

**LA MEDIACIÓN A  
EXAMEN: EXPERIENCIAS  
INNOVADORAS Y PLURALIDAD  
DE ENFOQUES**

Dirección

Raquel Castillejo Manzanares

Coordinación

Cristina Alonso Salgado

Almudena Valiño Ces

UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LA MEDIACIÓN A EXAMEN:  
EXPERIENCIAS INNOVADORAS  
Y PLURALIDAD DE ENFOQUES

“Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Derecho y mediación: la Administración de Justicia ante los desafíos de la sociedad actual”, Ref.: DER2013-47124-C3-1-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y dirigido por la Profesora Doctora Raquel Castillejo Manzanares, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela”.

LA MEDIACIÓN A EXAMEN:  
EXPERIENCIAS INNOVADORAS  
Y PLURALIDAD DE ENFOQUES

Dirección

Raquel Castillejo Manzanares

Coordinación

Cristina Alonso Salgado

Almudena Valiño Ces



This work is licensed under a Creative Commons BY NC ND 4.0 international license. Any form of reproduction, distribution, public communication or transformation of this work not included under the Creative Commons BY-NC-ND 4.0 license can only be carried out with the express authorization of the proprietors, save where otherwise provided by the law. You can access the full text of the license at <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>



Esta obra se encuentra bajo una licencia internacional Creative Commons BY-NC-ND 4.0. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra no incluida en la licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 solo puede ser realizada con la autorización expresa de los titulares, salvo excepción prevista por la ley. Puede Vd. acceder al texto completo de la licencia en este enlace: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>



Esta obra atópase baixo unha licenza internacional Creative Commons BY-NC-ND 4.0. Calquera forma de reprodución, distribución, comunicación pública ou transformación desta obra non incluída na licenza Creative Commons BY-NC-ND 4.0 só pode ser realizada coa autorización expresa dos titulares, salvo excepción prevista pola lei. Pode acceder Vde. ao texto completo da licenza nesta ligazón: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.gl>

© Universidade de Santiago de Compostela, 2017

#### **Edita**

Servizo de Publicacións e Intercambio Científico  
Campus Vida  
15782 Santiago de Compostela  
[www.usc.es/spubl](http://www.usc.es/spubl)

DOI <http://dx.doi.org/10.15304/op.2017.1068>



**R**aquel Castillejo Manzanares, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela, cuenta con una amplia trayectoria investigadora en la que cabe destacar títulos como: *El juicio ejecutivo basado en pólizas bancarias*; *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*; *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*; *La ejecución de títulos extrajudiciales*; *El juicio de faltas*; etc. Particularmente en lo referido a la mediación, la Justicia restaurativa y la *Alternative Dispute Resolution*, cabe destacar títulos como *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*; *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, etc.

Asimismo, es autora de más de setenta artículos, de participaciones en obras colectivas, de comentarios de jurisprudencia, etc.

En la actualidad dirige un proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, sobre “Derecho y mediación: la Administración de Justicia ante los desafíos de la sociedad actual”.



# ÍNDICE

## NOTAS PARA UN PROYECTO DE MEDIACIÓN POLICIAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA GALLEGA ..... 17

*Raquel Castillejo Manzanares y Cristina Alonso Salgado*

1. INTRODUCCIÓN ..... 19
2. MEDIACIÓN POLICIAL: UN CONCEPTO CON ARISTAS ..... 21
3. PROYECTO DE MEDIACIÓN POLICIAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA GALLEGA ..... 29
4. UNA PROPUESTA DE PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA UN EVENTUAL PROYECTO DE MEDIACIÓN POLICIAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA GALLEGA ..... 32
5. BIBLIOGRAFÍA ..... 34

## ¿JUSTICIA RESTAURATIVA EN URUGUAY?..... 37

*Federico del Castillo, Ricardo Fraiman y Pablo Galain Palermo*

1. INTRODUCCIÓN ..... 39
2. ¿QUÉ ES Y QUÉ NO ES LA JUSTICIA RESTAURATIVA? ..... 43
3. JUSTICIA RESTAURATIVA EN URUGUAY ..... 51
  - 3.1. EL MARCO ORGANIZACIONAL ..... 51
  - 3.2. IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL CONTEXTO URUGUAYO ..... 53
  - 3.3. EL NUEVO CÓDIGO DEL PROCESO PENAL ..... 54
4. A MODO DE CONCLUSIÓN ..... 56
5. BIBLIOGRAFÍA ..... 57

## ALGUNOS CLAROSCUROS EN EL TEMA DE LA MEDIACIÓN PENAL DE ADULTOS ..... 61

*André Lamas Leite*

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO ..... 63
2. ¿HACIA UNA “VICTIMODOGMÁTICA”? ..... 65
3. ¿UN DERECHO PENAL A LA IMAGEN Y SEMEJANZA DEL DERECHO CIVIL? ... 72

4. ¿UNA VERDAD MÁS PRÓXIMA AL “EVENTO HISTÓRICO” Y A LA “COMUNIDAD”?.....	76
5. EL PAPEL DE LA CULPABILIDAD EN LA MEDIACIÓN PENAL .....	79
6. LAS <i>INJUNÇÕES</i> (OBLIGACIONES) EN LA MEDIACIÓN PENAL: NATURALEZA Y CONSECUENCIAS.....	81

**JUSTICIA RESTAURATIVA Y ACCIÓN POPULAR EN EL SISTEMA ESPAÑOL: ¿UN MATRIMONIO POSIBLE? ESPECIAL REFERENCIA A LA PROPUESTA DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.....** 87

*Cristina Alonso Salgado*

1. INTRODUCCIÓN .....	89
2. LA INCIDENCIA DE LA TIPOLOGÍA DE DELITOS EN EL ACTUAL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.....	89
3. LA ACCIÓN POPULAR: A VUELTAS CON LA POLÉMICA .....	90
4. ACCIÓN POPULAR Y MEDIACIÓN EN LA PROPUESTA DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	93
5. CONCLUSIÓN .....	99
6. BIBLIOGRAFÍA.....	99

**LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA: HACIA UN ENFOQUE PRÁCTICO PARA RESOLVER DE OTRA MANERA LOS CONFLICTOS ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS .....** 101

*Gerardo Carballo Martínez*

1. INTRODUCCIÓN .....	103
2. JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA .....	105
3. LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE LA COLABORACIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES .....	110
4. ASPECTOS CONCEPTUALES Y SINGULARIDAD DE LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA FRENTE A LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA CON LOS PARTICULARES.....	111
4.1. CONCEPTO DE MEDIACIÓN Y PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	111
4.2. LA POSICIÓN CONTRAPUESTA DE LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES.....	112
4.3. LAS PERCEPCIONES COMO FACTOR RESTRICTIVO DE UN CAMBIO EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.....	113
4.4. IMPACTO DE LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN LAS RELACIONES JURÍDICO-PÚBLICAS .....	115
5. APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LOS DISTINTOS CONTEXTOS DE LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS.....	116

5.1. LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN LA LEY 39/2015 .....	116
5.2. LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN EL MARCO DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS .....	118
5.3. LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO .....	121
5.3.1. LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO COMO INSTITUCIÓN MEDIADORA INTERADMINISTRATIVA .....	123
5.4. LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO SANCIONADOR.....	125
5.5. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL CONTENCIOSA ENTRE ADMINISTRACIONES .....	129
6. A MODO DE CONCLUSIÓN .....	131
7. BIBLIOGRAFÍA.....	134

## LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA..... 137

*Ana González-Moro Méndez*

1. INTRODUCCIÓN .....	139
2. MARCO TEÓRICO .....	143
2.1. CONCEPTO GENERAL DE MEDIACIÓN .....	143
2.2. DIFERENCIACIÓN DE FIGURAS AFINES .....	145
2.2.1. TRANSACCIÓN .....	145
2.2.2. CONCILIACIÓN .....	146
2.2.3. ARBITRAJE .....	146
2.2.4. PREMEDIACIÓN .....	146
2.3. MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA .....	147
3. DERECHO COMPARADO .....	148
3.1. ESTADOS UNIDOS .....	149
3.2. FRANCIA .....	149
3.3. REINO UNIDO .....	150
3.4. ALEMANIA .....	150
4. MARCO LEGAL.....	151
5. ÁMBITO MATERIAL.....	152
5.1. DISPONIBILIDAD: ARTÍCULO 77 DE LA LJCA.....	152
5.2. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE MEDIACIÓN .....	154
6. MODELOS DE MEDIADOR PARA EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO .....	154
7. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA .....	156
8. FASES EN QUE PUEDE SER UTILIZADA .....	158
9. LÍMITES AL ACUERDO ALCANZADO .....	160
10. CONCLUSIONES.....	161
11. BIBLIOGRAFÍA.....	163

## EL ACUERDO MEDIADO COMO TÍTULO EJECUTIVO..... 165

*María Jesús García Torres*

1. INTRODUCCIÓN .....	167
2. EL ACUERDO MEDIADO COMO TÍTULO EJECUTIVO HASTA LA LEY 5/2012.....	168
3. CIERRE DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN LA LEY 5/2012.....	171
3.1. ACTA FINAL, ACUERDO MEDIADO Y ACUERDO MEDIADO COMO TÍTULO EJECUTIVO.....	171
3.2. NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS Y EFICACIA DEL ACUERDO MEDIADO .....	173
3.3. LA CONFIGURACIÓN DEL ACUERDO MEDIADO COMO TÍTULO EJECUTIVO .....	176
3.3.1. REGULACIÓN LEGAL .....	177
3.3.2. LA ESCRITURA PÚBLICA DE PROTOCOLIZACIÓN DEL ACUERDO MEDIADO COMO TÍTULO EJECUTIVO .....	179
A) INTERVENCIÓN DE LAS PARTES .....	179
B) LA ACTUACIÓN DEL NOTARIO.....	181
C) ASPECTOS PROCESALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DEL ACUERDO MEDIADO COMO TÍTULO EJECUTIVO .....	183
3.3.3. EL TÍTULO EJECUTIVO JUDICIAL: EL AUTO DE HOMOLOGACIÓN O APROBACIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO MEDIADO.....	185
3.3.4. EL LAUDO ARBITRAL POR ACUERDO DE LAS PARTES.....	187
4. CONCLUSIONES.....	188
5. BIBLIOGRAFÍA.....	190

## LA SESIÓN INFORMATIVA EN LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL ¿VOLUNTARIA U OBLIGATORIA? ..... 193

*Almudena Valiño Ces*

1. INTRODUCCIÓN .....	195
2. SESIÓN INFORMATIVA.....	196
2.1. CONCEPTO Y ASPECTOS GENERALES .....	196
2.2. CONTENIDO DE LA SESIÓN INFORMATIVA .....	198
3. CARÁCTER VOLUNTARIO U OBLIGATORIO DE LA SESIÓN INFORMATIVA...200	
3.1. CUESTIONES GENERALES.....	200
3.2. ¿DEBE EXTENDERSE LA VOLUNTARIEDAD DE LA MEDIACIÓN A LA SESIÓN INFORMATIVA?.....	200
4. CONCLUSIONES.....	203
5. BIBLIOGRAFÍA.....	203

## ORGANIZACIONES INNOVADORAS: INSERTANDO LA MEDIACIÓN COMO PROYECTO DE I+D+I ..... 205

*Gloria Novel Martí*

1. INTRODUCCIÓN .....	207
2. LA MEDIACIÓN VISTA COMO UN PRODUCTO DE I+D+I.....	208
3. LA MEDIACIÓN COMO MODELO PARA LIDERAR LA MEJORA Y EL CAMBIO.....	210
3.1. EL CASO DEL CONSORCIO SANITARIO DE TERRASSA.....	211
3.1.1. FILOSOFÍA Y COMPONENTES DEL PROYECTO.....	213
A) COMPONENTES DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO .....	214
B) COMPONENTES DE INVESTIGACIÓN .....	216
3.2. EL CASO DE LA UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL (ECUADOR).....	220
3.2.1. PROGRAMA DE MEDIACION Y CULTURA DE PAZ EN LA UG: COMPONENTES .....	221
A) COMPONENTES DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO.....	222
B) COMPONENTES DE INVESTIGACIÓN .....	225
4. CONCLUSIONES.....	226
5. AGRADECIMIENTOS.....	227
6. BIBLIOGRAFIA.....	227

## LA MEDIACIÓN COMO ACTIVO EMPRESARIAL..... 229

*Pilar Paz García y Elena Miranda Osset*

1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN.....	231
1.1. EL CONFLICTO: MANIFESTACIÓN Y TRANSFORMACIÓN.....	231
1.2. EL CONFLICTO EN LA EMPRESA.....	235
2. OBJETO DE ESTUDIO.....	238
3. METODOLOGÍA DE TRABAJO.....	238
4. CUESTIONARIO REMITIDO A LAS EMPRESAS.....	239
5. ANÁLISIS DE LOS DATOS DERIVADOS DE LAS CONTESTACIONES A LOS CUESTIONARIOS.....	244
5.1. RESULTADOS OBTENIDOS .....	244
5.2. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS.....	250
6. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO .....	253
6.1. EL CONFLICTO INCIDE EN LA RENTABILIDAD DE LA EMPRESA.....	253
6.2. LA EMPRESA TIENE RESPONSABILIDAD EN EL ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS .....	254
6.3. LA MEDIACIÓN ES UNA HERRAMIENTA ÚTIL A LA EMPRESA PARA EVITAR QUEBRANTOS ECONÓMICOS PROVOCADOS POR CONFLICTOS.....	257
6.4. LA MEDIACIÓN COMO ACTIVO EMPRESARIAL .....	258

7. PROPUESTAS DE IMPLANTACIÓN.....	259
7.1. POLÍTICA DE EMPRESA.....	259
7.2. PROTOCOLO PARA CONFLICTOS INTERNOS.....	260
7.2.1. PAUTAS DE ACTUACIÓN.....	260
7.2.2. ESTRUCTURACIÓN EN FASES.....	260
7.3. PROTOCOLO PARA CONFLICTOS EXTERNOS.....	261
7.3.1. PAUTAS DE ACTUACIÓN.....	261
7.3.2. ESTRUCTURACIÓN EN FASES.....	262
8. BIBLIOGRAFÍA.....	264
8.1. REFERENCIAS DOCTRINALES.....	264
8.2. RECURSOS EN LA RED.....	265

## LA MEDIACIÓN COMO ELEMENTO FACILITADOR DEL PROCESO SUCESORIO EN LA EMPRESA FAMILIAR..... 267

*Alejandra Regueira Iglesias*

1. INTRODUCCIÓN.....	269
2. LA EMPRESA FAMILIAR.....	269
2.1. DEFINICIÓN DE EMPRESA FAMILIAR.....	269
2.2. ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA EMPRESA FAMILIAR.....	270
2.3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES COMPETITIVAS DE LAS EMPRESAS FAMILIARES.....	272
3. LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR.....	272
3.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR SUCESIÓN? LA SUCESIÓN COMO PROCESO.....	272
3.2. AGENTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO.....	273
3.2.1. EL EMPRESARIO.....	273
3.2.2. EL SUCESOR.....	273
3.2.3. LA FAMILIA.....	274
3.2.4. LA PLANTILLA.....	275
3.2.5. CLIENTES Y PROVEEDORES.....	275
4. LA MEDIACIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR.....	276
4.1. CONCEPTO DE MEDIACIÓN.....	276
4.2. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS ORGANIZACIONES.....	277
5. PROPUESTA DE MODELO DE INTERVENCIÓN EN EMPRESAS FAMILIARES.....	279
5.1. EL MEDIADOR.....	279
5.2. EL ESPACIO DE MEDIACIÓN.....	280
5.3. TIPOS DE INTERVENCIONES.....	280
5.3.1. ASESORAMIENTO.....	280
5.3.2. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.....	281
5.3.3. FORMACIÓN.....	282
5.3.4. DINÁMICAS DE GRUPOS.....	282
5.3.5. OTRAS INTERVENCIONES.....	283
6. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN.....	283
7. CONCLUSIONES.....	284

8. BIBLIOGRAFÍA.....	285
<b>MEDIACIÓN EN LOS PROBLEMAS JUVENILES .....</b>	<b>287</b>
<i>José Antonio Veiga Olivares</i>	
1. INTRODUCCIÓN.....	289
2. PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	290
2.1. EL CONFLICTO Y SU PROCESO.....	290
2.2. ORIGEN DE LAS SITUACIONES CONFLICTIVAS. LA FAMILIA.....	291
2.3. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO JUVENIL .....	295
3. LA FIGURA DEL MEDIADOR.....	297
4. BIBLIOGRAFÍA.....	300
<b>LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO EDUCATIVO.....</b>	<b>303</b>
<i>Concepción Castillejo Manzanares</i>	
1. ENTORNO EDUCATIVO.....	305
1.1. ENTORNO DE LOS MENORES.....	305
1.2. CONFLICTO EN LOS CENTROS EDUCATIVOS.....	307
2. MODELOS DE INTERVENCIÓN.....	308
3. MEDIACIÓN ESCOLAR.....	310
3.1. BREVE HISTORIA DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO EDUCATIVO.....	310
3.2. LA MEDIACIÓN ESCOLAR Y SUS CARACTERÍSTICAS .....	312
3.3. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO EDUCATIVO COMO CULTURA Y COMO PROCEDIMIENTO .....	313
3.4. POSIBILIDADES DE LA MEDIACIÓN.....	315
3.5. IMPLEMENTAR UN PROGRAMA DE MEDIACIÓN.....	316
4. PROGRAMAS DE AYUDA ENTRE IGUALES.....	319
4.1. ALUMNADO MEDIADOR.....	322
4.2. ALUMNADO AYUDANTE.....	326
4.3. OTROS TIPOS DE AYUDA.....	329
5. BIBLIOGRAFÍA.....	330
<b>LA NATURALEZA ÉTICA DE LA MEDIACIÓN .....</b>	<b>333</b>
<i>Maria Carme Boqué Torremorell</i>	
1. LA MEDIACIÓN COMO ACTIVIDAD ÉTICA.....	336
2. EL CARÁCTER AXIOLÓGICO DE LA MEDIACIÓN .....	342
3. EL CORRECTO PROCEDER EN MEDIACIÓN.....	347
4. LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS .....	357
5. BIBLIOGRAFÍA.....	361

LA INTERVENCIÓN EN CONFLICTOS MEDIANTE  
PROCESOS ADAPTATIVOS: VALORES DE LA MEDIACIÓN  
E INTUICIONISMO ÉTICO<sup>1</sup>..... 365

*Ramón Alzate Sáez de Heredia, Cristina Merino Ortiz , Itziar Fernández  
Villanueva y María José Ruiz García*

1. EL AUGE DE LA MEDIACIÓN Y LOS RIESGOS DE SU INSTITUCIONALIZACIÓN .....	367
2. LOS VALORES SUBYACENTES DE LA MEDIACIÓN Y EL INTUICIONISMO ÉTICO .....	369
3. LA COMPLEJIDAD DE LOS CONFLICTOS Y EL ENFOQUE ADAPTATIVO .....	373
4. CONCLUSIONES.....	377
5. BIBLIOGRAFÍA.....	378

LAS RELACIONES FAMILIARES EN EL ÁMBITO DE LA  
EMIGRACIÓN GALLEGA: BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN... 381

