, en definitiva, más eficaz..

Los esquemas procedimentales tradicionales deben evolucionar pues su propia concepción y desarro-

llo no dejan lugar a los sentimientos. Ciertamente es además que las salas de justicia y en general la infraestructura judicial se adecúan mal a las nuevas demandas de humanización y que, pese a que los juzgados –como los hospitales– son lugares donde la gente sufre, pocos recursos se dedican a atender ese dolor. Parece que solo la solución jurisdiccional es posible, solo la solución emanada de la fría y despersonalizada aplicación de las leyes. El descontento general hacia el trabajo de juzgados y tribunales choca frontalmente con la extraordinaria dedicación de los titulares de esos órganos que cada día se comprueba desde la inspección. Como afirmaba André Gide en su libro “No juzguéis”, la justicia de los hombres ha de ser imperfecta porque los hombres somos imperfectos, pero cuanto mejores sean los instrumentos de que dispone el Juez (se refería a la ley), mejor será la calidad de su trabajo. Todo ello requiere una profunda reflexión, crítica y serena, y posiblemente una reforma radical del sistema de justicia.

Mientras tanto, desde ámbitos no jurisdiccionales se nos brinda una posibilidad nueva, que de alguna manera devuelve el conflicto a las partes para que entre ellas –ayudados por un experto, un mediador, conocedor de las técnicas adecuadas– sean capaces de buscar y encontrar una solución pacífica a su conflicto, ya sea familiar, penal, civil... Una solución a la que llegan trabajando desde lo que une a las partes como individuos concretos, como, por encima de esa individualidad, al género humano como perfectible.

Estas experiencias que en nuestro país comenzaron a finales de los años 80, circunscritas casi exclusivamente a Cataluña y al ámbito de la mediación familiar y de menores infractores, con algún proyecto en el País Vasco, han ido desarrollándose poco a poco hasta el momento actual, en el que está presente en la mayor parte del Estado español.

Desde esos primeros balbuceos en que se cuestionaba si la jurisdicción era el recurso adecuado para resolver cuestiones tan íntimamente ligadas a la psicología como todas las que se producen como consecuencia de la ruptura familiar, especialmente en relación al cuidado de los hijos de la pareja en crisis– y se ofrecía además como método idóneo para aliviar el trabajo que sobrecarga los juzgados, se ha llegado al momento actual, en el que poco a poco mediadores y juristas han aprendido a convivir y a cohabitar “en agradable compañía” conscientes de que ningún pro-

blema tiene una solución única y de que nadie posee todas las respuestas. La llamada mediación intrajudicial, es decir, la que se lleva a cabo en el curso de un proceso ya iniciado es la mediación que las Inspectoras del Consejo, examinan.

Las principales conclusiones que pueden extraerse de la práctica de estas inspecciones son las siguientes:

1. - En relación al conflicto:

- La acuerdos de mediación hacen prácticamente inexistentes los incidentes en ejecución de sentencia. Ello resulta lógico pues son las propias partes quienes eligen su contenido.

- Incluso en aquellos supuestos en que se realiza el proceso de mediación pero no se llega a un acuerdo o acta de reparación, el conflicto se pacifica. Frecuentemente la sentencia dictada no es contenciosa (mutuo acuerdo o sentencia de conformidad).

2.- En relación al procedimiento

- No es cierto que la Mediación intrajudicial demore los procedimientos. La mayoría de las mediaciones se realizan en un tiempo medio, medido, de entre uno y dos meses (desde que se celebra la sesión informativa hasta que se finaliza el procedimiento)

- Debe cuidarse la selección de asuntos derivados a mediación. Ello permite no malgastar el recurso y no generar expectativas irrealizables que generan más frustración.

- El Mediador ha de ser capaz de transmitir en la sesión informativa toda la capacidad solucionadora de la mediación. Se ha comprobado que esa sesión es fundamental para la aceptación del proceso de mediación y su desarrollo posterior.

3.- En relación a los ciudadanos:

- En todas las encuestas de satisfacción, la valoración que los ciudadanos que han pasado por el sistema de la administración de justicia a través de un proceso de mediación es muy alta, algo que no sucede en relación al procedimiento tradicional.

En definitiva, se ha comprobado, y aprendido también, que la mediación resuelve el conflicto personal, lo pacifica, da una respuesta a lo que las partes buscan al acudir a la jurisdicción. El efecto directo es la satisfacción de los justiciables y de quienes forman parte de la administración de justicia, junto a una mejora general en la percepción del sistema de justicia; la pacificación del conflicto conlleva además, como efec-

to indirecto, una disminución de los asuntos pues las partes que han alcanzado un acuerdo de mediación en general no vuelven a pleitear entre ellos; además la ejecución de la decisión judicial que aprueba el acuerdo se simplifica pues son las partes quienes han determinado su contenido, lo conocen, lo asumen y lo aceptan.

Esta recogida de datos y análisis de los resultados de la implantación de la mediación intrajudicial que se viene desarrollando por el Servicio de Inspección enmarcada en las denominadas “Visitas de Conocimiento”, se complementa y enriquece con las reuniones que en el transcurso de ellas se celebran con colectivos interesados en esta materia o en desarrollar nuevos proyectos. Por ello además de visitar y recabar información de los órganos que la vienen desarrollando, se tienen encuentros tanto con Jueces, Secretarios Judiciales, Fiscales, como con Colegios de Abogados, Procuradores, Psicólogos, y diversas asociaciones y organizaciones de mediadores; estos encuentros sirven por un lado para hacer una labor divulgativa de las buenas prácticas recogidas a lo largo de esas visitas, y por otro, para encauzar nuevos proyectos de mediación, garantizando así su calidad. Ello es así porque el trabajo que realizado desde la inspección se complementa además con el de la Vocalía de Mediación, que a través del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad, supervisa y hace un seguimiento del desarrollo de los convenios que se suscriben entre el Consejo y las entidades que financian y/o llevan a cabo la mediación. La calidad de los proyectos garantiza el buen futuro de este recurso.