*María Luisa López Allegue*

1. INTRODUCCIÓN .....	383
2. CONTEXTUALIZACIÓN .....	384
2.1. CONSECUENCIAS DE LA EMIGRACIÓN.....	385
2.2. DESTINOS DE LA EMIGRACIÓN .....	385
2.2.1. EL CICLO AMERICANO.....	386
2.2.2. EL CICLO EUROPEO.....	386
2.2.3. EL CICLO ESPAÑOL .....	387
2.3. SITUACIÓN ACTUAL.....	387
3. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN.....	387
3.1. FAMILIA TRANSNACIONAL .....	388
3.2. DUELO MIGRATORIO. EMOCIONES Y SENTIMIENTOS.....	389
A) SENTIMIENTOS DE LOS PADRES QUE EMIGRAN.....	390
B) SENTIMIENTOS DE LOS ABUELOS COMO CUIDADORES.....	391
C) SENTIMIENTOS DE LOS HIJOS QUE SE QUEDAN .....	392
3.3. APEGO .....	393
4. ETAPAS DE LA EMIGRACIÓN.....	395
5. LA REESTRUCTURACIÓN FAMILIAR TRAS EL REGRESO: BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN.....	396
5.1. MODELO HARVARD.....	398
5.2. MODELO CIRCULAR-NARRATIVO.....	401
5.3. MODELO TRANSFORMATIVO .....	404
6. CONCLUSIONES.....	407
7. BIBLIOGRAFÍA.....	408

## RELACIÓN DE AUTORAS Y AUTORES

(por orden de aparición)

Raquel Castillejo Manzanares  
Cristina Alonso Salgado  
Federico del Castillo  
Ricardo Fraiman  
Pablo Galain Palermo  
André Lamas Leite  
Gerardo Carballo Martínez  
Ana González-Moro Méndez  
María Jesús García Torres  
Almudena Valiño Ces  
Gloria Novel Martí  
Pilar Paz García  
Elena Miranda Osset  
Alejandra Regueira Iglesias  
José Antonio Veiga Olivares  
Concepción Castillejo Manzanares  
María Carme Boqué Torremorell  
Ramón Alzate Sáez de Heredia  
Cristina Merino Ortiz  
Itziar Fernández Villanueva  
María José Ruiz García  
María Luisa López Allegue



# **NOTAS PARA UN PROYECTO DE MEDIACIÓN POLICIAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA GALLEGA**

**Raquel Castillejo Manzanares**

Catedrática de Derecho Procesal  
Universidad de Santiago de Compostela

**Cristina Alonso Salgado**

Investigadora del Área de Derecho Procesal  
Universidad de Santiago de Compostela



## 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la tendencia mundial resulta inequívocamente favorable a la reorientación de la política criminal, en el ánimo de procurar escenarios diferentes –a los tradicionales, se entiende– en la reacción social ante la criminalidad. Justamente es en este contexto, en el que la Justicia Restaurativa se erige como un nuevo paradigma del Derecho penal –entroncado con la Criminología y Victimología– que focaliza su interés en la participación de las partes en el proceso penal y en el papel resocializador y reparador de la Justicia. Y es que el paradigma restaurativo pretende dar satisfacción a los intereses de la víctima, posibilitar el reconocimiento y reparación del daño ocasionado por parte del victimario, así como permitir que la comunidad intervenga en la rehabilitación del mismo para de este modo prevenir la reincidencia.

Así pues, cabe afirmar que tras esta concepción se asienta una clase de Justicia que pivota en diversos conceptos, tales como la intervención proactiva y voluntaria de las partes; la responsabilidad diseñada en orden a que el victimario asuma la repercusión de sus actos; la reparación, en aras de que la víctima se recupere de lo acontecido; la pacificación para el restablecimiento del diálogo; el reforzamiento de la sociedad, etc.

Es en estos parámetros en los que cabe situar al principal método –por difusión y relevancia– de la Justicia restaurativa, la mediación penal. A juicio de DEL RÍO FERNÁNDEZ<sup>1</sup>, ésta debe ser entendida como un “(...) *procedimiento en el que un tercero neutral intenta, a través de la organización de intercambios entre las partes, que éstas acuerden una solución al conflicto que les enfrenta*”. En otras palabras<sup>2</sup>, “(...) *se trata de restablecer el tejido social roto y buscar un equilibrio entre los intereses de la víctima, el infractor y la comunidad, teniendo en cuenta que, si bien el reproche penal no puede quedar, en la mayoría de los supuestos, al arbitrio de la víctima, se impone la necesidad de poder ofrecer a la misma mayor intervención en la resolución del que, con independencia del interés público, no deja de ser su conflicto (...)*”.

---

1 DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., “Mediación y cambio cultural. Hacia una nueva filosofía penal”, en <http://www.revistamediara.es/articulos/10/mediacion-y-cambio-cultural>.

2 Del señalado autor.

La mediación en el ámbito penal se sostiene sobre la piedra angular de la aplicación de la legislación bajo el horizonte de una política criminal con perspectiva restaurativa. Y ello porque, en primer lugar, el procedimiento mediador garantiza una efectiva protección de la víctima a través la reparación o minoración del daño generado por el hecho delictivo<sup>3</sup>. En el caso de que no exista víctima, la reparación puede llevarse a cabo simbólicamente con la participación de un ente que la represente. En segundo lugar, la mediación responsabiliza al victimario sobre las repercusiones de su acción, y atenúa la rigurosidad de la respuesta penal, proporcionándole recursos para un nuevo aprendizaje. Asimismo, tiene en cuenta las causas reales y consecuencias de la controversia, procurando el método más adecuado para dar satisfacción a las necesidades de las partes. Además, por último, la mediación sirve para restituir la vigencia de la norma y el diálogo social, así como para potenciar la participación de la comunidad<sup>4</sup> en la reconfiguración de la paz social puesta en cuestión por el hecho delictivo<sup>5</sup>.

Más específicamente puede señalarse que la mediación penal comporta para la víctima del hecho delictivo un ámbito de seguridad, diseñado para su reparación, posibilitando de este modo, que se evalúen los daños que le han sido ocasionados<sup>6</sup>. Pero más allá de lo referido a la seguridad, el señalado ámbito permite la creación de un espacio de información, atención y escucha. Y ello porque en este procedimiento la víctima puede exponer sus temores, las repercusiones del daño ocasionado, así como preguntar, cuestionar e informarse de modo directo e intuitivo acerca del proceso judicial<sup>7</sup>.

Ello no obstante, a decir verdad, la mediación penal no sólo comporta implicaciones de interés para la víctima, toda vez que a través de este procedimiento el vic-

3 De igual modo, la víctima va a verse reparada, toda vez que puede manifestar sus temores, limitando así, la incidencia de la tan temida victimización secundaria, *vid.* SECRETARÍA GENERAL DE LA CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS, "Manual de buenas prácticas", en [www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/SRPA/Tab/MBP-Mediacion.pdf](http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/SRPA/Tab/MBP-Mediacion.pdf), consulta a 10/06/2015.

4 Asimismo, en tanto que fortalece el necesario acercamiento entre la ciudadanía y la Justicia y favorece su intervención en un método ágil, cabe destacar que la mediación penal en relación a la comunidad, coadyuva a restaurar la paz quebrantada, constituyendo asimismo un método apropiado para evitar la reincidencia, *vid.* SECRETARÍA GENERAL DE LA CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS, "Manual de buenas prácticas"... , *op. cit.*, consulta a 10/06/2015.

5 *Vid.*, "Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y la Asociación AMEDI para el desarrollo de un programa de mediación en el ámbito penal en Sevilla", en <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/RELACIONES%20INSTITUCIONALES/CONVENIOS/DOCUMENTOSCGPJ/2015-03.pdf>, p. 3, consulta a 15/02/2015. En idéntico sentido, "Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y la Asociación Concerta de Salamanca para aplicar la mediación en el ámbito penal", en <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/RELACIONES%20INSTITUCIONALES/CONVENIOS/FICHERO/2015-49.pdf>, p. 2, consulta a 15/08/2015.

6 Y es que el procedimiento mediador aplicado al ámbito penal genera un ámbito para la comunicación en el que las partes intervienen proactiva y voluntariamente para abordar la infracción y sus repercusiones, *vid.* SECRETARÍA GENERAL DE LA CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS, "Manual de buenas prácticas"... , *op. cit.*, consulta a 10/06/2015.

7 LUIS FEDUCHI, L., SOLER ROQUE, C., NOGUERAS MARTÍN, A. y GIMENO VIDAL, R., "El programa de mediación y reparación a la víctima", en <http://www.sepyrna.com/documentos/articulos/feduchi-programa-mediacion-reparacion-victima.pdf>, p. 94, consulta a 15/08/2015.

Y es que el procedimiento mediador aplicado al ámbito penal genera un ámbito para la comunicación en el que las partes intervienen proactiva y voluntariamente para abordar la infracción y sus repercusiones, *vid.* SECRETARÍA GENERAL DE LA CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS, "Manual de buenas prácticas"... , *op. cit.*, consulta a 10/06/2015.

timario asume de manera efectiva las repercusiones de sus acciones sobre terceras personas<sup>8</sup>. Además, con base en esa asunción, se puede señalar que, a través de la visibilización del relato de la víctima en la línea discursiva, la mediación lleva al victimario a una reflexión que posibilita un cambio en su actitud. Y ello porque, a la vista de lo expresado por la otra parte, debe recapacitar acerca de su comportamiento, reflexionar sobre las causas de su conducta y sobre las repercusiones para la víctima<sup>9</sup>. A partir de ese proceso personal, la mediación penal favorece el tratamiento de la culpa por parte del victimario, en tanto que le posibilita analizar la magnitud del hecho desde una perspectiva que no minimiza su responsabilidad, es decir, desde una perspectiva que siendo crítica, no resulta autodestructiva<sup>10</sup>. Con todo, lo realmente importante es que esa asunción provocada por la mediación, trasciende la asunción de la responsabilidad objetiva, esto es, rebasa la concepción de una responsabilidad nominal o de una fundamentada en el resultado de la comisión del delito<sup>11</sup>.

En conclusión, el procedimiento mediador aplicado al ámbito penal es una manifestación del paradigma restaurativo que favorece la posibilidad de resocializar al victimario y satisface las necesidades de la víctima. Asimismo, en tanto que se articula como un método de solución de controversias que se engendran en la comunidad, adopta una concepción de solución definitiva de las controversias sociales, que contribuye a restaurar la paz social vulnerada por la infracción de la Ley penal<sup>12</sup>.

## 2. MEDIACIÓN POLICIAL: UN CONCEPTO CON ARISTAS

A la vista de todo ello, la mediación resulta un elemento de interés para el sistema de Justicia penal de adultos. En este sentido se ha manifestado un sector significativo de la literatura especializada<sup>13</sup>. Con todo, constituyendo nuestro objeto de estudio el análisis de la posibilidad de implantar un programa de mediación policial en el ámbito de la comunidad autónoma gallega, es necesario detenerse para examinar las interacciones entre la mediación penal y la policial. Es más, resulta imprescindible a examinar el propio concepto de “mediación policial”.

8 Así, al asumir su propia actuación, el victimario se responsabiliza de su actuación, cuestión ésta que, sin lugar a dudas, contribuirá decisivamente a su resocialización.

9 NOGUERES, A., “La mediación en el ámbito penal juvenil. Educar en la convivencia”, en *Educación Social*, 18, 2001, p. 52.

10 NOGUERES, A., “La mediación en el ámbito penal juvenil. Educar en la convivencia”..., *op. cit.*, pp. 52-53.

11 LUIS FEDUCHI, L., SOLER ROQUE, C., NOGUERAS MARTÍN, A. y GIMENO VIDAL, R., “El programa de mediación y reparación a la víctima”..., *op. cit.*, pp. 89-90, consulta a 15/08/2015

12 SECRETARÍA GENERAL DE LA CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS, “Manual de buenas prácticas”..., *op. cit.*, consulta a 10/06/2015.

13 CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género: más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2014; BARONA VILAR, S., *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013; MARTÍN DÍZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010; RÍOS MARTÍN, J. C. (Dir.), *La mediación penal y penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2012, etc.

Y es que, a la hora de abordar la interacción de la actuación policial con la Justicia restaurativa<sup>14</sup>, particularmente con la mediación, se hace preciso extremar todas las cautelas sobre un aspecto, nada trivial. Bajo la etiqueta “mediación policial” se agrupan dinámicas que responden a parámetros bien diferentes. Nada nuevo bajo el sol: se trata de una consecuencia derivada de la necesidad de clasificar nuevas prácticas o institutos. El problema no radica tanto en que se denomine indebidamente una práctica, sino en que esa apelación acabe por generar más confusión que la clarificación que se procura a través de la referida categorización.

Reconocen GALLARDO y COBLER esta dificultad, cuando señalan que “(...) se concluyó que lo que hacíamos los Cuerpos de Seguridad, era Resolución Alternativa de Conflictos y el concepto de Mediación quizás no era el más adecuado; así que surgieron diferentes tendencias que utilizaban esta terminología en contra del de Mediación Policial, de hecho, en algunas Organizaciones aún se habla de RAC (Resolución Alternativa de Conflictos)”<sup>15</sup>. En esta línea, crítica igualmente con las implicaciones del concepto, GOLDSTEIN evita “(...) la palabra mediación y se hace una amalgama de teorización, práctica e investigación para discernir cómo podría la policía desempeñar un nuevo papel que estuviera menos vinculado sólo a la ley, sobre todo en aquellos casos en que esto es posible, siguiendo un criterio de intervención mínima”<sup>16</sup>.

14 De interés CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

GOLDSTEIN, uno de los pioneros en relación a la figura del policía solucionador de problemas “Desarrolló el concepto ‘problem oriented plicing’ (POP). Sugirió que la solución de problemas es la esencia del trabajo policial y abogó para que los policías identifiquen las causas de los mismos. Basado en este concepto se desarrolló un modelo para identificar, analizar y resolver problemas específicos. La primera experimentación formal del modelo de policía orientada a los problemas tuvo lugar en la ciudad de Madison en los Estados Unidos en el año 1981. Se demostró que el Departamento de Policía puede hacer una mejor utilización de los recursos y aumentar la efectividad de los Oficiales de Policía (...)”, en GALLARDO, R. y COBLER, E., *Mediación policial. El manual para el cambio en la gestión de conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 46.

Nótese al respecto, igualmente, que el punto 7 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, Resolución 40/34 de la Asamblea General de 29 de noviembre de 1985, de conformidad con la que “Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas”.

15 GALLARDO, R. y COBLER, E., *Mediación policial. El manual para el cambio en la gestión de conflictos...*, op. cit., pp. 40-41.

16 Continúa señalando REDORTA LORENTE, “Algunos modelos se han llevado a la práctica, por ejemplo el denominado SARA (Scanning, analysis, response, assessment) desarrollado en los Estados Unidos (1987) por el Police Executive Research Forum. En este caso se trata de identificar el problema, analizarlo, actuar para mitigarlo y comprobar si la respuesta funciona. Este modelo ha tenido un seguimiento sistemático al menos hasta 1995”, en REDORTA LORENTE, J., “Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía”, en [www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/130786/180531](http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/130786/180531), p. 32, consulta a 10/01/2015.

El tema cuenta con no pocas implicaciones y, justamente por ello, no podemos sino discrepar cordialmente con GALLARDO y COBLER, cuando señalan: “(...) ¿por qué perdernos en discursos terminológicos?, Resolución Alternativa de Conflictos con la colaboración de la Policía, es mucho más largo y farragoso que ‘Mediación Policial’, y como ésta es una página empezada pero ni mucho menos acabada (...) ¿por qué no hacerlo, como ya hemos dicho?, con la idea de tener un discurso propio: lo que hace la Policía cuando colabora en la resolución alternativa de conflictos es Mediación Policial (...)”. Y continúan indicando “(...) exactamente eso y no otra cosa ¿cómo? Lo iremos viendo a lo largo de estas páginas (eso pretendemos), marcando estilo, contribuyendo a un cambio de paradigma dentro de la Organización Policial, a otra forma de hacer las cosas, en el marco de la Conflictología, en la referencia de la Policía Comunitaria y de Proximidad como eje fundamental de trabajo (sin que podamos, de momento, dejar de lado la visión de una Policía Solucionadora de Problemas y/o intervención, ya que cualquier estrategia de Policía a corto y medio plazo, no puede ni debe renunciar a estos modelos). Pero también es importante y necesaria la terminología, ya que acuñar un nombre supone “ponerle

No se insistirá lo suficiente: la delimitación a través de la que categorizar el proceder policial que aquí se propone resulta más que relevante, toda vez que la asignación de una denominación u otra, comportará la aplicación de un régimen y pautas bien diferentes. Obviar esas diferencias, bajo nuestro criterio, abre la puerta no sólo a la confusión -cuestión ésta nada desdeñable si se considera el tortuoso camino de las *Alternative Dispute Resolutions* en el sistema de Justicia español-, sino también a que se generen unas expectativas que, en tanto que indebidamente asignadas, nunca se van a ver satisfechas.

A nuestro juicio, acertar con la correcta conceptualización debe pasar, necesariamente, por identificar las prácticas que constituyen ejemplos de mediación policial. Y si ya de por sí la irrupción de la mediación ha resultado más que problemática, ni que decir tiene que la misma aplicada al ámbito policial concita en su seno una panoplia nada desdeñable de objeciones. De este modo, lejos de lo que pudiera parecer, insistimos, lo relevante es identificar las diversas prácticas que hoy día se cobijan bajo la denominada “mediación policial”, porque reciban o no debidamente esa etiqueta, resultan recursos de interés para la incorporación de elementos de la Justicia restaurativa en la parte del sistema más vinculada con la actuación policial.

Así las cosas, cuando nos referimos a la mediación aplicada internamente al ámbito policial, en efecto, puede afirmarse, no sin cautela, que estamos en presencia de mediación policial<sup>17</sup>. La apelación a la cautela viene exigida porque, de igual modo podría rebatirse que se categoriza como mediación (intra)policial, lo que en cualquier otro contexto serían claros ejemplos de mediación laboral o incluso organizacional, toda vez que no se solucionan conflictos derivados del ámbito de actuación de la policía, sino de su organización.

Por otra parte, cuando la mediación tiene por objeto el referido ámbito de actuación y es practicada por agentes de policía, cabe la posibilidad de emplear la categorización “mediación policial”, y ello, aun cuando este supuesto es susceptible de generar discusión, toda vez que, bajo nuestro criterio, lo realmente relevante debe ser el objeto de la controversia, o incluso, las especificidades de las partes, y no tanto las referidas a las personas mediadoras. Se podrá argumentar que la presencia policial irradia todo el procedimiento y que, por tanto, se trata de una mediación policial. No cargaremos tintas sobre esta interpretación, a pesar de que cabría entender que un conflicto comunitario, por ejemplo, es comunitario con o sin presencia policial. Ello no obstante, insistimos, ambas interpretaciones son posibles, pues no se trata de un supuesto extraordinariamente diferente a otros bien conocidos en materia de mediación escolar, comunitaria, etc<sup>18</sup>.

---

cará”, y en este aspecto es importante que decidamos cómo llamar a la herramienta, a nosotras nos parece que *Mediación Policial* está muy acertado, y que es apropiado, porque poniendo nombre a las cosas es cuando las ves, las reconoces y puedes empezar a entenderlas y aplicarlas”, en GALLARDO, R. y COBLER, E., *Mediación policial. El manual para el cambio en la gestión de conflictos...*, op. cit., p. 41.