Desde este trabajo conocimiento y difusión de la mediación desarrollado por el Consejo a través de su Servicio de Inspección se busca dar cumplimiento al mandato constitucional y legal de mejorar de nuestro actual sistema de justicia, permitiendo que el ciudadano obtenga, cuando lleva ante la jurisdicción sus conflictos, las respuestas que busca y merece.

EUROMEDIACIÓN ON-LINE: LA MEDIACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Andrés Vázquez López

Fecha de recepción: 04/03/2013

Fecha de aceptación: 18/03/2013

SUMARIO: I.- Introducción. II.- El nuevo marco normativo en Europa. III.- Trasfondo histórico de la mediación por medios electrónicos. IV.- Las plataformas virtuales como escenarios de prácticas y “training” de mediación en línea. V.- Mediación a distancia y comunicación: algunas conclusiones científicas. VI.- Legitimación y mediación electrónica. VII.- TIC y ADR: del escepticismo a la nueva generación de servicios ODR. VIII.- Conclusión.

RESUMEN: Este artículo ofrece una aproximación a diferentes mecanismos de utilización de las TIC como soportes vectoriales en la resolución de conflictos en línea a través de la mediación electrónica de disputas, así como un avance del tratamiento normativo que los ampara, particularmente en el escenario europeo y español, junto con algunas reflexiones y análisis de la aportación que las herramientas ODR ponen al alcance de los mediadores y las partes para auxiliarles en el objetivo de dirimir las controversias mediante sistemas electrónicos fiables que optimicen las ventajas del procedimiento de mediación.

ABSTRACT: This article offers an approximation to different mechanisms of utilization of the TIC as vectorial supports in the resolution of conflicts on line across the electronic mediation of disputes, as well as an advance of the normative treatment that protects them, particularly in the European and Spanish scene, together with some reflections and analysis of the contribution that the tools ODR put within reach of the mediators and the parts to help them in the aim to dissolve the controversies by means of electronic trustworthy systems that optimize the advantages of the procedure of mediation.

PALABRAS CLAVE: ADR, ODR, TIC, mediación, resolución de conflictos, mediación electrónica, mediación on-line

KEYWORDS: ADR, ODR, TIC, mediation, conflict resolution, electronic mediation, online mediation

1. Introducción

Se estima en más de 2.000 millones de personas en todo el mundo las que utilizan la web para trabajar y comunicarse, también para descubrir y compartir contenido¹. En este escenario mundial la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles no podía ser ajena a desarrollar el procedimiento a través de medios electrónicos en España, y así se recoge en el artículo 24, que en su apartado segundo y la disposición final cuarta disponen, además, la utilización preferente de medios electrónicos en determinados supuestos de reclamación de cantidades. La unión de estos dos elementos, mediación y nuevas tecnologías, da lugar –como se expone en el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el desarrollo de la Mediación por Medios Electrónicos– a mecanismos de resolución electrónica de disputas, a los que se ha de dotar de la seguridad jurídica y técnica que contribuya a la extensión de su utilización, mediante sistemas electrónicos fiables, compatibles con la cultura tecnológica de los ciudadanos y que generen confianza. Esta tecnología “pasa a ser la *cuarta parte* del procedimiento de mediación, resultando un apoyo clave para incrementar las ventajas propias de ésta, ya que incide en la rapidez, la efectividad y la disminución de los costes”.

Y es que, efectivamente, la adopción de ODR (*Online Dispute Resolution*) no solo no acarrea mayores costos económicos a los usuarios, más bien al contrario, sino que les permite ahorrar tiempo, que es una de las variables cruciales de los procesos de mediación. Pero también a los mediadores, y no solo tiempo. El recurso a estas plataformas on-line, contribuye a eliminar barreras lingüísticas y geográficas. Y no solo nacionales, dentro del territorio del Estado, pues se descubre como un sistema de resolución muy apropiado para los conflictos transfronterizos. En definitiva, la globalización y el potencial acceso de muchos mediadores nacionales al escenario internacional, en última instancia.

2. El nuevo marco normativo en Europa

El profesor Pablo Cortés de la University of Leicester, señalaba en junio de 2010 que “*el crecimiento de*

los ODR está estancado debido a varios aspectos, tales como el desconocimiento de los ODR entre los litigantes, la falta de legitimidad de los proveedores de ODR y la escasez de financiación pública, entre otros.”² Abogaba, entonces, por una regulación europea para la acreditación de los ODR que se centraran en la resolución de controversias entre consumidores y empresas, que pudiera crear estándares legales para los ODR acreditados. Esa regulación, que proponía, “*crearía una marca de confianza europea que se otorgaría a aquellos proveedores ODR que cumplan sus disposiciones legales. El cumplimiento de la normativa sería controlado por organismos nacionales y comunitarios, por medio de los centros europeos de consumo.*”

Pero desde el martes 12 de marzo de 2013, esa regulación es ya una realidad: el pleno del Parlamento Europeo³ aprobó dos directivas de Resolución Alternativa de Litigios y Resolución de Disputas Online (ODR), que pretenden garantizar que los consumidores de la Unión Europea tengan acceso a una mediación rápida, barata e imparcial en la resolución de litigios por bienes o servicios, evitando que los consumidores tengan que hacer frente a largos y costosos trámites judiciales, especialmente a raíz de compras transfronterizas o a través de internet.

La directiva obligará a todos los países comunitarios a introducir sistemas de este tipo en todos los sectores comerciales y destinará fondos para garantizar la imparcialidad de los mediadores a quienes los consumidores podrán recurrir para todo tipo de bienes o servicios, ya sean adquiridos en una tienda física o digital, en su país o en cualquier otro de la UE.

El servicio de mediación será gratuito para el consumidor o establecerá una “tarifa nominal”, y la mayoría de los casos se resolverán en los noventa días siguientes a la presentación de la reclamación.

Para implementarlo, la directiva ODR autorizará a la Comisión Europea a crear una plataforma digital en la que los consumidores podrán encontrar formularios de reclamación y recomendaciones para orientarles durante el proceso. La plataforma conectará a todos los nacionales de cualquier entidad de solución de

² Pablo CORTÉS: “Un modelo para la acreditación de los sistemas ODR en la Unión Europea”, en IDP: revista de Internet, derecho y política, revista d'Internet, dret i política, ISSN-e 1699-8154, Nº. 10, 2010. (<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n10-cortes/n10-cortes>)

³ Parlamento Europeo/Sesión plenaria 12.03.2013 (<http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/content/20130301FCS06146/>)

¹ Fuente: Google Inc. (<https://www.google.com/intl/es/takeaction/we-are-the-web/>)

controversias y operará en todas las lenguas oficiales de la UE.

Los Estados miembros tendrán dos años para transponer la directiva ADR, mientras que la plataforma digital prevista en la directiva ODR estará disponible a finales de 2015.

Un marco legal que, en lo que atañe a España, se comenzó a configurar ya con la citada Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴, cuando en su artículo 24 se establece la posibilidad de que las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, puedan realizarse por videoconferencia y por cualquier medio análogo de transmisión de voz o imagen. Regulando, de modo análogo, la mediación por procedimientos electrónicos con carácter potestativo aunque preferente.

3. Trasfondo histórico de la mediación por medios electrónicos

Ya desde finales de la década de los 90, varias entidades pioneras se lanzaron a proponer esquemas ODR. Muchos solo se quedaron en eso, sin embargo su implantación empieza a ser generalizada, con una acogida muy positiva en países de nuestro entorno, como también se reconoce en el citado Proyecto de Real Decreto, ahora reforzado por estas directivas de la Eurocámara.

Al igual que sucede con el término “mediación” que, conceptualmente se viene utilizando para referirse a un amplio abanico de situaciones, muchas de las cuales difícilmente tienen cabida (por exceso o defecto) dentro del marco normativo vigente, los términos mediación electrónica, mediación a distancia, mediación por medios electrónicos, ODR,... pueden dar lugar a confusión, incluso interesada. En todo caso, será labor del legislador y de la doctrina legal ir clarificando conceptualmente los ámbitos de cada una, algo que ya se apunta en el Proyecto, al distinguir entre canales de comunicación simultánea (síncrona) y sucesiva (asíncrona), así como del proceso simplificado de mediación por medios electrónicos

Otro tanto podría decirse de la responsabilidad del correcto funcionamiento del procedimiento de mediación por medios electrónicos, es decir, la garantía de

privacidad, integridad, secreto documental y de las comunicaciones, así como de la confidencialidad.

En realidad, en el ámbito privado internacional ya existían plataformas diseñadas para funcionar en el ámbito del derecho civil en materia de consumo, para ayudar a empresas y consumidores a resolver sus disputas. En este sentido, es importante resaltar que mientras un consumidor puede tener una única disputa con una empresa, esta puede tener un muy elevado número de disputas con sus cientos o incluso miles de clientes.

Colin Rule, pionero en ODR a finales de la década de los 90 y director de los servicios de resolución de disputas en eBay y PayPal⁵ (en la primera década del actual milenio) lanzó la plataforma MODRIA⁶, con sede en San José, California. La mayor parte de disputas en el ámbito del consumo no estaban relacionadas directamente con el comercio electrónico ni con reclamaciones de cantidad, y si con otros aspectos comerciales por disputas referidas a problemas e incidencias con el suministro y la entrega de las mercancías, tratamiento de datos personales, o imagen corporativa.

En el ámbito civil en España, ODR Solomediacion⁷, una iniciativa conjunta de Miquel Tort, Franco Conforti y Alberto Elisavetsky, crea en octubre de 2009 la web mediaronline que ofrecía el software de webconf⁸ para realizar mediaciones online, si bien el proyecto no tuvo continuidad. Posteriormente, Mediar On Line⁹, dirigida por el profesor Franco Conforti, de la Universidad de Castilla La Mancha (UCLM), se convierte en la primera plataforma que ofrece servicios de mediación sincrónica. Y más recientemente, el Sistema de gestión + ODR Mediare (SGMARC)¹⁰, de la compañía eJustic, ofrece un software de negociación / mediación simplificada, automático on-line. También, la plataforma Amicuo¹¹ ofrece un proceso de mediación electrónica, donde todas las comunicaciones entre el mediador y las partes se realizan por vídeo (a través de Amicuo.com), teléfono o correo electrónico. En ambos casos, las partes se ayudan de la plataforma online de mediación para gestionar los trámites y documentos.