17 Aunque cabría rebatir tal afirmación con base en que en este caso el objeto de la mediación no tiene que ver con la actuación policial, sino con su organización.

18 Piénsese por ejemplo en un conflicto entre el profesorado de un centro educativo: ¿estamos en presencia de una mediación laboral o escolar? Los límites son etéreos, no cabe duda, con todo, ello no debe servir para habilitar otros tantos supuestos en los que, la imprecisión conceptual no puede ser justificada con base en una zona de confluencia. Y es que si no hay un ámbito de común convergencia, lo que hay es, simplemente, una indebida delimitación conceptual.

Cabe, por tanto, identificar los dos supuestos señalados como mediación policial. Ahora bien, en aquellos otros en los que la policía desarrolla otro tipo de prácticas incardinables en la cultura mediadora, resulta más que discutible que de lo que se trate sea de mediación policial. Cuando los agentes efectúan labores del tipo referido –labores, por cierto, más que positivas–, gestionan el conflicto desde una perspectiva metodológicamente heterodoxa, útil y, por supuesto, plausible, pero que no constituye mediación *stricto sensu*. Cabría frente a esto que se señala, alegar que en el ADN de la mediación está su naturaleza flexible. No se pone en cuestión aquí la referida nota, ello no obstante, de la predicada flexibilidad no se infiere, necesariamente, la falta de forma de la mediación. En otras palabras, la ausencia de una concepción unívoca de formalidad no puede servir para negar la estructura mínima del procedimiento mediador, estructura que la inmensa mayoría de la literatura especializada reconoce<sup>19</sup>. Desde una perspectiva estricta, el supuesto analizado suscita no pocas dudas.

Dificultades semejantes se encuentran para defender que el supuesto representado por la opción mediadora aplicada a las quejas y reclamaciones de la ciudadanía frente a una actuación policial, pueda ser categorizado como “mediación policial”. Constituye sin duda, una posibilidad de interés, pero se halla inserta –por extraño que pueda parecer– en la lógica de una suerte de mediación en consumo, y desde luego, en un plano diametralmente diferente al de un procedimiento mediador en el que ambas partes son particulares. Las implicaciones, como resulta fácil observar, son bien diferentes<sup>20</sup>.

Con todo, esta identificación crítica lo es únicamente a los efectos de delimitación conceptual, es decir, en nada obsta, a que prácticas como las referidas sean incluidas en un programa de mediación policial. Muy al contrario, cualquier programa que se precie de un mínimo de coherencia, debiera incorporar la señalada metodología. Y ello porque sin representar ejemplos acabados de mediación policial *stricto sensu*, constituyen *conditio sine qua non* para el correcto aprendizaje de la cultura mediadora. Así pues, con las cautelas apuntadas, no cabe duda de que las

19 Por ejemplo, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que-es-la-mediacion/Protocolos/Guia-para-la-practica-de-la-mediacion-intrajudicial>, consulta a 14/01/2015.

20 Acerca de las diversas modalidades de mediación policial: “Dicho lo cual, y adentrándonos en una posible presentación del esquema en el que configuraremos el entorno ‘Medipol’, apuntaremos su articulación por ámbitos: El primer ámbito versará entre un agente y un ciudadano, y lo denominaremos Mediación Extra-Cuerpo o MEC. La segunda entre componentes de la Institución dada, o Mediación IntraCuerpo (MIC). Y una tercera y no por ello menos importante: entre ciudadanos a título individual o como representantes de un grupo con intereses propios (asociaciones de vecinos, comunidades de propietarios...etc.), donde el agente será el que medie. Denominaremos esta como de Servicio Público, o MSP. A su vez, el Sistema se completaría con dos ámbitos más (cuarto y quinto), que atiendan respectivamente a la resolución de los aquellos conflictos dados entre agentes de distintos Cuerpos, que desempeñen cometidos en una misma demarcación. (Guardia civil / Policía Local – Cuerpo Nacional de Policía/Policía Local). Quizás será en este cuarto ámbito donde las distintas problemáticas deben ser resueltas con mayor esmero y prestancia dadas las implicaciones de más de un Cuerpo, por la concurrencia de funciones en una demarcación dada, y su presumible mayor impacto respecto a la vecindad de dicha demarcación. El quinto atenderá los conflictos entre sindicatos o asociaciones en sus relaciones endógenas e institucionales, así como entre sus representantes”, en TORRENS IBARGUREN, J.G., GUILLEN GESTOSO, C.L. y JUNCO CACHERO, M.S., “Medipol: plan de gestión integral de resolución de conflictos, para fuerzas y cuerpos de seguridad”, *Revista de Mediación*, Año 6, N° 12, 2º semestre 2013, p. 43.

señaladas problemáticas pasadas por los referidos tamices metodológicos, son susceptibles de ser derivadas a una mediación *lato sensu*.

A este respecto se debe traer a colación el “Informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Thomas Hammarberg, referente a la gestión eficaz e independiente de las reclamaciones contra la policía”, en el que se hace una prolija identificación de supuestos en los que una interacción incorrecta o, al menos, insatisfactoria entre la sociedad y la policía, puede ser gestionada –siempre que de la misma no se derive un proceso de investigación<sup>21</sup>– a través de la mediación. En particular, cabe destacar sus puntos 59-61, de conformidad con los que *“El agente de policía que se haga cargo de gestionar una reclamación para la que se ha considerado oportuno un proceso de mediación deberá trabajar para recopilar información sobre la reclamación, saber cómo quieren proceder tanto la persona reclamante como el agente objeto de la reclamación, y, en su caso, designar un mediador. Algunos ejemplos de cómo se puede resolver satisfactoriamente y dentro de un plazo aceptable una reclamación por la vía de la mediación: que un miembro del cuerpo de policía de rango superior dirija una carta a la persona reclamante en la que exponga los motivos de la actuación que ha motivado la reclamación y, en su caso, una disculpa; (...) con un encuentro entre la persona reclamante y el agente que ha sido objeto de reclamación, con la presencia de representantes, en su caso, y bajo la supervisión de un miembro del cuerpo de policía de rango superior o un mediador independiente”*.

En otro orden de cosas, es preciso destacar un reparo de relevancia nada desdeñable. Y es que, a la vista del ámbito competencial de la policía<sup>22</sup>, es preciso preguntarse: ¿cómo podría tener lugar esa mediación? Está claro que si la mediación se emplea a nivel interno para solucionar conflictos intra-policiales o se practica por agentes sobre conflictos previamente derivados, dada la ausencia de especificidades de relevancia, el procedimiento no presenta dificultad alguna. Así pues, responder a la pregunta exige dejar estos supuestos al margen, y centrarnos en el que, a nuestro juicio, atesora una naturaleza sino más genuina, desde luego sí más prototípica de lo que intuitivamente puede ser considerado como “mediación policial”: la mediación “en caliente”<sup>23</sup>. Lejos de lo que inicialmente pudiera pensarse, en este tipo de pro-

21 En este sentido puede destacar el proyecto “Medipol”: *“Avanzando en materia daremos cinco reglas (en relación al conflicto), de cumplimiento necesario para que se encuadre en un escenario Medipol: 1 Se atenderá siempre en relación a aquellos conflictos, en los que al menos un agente o agentes sean parte activa y en discordancia en virtud de una actuación, negligencia o dejación, y por la que puedan ser reputados como parte de dicho conflicto, en relación a un compañero o un ciudadano legitimado. Y siempre en virtud de la filosofía del Modelo. 2 Que dicho conflicto repercute o pueda repercutir en el ejercicio de los Derechos y Libertades de las partes, y precaricen o puedan precarizar el Orden Público y/o la Paz Social. 3 Que los hechos objeto del conflicto, no sean a su vez reputables como ilícito penal o administrativo. 4 Que los hechos objeto del conflicto no se encuentren judicializados o incurso en expediente disciplinario, pendiente de sentencia o resolución. 5 Que se acepte voluntariamente por las partes el proceso Medipol. Por ello señalaremos que no todos los conflictos policiales, serán aquellos de entidad y catalogados previamente por ámbitos de actuación, e incluibles en la filosofía del Sistema en virtud de las anteriores premisas (...)”*, en TORRENS IBARGUREN, J.G., GUILLEN GESTOSO, C.L. y JUNCO CACHERO, M.S., “Medipol: plan de gestión integral de resolución de conflictos, para fuerzas y cuerpos de seguridad” ..., *op. cit.*, p. 43.

22 A excepción de allí donde se especifique, entiéndanse las referencias a la “policía” de modo genérico, esto es, más allá de cualquier tipo de diferenciación.

23 *“En este punto observaremos que a pesar de la juventud de la que llamamos mediación policial, ya se están definiendo sus contenidos de actuación a nivel formativo, donde ya queda bien claro y definidos que es la mediación en sí misma (intervenciones más apuradas que se alargan en el tiempo) y las intervenciones media-*

cedimiento mediador –“en caliente” esto es, *in situ*, en el momento–, se cumplirían las exigencias de una concepción estricta de mediación policial, toda vez que este tipo de mediación desarrollada sobre el terreno, únicamente<sup>24</sup> puede ser practicada por la policía. En esta modalidad, no cabe duda de que la mediación versa sobre el ámbito de actuación de la policía y que, en muchos casos, no admitirá derivación a una mediación posterior, motivo por el que, la mediación así desarrollada, resulta inequívocamente policial. Y es que, en no pocos casos, ante un requerimiento de actuación por parte de la policía, la derivación a una mediación posterior puede ser la bocanada de oxígeno que acabe por avivar el conflicto. Por eso, en esos supuestos, la posibilidad de efectuar –si las condiciones lo permiten– una mediación en el momento, puede servir sino para solucionar la controversia, para por lo menos amornar su virulencia, entrando así en una lógica de gestión del conflicto que entronca directamente con la orientación preventiva del sistema de Justicia penal<sup>25</sup>.

Con esto que se señala, se destaca la posibilidad mediadora de los agentes y no únicamente su capacidad para identificar un supuesto mediable para proceder a su derivación. Se trata, como sabemos, de cuestiones íntimamente relacionadas, pero bien diferentes. Si de lo que se trata es de que los agentes deriven a las partes de un conflicto a una mediación posterior, cabe la posibilidad, en primer lugar, de que medien miembros de la policía. Tal y como se señalaba anteriormente, sin negar que este supuesto pueda ser categorizado como “mediación policial”, no dejaremos de destacar las necesarias cautelas al respecto porque, como tantas veces se ha señalado, la profesión o formación de origen no determina la concepción del rol del mediador.

Pero desde luego cabe también la opción de que, derivado el supuesto, los mediadores no sean agentes de la policía, en este caso, ¿la mera derivación debe categorizarse como “mediación policial”? Es más: ¿por qué debería desarrollarse esa mediación por mediadores-policías pudiendo ser practicada con idénticas posibilidades, por cualquier otro profesional de la mediación que no contase con la referida nota? A nuestro juicio, buena parte de la respuesta viene determinada por el acto de derivación al procedimiento mediador, que constituye un elemento fundamental de

---

*doras sobre terreno (intervenciones más cortas) en la que muchas veces lo que aplican los agentes son habilidades comunicativas, técnicas de persuasión, y mediación sin un seguimiento posterior, que evita en muchas ocasiones la escalada del conflicto aunque no lo resuelva, y represente una situación de presión por motivo del recurso tiempo”, en TOLEDO FERNÁNDEZ, M.T., “La mediación en la policía”, en [www.policia.canaria.com/sites/.../la-mediacion3b3n-en-la-police3ada.pdf](http://www.policia.canaria.com/sites/.../la-mediacion3b3n-en-la-police3ada.pdf), p. 15, consulta a 10/01/2015.*

*“Una de las distinciones relevantes que nos parecen aplicables es la distinción de las intervenciones en función del tiempo que requieren. Así, no es lo mismo una intervención puntual que una intervención en un problema que se ha enquistado (Short-term and long-term mediation). De este modo se puede considerar que el tiempo es un factor crítico de la mediación policial.*

*Una de las otras distinciones relevantes de la mediación policial, de acuerdo con los autores que vamos siguiendo, es que ésta se distingue de la mediación formal por la necesidad de trabajar en situaciones donde no se ha producido una invitación o consentimiento previo para mediar, y en todo caso se ha de conseguir en el mismo momento. Finalmente, entiende que la distancia social y las obligaciones legales condicionan los criterios de casos en los que se puede intervenir”, en REDORTA LORENTE, J., “Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía” ..., *op. cit.*, p. 37.*

- 24 ¿Quién sino? Los trabajadores y educadores sociales, por ejemplo, no están en todas partes y no son requeridos en cualquier momento del día o de la noche para solucionar un problema.
- 25 Incluso, una vez practicada la primera de las sesiones, podría derivarse a un centro de mediación en el que la mediación fuese asumida por esos mismos agentes o, incluso –siempre en atención a las específicas circunstancias–, por otros profesionales de la mediación.

cualquier servicio de estas características. Asimismo, excepto en aquellos en los que la especificidad del conflicto aconseje la derivación a un determinado perfil de mediador/centro de mediación, el rol de mediador desarrollado por un agente afianza el elemento social de la policía, con todo lo que ello implica a nivel comunitario. Así pues, vencida la crítica relativa a que la mediación ejercida por un agente comporta una suerte de coacción por la irrenunciable nota de la voluntariedad de la mediación, incluso en este supuesto de derivación, la mediación policial entraña ventajas para la comunidad, en absoluto desdeñables.

Con todo, no se insistirá lo suficiente en el señalado carácter genuino de la mediación policial “en caliente”. En esta específica modalidad, no cabe duda de que únicamente pueden participar como facilitadores los mediadores-policías y que se opera sobre su ámbito de actuación y no sobre cualquier otro. Siendo ello así, no cabe duda de que la respuesta a la pregunta de inicio acerca del modo de desarrollar esa mediación policial vendrá condicionada por el contexto en el que se celebre el procedimiento. La modalidad *in situ* comportará, en no pocos casos, implicaciones en materia de tiempos, de confidencialidad del procedimiento, etc., cuestiones todas ellas que deberán ser abordadas y solventadas por los agentes sobre la marcha.

Como venimos de analizar, no son pocas las dificultades que atenazan a la mediación policial. Muchas de ellas derivan de la naturaleza impropia de todas sus vertientes. Esta naturaleza impropia viene determinada porque “(...) *en su proceso más típico, descansa sobre dos patas: un uso diferente de la relación de poder, en el que se parte de la base de la capacidad de las partes para resolver su propio conflicto (autocomposición del conflicto) y, por otro lado, sobre la creación de confianza entre las partes. Esto comporta problemas inmediatos cuando se aplica al campo policial*”<sup>26</sup>. La referida naturaleza se infiere, asimismo, de su carácter híbrido, a medio camino entre el ámbito penal, el comunitario, etc.

Entre el marco de dificultades de la mediación policial cabe destacar, en primer lugar, que la misma puede poner en tela de juicio el concepto tradicional de autoridad, dada la condición de autoridad pública de los miembros de la policía. Además, en segundo lugar, las especificidades de la mediación policial friccionan con algunos de los principios tradicionales de la mediación. Y es que, por ejemplo, un agente únicamente puede ser imparcial dentro de los umbrales determinados por su marco competencial, toda vez que una de sus funciones es la de protección, con todo lo que ello comporta en cuanto al orden público, o cuando hay derechos fundamentales en juego<sup>27</sup>. De igual modo, resultan evidentes las interacciones que dificultan la confidencialidad del procedimiento, en tanto que, en no pocos casos, las actuaciones se desarrollan en espacios sin privacidad. Otro tanto cabría señalar con respecto a la neutralidad<sup>28</sup> y a la voluntariedad del procedimiento, en atención

26 REDORTA LORENTE, J., “Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía” ..., *op. cit.*, p. 31. Y es que para el mismo autor (p. 36), “El problema de la autoridad se convierte, a partir de aquí, en un problema de legitimidad. ¿Qué legitima al agente a mediar? Ahora se entiende por qué la línea seguida hasta ahora con la policía no se ha llamado ‘mediación’ sino ‘resolución de problemas’ (problem-solving) o bien ‘negociación razonada’ (négotiation raisonnée)”.

27 TOLEDO FERNÁNDEZ, M.T., “La mediación en la policía” ..., *op. cit.*, p. 8, consulta a 10/01/2015.

28 Sobre la neutralidad existen más matices, pues se argumenta en no pocas ocasiones que es imposible ser neutral ante los conflictos, siendo obligada, en esta lógica, la imparcialidad y no la neutralidad. De interés: BARONA VILAR, S., “La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia”, *Tirant Online*,

a aspectos tales como, por ejemplo, la presencia del agente durante la prestación del consentimiento. Se trata "(...) *en esencia, el problema del poder. En la medida en que la mediación parte de la base de que el tercero que la practica sólo tiene autoridad sobre el proceso y no puede tomar el menor asomo de decisión, puesto que esto forzaría la voluntariedad de las partes afectadas, no sólo tenemos un problema de una posible carencia de neutralidad (según como sea el caso) sino que se tiene que ver cómo el agente es percibido más por sus habilidades profesionales que por el valor de su estatus de autoridad y representante del orden público*"<sup>29</sup>.

Así pues, para poder viabilizar el procedimiento y acomodar los principios de la mediación a su práctica en el ámbito de actuación de la policía, es preciso abrazar un concepto amplio de mediación para cualquiera de sus variantes, sean estrictas o latas. Y es que la mediación aplicada al ámbito policial "(...) *requiere renunciar a antiguos paradigmas de imposición autoritaria motivo por el cual se ve a la mediación y la resolución de conflictos como algo novedoso y algo que cuando se inicia provoca recelos (...) La mediación policial se ha de diferenciar de los procesos habituales de mediación (...)*"<sup>30</sup>.

Es por ello que, en definitiva, entendiendo los reparos que, a modo de resistencia, se oponen a la incorporación de la mediación en el ámbito de actuación de la policía, manifestadas todas las cautelas y evidenciadas las diferentes significaciones de los referidos subtipos de mediación, –esto es, más allá de su proceso más prototípico<sup>31</sup>– coincidimos con REDORTA LORENTE cuando señala que cabe hablar de "(...) *mediación, en un sentido amplio, para referirse al campo más amplio del ADR (Alternative Dispute Resolution), también denominado MESC (medios extrajudiciales de solución de conflictos). Y se utiliza también la expresión francesa MARC (Moyens Alternatifs de Résolution de Conflicts). No utilizar el concepto mediación en el sentido correcto también suele llevar a confusión. La palabra tiene, pues, un doble uso*"<sup>32</sup>.

TOL2.313.226; GORDILLO SANTANA, L.F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 220-221, etc.

29 REDORTA LORENTE, J., "Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía" ..., *op. cit.*, p. 36.

30 TOLEDO FERNÁNDEZ, M.T., "La mediación en la policía" ..., *op. cit.*, p. 12, consulta a 10/01/2015.

31 "Podemos resumir diciendo que la mediación policial es un concepto nuevo, aún no arraigado como tal, pero que ya empieza a teorizarse, aun cuando la principal línea de trabajo tiene que ver con el policía como solucionador de problemas. Los parámetros más clásicos de la mediación no sirven para la mediación policial, que tiene que ser entendida como una práctica y una técnica nueva por la especificidad de la función policial", en REDORTA LORENTE, J., "Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía" ..., *op. cit.*, pp. 37-38.

32 REDORTA LORENTE, J., "Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía" ..., *op. cit.*, pp. 30 y ss. El propio autor (p. 37) trae a colación otras opiniones de interés: "Buerger, Petrosino y Petrosino (2000) hablan ya específicamente de Police Mediation, es decir, no ya de resolución de problemas (que también lo es), sino de mediación policial de forma específica. Es un trabajo clave para comprender que la mediación policial ya es un concepto que se está asentando como tal y que abarca más que la visión de solución de problemas, en la medida que la mediación comporta cambios de actitudes y, por lo tanto, afecta a toda la organización".

En línea semejante CRUZ PARRA abraza también un concepto amplio de mediación cuando señala: "Podemos decir que la mediación policial es aquella que se realiza en el seno de las instituciones policiales. Pero no nos referimos a la mediación informal que ha hecho el patrullero de toda la vida en la calle, sino a procedimientos formales de mediación desarrollados por servicios policiales específicamente destinados a ese cometido. Dichos servicios podrán estar integrados por mediadores externos, como el que coordinamos en la Jefatura de Policía de Granada, o por los propios agentes de policía (...)", en CRUZ PARRA, J.A., *La mediación*

De este modo, aún asumiendo algunas de las objeciones que el concepto “mediación policial” comporta, a nuestro juicio, no se puede medir la mediación aplicada al ámbito de actuación policial desde los parámetros de la mediación más tradicional o prototípica, pues el carácter impropio de este tipo viene determinado por la propia especificidad de un objeto<sup>33</sup> que, tal y como se señalaba *supra*, es el resultado mestizo de una hibridación de diversos ámbitos.

En definitiva, aplicando la perspectiva de una mediación tradicional, todas las demás variantes presentan dificultades de relevancia. Y ello porque, bajo ese enfoque, la mediación policial cuenta con una naturaleza impropia, naturaleza en la que tiene cabida un amplio abanico metodológico que, más allá de los umbrales de la mediación e inserto en la cultura ADR, se orienta en la línea de gestionar los conflictos en estado de letargo, aquéllos sin solución aparente, aquéllos que –más allá de las instancias tradicionales– únicamente pueden ser abordados, en definitiva, desde una perspectiva heterodoxa. Con todo, la afirmación taxativa en relación a la naturaleza impropia de la mediación policial no puede inducir a equívoco. En efecto, a pesar de la hibridación de campos, no se puede negar la inequívoca preeminencia del ámbito penal –entiéndase pues, el enfoque del presente trabajo– en la mediación policial, cuestión ésta por la que este subtipo de mediación resulta de interés desde la perspectiva del cambio de paradigma del Derecho penal, de la Justicia restaurativa.

### 3. PROYECTO DE MEDIACIÓN POLICIAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA GALLEGA

Acreditada la virtualidad e identificadas las especificidades del concepto, interesa ahora analizar la eventual implantación de un proyecto de mediación en la Comunidad Autónoma Gallega. Con este horizonte, el de incorporar este recurso en el referido ámbito, es preciso detenerse a examinar una serie de ítems que constituyen elementos de una importancia nada desdeñable a la hora de llevar a efecto, con todas las garantías, la referida implantación. El señalado examen no puede entenderse sin insistir, nuevamente, en la preeminencia del ámbito penal tanto en el concepto de mediación policial, como en el proyecto que aquí se propone.

Efectuada la cautela, el primero de los ítems a destacar –y sin duda uno de los más relevantes– es el relativo a la formación en la mediación policial. Y es que, para edificar un acuerdo reparador, resocializador y comunitario<sup>34</sup>, fundamentado en la posibilidad de que la víctima pueda manifestar las repercusiones del delito, y que el autor tenga la oportunidad de reconocer lo acontecido, resulta imprescindible crear un ámbito seguro, legítimo y que posibilite un clima de confianza entre las partes involucradas. Justamente por estos motivos, para proporcionar a la comunidad un

---

*penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones*, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Granada, 2013, p. 433.

33 Fundamentalmente.

34 TULA, A. R., “La mediación víctima-victimario que involucra a personas menores de edad como infractores, en el marco de la justicia restaurativa”, en [www.redesalternativas.com.ar/nmpenal.htm](http://www.redesalternativas.com.ar/nmpenal.htm), consulta a 15/08/2015.

instrumento eficaz para la solución de las controversias a través de la comunicación, esto es, pacíficamente, resulta de interés el canal que habilita la mediación policial.

En orden a la consecución de las finalidades señaladas, resulta imprescindible instruir a la policía<sup>35</sup> en el ámbito de la mediación desde una perspectiva amplia. Por ello es necesario que el primer tramo del programa pivote en torno a la impartición de cursos orientados a formar a los agentes en aquellas habilidades que resultan imprescindibles para el correcto desarrollo del papel de mediador, particularmente en lo referido a la necesaria modificación de determinados aspectos vinculados con el específico modo de ejercer la autoridad<sup>36</sup>.

Al respecto es preciso diferenciar tres tipos de aptitudes, destrezas y habilidades relacionadas con el reconocimiento de las personas, con la eficacia del proceso y con el reconocimiento del conflicto. Así, en primer lugar, con respecto al reconocimiento de las partes, el agente habrá de, entre otras cuestiones, comunicarse de manera eficiente para lograr ser considerado como un interlocutor válido, aplicando la escucha activa y la asertividad, controlando sus propios impulsos, -esto es, manteniendo el equilibrio, para de este modo controlar la implicación personal en la controversia- y, finalmente, desarrollar el reconocimiento del otro<sup>37</sup>.

En segundo lugar, en cuanto a la eficacia del proceso, más allá de lo *supra* señalado, el agente deberá intervenir en el espacio público con eficacia, en particular, en la interacción con grupos, empleando para ello los recursos propios de la negociación, así como las técnicas específicas de la mediación policial<sup>38</sup>.

Por último, el agente deberá, en relación al reconocimiento de la controversia, primeramente y con carácter preliminar, analizar la legalidad del supuesto a los efectos de evaluar la viabilidad de la mediación, determinando si la intervención puede ser, en su caso, de corta duración e identificando los supuestos que, dada su idiosincrasia, son susceptibles de ser derivados a servicios de mediación externa. Analizados estos aspectos de naturaleza preliminar, el agente deberá identificar los patrones de conflicto más básicos y comunes, así como examinar los riesgos personales de la intervención, cuestión ésta para la que se deberá efectuar un minucioso estudio de los intereses espurios y una cuidada gestión de la tensión, la agresividad leve, etc<sup>39</sup>.

Así las cosas, en el ánimo de poder lograr los objetivos *supra* señalados, se hace preciso incorporar a la formación básica de los agentes en el ámbito territorial de Galicia -sean de la Guardia Civil, sean de la Policía Nacional, etc.-, las competencias propias de la gestión alternativa de conflictos, así como, específicamente, de la mediación policial. De igual modo, la correcta implantación del programa de mediación policial, así como su eventual desarrollo exigen que, más allá de la referida formación básica, se establezca específicamente un programa de especialización o

35 En sentido amplio.

36 REDORTA LORENTE, J.M., "Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de Policía"... , *op. cit.*, pp. 43 y ss., consulta a 15/08/2015.

37 REDORTA LORENTE, J.M., "Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de Policía"... , *op. cit.*, pp. 43 y ss., consulta a 15/08/2015.

38 REDORTA LORENTE, J.M., "Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de Policía"... , *op. cit.*, pp. 43 y ss., consulta a 15/08/2015.

39 REDORTA LORENTE, J.M., "Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de Policía"... , *op. cit.*, pp. 43 y ss., consulta a 15/08/2015.

perfeccionamiento en la mediación y gestión de conflictos, contextualizado en la concepción de la policía como servicio público.

Con todo, además de la formación de los agentes, no cabe duda de que la viabilidad del proyecto de mediación policial dependerá en muy buena medida del grado de concienciación de los actores del sistema de Justicia penal –aun cuando no sólo de este ámbito–, desde el Ministerio Público, los órganos jurisdiccionales, hasta los abogados, secretarios judiciales, etc. Y ello, fundamentalmente, por la falta de específica regulación de la mediación<sup>40</sup>, en particular en cuanto a sus consecuencias<sup>41</sup>. En otras palabras, dado el actual contexto, únicamente en presencia de un acuerdo entre los señalados operadores jurídicos se posibilita una adecuada determinación de los criterios de intervención que, a la postre, permita el desarrollo del programa de mediación policial.

El segundo ítem a analizar, en la línea de examinar la viabilidad de la implantación de un proyecto de mediación en el Comunidad Autónoma Gallega, viene determinado por el ámbito de actuación del mediador policial. En efecto, una correcta implantación exige satisfacer cuestiones tales como que la policía identifique el valor de poder intervenir constructivamente en determinadas controversias, que la organización de la policía, dentro de su propio marco, promocióne no sólo el procedimiento mediador, sino también los restantes métodos *Alternative Dispute Resolution*<sup>42</sup>, etc. De igual modo, una implantación adecuada exige que se seleccionen debidamente aquellos supuestos susceptibles de intervención. A estos efectos, debieran considerarse criterios como, en primer lugar, que los umbrales legales estén perfectamente determinados, para así proporcionar seguridad al agente. En segundo lugar, deben ser considerados los parámetros de evaluación, para valorar en su justa medida cuestiones tales como el elemento temporal. Y ello porque, incluso en intervenciones cortas, el procedimiento mediador exige cierto tiempo.

En tercer lugar, debe considerarse que, particularmente en cuanto a la perspectiva de la prevención, la mediación será mucho más efectiva cuanto antes se aborde el conflicto<sup>43</sup>, para de este modo detener la escalada del conflicto<sup>44</sup>.

Como es sabido, el procedimiento mediador resulta potencialmente posible en supuestos diferentes en función del marco competencial de cada uno de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. De este modo, en relación a la Policía Nacional<sup>45</sup> se pueden subrayar, entre otros, los hechos delictivos contra la libertad, contra el patrimonio, contra el honor, etc.

En cuanto a la Policía Local cabe destacar las posibilidades que para la mediación representan, por ejemplo, determinados hechos delictivos contra el patrimonio.

Por último, aun cuando pudiera parecer una obviedad, es preciso destacar que, tal y como acontece en la mediación general, en el subtipo policial, que se iden-

40 En los términos que aquí se defienden.

41 Con las reuniones periódicas que se determinen.

42 REDORTA LORENTE, J.M., “Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de Policía”..., *op. cit.*, pp. 34 y ss., consulta a 15/08/2015.

43 Siempre que sea posible.

44 REDORTA LORENTE, J., “Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía”..., *op. cit.*, p. 41, consulta a 15/08/2015.

45 Téngase presente a estos efectos el paralelismo grosso modo con la Guardia Civil.

tifiquen supuestos susceptibles de ser derivados a mediación, no significa que, en efecto, esos casos sean mediables. Y ello porque la mediabilidad habrá de valorarse en función del análisis concreto de las circunstancias de cada supuesto. De entre las referidas circunstancias habrá que estar, en particular, a la significación subjetiva del delito, con independencia de su calificación jurídico-penal<sup>46</sup>, así como a las condiciones subjetivas de las partes, sea por sus diferentes capacidades personales, sea por la situación coyuntural de las mismas<sup>47</sup>. En efecto, el hecho delictivo debe contar con un elemento personal de importancia para meritar el empeño del procedimiento mediador. Del mismo modo, es necesario que se determine la susceptibilidad de las partes y del hecho para que la controversia subyacente pueda ser resuelta con carácter más estable, para así incidir en la prevención de hechos de este tipo en el futuro<sup>48</sup>.

#### **4. UNA PROPUESTA DE PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA UN EVENTUAL PROYECTO DE MEDIACIÓN POLICIAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA GALLEGA**

Acreditadas las posibilidades y analizados algunos de los vectores más relevantes para la implantación de un programa de mediación policial, corresponde ahora detenerse a analizar, aun cuando someramente, las líneas básicas de configuración para una eventual propuesta de protocolo de actuación para el desarrollo de un proyecto de mediación policial en la comunidad autónoma gallega.

Así las cosas, ante la presunta perpetración de un hecho delictivo, la intervención mediadora de la actividad de la policía puede orientarse a través de diversos canales. El primero de los referidos canales puede identificarse cuando los agentes en patrulla intervienen, de oficio o a instancia de parte, en una controversia. En este supuesto, serán los miembros de la policía los que, en función de la clase de conflicto y de la posición y circunstancias de las partes, examinarán la pertinencia de la mediación. Igualmente, en atención a la dificultad del supuesto y al estado de las partes, ese análisis determinará si el procedimiento mediador se celebra *in situ*, o si por el contrario se deriva al centro de mediación<sup>49</sup> o a dependencias policiales. A la hora de tomar una determinación al respecto, los miembros de la policía deberán tener presentes las no pocas dificultades que se infieren de la celebración *in situ* del procedimiento mediador: las circunstancias del lugar, las posibilidades reales de privacidad, la necesidad de gestionar el conflicto en poco tiempo, etc.

46 Dentro del marco que venimos de analizar.

47 <http://www.fundacionmediara.es/index.php/mediacion/mediacion-penal>, consulta a 10/08/2015.

48 DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA VICECONSEJERÍA DE JUSTICIA DIRECCIÓN DE EJECUCIÓN PENAL DEL GOBIERNO VASCO, "Proyecto de mediación penal en la comunidad autónoma del país vasco", en [www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/Doc%20Temporales/ DocsPublicacion/FI-CHERO/ponencia-%20XAVIER%KARLOS%ECHEBARRIA.%20M.Pena%20CEJ%20nov.08\\_1.0.0.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/Doc%20Temporales/DocsPublicacion/FI-CHERO/ponencia-%20XAVIER%KARLOS%ECHEBARRIA.%20M.Pena%20CEJ%20nov.08_1.0.0.pdf), pp. 6 y ss., consulta a 10/06/2015.

49 Cuando se considere que, siendo el caso mediable, su específica problemática requiere de un conocimiento más especializado.

En el caso de que se considere la mediación como una opción viable, apropiada y de interés, se dará cumplida información a las partes acerca del funcionamiento del señalado método. El orden, a los presentes efectos, resulta más que relevante. Así pues, una vez informado y conforme el presunto infractor, se procederá a informar a la víctima para que ésta, en función de sus necesidades e intereses, evalúe su intervención en la mediación.

Conformes ambas partes, tal y como se anticipaba *supra*, el policía mediador debe decidir si llevar a cabo el procedimiento mediador *in situ*, o si derivarlo a dependencias policiales o al centro de mediación<sup>50</sup>. En todos los casos, ambas partes –también el mediador– deberán firmar el documento de aceptación voluntaria e informada del procedimiento mediador.

Cabe destacar un segundo canal para la intervención mediadora de la actividad de la policía, cuando, en primer lugar, una de las partes involucradas en un conflicto se haya presentado en dependencias policiales para interponer una denuncia y, tras el examen del policía mediador, se haya estimado adecuada la mediación. Tal y como se señalaba *supra*, se le facilitará a la referida parte cumplida información acerca del funcionamiento de la mediación y, si prestara su conformidad, se informará a la otra parte sobre la posibilidad de la mediación para la resolución de la controversia. Si ambas partes prestasen su consentimiento, serán convocadas a un encuentro en el que se deberá firmar el señalado documento de aceptación voluntaria e informada del procedimiento mediador.

Idéntico canal<sup>51</sup> cabrá cuando alguna de las partes involucradas en una controversia se haya presentado en dependencias policiales para solicitar que se dé inicio a una mediación. En este caso, tal y como se analizaba anteriormente, se informará a la otra parte acerca de la posibilidad mediadora. Conformes ambas partes, serán convocadas a un encuentro en el que se deberá firmar el documento de aceptación voluntaria e informada del proceso de mediación.

De igual modo cabrá acudir a esta vía cuando sea una institución, organismo, asociación o ente el que informe acerca de la existencia de una controversia. En este caso, se contactará con las partes con el objeto de mantener una entrevista individual con cada una de ellas, en la que se les informará acerca del funcionamiento de la mediación. Si ambas consienten, serán convocadas a un encuentro en el que se deberá firmar el documento de aceptación voluntaria e informada del procedimiento mediador.

Firmado el referido documento, con independencia de la manera en la que la mediación fuese iniciada, esto es, con independencia del canal para la intervención mediadora, a continuación se entrevistará a las partes individualmente, con el objeto de reunir la información que se considere de interés en relación a la controversia, así como para que adjunten la documentación y todo lo que pueda contribuir al correcto transcurso de la mediación. De igual modo, se les proporcionará cumplida información sobre el funcionamiento de este método ADR, así como sobre sus di-

50 En estos dos últimos supuestos, deberá convocarse a las partes en una fecha y hora específicas.

51 Evidentemente, se ha optado por seleccionar los principales canales de interés, esto es, sin ánimo de agotar todas las posibilidades.

ferencias con respecto a los restantes procedimientos y/o administrativos<sup>52</sup>. Todo el caudal informativo recopilado será documentado en el denominado “Registro de intervención”.

Se informará al Ministerio Público tanto de la derivación de una controversia al procedimiento mediador, como de su finalización. En el caso de que la mediación se efectuase en un único acto, el traslado de la referida información se realizará conjuntamente. Por el contrario, si el procedimiento mediador se efectuase a través de diversas sesiones, en primer lugar, lógicamente, se informará de la derivación y, en segundo lugar, de la conclusión de la mediación, sea con acuerdo, sea sin él. En este último caso, si no se alcanzase un acuerdo, se dejará constancia en el acta de la falta de acuerdo y se continuará con los trámites legalmente previstos. Si por el contrario se lograse acuerdo entre partes, además de comunicar tal circunstancia al Ministerio Público, habrá de efectuarse un completo seguimiento de su cumplimiento. En este sentido, transcurrido un mes, el mediador policial contactará con las partes para fiscalizar el grado de ejecución de los pactos acordados. En caso de que el cumplimiento cumpla con lo acordado, se finalizará el expediente y se efectuará una supervisión del nivel de satisfacción para, de este modo, llevar a cabo una evaluación del recurso de mediación<sup>53</sup>.

Asimismo, con carácter anual deberá elaborarse un informe en el que se tratará estadísticamente los datos derivados del programa y que incorporará un pormenorizado análisis de los mismos. Particularmente, deberá determinarse la cifra de casos tramitados con especificación del índice de éxito; indicación de la ubicación en la que cabe situar el conflicto; examen del tiempo de respuesta en la resolución de cada supuesto y del perfil básico de las partes involucradas en los conflictos, así como su grado de satisfacción con el servicio prestado.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

“Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y la Asociación AMEDI para el desarrollo de un programa de mediación en el ámbito penal en Sevilla”, en <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/RELACIONES%20INSTITUCIONALES/CONVENIOS/DOCUMENTOSCGPJ/2015-03.pdf>.

“Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y la Asociación Concierta de Salamanca para aplicar la mediación en el ámbito penal”, en <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/RELACIONES%20INSTITUCIONALES/CONVENIOS/FICHERO/2015-49.pdf>.

BARONA VILAR, S., “La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia”, *Tirant Online*, TOL2.313.226.

BARONA VILAR, S., *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

52 POLICÍA LOCAL DE VILA-REAL, “Umepol. Unidad de Mediación Policial”, [http://www.vila-real.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2\\_8443\\_1.pdf](http://www.vila-real.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_8443_1.pdf), p. 10, consulta a 01/08/2015.

53 <http://www.mediacionpolicial.es/3.html>, consulta a 01/08/2015.