⁵ <http://pages.ebay.es/help/tp/problems-dispute-resolution.html>
<https://www.paypal.com/es/webapps/mpp/security/sell-sellerguide>

⁶ www.modria.com/

⁷ <http://solomediacion.com/>

⁸ www.webconf.me/meet

⁹ www.acuerdojusto.com/Acuerdo_Justo/Mediar_On_Line.html

¹⁰ www.ejustic.com/productos/mediare-sistema-de-gestion-odr/

¹¹ <http://amicuo.com/como-funciona/proceso-mediacion-electronica/>

⁴ Boletín Oficial del Estado, núm. 162 de 7 de julio de 2012, páginas 49224 a 49242 (http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112)

4. Las plataformas virtuales como escenarios de prácticas y “training” de mediación en línea

También en la esfera del “training”, existen desde hace años algunas plataformas como el Virtual Mediation Lab¹² fundado por Giuseppe Leone, de la Association for Conflict Resolution - ACR Hawaii¹³ (básicamente orientada al mundo anglosajón) y el Programa Simediar¹⁴, en el ámbito de Latinoamérica, promovido por el profesor Alberto Elisavetsky de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF), de Buenos Aires, para el desarrollo de simulaciones de mediación on-line.

Para la profesora Orna Rabinovich – Einy¹⁵, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Haifa, lo más interesante de estas plataformas serían las potenciales ventajas cualitativas que surgen asociadas a los sistemas y procesos de ODR. De un lado, La comunicación instantánea acompañada de gran cantidad de documentación. A ello se sumaría, la capacidad de detectar pautas, tanto problemáticas como positivas, entre el gran volumen de datos que se pueden recopilar a través de las comunicaciones con estas herramientas en la resolución de disputas. Estas características, *“mejoran la responsabilidad (la capacidad de garantizar que el proceso de resolución de disputas sea justo y eficiente) y el aprendizaje (la capacidad sistemática de remediar los fallos y repetir los éxitos).”*

Y es que si todas las comunicaciones se almacenan en formato digital, se puede crear una importante base de datos indexada para búsquedas. Los datos, argumenta la profesora Rabinovich, al recoger las comunicaciones entre las partes y el mediador, además de todas las resoluciones alcanzadas, podrían servir también de control, para revelar la incompetencia o falta de ética profesional.

Al mismo tiempo, al detectar y analizar los casos que se han resuelto con éxito, podrían permitir identificar técnicas eficaces de mediación y/o técnicas de formación. A salvo, claro está, de las garantías de confidencialidad.

¹² <http://www.virtualmediationlab.com/>

¹³ <http://www.acrhawaii.com/outreach/>

¹⁴ <http://simediar.com/>

¹⁵ Orna RABINOVICH - EINY: “Mejorar la responsabilidad y el aprendizaje en la resolución de disputas a través de la tecnología.”, en «Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal» [monográfico en línea]. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. N.º 10. UOC. (<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n10-rabinovich/n10-rabinovich>)

5. Mediación a distancia y comunicación: algunas conclusiones científicas

De la misma manera que no todos los conflictos pueden ser abordados a través de la mediación, sin duda, tampoco todos los que pueden ser objetivamente mediables tiene por qué ser abordados por medios electrónicos. Pero lo cierto es que, dentro de los inconvenientes o problemas que pueden ser consustanciales al uso de sistemas on-line, se encontraría, en un buen número de casos, la exigencia de que las partes dispongan de los recursos y habilidades informáticas suficientes para su utilización. Algo que no resultaría un hándicap para quienes, de forma habitual, los utilizan regularmente en diferentes ámbitos de su hacer cotidiano.

Desde luego, la comunicación es un elemento esencial en la resolución de conflictos. Se ha llegado a definir la mediación como “el procedimiento consistente en dotar a las partes en conflicto de unos recursos comunicativos de calidad para que puedan solucionar el conflicto que tengan”¹⁶. Los reproches, posturas, opiniones, deseos, necesidades y sentimientos que las partes emergen durante el proceso de mediación, tienen que ser canalizados por el mediador en su auxilio para que aquellas puedan expresarlos de forma constructiva favoreciendo una comunicación que pueda ayudarles a resolver el conflicto. A pesar de los posicionamientos críticos hacia los sistemas ODR, en mi opinión, entre esos “recursos comunicativos” muy bien podrían incluirse las tecnologías y plataformas de mediación electrónica.

De hecho, y por muy desconcertante que pueda parecer, la investigación científica no parece avalar que se obtengan mejores resultados con la mediación “convencional” frente a la mediación on-line. La falta de comunicación presencial, sin duda, no resulta una excelente posición de partida, (exceptuados, claro, aquellos casos en que el elevado grado de enfrentamiento u hostilidad lo bloquearían ya en su comienzo) pero la experiencia y la investigación en el campo de la mediación on-line han puesto de manifiesto –al menos en varios estudios- que el entorno en línea también puede mejorar la eficacia de la comunicación y tiene el potencial de generar una resolución más centrada en los intereses de las partes.

¹⁶ Marines SUARES: “Mediando en sistemas familiares”, en Buenos Aires, 2002, Editorial Paidós Ibérica.

En 2009, la empresa holandesa Juripax¹⁷ fue contratada por la Junta de Asistencia Legal de Holanda para realizar un proyecto piloto de mediación en casos de divorcio en línea con el fin de verificar si la mediación on-line resultaba una manera eficaz de resolver los conflictos derivados de estas situaciones. El objetivo era desarrollar el procedimiento completamente en línea. En total, además de las parejas participantes, fueron doce los mediadores que estuvieron involucrados en ese proyecto de investigación, (todos entrenados en el uso de plataformas de Internet específicas, y en técnicas de mediación electrónica).