- CASTILLEJO MANZARES, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género: más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2014.
- CASTILLEJO MANZARES, R. (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012.
- CRUZ PARRA, J.A., *La mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones*, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Granada, 2013.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., “Mediación y cambio cultural. Hacia una nueva filosofía penal”, en <http://www.revistamediara.es/articulos/10/mediacion-y-cambio-cultural>.
- DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA VICECONSEJERÍA DE JUSTICIA DIRECCIÓN DE EJECUCIÓN PENAL DEL GOBIERNO VASCO, “Proyecto de mediación penal en la comunidad autónoma del país vasco”, [www.poderjudicial.es/stfls/cgpi/Doc%20Temporales/DocsPublicacion/es/DocsPublicacion/FICHERO/ponencia-%20XAVIER%20KARLOS%20ECHEBARRIA.%20M.Penal%20CEJ%20nov.08\\_1.0.0.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpi/Doc%20Temporales/DocsPublicacion/es/DocsPublicacion/FICHERO/ponencia-%20XAVIER%20KARLOS%20ECHEBARRIA.%20M.Penal%20CEJ%20nov.08_1.0.0.pdf).
- GALLARDO, R. y COBLER, E., *Mediación policial. El manual para el cambio en la gestión de conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GORDILLO SANTANA, L.F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.
- LUIS FEDUCHI, L., SOLER ROQUE, C., NOGUERAS MARTÍN, A. y GIMENO VIDAL, R., “El programa de mediación y reparación a la víctima”, [www.sepyrna.com/documentos/articulos/feduchi-programa-mediacion-reparacion-victima.pdf](http://www.sepyrna.com/documentos/articulos/feduchi-programa-mediacion-reparacion-victima.pdf).
- MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.
- NOGUERAS, A., “La mediación en el ámbito penal juvenil. Educar en la convivencia”, *Educación Social*, 18, 2001.
- POLICÍA LOCAL DE VILA-REAL, “Umepol. Unidad de Mediación Policial”, [www.vila-real.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2\\_8443\\_1.pdf](http://www.vila-real.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_8443_1.pdf).
- REDORTA LORENTE, J., “Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía”, en <http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/130786/180531>.
- RÍOS MARTÍN, J. C. (Dir.), *La mediación penal y penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2012.
- SECRETARÍA GENERAL DE LA CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS, “Manual de buenas prácticas”, en [www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/SRPA/Tab/MBP-Mediacion.pdf](http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/SRPA/Tab/MBP-Mediacion.pdf).
- TOLEDO FERNÁNDEZ, M.T., “La mediación en la policía”, en [www.policia.canaria.com/sites/default/files/la-mediacion-en-la-policia.pdf](http://www.policia.canaria.com/sites/default/files/la-mediacion-en-la-policia.pdf).

- TORRENS IBARGUREN, J.G., GUILLEN GESTOSO, C.L. y JUNCO CACHERO, M.S.,  
“Medipol: plan de gestión integral de resolución de conflictos, para fuerzas y  
cuerpos de seguridad”, *Revista de Mediación*, Año 6, N° 12, 2° semestre 2013.
- TULA, A. R., “*La mediación víctima-victimario que involucra a personas menores de  
edad como infractores, en el marco de la justicia restaurativa*”, en [www.redsalternativ  
as.com.ar/nmpenal.htm](http://www.redsalternativas.com.ar/nmpenal.htm).

# ¿JUSTICIA RESTAURATIVA EN URUGUAY?

**Federico del Castillo**

Antropólogo/M. Interior

**Ricardo Fraiman**

Antropólogo/SNI-ANII/M. Interior

**Pablo Galain Palermo**

Doctor Europeo en Derecho. Investigador Senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Alemania), Becario Post-Doc Marie Curie (2015-2018). Director del Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las reformas en el Derecho Penal



## 1. INTRODUCCIÓN

La justicia penal es monopolio estatal y cumple con una función de control social por medio de la imposición de castigos (retribución) que tienen una finalidad preventiva. En el sistema continental a cuya familia pertenece el sistema jurídico uruguayo, la prevención puede ser general o especial, y en todos los casos tiende a evitar nuevas lesiones a bienes jurídicos. La prevención especial puede ser positiva – cuando se concentra en la resocialización del autor– o negativa cuando lo considera apenas una fuente de peligro a la que hay que segregar. La prevención general negativa actúa en la población mediante la intimidación de la pena efectiva, mientras la positiva se concentra en la reafirmación del valor de la norma ante la contradicción que realiza el autor del delito<sup>1</sup>. Esta es la lógica tutelar, abstracta y retributiva que legitima el poder del Estado frente a los ciudadanos que lesionan el ordenamiento jurídico, porque se niega todo tipo de racionalidad comunicativa en la que no hay lugar para acuerdos que puedan poner fin al conflicto<sup>2</sup>. Esta lógica punitiva que desconoce la voluntad y necesidades concretas de los ciudadanos involucrados en un delito (sea como autor o sea como víctima) se concentra en el castigo que pone fin al conflicto jurídico y desconoce la función de pacificación social subyacente al derecho. Esta lógica, a su vez, desoye las críticas de la academia en cuanto a la grave crisis y el fracaso de la ejecución de la pena en la consecución de los fines que pregona y hace también caso omiso a las exigencias de procesos diversos<sup>3</sup> y de otras formas de resolución de los conflictos graves<sup>4</sup>. Ante este modelo normativo

1 De interés, HASSEMER, W., “Variationen der positiven Generalprävention”, SCHÜNEMANN, B. *et al.* (Eds.), *Positive Generalprävention Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Upsala Symposium 1996, Müller, Heidelberg, 1998; HASSEMER, W., “Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention”, en PRITTWITZ, C. *et al.* (Eds.), *Festschrift für Klaus Lürsenn*, Nomos, Baden-Baden, 2002; y STRENG, F., *Strafrechtliche Sanktionen. Grundlagen und Anwendung*, Kohlhammer, Stuttgart, 1991.

2 LUHMANN, N., *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, 2. Auflage, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2005.

3 GALAIN PALERMO, P., “Sospensione del proceso penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?”, en PICOTTI, L. (Ed.), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Cedam, Milano, 2010.

4 KERNER, H., *Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 1983.

retributivo o tradicional de resolución de los conflictos sociales más graves se opone una nueva mirada de la justicia con base en la voluntad y necesidad de las personas involucradas, cuyo lugar ha sido expropiado por funcionarios públicos y abogados<sup>5</sup>. La literatura exige una nueva mirada y nuevas preguntas, en lugar de ¿quién ha hecho tal cosa? se debe preguntar: ¿Quién ha resultado lesionado? y averiguar qué se necesita y cómo pueden autor, víctima y demás interesados resolver el conflicto<sup>6</sup>. La cuestión es si estos “nuevos lentes” con los que habría que mirar los problemas de la justicia y plantear las preguntas correctas sirven como simple “correctivo” de la visión sobre la justicia, esto es, si funcionarían como complemento de las técnicas jurídicas existentes o si ellos exigen un cambio de paradigma en la cuestión jurídico-penal. Ahora bien, si la JR pretendiera reemplazar a la justicia penal tradicional o retributiva, ¿Cuál sería el cambio de paradigma? En cuanto a esta respuesta, ni siquiera las distintas teorías dentro de la JR se han puesto de acuerdo<sup>7</sup>. Todo indica que más que un cambio de paradigma se trata de una redimensión de la cuestión punitiva basada en la violencia y la coerción para permitir espacios de encuentro al interno de los procedimientos jurídicos, de modo que las partes puedan tener espacios de interacción dominados por su propia voluntad<sup>8</sup>.

Aunque el desarrollo de la Justicia restaurativa moderna se asocia a algunos países angloparlantes, las prácticas restaurativas para resolver conflictos tienen sus raíces en sociedades pre-industriales. Las antiguas civilizaciones occidentales (Grecia y el Imperio Romano), el Vedismo, el Budismo, el Taoísmo y el Confucianismo, así como múltiples culturas indígenas en Australia, Norteamérica y Europa, aplicaban prácticas restaurativas para evitar actos de venganza entre individuos, familias y tribus<sup>9</sup>. Tras ceder terreno a las sanciones retributivas, extendidas con la emergencia de los estados-nación, las prácticas restaurativas volvieron a ser aplicadas durante los 70 en países como Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Reino Unido y Estados Unidos<sup>10</sup>. La evidencia proveniente de disciplinas como la criminología, antropología, sociología o psicología que respalda estas prácticas, sumada a las experiencias exitosas de programas impulsados en distintos países, han ampliado el horizonte de aplicación de la justicia restaurativa para resolver conflictos de dis-

5 CHRISTIE, N., *Conflicts as property*, British Journal Criminology, 17, 1977 y WRIGHT, M., *Justice for Victims and Offenders. A restorative Response to Crime*, Waterside Press, Winchester, 1991.

6 ZEHR, H. *El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*, Good Books, Estados Unidos, 2004.

7 De interés, JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D., “The meaning of restorative justice”, en JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D. (Eds.), *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, USA, 2007; LUNA, E., “Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice”, *Utah Law Review*, 2003; BRAITHWAITE, J., “Principles of Restorative Justice”, VON HIRSCH, A., ROBERTS, J. y BOTTOMS, A.E. (Eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Hart Publishing, Oxford, 2003; ZERNOVA, M. y WRIGHT, M., “Alternative visions of restorative justice”, en JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D. (Eds.), *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, USA, 2007.

8 GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2009.

9 HUXLEY, E., *Red strangers*, Chatto and Windus, Londres, 1939; BRAITHWAITE, J., *Restorative justice and responsive regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2002; SHERMAN, L. y STRANG, H., “Restorative Justice as a Psychological Treatment: Healing Victims and Reintegrating Offenders”, en TOWL, G. y CRICHTON, D. (Eds.), *Handbook of Forensic Psychology*, Elsevier, Amsterdam, 2010; y GAVRIELIDES, T. “Restorative Practices: From the early societies to the 1970s”, *Internet Journal of Criminology*, Online, 2011, pp. 1-20.

10 SHERMAN, L. y STRANG, H., “Restorative Justice as a Psychological Treatment: Healing Victims and Reintegrating Offenders”..., *op. cit.*

tinta naturaleza. La ciencia penal, por su parte, ha seguido un camino alejado de la realidad social, en el que lo material se concentraba en la discusión teórico-dogmática<sup>11</sup> y lo formal lo hacía en los tecnicismos jurídicos y en la neutralización de la víctima<sup>12</sup>, a pesar de que ya un sector de la doctrina exigía prestar mayor atención a la política criminal (como lugar de encuentro entre la dogmática penal y la criminología para la consecución de la *GesamteStrafrechtswissenschaft*<sup>13</sup>). Hoy en día se alzan voces para lograr un sistema más completo de las ciencias jurídico-penales<sup>14</sup> que también incluya alternativas reparadoras entre los castigos<sup>15</sup>. De modo que la justicia reparadora o restaurativa puede tener cabida para lograr que el centro de atención se traslade desde la lesión abstracta de bienes jurídicos al daño concreto de una víctima<sup>16</sup> y que la función de recomposición del valor de la norma comparta espacio con la reconciliación y recuperación de las relaciones sociales que permitan una convivencia pacífica. Este gran objetivo es el que permite que la justicia restaurativa (en adelante JR) pueda ser un método de aplicación para los conflictos leves (faltas, contravenciones), medianos (delitos comunes) y graves (crímenes internacionales, violaciones de los derechos humanos, ataques contra la vida, integridad física, violencia doméstica, etc.).

La JR es un abordaje a los asuntos de justicia penal que centra sus esfuerzos en *restaurar* el daño causado por actividades delictivas, sin que ello signifique confundir la función penal con la del derecho civil<sup>17</sup>. Se sustenta en el principio de que el crimen afecta a las personas, sus familias y sus comunidades de referencia<sup>18</sup>. La evidencia científica disponible señala que la justicia restaurativa constituye una estrategia eficaz para reducir la reincidencia delictual y el estrés post-traumático de las víctimas, e incluso disminuir los costos del sistema penal. Es clara la ventaja para la víctima en un sistema que le permite desde vencer el miedo hasta incluso perdonar al autor, evitar la revictimización propia del sistema penal tradicional y tener la expectativa de una reparación material y/o simbólica del daño sufrido. Para el autor puede ser conveniente la asunción voluntaria de la responsabilidad no solo para poder explicar las razones de su conducta sino también para evitar la mácula social

11 BINDING, K., *Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Meiner, Leipzig, 1913.

12 HASSEMER, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Beck, München, 1981.

13 VON LISZT, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Guttentag, Berlin, 1912.

14 ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, De Gruyter, Berlin/New York, 1973.

15 ROXIN, C., "Zur Wiedergutmachung als einer, dritten Spur 'im Sanktionensystem'", en ARZT, G. et al (Eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann*, zum 70. Geburtstag 22 Juni 1992, Giesecking, Bielefeld, 1992; SCHÖCH, H., "Verwarnung statt Strafe", en ARZT, V. et al. (Eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann, ..., op. cit.*; GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

16 SCHÖCH, H., "Strafrecht im demokratischen Rechtsstat. Yur konkreten Utopie der Wiedergutmachung im Strafverfahren", en KAUFFMANN, A. et al. (Eds.), *Festschrift für Maihofer*, zum 70. Geburtstag, Kostermann, Frankfurt, 1988.

17 HIRSCH, H., "Zur Abrenzung Von Strafrecht und Zivilrecht", en SOCKELMANN, F. et al. (Eds.), *Festschrift für Karl English*, zum 70. Geburtstag, Klostermann, Frankfurt, 1969 y HIRSCH, H., "Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts", *ZStW*, 102, 1990.

18 La "comunidad de referencia", siguiendo a Strang y Braithwaite y Daly, la constituyen aquellas personas pre-ocupadas por la suerte de la víctima y el infractor, aunque también tiene un sentido más amplio al referirse a la comunidad donde ocurrió la ofensa (STRANG, H., *Restorative Justice Programs in Australia: A report to the Criminology Council*, Australian Institute of Criminology, Camberra, 2001, <http://www.criminologyresearchcouncil.gov.au/reports/strang> y BRAITHWAITE, J. y DALY, K., "Masculinities, violence and communitarian control", en NEWBOURN, T. y STANKO, E. (Eds.), *Just Boys Doing Business*, Routledge, Londres y Nueva York, 1994).

propia de la investigación penal (“pena de banquillo”) y la imposición de una pena (determinación y ejecución). De algún modo, la posibilidad de encuentros entre las personas al interno de un procedimiento penal implica por definición un intento de reducción de la violencia del aparato estatal. La voluntariedad de la participación es elemento clave para el encuentro. Los problemas a resolver tienen que ver si esa participación voluntaria que desde el plano filosófico implica un reconocimiento voluntario de “culpa”<sup>19</sup> puede ser interpretado en el plano jurídico penal como un reconocimiento de “culpabilidad”<sup>20</sup>. La ineficiencia de los sistemas de justicia en aspectos como la reducción de la reincidencia delictual, y la exclusión de las víctimas de las instancias de resolución de conflictos a lo largo del proceso penal, han llevado a muchas culturas Occidentales a adoptar la justicia restaurativa como método de resolución de conflictos<sup>21</sup>. El uso contemporáneo del término “justicia restaurativa” integra un amplio conjunto de prácticas que enfatizan la restauración del daño causado por actos violentos y/o delictivos. Sus promotores sostienen que la visión del sistema de justicia penal tradicional sobre los infractores y víctimas es errónea: no se trata de personas diferentes ni de enemigos. De hecho, esta visión puede llegar a promover deseos de venganza hacia el ofensor, y omite el hecho de que muchos infractores se consideran a sí mismos víctimas desde edades muy tempranas<sup>22</sup>.

La JR renuncia al principio del sistema de justicia tradicional de asignarle una prioridad mayor al castigo que a la restauración del daño. Más bien opera de la forma opuesta: aplica metódicamente estrategias dirigidas a alcanzar una restauración del daño que tome la forma de un acuerdo entre partes, que pueda ser considerada por toda la sociedad como un castigo o un equivalente funcional del mismo<sup>23</sup>. Bajo esta lógica, la prisión y otras alternativas institucionalizadas y dictaminadas por la Justicia (prisión domiciliaria, libertad bajo palabra, medidas alternativas a la privación de libertad) no necesariamente son la forma más eficiente de prevenir la reincidencia delictual y, por sobre todas las cosas, tampoco constituyen el camino más adecuado para restaurar el daño causado por actividades delictivas. Para conseguirlo las víctimas deben dejar de estar al margen del proceso de justicia, y deben ocupar un lugar central en él. Claro está, una propuesta como esta no requiere de un procedimiento distinto al proceso penal sino de una reforma al proceso penal que admita la posibilidad de los acuerdos y que además de la búsqueda de la “verdad material” propia de la investigación penal acepte la búsqueda de una “verdad consensual”. Al mismo tiempo, aceptar esta dualidad de objetivos procesales permite que junto a las soluciones y mecanismos tradicionales para la resolución de las cuestiones de la criminalidad grave basadas en el castigo (verdad material) también se admitan otras soluciones y mecanismos que procuren la reconciliación, la pacificación y la vida en común (verdad consensual). Aunque esta posibilidad puede resultar difícil de com-

19 REGGIO, F., *Giustizia Dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Franco Angeli, Milano, 2010.

20 GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito...*, *op. cit.*

21 SHERMAN, L., “Defiance, Deterrence and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction”, *Journal of Research in Crimen & Delinquency*, vol. 30, 1993, pp. 445-473 y SHERMAN, L. y STRANG, H., *Restorative justice: the evidence*, The Smith Institute, Reino Unido, 2007.

22 SHERMAN, L. y STRANG, H., *Restorative justice: the evidence...*, *op. cit.*

23 GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena...*, *op. cit.*

prender para los delitos comunes, ella tiene cada día más aceptación para el campo de acción conocido como “justicia de transición”<sup>24</sup>.

De todas las formas distintas de herramientas y técnicas propias de la JR, la mediación que puede culminar con un acuerdo de reparación de la víctima parece gozar de aceptación en muchos sistemas jurídicos<sup>25</sup>. Existen múltiples experiencias de mediación penal. En los últimos años Argentina y Brasil han ensayado programas de este tipo en Sudamérica<sup>26</sup>. En el marco de una serie de iniciativas dirigidas a fortalecer las capacidades preventivas de la Policía y a asignarles nuevas competencias a las seccionales, Uruguay se encuentra atravesando un camino similar al de estos dos países. El Ministerio del Interior uruguayo está implementando un programa de JR que se encuentra en su fase inicial, y que consiste en la ejecución de Conferencias de Justicia Restaurativa lideradas por policías de tres seccionales policiales de Montevideo, la capital del país. A nivel comparado son muchos los sistemas que han adoptado dentro del amplio marco de la JR procesos de “justicia de proximidad”<sup>27</sup>. En Uruguay, en lo que tiene que ver con el derecho penal para adultos, no se han tomado iniciativas en relación a la implementación de la mediación o los acuerdos de reparación como una forma de resolución del conflicto. Esto demuestra que las alternativas a la pena y al procedimiento penal tradicional pueden encontrar obstáculos que limiten a las mismas a la órbita policial para cuestiones de poca gravedad. Esto sería un grave error que haría naufragar uno de los mejores proyectos propulsados por el Ministerio del Interior. Antes de describir este programa en detalle, resulta interesante discutir algunos conceptos y plantear algunas preguntas, como exigen los pioneros del pensamiento restaurativo.