A las parejas participantes se les ofreció la mediación en línea de forma gratuita a cambio de cumplimentar un formulario de evaluación posterior al procedimiento de mediación. El cuestionario de evaluación fue diseñado por la Universidad de Tilburg, Holanda, en colaboración con la Junta de Asistencia Jurídica de Holanda y la propia compañía Juripax. Todos los participantes estaban informados sobre el objetivo del proyecto de investigación y de que todos los detalles serían tratados de forma confidencial y anónima.

Las conclusiones posteriores del análisis se publicaron en sendos estudios realizados por la Universidad de Tilburg, (centrado en aspectos del procedimiento y de calidad de la justicia, *Procedural and Outcome Justice in Online Divorce Mediation*¹⁸, una investigación de Martin Gramatikov y Laura Klaming) y por la Universidad Católica belga de Lovaina, (centrado en aspectos psicológicos en relación a las experiencias emocionales de las partes durante el proceso de mediación on-line, *University of Leuven, Belgium Online Mediation in Divorce Cases*¹⁹, documentado por Katalien Bollen y Martin Euwema).

Los resultados reportaron altos niveles de satisfacción entre quienes realizaron el procedimiento de mediación on-line. Concretamente, el 90% de los participantes que llegaron a un acuerdo durante la mediación se mostraron satisfechos con la mediación y, entre los que no llegaron a un acuerdo, la satisfacción con el procedimiento de mediación –aun a pesar del resultado- alcanzó un 82%.

El estudio también nos ofrece otras conclusiones interesantes, y así considera que la solución de un conflicto en línea puede obligar a las partes en disputa para centrarse en las cuestiones que deben ser resuel-

tas, en lugar de distraerse con los aspectos emocionales del conflicto.

Los escépticos de ODR argumentan que estos procedimientos son “menos eficaces” que las negociaciones cara a cara, ya que la ausencia de señales no verbales interfiere con la comprensión de los intereses de la otra parte y esto a su vez disminuye la probabilidad de obtener un acuerdo integrador.

La investigación no desmiente la dificultad que la comunicación en línea representa frente a la presencial, de la ausencia de un “cara a cara” y del riesgo de llegar a malentendidos. Sin embargo, cuando las partes no se conocen suficientemente entre sí antes de la mediación, los malentendidos –con independencia de que el procedimiento se realice on-line o presencialmente- pueden llevar fácilmente a una comunicación negativa, a desconfianza y a un callejón sin salida final.

Estos y otros aspectos llevan a la conclusión de los investigadores de que los casos de conflictos y disputas familiares, como pueden ser los derivados de casos de separación o divorcio, son especialmente adecuados para mediación on-line, ya que “ambas partes se conocen lo suficientemente bien como para interpretar correctamente las acciones de cada uno y las motivaciones que aumentarán la probabilidad de encontrar un acuerdo de integración.”

La mayoría de los encuestados en la investigación no fueron asistidos por abogados, y sólo se basaron en sus propias capacidades y las habilidades de los mediadores para llegar a un acuerdo sobre las cuestiones que fueron planteadas por el conflicto. Finalmente, y en general, la experiencia fue vista como positiva tanto en términos de procedimiento como de resultado. Curiosamente, ambas partes tenían unas impresiones iguales sobre la calidad del procedimiento y la calidad del resultado.

El proyecto piloto fue considerado un éxito y la Junta de Asistencia Jurídica de Holanda (*Raad voor de Rechtsbijstand*)²⁰ decidió incluir el procedimiento de mediación en línea para los casos de derecho de familia en su oferta de servicios.

Recientemente, el Dr. Keith Ablow, psiquiatra del equipo médico de Fox News, autor bastante crítico con las nuevas tecnologías de Internet (hasta el punto de considerar algunas como tóxicas) escribía un artículo, “*Skype revolutionizing mental health care*”²¹, en el

²⁰ <http://www.rvr.org/>

²¹ Published February 28, 2013 FoxNews.com (http://www.foxnews.com/health/2013/02/28/skype-revolutionizing-mental-health-care/?goback=.gde_37123_member_218492984#ixzz2Mzr7tW69)

¹⁷ <http://www.linkedin.com/company/juripax-b-v->

¹⁸ www.juripax.com/Publications/Getting_Divorced_Online_UVT.pdf

¹⁹ www.juripax.com/Publications/Online_mediation_leuven.pdf

que afirma que a pesar de la calidez e inmediatez de la comunicación presencial en terapias, la comunicación a través de plataformas on-line presentan a su favor algunas ventajas: *“Cuando las personas hablan entre sí, tienden a no mirar hacia otro lado. Sus rostros están literalmente a pocos metros el uno del otro en la pantalla”*, por lo que se crea una conexión muy intensa, sobre todo al abordar temas con gran carga emocional. Y, destaca el significativo compromiso para abordarlos. El recurso a estas plataformas, en el tiempo y momento más adecuado, a decisión de los usuarios, es otro de los aspectos que destaca como favorables.

6. Legitimación y mediación electrónica

La legitimación, es otro de los aspectos que suelen enarbolarse como crítica a las ODR. En el derecho vigente en España, básicamente viene vinculada a la normativa de Protección de Datos de la Ley Orgánica 15/1999, a la diferenciación entre firma digital y electrónica referida a la codificación cifrada (y *“clickwrap”*) así como a la utilización de sistemas sincrónicos o asincrónicos de mediación. En este sentido puede resultar clarificador el cuadro comparativo que aporta el profesor Franco Conforti, incluido en su trabajo *“Mediación electrónica”*²².

De hecho, ya las certificaciones notariales on-line que actualmente se realizan, así como los servicios relacionados con PKI²³ (Infraestructura de clave pública), el *“timestamping”*²⁴ y la firma electrónica reconocida²⁵, se emiten conforme a los requerimientos de la Ley 59/2003 de 19 de diciembre de Firma Electrónica²⁶. Se trata de certificados electrónicos reconocidos emitidos ante notario, tanto a personas físicas como jurídicas, en nombre propio o representación. Hay varios tipos, Personales, Corporativos, Corporativos en Representación, Personales de Representación Personal y de Servidor Seguro, cada uno con sus requisitos y características propias. Pero, aun cuando pueden ser

emitidos on-line por Agencias de Certificación (como la Agencia Notarial de Certificación S.L. Unipersonal (ANCERT)²⁷, de titularidad del Consejo General del Notariado²⁸) es necesario acudir a un notario, aportando la documentación que acredite la identidad, poderes o cualquier atributo que se desee incorporar. Por tanto, no podríamos considerarlos como procedimientos íntegramente on-line, y si como actuaciones on-line. En todo caso, estaríamos frente a protocolos híbridos (on-line y con *presencialidad* previa), y con todas las garantías salvaguardadas.

Sin embargo, la mediación por medios electrónicos, tal y como normativamente se proyecta en España, y sin perjuicio de lo que resulte de la transposición de las directivas europeas ahora aprobadas, configura la posibilidad de desarrollar un procedimiento on-line integral (*artículo 10.2 del Proyecto de Real Decreto por el que se regula la mediación por medios electrónicos*), sin perjuicio de la utilización parcial del procedimiento a distancia (*artículo 10. 1, del Proyecto de RD*).

7. TIC y ADR: del escepticismo a la nueva generación de servicios ODR

Frente a posiciones críticas con estas tecnologías en línea aplicadas a los diferentes ámbitos de la mediación, llaman la atención datos como los aportados por Sanjana Hattotuwa, del Centro de Tecnología de la Información y Resolución de Disputas de Sri Lanka, quien en una ponencia presentada en 2006 en el IV Simposio ODR de Naciones Unidas celebrado en El Cairo, citaba un estudio del año 2004 en el que se referenciaban más de 115 plataformas ODR operativas en aquella fecha en el mundo. El 50 % de los mismos operaban en el área de los Estados Unidos de América, un 30% en Europa y casi un 20 % en el área Asia - Pacífico. Cifras, sin duda, ya superadas a fecha de hoy. Solo el Centro Nacional de Tecnología y Resolución de Disputas (*National Center for Technology and Dispute Resolution - NCTDR*)²⁹, fundado en 1998 por la Universidad de Massachusetts, en su página web tiene registradas, en una lista de proveedores de servicios ODR³⁰ provisional, más de 60 plataformas.

Lógicamente, tal volumen de plataformas, abordando conflictos de muy diversa índole, nos lleva a

²² Franco CONFORTI: *“Mediación electrónica”*, en Acuerdo Justo Editorial, página 11, Alicante, 2012.

(https://dl.dropboxusercontent.com/u/941294/Mediacion_Electronica.pdf)

²³ www.ancert.com/?do=productos&group=hosting&option=indice

²⁴ www.ancert.com/?do=productos&group=sellado&option=sellado

²⁵ www.ancert.com/?do=productos&group=certificados_notariales&option=indice

²⁶ Boletín Oficial del Estado, núm. 304 de 20 de diciembre de 2003, páginas 45329 a 45343

(<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-23399>)

²⁷ www.ancert.com/?do=empresa&group=organizacion&option=informacion_corporativa

²⁸ <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/e-notario>

²⁹ <http://odr.info/>

³⁰ <http://odr.info/node/32>

una selva en la que es fácil perderse, tanto en lo referido a técnicas específicas de mediación, como a marcos normativos en los que se sustancian esas disputas, inevitablemente muchas en escenarios internacionales. Sin duda, las recientes directivas europeas aportarán un marco de seguridad jurídica en la utilización de estas plataformas en la eurozona. (*“Esto convierte a la ODR en un pilar básico en el relanzamiento del mercado único”, afirmó la eurodiputada y autora del texto Róza Thun*)

También, resulta paradójico que mientras muchos se cuestionan todavía la utilidad, eficacia e idoneidad, de estas tecnologías TIC, otros ya las empiecen a considerar, en sus actuales plataformas, algo obsoletas y abogan por una nueva fase en el uso de las nuevas herramientas ODR para nuevos ámbitos de mediación. Así, por ejemplo, Marta Poblet³¹, investigadora del ICREA y miembro del Instituto de Derecho y Tecnología de la Universidad Autónoma de Barcelona (IDT-UAB), plantea una revisión sintética del estado actual de los servicios de resolución en línea de disputas (ODR) en el panorama internacional, avanzando algunas de las nuevas herramientas TIC que pueden inspirar la configuración de una nueva generación de servicios de ODR, y que ya se vienen denominando ODR 3.0. Consistiría en incorporar la experiencia que del uso de estas herramientas TIC ya se tiene en diferentes escenarios internacionales, particularmente en países del tercer mundo, en emergencias, catástrofes y conflictos, a otros ámbitos ADR globales todavía por explorar.

En palabras del profesor Elisavetsky *“Desde el punto de vista de las incumbencias, la gestión de conflictos en línea, utilizando las nuevas tecnologías de información y comunicación, entra claramente dentro de la esfera de competencia de los profesionales en Resolución de Conflictos, ya que gestionamos soluciones de conflictos para individuos, empresas y gobiernos, en situaciones donde la legislación de cada país, queda superada, por la transnacionalidad (...) El uso de la tecnología conjuntamente con los métodos de negociación y mediación o arbitraje permite prevenir y/o solucionar conflictos y/o reducir el costo de resolverlos. (...) si los nuevos profesionales se forman en la intersección de las nuevas tecnologías, con los métodos de*

*resolución de conflictos en línea, muy pronto, la mayoría de las organizaciones adoptarán estos mecanismos, como parte vital de sus estrategias de vinculación con clientes internos y externos, órganos y gobiernos*³².”