## 2. ¿QUÉ ES Y QUÉ NO ES LA JUSTICIA RESTAURATIVA?

A pesar de que se trata de un método ya consolidado e institucionalizado en muchos países, aún existen debates respecto a qué se hace alusión exactamente cuando hablamos de JR<sup>28</sup>, por lo que no es fácil encontrar una definición que abarque todas las perspectivas sobre el término. No obstante, la establecida por Marshall cuenta con un amplio consenso en la literatura especializada:

24 KNUST, N., *Entwicklung eines pluralistischen Rechtsmodells am Beispiel des ruandischen Völkermordes*, Berlin, 2013 y GALAIN PALERMO, P., *¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

25 GORDILLO SANTANA, L., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.

26 VAN NESS, D. y STRONG, K., *Restoring Justice*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1997.

27 ARMENTA DEU, T., *Justicia de proximidad*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

28 La autora analiza el uso de los términos “restaurativa” y “justicia” por separado en los campos donde se suelen emplear los principios de justicia restaurativa (como el de la educación, por ejemplo). Así, sostiene que mientras que se suele hablar de “restauración” sin tener en claro qué es exactamente lo que se intenta restaurar, el término “justicia” es problemático en el sentido de que, para evitar potenciales connotaciones negativas que puede evocar el término en asociación al crimen o al sistema judicial, es sustituido por “prácticas” restaurativas, “abordajes” restaurativos, “escuelas” restaurativas, etcétera. Las múltiples asignaciones de significado a ambos términos han resultado en una caracterización de la justicia restaurativa como “ambigua e inconsistente” al interior del sistema judicial (VAANDERING, D., “A faithful compass: rethinking the term restorative justice to find clarity”, *Contemporary Justice Review*, vol. 14, N° 3, 2011, p. 307).

“... un proceso en el que todas las partes afectadas por un delito particular se reúnen para resolver colectivamente cómo hacer frente a las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro”<sup>29</sup>.

ZEHR, uno de los promotores de la JR en Occidente<sup>30</sup>, ofrece una definición que pone el foco en el propósito del método:

“La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”<sup>31</sup>.

Como señalan UMBREIT<sup>32</sup>, la justicia restaurativa “es más un proceso que un programa modelo particular”, lo cual lleva a que se aplique de distintas maneras. Esta multiplicidad puede llevar a confusiones respecto a la naturaleza de algunos programas que en los hechos son reparativos y no restaurativos. La distinción entre estos términos es esencial para comprender cuáles intervenciones son restaurativas y cuáles no. DALY y PROIETTI-SCIFONI<sup>33</sup> señalan que la “restauración” implica restaurar el daño del delito, mientras que la “reparación” alude a las acciones dirigidas a recomponer en la víctima la situación previa al momento en que ocurrió la ofensa<sup>34</sup>. Mientras algunos programas son restaurativos, otros apuntan a lo segundo.

Es importante señalar también las diferencias entre *prácticas* restaurativas y *justicia* restaurativa. Las primeras implican una serie de acciones, como sanciones del sistema penal o programas de rehabilitación, para que los infractores tomen conciencia del daño que causaron, pero que no necesariamente implican la participación de las víctimas en la decisión de cómo lidiar con las implicancias del delito a futuro. La segunda, por su parte, tiene como principio fundamental la participación de todas las partes en el proceso de resolución de conflictos, y constituye una sub-categoría dentro de las *prácticas* restaurativas. En este entendido, no es posible hablar de *justicia* restaurativa si la víctima no participa del proceso de resolución colectivo. Pongamos el ejemplo de un infractor consumidor problemático de sustancias psicoactivas que agredió a un tercero, ante lo que un juez dictaminó que ingrese a un programa de rehabilitación y, en última instancia, tome conciencia del daño que causó. Este caso califica como una *práctica* restaurativa. Sin embargo, al no estar la

29 MARSHALL, T., “The evolution of restorative justice in Britain”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 4, N° 4, 1996, p. 37.

30 Para otras realidades: ALBRECHT, H. J., SIMON, J.M., REZAEI, H., ROHNE, H.C. y KIZA, E. (Dir.), *Conflicts and Conflicts Resolution in Middle Eastern Societies- Between Tradition and Modernity*, Duncker&Humblot, Berlin, 2006.

31 ZEHR, H., *El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*, Good Books, Estados Unidos, 2004, p. 46.

32 UMBREIT, M., COATES, R. y VOS, B., “Restorative justice versus community justice: Clarifying a muddle or generating confusion?”, *Contemporary Justice Review*, vol. 7, N°1, pp. 81-89.

33 DALY, K. y PROIETTI-SCIFONI, G., “Reparation and restoration”, en TONRY, M. (Ed.), *Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, Oxford University Press, New York, 2010.

34 DALY, K. y PROIETTI-SCIFONI, G. “Reparation and restoration”..., *op. cit.* y JOUDO LARSEN, J., *Restorative justice in the Australian criminal justice system*, Australian Institute of Criminology, Australia, 2014.

víctima involucrada en el proceso de resolución, no se trata de *justicia* restaurativa. Aquellos casos donde no existe victimización personal (como por ejemplo en casos de vandalismo) no invalidan la posibilidad de que exista un proceso de *justicia* restaurativa. Aquí, la participación de los miembros de la comunidad (que en este caso serían la víctima) en el proceso de resolución del conflicto permiten clasificar esta *práctica* restaurativa como *justicia* restaurativa<sup>35</sup>. El gran problema que tiene la JR es de delimitación de quiénes, cuántos y cuáles conforman esa comunidad que puede ocupar el lugar de la víctima. Y ello no es tarea sencilla, porque estos “miembros de la comunidad” deben estar legitimados para participar de los procesos que desembocan en acuerdos de reparación. Autores como MCCOLD<sup>36</sup> proponen diferenciar la macro-comunidad (adonde el delito acarrea consecuencias) de la micro-comunidad (familiares, amigos de las partes involucradas). Es entendible desde lo psicológico que la “community of care” de los protagonistas del delito es el sustento con el que autor y víctima cuentan una vez acontecido el delito. También que parte de la suerte que correrá el cumplimiento efectivo del acuerdo de reparación dependerá de los apoyos emocionales y morales de los afectos. En los sistemas, como el uruguayo, donde el ordenamiento jurídico se concentra en la investigación del delito como trasgresión de la norma para la atribución del hecho al responsable y donde la pena por excelencia es la privación de libertad (abusando de la prisión preventiva y desconociendo el principio constitucional de presunción de inocencia), los conflictos sociales se ven agravados por una lógica de enfrentamiento entre el autor y la víctima, que se traslada a las familias y grupos de allegados. Las estadísticas de delitos en Uruguay muestran un avance providencial de la criminalidad familiar (violencia doméstica, delitos contra la vida, la integridad física y el patrimonio) e inter-barrial, entre vecinos, realidad que exige un cambio sustancial en el modo de resolución de los conflictos sociales. Las gráficas que siguen muestran como la violencia intra-familiar es una conducta que ha aumentado de forma alarmante (en comparación con los homicidios, rapiñas y hurtos), considerando, además, que la cifra negra puede llegar a incrementar y mucho estas cifras.

35 SHERMAN, L., STRANG, H. y NEWBURY-BIRCH, D., *Restorative justice*, Youth Justice Board, Reino Unido, 2008.

36 MCCOLD, P., “Restorative justice and the role of community”, en GALAWAY, B. y HUDSON, J. (Eds.), *Restorative Justice: International Perspectives*, 1996.

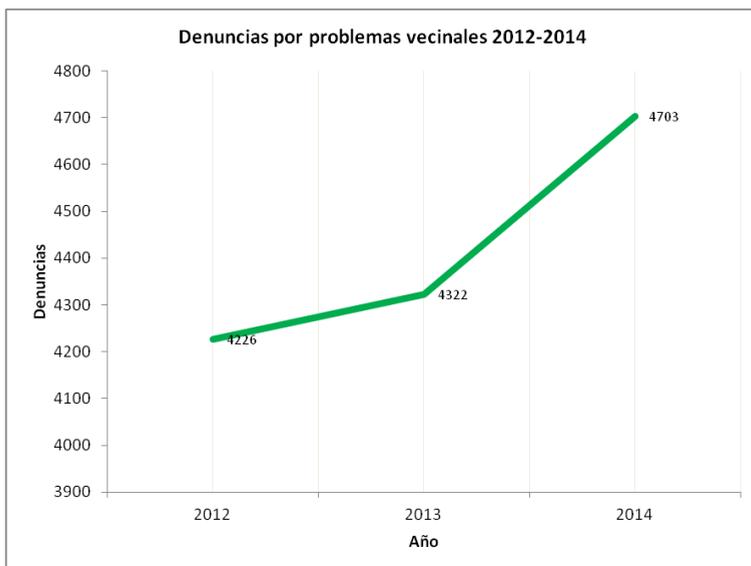


Gráfico 1. Denuncias por problemas vecinales 2012-2014. Fuente: División de Estadísticas y Análisis Estratégico del Ministerio del Interior.

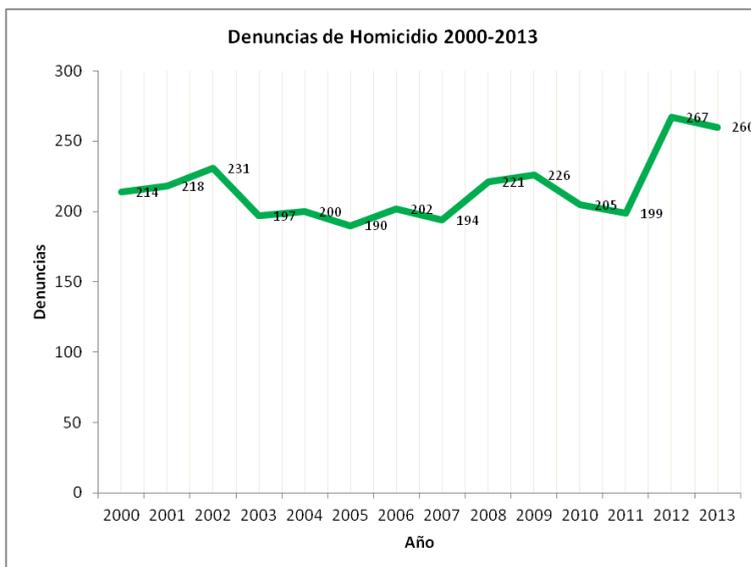


Gráfico 2. Denuncias de Homicidio 2000-2013. Fuente: División de Estadísticas y Análisis Estratégico del Ministerio del Interior.

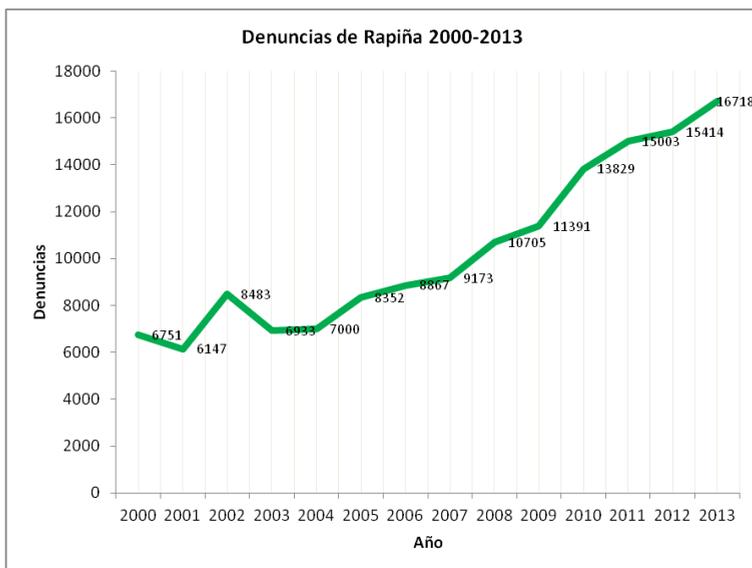


Gráfico 3. Denuncias de Rapiña 2000-2013. Fuente: División de Estadísticas y Análisis Estratégico del Ministerio del Interior.

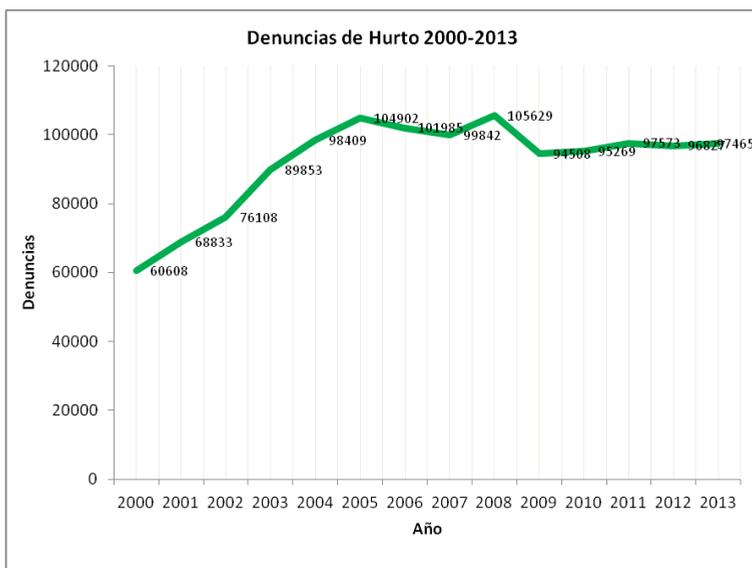


Gráfico 4. Denuncias de Hurto 2000-2013. Fuente: División de Estadísticas y Análisis Estratégico del Ministerio del Interior.

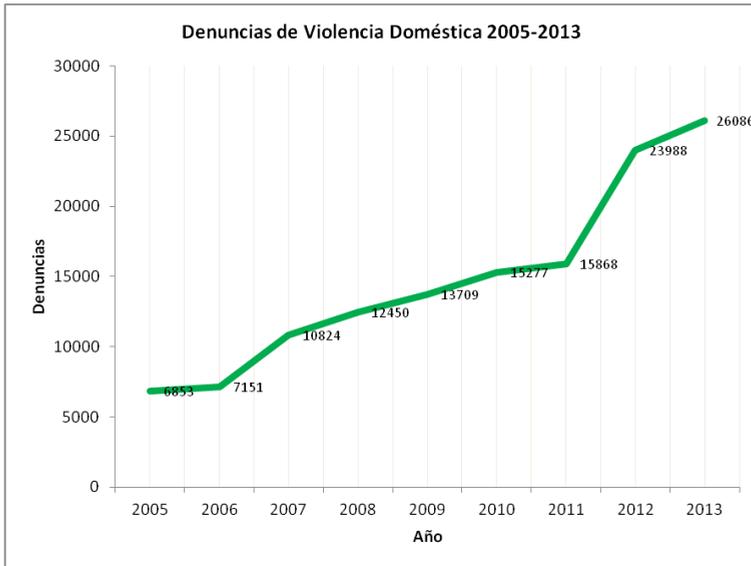


Gráfico 5. Denuncias de Violencia Doméstica 2005-2013. El registro estadístico oficial de denuncias por violencia doméstica se lleva a cabo desde el año 2005, lo que explica la ausencia de datos previos a esa fecha. Fuente: División de Estadísticas y Análisis Estratégico del Ministerio del Interior.

Cuando el delito tiene trasfondo social, la respuesta al mismo no puede ser excluyente sino inclusiva. En sociedades como la uruguaya, que aunque tenga índices de violencia muy inferiores a otros países de la región la percepción subjetiva de inseguridad y de miedo al delito es muy alta<sup>37</sup> (ver tablas 1 y 2), la participación comunitaria al momento de la resolución puede ser útil para reducir el miedo y disminuir las posibilidades de venganza privada, lo que indirectamente juega a favor de la percepción favorable de la intervención de la justicia. La micro-comunidad puede jugar un factor de importancia en un sistema de JR para sociedades latinoamericanas, en las que existe desconfianza sobre el accionar de los funcionarios públicos (incluyendo a la policía y la administración de la justicia) y puede favorecer a la consecución de la paz social<sup>38</sup>. De este modo, a diferencia de lo que ocurre hoy día, la paz jurídica estaría considerada en mancomunidad con la pacificación social. La justicia penal uruguaya no basa sus relaciones en la confianza (entre las personas, hacia el sistema, etc.) sino en el temor (temor del autor a ser descubierto y condenado, temor de la víctima identificar al autor y a las represalias, etc.). Para agravar

37 En 2013, el 36% de los uruguayos indicó que el problema más importante del país era la delincuencia, por encima del desempleo (12%) (Latinobarómetro, 2013). Asimismo, la última encuesta de victimización indicó que el 72% de los uruguayos cree que la delincuencia aumentó respecto al año pasado, y un 59% de los encuestados consideró "probable" o "muy probable" ser víctima de un delito (MINISTERIO DEL INTERIOR, Encuesta sobre niveles de victimización, percepciones de inseguridad y grados de confianza institucional en el Uruguay. Segundo informe preliminar, Ministerio del Interior, Uruguay, 2011).

38 La prensa informa constantemente de casos de "corrupción" policial que traen como consecuencia problemas de confianza e identificación ciudadana con tales funcionarios. <http://www.elobservador.com.uy/noticia/297947/gobierno-detecta-34mafia-policial34-en-carrasco-y-punta-gorda/?referer=titulares-de-la-jornada>.

aún más la situación, el proceso penal uruguayo todavía vigente viola la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>39</sup> y el nuevo sistema recientemente aprobado por el parlamento, recién entraría en vigencia en los próximos años. De esta forma, el miedo es el elemento común que define a un sistema normativo que lesiona en sí mismo a los derechos humanos y las garantías fundamentales de los ciudadanos. Este miedo hacia el sistema y sus operadores tiene que ser convertido en confianza, y ello solo lo puede alcanzar un sistema basado en el diálogo, la voluntariedad, la reparación, la reintegración, la participación, la inclusión, la reconciliación. Todo ello tiene que ser trasladado a la forma de hacer justicia penal y a sus procedimientos. La tarea no será fácil, y requiere de un previo “cambio de forma de ver el mundo” de todos los ciudadanos que deben abandonar la cómoda situación del paternalismo estatal para adoptar conductas (post-delictivas) responsables, ya sea desde el rol del autor como de la víctima<sup>40</sup>. El otro cambio tendrá que acontecer en la “cabeza” de los operadores de la justicia, pero seguramente sea consecuencia del previo cambio ciudadano en la concepción del delito y de los derechos y garantías. Hay una variable que puede coadyuvar con este proceso de resignificación y dignificación de la relación Estado-ciudadano, en tanto a partir de las dos primeras (y únicas) sentencias de condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Uruguay de 2011<sup>41</sup> y a partir del “acuerdo amistoso” entre Uruguay y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2009 en el que se pactó una reforma del procedimiento penal<sup>42</sup>, el ciudadano uruguayo ha tomado conciencia de que puede acudir a un sistema supranacional de protección de los derechos, justamente para accionar contra el Estado cuando éste —por acción u omisión— ha incumplido con determinadas normas fundamentales relacionadas con la protección de sus ciudadanos<sup>43</sup>. Esta toma de conciencia puede influir favorablemente en gobernantes y gobernados para dar un siguiente paso y albergar formas más humanas, menos violentas y más participativas para la resolución de los conflictos según una lógica inclusiva y restauradora de las relaciones humanas.

39 Se trata de un sistema procesal penal de juez único, encargado de la investigación y condena, escrito, generalmente secreto en su fase inicial, lento, extenso, apoyado en la prisión preventiva como regla para la reincidencia y para todos los presuntos delitos con una pena superior a los dos años de penitenciaría. Una prisión preventiva sin límites claros, aplicada como adelanto y única pena. A tal punto existe confusión en Uruguay, que el legislador sancionó una ley de penas alternativas para la prisión preventiva.

40 GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito...*, op. cit.

41 Caso Gelman vs. Uruguay (por carencias en la investigación penal en relación a una desaparición forzada de personas durante la dictadura cívico-militar); y caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay (por falta de protección material de los justiciables con relación al sistema jurídico uruguayo).

42 Caso Jorge, José y Dante Peirano Baso vs. Uruguay. Resolución 86/09 Comisión Interamericana Derechos Humanos.

43 GALAIN PALERMO, P., “La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el derecho penal de Uruguay”, en AMBOS, K., MALARINO, E. y STEINER, C. (Eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2013.

País	Tasa de victimización (2011)
1 México	42
2 Perú	40
3 Argentina	39
4 Colombia	38
5 Costa Rica	38
6 Bolivia	37
7 Honduras	36
8 Guatemala	35
9 Ecuador	32
10 Venezuela	32
11 Brasil	32
12 Nicaragua	31
13 Paraguay	30
<b>14 Uruguay</b>	<b>30</b>
15 Chile	29
16 El Salvador	27
17 República Dominicana	27
18 Panamá	18

Tabla 1: Tasa de Victimización por país (Latinoamérica). Fuente: Lagos y Dammert, 2012.

País	Delincuencia como problema principal (2011)
1 Venezuela	62
2 Guatemala	51
3 El Salvador	51
4 Costa Rica	50
<b>5 Uruguay</b>	<b>41</b>
6 México	41
7 Argentina	35
8 Honduras	35
9 Ecuador	34
10 Panamá	34
11 Paraguay	29
12 Colombia	28
13 Chile	22
14 Perú	21
15 Brasil	18
16 Bolivia	12
17 República Dominicana	12
18 Nicaragua	4

Tabla 2. Delincuencia como problema principal (Latinoamérica). Fuente: Lagos y Dammert, 2012.

Pero este no es el único problema conceptual de la JR para convertirse en una “nueva ciencia” (social, jurídica) conformada por teoría y praxis, porque también hay gran disparidad argumental según el punto de partida filosófico asumido, que puede ir desde el abolicionismo, la filosofía cristiana, el movimiento restaurador y el neoliberalismo económico aplicado a la teoría de la pena<sup>44</sup>. Este tema nos conduce a la pregunta básica: ¿estamos frente a una justicia estatal que requiere de jueces en función de garante, ó ante una justicia comunitaria que requiere de vecinos, psicólogos o asistentes sociales en función de mediadores? Como se ve, no se trata solo de sustituir el binomio delito-pena por conflicto-reparación, sino de cuestiones fundamentales que permitan esa superación conceptual dentro de un marco normativo jurídico en el que se garantice no solo la participación voluntaria de las partes sino también la protección de los principios constitucionales de igualdad y legalidad. El debido proceso cuida no solo de las asimetrías entre los partícipes de los procesos de resolución del conflicto sino también de que los acuerdos allí logrados tengan validez universal. Esto quiere decir que deban tener una homologación similar a la que goza la sentencia de condena o absolución que pone un manto de resolución perpetuo por medio de la cosa juzgada. Si esto no fuera posible, asiste razón a quienes dicen que estaríamos ante una justicia inter-partes que no puede ocupar el lugar de una resolución de naturaleza jurídico-penal<sup>45</sup>.

### 3. JUSTICIA RESTAURATIVA EN URUGUAY

La implementación de la justicia restaurativa en Uruguay se enmarca en un proceso de reforma institucional del Ministerio del Interior que tuvo lugar durante las últimas dos administraciones de gobierno, y cuya continuidad está prevista para los próximos 5 años. Su objetivo ha sido procurar la mejora de la seguridad ciudadana en el país a través del desarrollo de los siguientes aspectos: a) la profesionalización de la Policía Nacional Uruguaya (a través de la inversión en tecnología y equipamiento policial, y en el fortalecimiento de la educación policial); b) la apuesta a la gestión del desarrollo humano de los efectivos policiales para mejorar sus condiciones de trabajo y calidad de vida, y c) la reestructura organizacional de distintas Direcciones del Ministerio del Interior, entre ellas la Jefatura de Policía de la ciudad de Montevideo.

#### 3.1. EL MARCO ORGANIZACIONAL

En el año 2013, la Jefatura de Policía de Montevideo atravesó una reestructura organizacional orientada a optimizar el uso de los recursos y obtener mejores resultados en materia de respuesta policial e investigación criminal. Previamente, la Jefatura estaba a cargo del Jefe de Policía, de quien dependía un Coordinador Ejecutivo a

44 REGGIO, F., *Giustizia Dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice...*, op. cit.

45 GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito...*, op. cit.

cargo de tres direcciones: la Dirección de Seguridad, la Dirección de Investigaciones y la Dirección de Grupos de Apoyo.

De la primera dependían las oficinas territoriales de la policía en la capital del país (comisarías). Las 25 comisarías de Montevideo llevaban a cabo tareas de patrullaje policial, investigación y atención a la ciudadanía (recepción de denuncias, orientación y consulta, etcétera).

La Dirección de Investigaciones, por su parte, se dividía en seis departamentos especializados (Hurto y Rapiñas, Automotores, Homicidios, Orden Público, Delitos Complejos y Delitos Económicos) a cargo del esclarecimiento de delitos en Montevideo. La tarea del Coordinador Ejecutivo era la de coordinar el trabajo entre los investigadores y los policías de las comisarías.

Finalmente, la Dirección de Grupos de Apoyo nucleaba distintas unidades. Una de las unidades más importantes de esta Dirección era el Cuerpo de Radio Patrulla, encargada de la respuesta policial en el territorio de la capital.

En el año 2012, con el objetivo de optimizar las funciones operativas de la Policía y aumentar la eficacia policial, se inició un proceso de reestructura de la Jefatura de Policía de Montevideo. Éste consistió en la descentralización de la investigación policial, lo que implicó la disolución de la Dirección de Investigaciones con el objetivo de mejorar los niveles de esclarecimiento delictivo. Adicionalmente, la reestructura disolvió la dirección de Seguridad para mejorar los niveles de coordinación entre las distintas unidades, y mantuvo la Dirección de Grupos de Apoyo. Por último, la reorganización suprimió el cargo de Coordinador Ejecutivo, y así las distintas direcciones pasaron a depender directamente del Jefe de Policía.

Este proceso de cambio organizacional se consolidó al año siguiente, cuando el territorio de Montevideo fue dividido en cuatro Jefaturas Operacionales territoriales (o "zonas"). El cambio más relevante de esta etapa fue la descentralización del Cuerpo de Radio Patrulla y la creación de las Unidades de Respuesta de la Policía de Montevideo, que fueron distribuidas proporcionalmente en cada Jefatura Operacional. Por último, el resto de los grupos de apoyo quedó a cargo de una quinta Jefatura.

Las comisarías fueron las unidades más afectadas tras la consolidación de la reforma organizacional. Sus funciones de patrullaje preventivo y de respuesta, y de investigación criminal fueron limitadas, pues, como se dijo, éstas quedaron a cargo de las jefaturas operacionales. Este contexto de debilitamiento de las comisarías ofrece un escenario propicio para desarrollar en ellas la prevención policial.

En Uruguay, las políticas de prevención de la violencia y la criminalidad no han sido desarrolladas en profundidad. Tras su impulso a través del Programa de Gestión Integral de Seguridad Ciudadana a fines de la década de los 90, estuvieron ausentes hasta la implementación de algunos programas de prevención primaria, secundaria y terciaria de la violencia que se encuentran actualmente en pleno funcionamiento<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Durante los últimos diez años, el Ministerio del Interior ha impulsado distintas políticas de prevención social de la violencia y el delito en Uruguay. Se han ejecutado distintos programas de prevención de la violencia a través del deporte (Probá Jugar o Pelota al Medio a la Esperanza), programas de convivencia y participación (Plan Siete Zonas y Mesas Locales para la Convivencia y Seguridad Ciudadana) y programas de prevención de la violencia juvenil y profesionalización policial en prevención del delito (Programa de Gestión Integrada Local de Seguridad Ciudadana).

La comprobación del aumento de la violencia social y de aquella asociada a algunos tipos delictivos constituyó una oportunidad para consolidar aspectos preventivos en la Policía Nacional.

En el contexto de la reforma policial, el Ministerio del Interior ha redefinido el rol de las comisarías, orientándolas hacia el paradigma de la prevención del delito. Un ejemplo de ello es la aplicación del modelo de Policiamiento Orientado a Problemas en las seccionales 15<sup>a</sup>, 19<sup>a</sup> y 25<sup>a</sup>. Adicionalmente, se han implementado diferentes programas de atención ciudadana de calidad, dirigidos a consolidar a las comisarías como el primer eslabón de contacto de la ciudadanía con la policía.

### 3.2. IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL CONTEXTO URUGUAYO

La estrategia de justicia restaurativa en Uruguay se encuadra en este contexto de consolidación del paradigma preventivo en las comisarías de Montevideo y de promoción de nuevos modelos de relacionamiento entre la policía y la ciudadanía. Con miras a implementarla adecuadamente, se inició en 2014 un proceso de diálogo entre el Ministerio del Interior y el Poder Judicial. A estos efectos fue creada una comisión integrada por Jueces penales designados por la Suprema Corte de Justicia y actores del Ministerio del Interior para revisar el marco legal uruguayo vigente en mediación penal, y coordinar esfuerzos interagenciales hacia la implementación del programa de justicia restaurativa en las comisarías de Montevideo. El resultado de este proceso fue un protocolo de coordinación que establece las condiciones para el adecuado desarrollo del Programa.

La experiencia internacional indica que la JR puede llevarse a cabo en distintas etapas del proceso penal. Esto es previa, paralela o posteriormente a una condena, como medida alternativa o complementaria a la privación de libertad, e incluso como atenuante de la pena<sup>47</sup> o disminución del tiempo de condena. En el sistema penal uruguayo, la JR podría tener lugar en tres instancias: en casos no judicializados, durante la instancia de presuntorio, tras el procesamiento o con posterioridad a la condena<sup>48</sup>.

La comisión discutió tres posibles escenarios de aplicación de la JR en Uruguay. El primero de ellos determinaba definir tipos delictivos sobre los que aplicarla. Inicialmente, se propusieron los delitos de Lesiones, Hurto en modalidad de “arrebato”<sup>49</sup> y “hechos de relevancia penal mínima”, argumentando que al tratarse de un

47 SHERMAN, L. y STRANG, H., “Restorative Justice as a Psychological Treatment: Healing Victims and Reintegrating Offenders” ..., *op. cit.*

48 Este escenario de JR posterior a la condena, podría manejarse como hipótesis de reducción del tiempo de condena fijado, aunque en el marco normativo uruguayo se requeriría una norma habilitante para ello.

49 El código penal uruguayo establece el tipo penal “rapiña” para hacer referencia a robos con violencia o con amenazas. Idealmente, los delitos rapiña y lesiones serían tipos adecuados para trabajar, dado que ambos cumplen con la condición (respaldada por la evidencia empírica al respecto de la JR) de ser delitos que implican una víctima personal definida y cierto componente de violencia. No obstante, existía un obstáculo para trabajar con la rapiña. Se trata de un delito que en Uruguay cuenta con una pena de prisión muy elevada (de 4 a 12 años). Es por ello que se pensó en sustituir la rapiña por el hurto en modalidad de arrebato, una categoría policial que no está contemplada en el código penal uruguayo a diferencia de otros

programa piloto, lo natural sería comenzar trabajando con tipos delictivos excarcelables y con penas leves, para luego, en caso de ser exitosa, escalar la experiencia a otros tipos delictivos. No obstante, de confirmarse este escenario, el Programa enfrentaría un obstáculo impuesto por la propia legislación penal: el Código Penal uruguayo establece sanciones para todos los tipos delictivos (incluso aquellos “de relevancia penal mínima”), y los jueces carecerían de argumentos jurídicos para derivar casos a JR como contrapartida del proceso penal tradicional.

La segunda opción que se debatió en el marco de la comisión interinstitucional fue la posibilidad de incorporar la JR en la etapa judicial denominada “presumario”. Durante el desarrollo de esta instancia, tanto el juez como el fiscal pueden solicitar a) que el caso atravesase el camino estipulado por la justicia tradicional; o b) la suspensión del proceso. El debate intentó explorar la posibilidad de derivar casos a JR en los que se suspende el proceso. El problema que presentaba este escenario es que, al no contar con un marco legal que la regule, la aplicación de la JR quedaría librada al criterio individual de los operadores de la Justicia, lo cual podría impedir el necesario flujo de casos para el éxito del programa. Adicionalmente, el vacío legal inhabilitaría al juez a derivar casos a JR dado que este mecanismo no está contemplado, en general, por los sistemas judiciales pertenecientes al sistema continental europeo, como es el caso del sistema penal uruguayo<sup>50</sup>.

Finalmente, se propuso trabajar con casos extra judiciales, es decir, aquellos delitos, muchas veces “de bagatela”, que son desestimados por la justicia y que, por lo tanto, no atraviesan las etapas establecidas por la Ley penal (casos no judicializados). En Uruguay, cuando un ciudadano realiza una denuncia en una comisaría, el Oficial que se encuentra a cargo de la misma debe informar inmediatamente al juez penal de turno sobre el hecho. En ese momento el Juez analiza la judicialización del caso. Este escenario supone que la Policía estaría habilitada a invitar a las personas involucradas en el hecho denunciado a participar de la preparación de una CJR en casos no judicializados. Esto implica mantener entrevistas por separado con las partes y, en caso de que éstas así lo deseen, proceder a realizar una CJR en una sala de la comisaría especialmente acondicionada para este propósito. El Programa informará a la Justicia de todas las etapas de la intervención correspondientes a cada caso.

Debido a los problemas planteados en el primer y segundo escenario, el Ministerio del Interior y el Poder Judicial acordaron que el único escenario válido para aplicar JR sería en casos extra judiciales.

### 3.3. EL NUEVO CÓDIGO DEL PROCESO PENAL

El Parlamento uruguayo ha sancionado un nuevo sistema procesal penal (Ley 19.293 de 2014) consecuencia del “acuerdo amistoso” entre Uruguay y el sistema

---

códigos penales como el italiano, donde se lo tipifica como “estrupo”. En Uruguay el arrebato se tipifica como hurto, y hace referencia a la extracción de un bolso u objeto tomando por sorpresa a la víctima y, en muchos casos, infringiendo una dosis mínima de violencia. El hurto, a diferencia de la rapiña, es un delito excarcelable y con una pena menor: de tres meses de prisión a seis años de penitenciaría).

50 DAVID, R. y BRIERLEY, J., *Major Legal Systems in the World Today. An introduction to the comparative study in law*, The Free Press, New York, 1978.

interamericano de derechos humanos, que ya fuera mencionado. Este acuerdo ha permitido (por ahora en lo normativo y el deber ser) dejar atrás un sistema inquisitivo de juez único pergeñado durante la dictadura cívico-militar (1973-1985). La pregunta que subyace es si de no haber existido esta denuncia internacional ante el sistema interamericano, ¿en qué momento histórico el legislador nacional se hubiera planteado la necesidad de una reforma penal para adecuar su sistema a las normas internacionales? Si como variable para contestar esta pregunta tomamos la gran reforma procesal operada para todas las áreas jurídicas (con excepción de lo penal) que desembocó en un Código General del Proceso (Ley 15.982 de 1988) basado en el código modelo para todo el continente americano, entonces, todo sugiere que la “cuestión penal” no es un tema de interés nacional y que no se hubiera querido asumir por ningún gobierno (democrático) el “coste político” de una erogación económica de consideración en lo edilicio y cargos funcionariales que implica el pasaje del sistema secreto y escrito a un sistema oral y público basado en la intermediación y duplicidad de jueces<sup>51</sup>.

Si se analiza el nuevo código sancionado y que entrara en vigor en 2017<sup>52</sup>, se verá que dentro de las funciones del ministerio público sigue estando la de “protección” de los intereses de la víctima (Arts. 43-48), según una lógica paternalista y retributiva, con la única salvedad de que ahora la víctima puede recibir información y aportar pruebas incriminatorias. El Art. 164 es la prueba cabal que la víctima (su declaración procesal) es asimilada a la declaración de un testigo, esto es, la víctima sigue siendo considerada desde la objetividad del medio de prueba y despojada de su condición de sujeto con intereses propios en la forma y el resultado del procedimiento, que por imposición del legislador solo tiene que satisfacer intereses colectivos. Lo mismo sucede con la policía, adscripta a los fiscales (Arts. 49-62). Si analizamos la definición de imputado (Art. 63)<sup>53</sup>, tampoco encontraremos entre sus derechos (Art. 64) lugar para consideraciones de “sujeto de derechos” interesado en la resolución del conflicto, por ejemplo, dotando de valor jurídico al “reconocimiento voluntario del hecho” con ánimo de participación voluntaria en una instancia de encuentro con la víctima para llegar a un acuerdo de reparación. El reconocimiento voluntario del hecho tiene únicamente valor de “confesión” para legitimar la pena (Art. 146). La víctima solo tiene previstos derechos que guardan relación con una lógica punitiva para coadyuvar con la tarea del ministerio público en la recolección de pruebas incriminatorias (Arts. 79-81). La técnica procesal de la instancia de parte para el inicio de la investigación (Art. 96) no tiene ningún efecto reparador ni reconciliador, siendo apenas una instancia similar al desistimiento (Art. 92). En la sección IV titulada “De los modos extraordinarios de culminación del proceso” apenas se menciona el sobreseimiento (Arts. 129-133) que no es otra cosa que la

51 La prensa habla de una erogación cercana a los 25 millones de dólares para poner el nuevo sistema en funcionamiento. Ver <http://www.elpais.com.uy/informacion/nuevo-codigo-penal-cerca-aprobacion.html>, visitado el 09.02.2015.

52 <http://www.parlamento.gub.uy/textosaprobados/ AccesoTextoAprobado.asp?Url=/textosaprobados/camara/d20141210-105975-0937.htm>.

53 Artículo 64 (Imputado).-64.1- Se considera imputado a toda persona a quien se atribuya su participación en la comisión de un delito o que sea indicada como tal ante las autoridades competentes, desde cualquier acto inicial de los procedimientos o durante el desarrollo de los mismos, hasta que recaiga sentencia o resolución que signifique su conclusión.

clausura del procedimiento por ausencia de pruebas incriminatorias. En el Título III, capítulo III apenas se deja abierta la posibilidad de aplicar penas alternativas, que conceptualmente nada tienen que ver con las formas de resolución del conflicto por tratarse de formas de cumplimiento de la pena. Por su parte, desde lo normativo, la Policía se limita a la función de auxiliar del Ministerio Público en la investigación del delito (ver principalmente Arts. 49 y 53). No hay norma alguna que habilite la posibilidad de una “derivación” del Ministerio Público de una investigación para un procedimiento de mediación ni de instancia similar de encuentro entre el autor y la víctima con miras a una solución de consenso basada en un acuerdo de reparación. La posibilidad de encuentro entre autor y víctima tampoco parece plausible en la sección de la ejecución o cumplimiento de la pena (Arts. 287-293), sea como una forma alternativa de cumplimiento o de reducción de la pena.