8. Conclusión

Desde mi punto de vista, el recurso a la mediación electrónica es una herramienta más que el legislador pone al alcance de las partes y de los mediadores para auxiliarles en el objetivo de concluir un acuerdo que pueda resolver la situación previa de conflicto y establezca las bases para evitar conflictos futuros que traigan su origen en la misma causa. Ni más, ni menos. La elección del mismo será una decisión de las partes y del mediador, que tendrá que evaluar lo adecuado o no del procedimiento por este sistema en función de las características propias de cada mediación en particular.

Tampoco la normativa, ahora en estudio, que estructurará la utilización del mismo –a pesar de configurarse como un potencial procedimiento integral, que puede desarrollarse de principio a fin– constriñe la libertad de las partes o del mediador durante su utilización, al permitir realizar todo, o solo parte del procedimiento de mediación, por este sistema.

En definitiva, siempre serán los protagonistas de la mediación quienes decidirán la utilidad o no de su uso, pero la tendencia –al menos para determinado tipo de conflictos susceptibles de mediación– parece apuntar decididamente por esta plataforma, con todo el apoyo de los grupos políticos y de las autoridades comunitarias europeas (*La directiva ADR fue aprobada con 617 votos a favor, 51 en contra y 5 abstenciones. La resolución ODR fue aprobada por 622 votos a favor, 51 en contra y 5 abstenciones.*)

Tampoco es de extrañar si nos atenemos a las cifras: según estimaciones de Bruselas, un acceso universal a los procedimientos ADR / ODR en toda la Unión ahorrará a los consumidores cerca de 22.500 millones de euros al año (representa, aproximadamente, el 0.2 % del PIB de la UE).

³¹ Marta POBLET: «¿ODR 3.0? Lecciones desde Sri Lanka, la India, Kenia o Haití», en: «Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal» [monográfico en línea]. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 10. UOC, 2010. (<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n10-poblet/n10-poblet>)

³² Alberto ELISAVETSKY: “Nuevas tecnologías de información y comunicación aplicadas a la resolución de conflictos”, en *Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009. (<http://www.uoc.edu/symposia/adr/>)

LA IMPORTANCIA DE LA MEDIACIÓN EN LAS ESCUELAS PARA UNA SOCIEDAD MEJOR

Teresa Ruiz-Esteller Ras

Fecha de recepción: 7 de mayo 2013

Fecha de aceptación: 23 de mayo 2013

SUMARIO: LA IMPORTANCIA DE LA MEDIACIÓN EN LAS ESCUELAS PARA UNA SOCIEDAD MEJOR.

RESUMEN: Se analiza el esfuerzo que deben hacer las administraciones públicas e instituciones para fomentar la mediación pero sin olvidar que, paralelamente, podrían dedicarse recursos a las escuelas e institutos para la formación de personas que deberán enfrentarse a diferentes conflictos a lo largo de su vida. Visto desde un punto de vista económico, podría deducirse que el fomento de la mediación escolar puede suponer un ahorro para el sistema judicial como contrapartida puesto que los acuerdos obtenidos a través de mediación son conflictos que no se llevarán a los juzgados.

ABSTRACT: "The importance of mediation in schools for a better society":

Analyzed the effort that should make public administrations and institutions to encourage mediation but without forgetting that, in parallel, could devote resources to schools and colleges to train people who will face different conflicts throughout his life. Promoting school mediation can save for the judicial system.

PALABRAS CLAVE: Mediación escolar.

KEYWORDS: School mediation.

1. La importancia de la Mediación en las escuelas para una sociedad mejor.

Partiendo de una crisis económica que afecta a todos los niveles y cuando se están llevando a cabo recortes en todos los ámbitos, puede parecer inapropiado proponer la dedicación de partidas presupuestarias al fomento y al conocimiento de la mediación en las escuelas. Sin embargo, es posible plantearse esta inversión en términos económicos teniendo en cuenta que el fomento de la mediación escolar puede suponer un ahorro para el sistema judicial a largo plazo, puesto que los acuerdos obtenidos a través de la mediación son conflictos que, en su mayor parte, no se trasladarán al sistema judicial para su resolución.

La clave está en plantear el futuro de la mediación desde la base, es decir, desde la infancia y la adolescencia. La enseñanza a los jóvenes de las técnicas de resolución pacífica de conflictos debe percibirse como la base de la mediación. De hecho, esta formación puede resultar el futuro de la mediación.

Es clave enseñar que el conflicto es parte de la vida y que se puede afrontar con diálogo y respeto, pero no todo el mundo tiene la misma capacidad de afrontar los conflictos debido al componente emocional que conllevan. De ahí la importancia de dar a los jóvenes las herramientas necesarias para llegar a un acuerdo o, al menos, intentar llegar a un acuerdo.

Dar herramientas para controlar emociones como la ira o la decepción, saber entender la posición de la otra parte, incidir en conceptos como la empatía y la solidaridad, la neutralidad, enseñar a ceder en determinados aspectos por el bien común, tener espíritu crítico ante el planteamiento de un conflicto, desarrollar la asertividad como comportamiento, etc... Todos estos temas deberían ser tratados de forma periódica en colegios e institutos a través de talleres, de tal forma que los niños y jóvenes entendieran que hay mecanismos suficientes para sobrellevar e incluso solucionar determinados conflictos.

La implantación de un servicio de mediación para resolver los conflictos surgidos entre los alumnos de un centro escolar puede ser una buena herramienta para que éstos potencien sus habilidades comunicativas¹ y expresen su situación y sus sentimientos ante el conflicto con la finalidad de buscar una solución al mismo, a la vez que aprenden a entender la posición de la otra parte del conflicto.

Una opción interesante podría ser la realización de simulaciones de procesos de mediación en las que alumnos, de forma voluntaria, simulen una situación de conflicto.

Previamente, profesionales de la psicología y/o psicopedagogía habrán trabajado con los alumnos las técnicas apropiadas para intentar resolver los conflictos a través de la mediación. Poner en práctica lo que se ha planteado previamente servirá para que se interiorice la teoría a la vez que potenciará las habilidades comunicativas de los participantes.

También es interesante incidir en el hecho que con el proceso de la mediación cabe la posibilidad de no llegar a un acuerdo satisfactorio pero puede restablecer puentes de diálogo que se habían perdido y, en este caso, la mediación también habrá cumplido su cometido.

Resulta interesante destacar actividades como las que lleva a cabo la ong ACCION EN RED2, en el que se realizan lo que denominan "talleres por los buenos tratos: "es un programa dirigido especialmente a jóvenes y es un instrumento de aprendizaje de buenas prácticas para mejorar las relaciones interpersonales. Fomentamos valores como la igualdad, la resolución pacífica de los conflictos, la libertad, la responsabilidad, la solidaridad etc... y facilitamos habilidades para llevarlos a la práctica en nuestras relaciones ya que son un buen antídoto contra la violencia."

La aparición de estos talleres puede hacernos reflexionar sobre la importancia de la educación de los jóvenes en este sentido. Sin tratar de analizar ni juzgar la educación llevada a cabo en las últimas décadas, podemos percibir que un niño nace y crece aprendiendo que tiene unos derechos que hay que respetar y, en el caso que no se respeten, cuenta con unos mecanismos de protección. Todo ello no es incompatible con aprender que también tiene obligaciones que debe respetar y cumplir con la misma fuerza. Muchas veces los derechos y las obligaciones entran en conflicto y las personas necesitan aprender a solucionarlos. Evidentemente, no podremos incluir los casos más graves de violencia, en los que tendrán que intervenir profesionales en la materia, pero incluso estos casos pueden servir para que los jóvenes entiendan la importancia de la cultura del diálogo y de la buena fe en la vida diaria y el rechazo frontal a cualquier tipo de violencia.

Las instituciones deberían entender la importancia del carácter preventivo de determinadas actuaciones como forma de creación de una sociedad mejor. Si desde las instituciones se fomentan procesos como la media-

ción en colegios e institutos, se enseña a los jóvenes a obtener herramientas eficaces para la resolución de conflictos. Con una formación basada en la cultura del diálogo estamos fabricando puentes para que cuando sean adultos tengan la capacidad de llegar ellos mismos a la resolución del conflicto sin tener que acudir a los tribunales. De ahí la importancia de la educación en esta materia y la dedicación de recursos a la mediación y a sus técnicas en el entorno escolar.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

La Revista Internacional de Mediación , editada por Dykinson y dirigida por D^a Esther Souto Galván, es una publicación especializada en el ámbito de la mediación bimestral que ofrece una información sobre este tema actual y rigurosa, sistematizada en Estudios y Crónicas. Su finalidad es hacer compatible el estudio y la crítica razonados con la prontitud que hoy demanda el mundo de la mediación.

La revista *Nueva Fiscalidad* está indexada y presente en los principales catálogos y bases de datos nacionales e internacionales.

Los trabajos enviados a la revista para la sección de Estudios deberán ser originales e inéditos y no estar presentados para su publicación en ningún otro medio.

Dichos trabajos podrán remitirse por correo electrónico a la directora de la revista. Los originales podrán también enviarse en soporte informático, acompañado de copia en papel.

Los trabajos, que deberán estar redactados en lengua española, inglés, francés o italiano se presentarán en formato Word y su extensión máxima recomendada será de 40 folios, con interlineado sencillo y fuente *times new roman* tamaño 12 en texto y 10 en notas a pie.

En cada trabajo deberá aparecer, en primer término, el título del mismo y, a continuación, el autor, con sus datos profesionales. Asimismo, deberá incorporarse un sumario que recoja los diversos apartados en que se divide el trabajo. Todos los originales que se envíen para su publicación habrán de ir acompañados de un resumen (de 100 a 150 palabras) y entre cuatro y ocho palabras clave, con su correspondiente traducción al inglés.

La bibliografía del estudio, tanto a pie de página como al final del artículo se citará de la siguiente manera:

Monografía: Autor (Autores): Título de la obra, Editorial, Lugar, Año, páginas.

Artículo o capítulo de libro: Autor (Autores): "Nombre del Artículo", Nombre de la revista o publicación, Editorial, Lugar (en su caso), Número, Año, páginas.

La Dirección de la revista Internacional de Mediación examinará todos los artículos relacionados con el mencionado objeto de estudio que le sean remitidos. Una vez recibidos los trabajos, la secretaria de la revista acusará recibo de los mismos a los autores. Tras ello, cada trabajo será sometido al criterio de evaluadores externos anónimos (doble referee), actuando como criterios de selección, en especial, la originalidad de las aportaciones, el nivel científico y el rigor. Los trabajos podrán ser aceptados, sujetos a revisiones menores o mayores, o rechazados. La decisión que se adopte será comunicada a los autores, indicando las razones para la aceptación, revisión o rechazo del original.