Como se puede apreciar, aunque el nuevo código procesal penal comienza con una declaración de principio basada en la dignidad humana del autor y la víctima<sup>54</sup> y en la inmediatez<sup>55</sup> no hay ninguna instancia prevista en el nuevo sistema que permita avizorar algo cercano al espíritu restaurador de las relaciones sociales y a la consideración antropológica del bien jurídico y del delito como un daño social vinculado al ser humano, tal cual como lo entiende la literatura especializada en JR, sino que el espíritu sigue siendo estatal-paternalista de considerar los intereses (procesales) de la víctima dentro de lo retributivo-vindictivo y de considerar el bien jurídico como un interés objetivo-abstracto y la reparación del daño social como devolución de la confianza en la norma y en el mantenimiento de su vigencia.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. La justicia penal no se puede plantear ni pensar como una dicotomía entre la prevención general y la prevención especial, como si se tratara de escoger entre las expectativas de la comunidad o de las necesidades del autor.
2. La reforma del sistema penal uruguayo si bien no admite formas de JR, al menos permite la participación de la víctima, aunque según una lógica retributiva. En este contexto poco queda para el encuentro entre el autor y la víctima con el objetivo de un acuerdo que pacifique el conflicto y mucho por hacer.
3. La JR bien puede reunir las expectativas de los involucrados en el conflicto y de toda la comunidad sin que unos objetivos absorban a los otros. Nada obsta a que los mecanismos de JR ingresen al sistema penal cumpliendo funciones y fines de prevención general y especial.

54 Artículo 3. (Reconocimiento de la dignidad humana).- Toda persona, cualquiera sea su posición en el proceso y en particular la víctima de un delito y aquel a quien se le atribuya su comisión, deben ser tratados con el respeto debido a la dignidad del ser humano.

55 Artículo 12. (Otros principios aplicables).- Se aplicarán al proceso penal, en lo pertinente, los principios de inmediatez, concentración, dirección e impulso procesal, igualdad de las partes, probidad y ordenación del proceso.

4. Explicitada someramente la realidad uruguaya en relación a la resolución de los conflictos sociales más graves, cabe la pregunta ¿Hasta dónde un sistema penal como el uruguayo pensado según una lógica retributiva y casi exclusivamente en función a la pena de privación de libertad puede admitir instancias de restauración de las relaciones sociales rotas? Al mismo tiempo, si consideramos que en el caso uruguayo la posibilidad de aceptar “una nueva mirada” en la reacción al delito viene del poder ejecutivo (Ministerio del Interior) y encuentra omisos a los otros poderes del estado y a los movimientos sociales y la *mass media*, surge el interrogante siguiente: ¿Hasta dónde –por un lado, la institucionalidad encargada de dictar las normas generales de convivencia y de la aplicación de las mismas, y por otro lado la sociedad uruguaya– están preparadas para aceptar y adoptar una forma distinta de reacción para el castigo penal?

5. Las reformas normativas no pueden ser exitosas si no existe previamente la comprensión ciudadana sobre la necesidad de cambiar un modelo internalizado como el único, aunque el mismo fuere notoriamente ineficaz y violatorio de los derechos humanos. Solo el cambio de mentalidad ciudadano previo, que comienza con la visibilidad del problema, la educación, la publicidad y la explicación de las desventajas que por igual atañen a todos los ciudadanos (no solo a los delincuentes), puede conducir a un escenario de éxito para un cambio de paradigma. La resistencia y el poco interés del legislador y de los aplicadores de la justicia penal en las formas restauradoras solo cederá cuando se demuestre fehacientemente, por un lado, la ganancia general en el respeto de las garantías y principios jurídicos que implica el nuevo modelo (aunque tan solo se trate de una complementación al modelo tradicional de hacer justicia) y, por otro lado, se brinde la seguridad parcial de que el nuevo rol o función no implica una pérdida de poder sino una resignificación del mismo.

6. Los pioneros intentos del Ministerio del Interior sobre los mecanismos de JR tienen que ser considerados por el legislador dentro del procedimiento penal para que puedan ser utilizados por los operadores de la administración de justicia al momento de reaccionar a los delitos. Si los mismos no son considerados con rango de ley como alternativa al procedimiento penal formal (desviación) o como una etapa formal del procedimiento, apenas podrán ser utilizados a nivel policial sin ninguna incidencia en la resolución de los delitos. Ni siquiera para la resolución de los delitos de bagatela o de menor gravedad.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, H. J., SIMON, J.M., REZAEI, H., ROHNE, H.C. y KIZA, E. (Dirs.), *Conflicts and Conflicts Resolution in Middle Eastern Societies- Between Tradition and Modernity*, Duncker&Humblot, Berlin, 2006.
- ARMENTA DEU, T., *Justicia de proximidad*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- BAZEMORE, G. y UMBREIT, M. “A Comparison of Four Restorative Conferencing Models”, *Juvenile Justice Bulletin*, U.S. Department of Justice, Estados Unidos, 2001.

- BINDING, K., *Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Meiner, Leipzig, 1913.
- BRAITHWAITE, J., "Principles of Restorative Justice", en VON HIRSCH, A., ROBERTS, J. y BOTTOMS, A.E. (Eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Hart Publishing, Oxford, 2003.
- BRAITHWAITE, J., *Restorative justice and responsive regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- BRAITHWAITE, J. y DALY, K., "Masculinities, violence and communitarian control", en NEWBOURN, T. y STANKO, E. (Eds.), *Just Boys Doing Business*, Routledge, Londres y Nueva York, 1994.
- CERETTI, A. y MAZZUCATO, C., "Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U", *Diritto Penale e Processo*, 6/2001.
- CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, *Informe 2013*, Corporación Latinobarómetro, Santiago de Chile, 2013.
- CHRISTIE, N., *Conflicts as property*, British Journal Criminology, 17, 1977.
- DALY, K. y PROIETTI-SCIFONI, G., "Reparation and restoration", en TONRY, M. (Ed.), *Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, Oxford University Press, New York, 2010.
- DAVID, R. y BRIERLEY, J., *Major Legal Systems in the World Today. An introduction to the comparative study in law*, The Free Press, New York, 1978.
- GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GALAIN PALERMO, P., "Sospensione del proceso penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?", en PICOTTI, L. (Ed), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Cedam, Milano, 2010.
- GALAIN PALERMO, P., "La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el derecho penal de Uruguay", en AMBOS, K., MALARINO, E. y STEINER, C. (Eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2013.
- GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2009.
- GALAIN PALERMO, P., *¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GAVRIELIDES, T., "Restorative Practices: From the early societies to the 1970s", *Internet Journal of Criminology*, Online, 2011.
- GORDILLO SANTANA, L., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.
- HASSEMER, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Beck, München, 1981.
- HASSEMER, W., "Variationen der positiven Generalprävention", en SCHÜNEMANN, B. et al. (Eds.), *Positive Generalprävention Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Upsala Symposium 1996, Müller, Heidelberg, 1998.
- HASSEMER, W., "Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention", en PRITTWITZ, C. et al. (Eds.), *Festschrift für Klaus Lürsenn*, Nomos, Baden-Baden, 2002.

- HIRSCH, H., “Zur Abrenzung Von Strafrecht und Zivilrecht”, en BOCKELMANN, F. et al. (Eds.), *Festschrift für Karl Engish*, zum 70, Geburtstag, Klostermann, Frankfurt, 1969.
- HIRSCH, H., “Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts”, *ZStW*, 102, 1990.
- HUXLEY, E., *Red strangers*, Chatto and Windus, Londres, 1939.
- JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D., “The meaning of restorative justice”, en JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D. (Eds.), *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, USA, 2007.
- JOUDO LARSEN, J., *Restorative justice in the Australian criminal justice system*, Australian Institute of Criminology, Australia, 2014.
- KERNER, H., *Diversión statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 1983.
- KNUST, N., *Entwicklung eines pluralistischen Rechtsmodells am Beispiel des ruan-dischen Völkermordes*, Berlin, 2013.
- LAGOS, M. y DAMMERT, L., *La Seguridad Ciudadana. El Principal Problema de América Latina*, Corporación Latinobarómetro, Santiago de Chile, 2012.
- LUHMANN, N., *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, 2 Auflage, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2005.
- LUNA, E., “Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice”, *Utah Law Review*, 2003.
- MARSHALL, T., “The evolution of restorative justice in Britain”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 4, N°4, 1996.
- MCCOLD, P., “Restorative justice and the role of community”, en GALAWAY, B. y HUDSON, J. (Eds.), *Restorative Justice: International Perspectives*, 1996.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, *Encuesta sobre niveles de victimización, percepciones de inseguridad y grados de confianza institucional en el Uruguay. Segundo informe preliminar*, Ministerio del Interior, Uruguay, 2011.
- REGGIO, F., *GiustiziaDialogica. Luci e ombredellaRestorativeJustice*, Franco Angeli, Milano, 2010.
- ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, De Gruyter, Berlin/New York, 1973.
- ROXIN, C., “Zur Wiedergutmachung als einer, dritten Spur ‘im Sanktionensystem’”, en ARZT, G. et al. (Eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann*, zum 70, Geburtstag 22 Juni 1992, Gieseking, Bielefeld, 1992.
- SHERMAN, L., “Defiance, Deterrence and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction”, *Journal of Research in Crimen & Delinquency*, vol. 30, 1993.
- SHERMAN, L. y STRANG, H., *Restorative justice: the evidence*, The Smith Institute, Reino Unido, 2007.
- SHERMAN, L. y STRANG, H., “Restorative Justice as a Psychological Treatment: Healing Victims and Reintegrating Offenders”, en TOWL, G. y CRICHTON, D. (Eds.), *Handbook of Forensic Psychology*, Elsevier, Amsterdam, 2010.
- SHERMAN, L., STRANG, H. y NEWBURY-BIRCH, D., *Restorative justice*, Youth Justice Board, Reino Unido, 2008.

- SCHÖCH, H., "Verwarnung statt Strafe", en ARZT, V. et al. (Eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann*, zum 70 Geburtstag 22 Juni 1992, Giesecking, Bielefeld, 1992.
- SCHÖCH, H., "Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren", *NStZ*, Heft 9, 1984.
- SCHÖCH, H., "Strafrecht im demokratischen Rechtsstat. Yur konkreten Utopie der Wiedergutmachung im Strafverfahren", en KAUFFMANN, A. et al. (Eds.), *Festschrift für Maihofer*, zum 70. Geburtstag, Kostermann, Frankfurt, 1988.
- STRANG, H., *Restorative Justice Programs in Australia: A report to the Criminology Council*, Australian Institute of Criminology, Camberra, 2001. <http://www.criminologyresearchcouncil.gov.au/reports/strang>.
- STRENG, F., *Strafrechtliche Sanktionen. Grundlagen und Anwendung*, Kohlhammer, Stuttgart, 1991.
- UMBREIT, M., COATES, R. y VOS, B., "Restorative justice versus community justice: Clarifying a muddle or generating confusion?", *Contemporary Justice Review*, vol. 7, N°1.
- VAANDERING, D., "A faithful compass: rethinking the term restorative justice to find clarity", *Contemporary Justice Review*, vol. 14, N°3, 2011.
- VAN NESS, D. y STRONG, K., *Restoring Justice*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1997.
- VON LISZT, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Guttentag, Berlin, 1912.
- WRIGHT, M., *Justice for Victims and Offenders. A restorative Response to Crime*, Waterside Press, Winchester, 1991.
- ZEHR, H. y MIKA, H., "Fundamental concepts of restorative justice", *Contemporary Justice Review*, 1.
- ZEHR, H., *El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*, Good Books, Estados Unidos, 2004.
- ZERNOVA, M. y WRIGHT, M., "Alternative visions of restorative justice", en JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D. (Eds.). *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, USA, 2007.

# ALGUNOS CLAROSCUROS EN EL TEMA DE LA MEDIACIÓN PENAL DE ADULTOS

André Lamas Leite<sup>1</sup>

Profesor Asistente de la Facultad de Derecho  
Universidad de Oporto (Portugal)

---

<sup>1</sup> Traducción del portugués al español a cargo de CRISTINA ALONSO SALGADO y ALMUDENA VALIÑO CES. Estas breves reflexiones van dedicadas al área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, a la Prof. Doctora RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES, a la Prof. Doctora CRISTINA ALONSO SALGADO y a CRISTINA TORRADO TARRÍO, que tuve el privilegio de conocer, con quienes siempre aprendo mucho y que tienen la amabilidad de reforzar lazos académicos y de amistad conmigo y con la Facultad a la que pertenezco. Un agradecimiento muy especial es para la Prof. Doctora CRISTINA ALONSO SALGADO y la Prof. ALMUDENA VALIÑO CES, por el trabajo de traducción de esta modesta contribución del portugués al español.



## 1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO

Los problemas de la lentitud de la Justicia han existido prácticamente desde que existe ésta. Del mismo modo, la expresión “crisis de la Justicia” se encuentra en todos los tiempos y lugares. Se sabe, sin embargo, que no existe una crisis, sino varias, en plural. La diversidad de situaciones de la vida social que el Derecho está llamado a regular, la profunda implicación de nuestra área de conocimiento con todas las demás, no permitirían, de hecho, que no fuera así. De lo que se desprende que debemos encarar siempre con relatividad a aquéllos que alertan, casi parafraseando a FUKUYAMA, con “el fin de la Historia”.

Es natural, no obstante, que con la “sociedad del riesgo” (BECK) o de la “transparencia y del cansancio” (HAN), con la globalización y las tecnologías de la información y del conocimiento<sup>2</sup>, las sociedades modernas sean particularmente rápidas y lo momentáneo sea casi siempre preferible a aquello que puede comportar una nota de mayor perennidad. Éste es uno de los grandes dilemas que, en las diversas ramas del Derecho, nos corresponde analizar: la Justicia y la seguridad, como es sabido, son habitualmente entendidas como las principales finalidades del Derecho, tantas veces antinómicas. Se podría decir que la actual aceleración potencia mucho tales contradicciones. De conformidad con HASSEMER<sup>3</sup>, el discurso penal está más orientado hacia la solución concreta de específicos problemas que hacia la defensa de principios generales.

En esa línea, el “*eficientismo*”, el “*actuarialismo*”, la “celeridad y eficacia procesales” son casi divinizados, de modo que urge que el legislador y el intérprete se muestren particularmente vigilantes en el momento de la definición práctica del

---

2 Existe un amplio campo de debate sobre la utilización de técnicas de justicia restaurativa en el llamado “multiculturalismo” y conflictos penales de ellos derivados. Para una visión introductoria, *vid.* UMBREIT, M.S. (Dir.), *Multicultural Implications of Restorative Justice: Potential Pitfalls and Dangers*, U.S. Department of Justice, Washington, 2000. Ya existen ejemplos concretos en los países de Europa del Norte: ALBRECHT, B., “Multicultural Challenges for Restorative Justice: Mediators’ Experiences from Norway and Finland”, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 11, 2010, pp. 3-24.

3 HASSEMER, W., “Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na Política Criminal”, *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, 2, 2008, p. 8, disponible en <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32318-38755-1-PB.pdf>. Todos los sitios de internet citados en el presente trabajo estaban accesibles en abril de 2015.

Derecho, en especial del Penal, en atención a la mayor severidad de las reacciones reservadas para la violación de los respectivos ilícitos<sup>4</sup>. De lo que se desprende que los “cantos de sirenas” que vienen principalmente del otro lado del Atlántico alcanzan a una Europa envejecida en tantos aspectos, comenzando por las personas y por las ideologías, como pequeñas “islas de salvación”. A esto debe sumarse la natural tendencia humana –explicada por la “Psicología de las masas”– a importar a menudo, de manera acrítica, soluciones que pueden funcionar en diferentes ordenamientos jurídicos, pero que son inapropiadas en otros, en consideración a la indefectible conexión entre el Derecho, máxime el Penal, y las estructuras político-ideológicas, sociales, económicas y culturales de cada Estado. Sabemos bien que Europa ha venido consumiendo, en varios ámbitos, “productos” de los EE.UU. y que el poderío de un Pueblo se mide, sobre todo, por la capacidad de influencia de los demás, en una época en la que las “guerras clásicas” se polarizaron en torno al capital y a la cultura, sobre todo. No es por casualidad que la dogmática jurídica alemana ha sido correctamente considerada como un “producto de exportación” de aquel país, dado el impacto que ha tenido en regiones inesperadas del mundo, lo que también es traducible en dinero. El Derecho siempre fue y continuará siendo, además, un instrumento de dominio, de poder (FOUCAULT, BARATTA), imbuido que se encuentra en la cultura de los pueblos. Del mismo modo que Europa vivió fases de acentuada influencia italiana o francesa en el Derecho Penal, la influencia actual es germánica, pero con aperturas hacia el horizonte comprensivo cultural-valorativo anglo-americano.

Yo diría que, sobre todo, en el proceso –una vez que la dogmática penal de las latitudes de lengua inglesa parece acomodarse mal con la complejidad técnica compartida por la gran parte de los Estados de la Europa continental, hija de la original germánica–, cada vez es mayor la fascinación con la rapidez y aparente seguridad jurídica con las que aquellos ordenamientos tratan procesos concretos que, con la globalización, por contender a varios países europeos, permiten una comparación en la que el Viejo Continente parece claramente el perdedor. Bastará recordar el “proceso Madoff”. En el mismo sentido, un enfoque simplista de este jaez es propenso a un fenómeno de *populismo punitivo*, de derecha o de izquierda, que viene siendo alimentado por acontecimientos recientes y que viene haciendo de la política criminal de nuestro espacio *civilizacional* una especie de “OVNI”, errática, al calor de las conveniencias puras de política partidaria.

Mantener algo de la racionalidad heredada de la Ilustración y un modelo político-criminal basado, sobre todo, en los presupuestos liberales y sociales que subyacen tras las Constituciones portuguesa y española, entre tantas otras, exige una tarea ciclópea a todos los que estudian y aplican nuestra rama del Derecho. Al mismo

---

4 Para un análisis de Derecho comparado, PEDROSO, J. et al., *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra, 2001. También para una primera aproximación al concepto de “justicia restaurativa”, cf. uno de los autores ya clásicos sobre el tema: MARSHALL, T.F., *Restorative Justice: An Overview*, Home Office, London, 1999; además de DOOLIN, K., “But What Does It Mean? Seeking Definitional Clarity in Restorative Justice”, *The Journal of Criminal Law*, 71, 5, 2007, pp. 427-440 y OKIMOTO, T.G. et al., “Beyond Retribution: Conceptualizing Restorative Justice and Exploring its Determinants”, *Social Justice Research*, 22, 2009, pp. 156-180.

tiempo, nos obliga a reflexionar continuamente sobre soluciones dictadas muchas veces más por un sentimiento momentáneo que por una coherente opción de fondo. Ahora bien, tal desafío es particularmente visible en institutos como la mediación penal<sup>5</sup>, en especial en la medida en que surgen bajo el signo de resultar más democráticos en la decisión del conflicto penal, como profundización de un régimen político que se desea más participativo y de un enfoque *bottom-up* y no *top-down*<sup>6</sup>, fundamentada, a menudo, en conceptos como los de “democracia deliberativa” de HABERMAS.

Nos proponemos, en este camino, reflexionar, brevemente, sobre el conjunto de cuestiones que más directamente han obstaculizado a los mecanismos de resolución alternativa de litigios (RAL), en especial la mediación penal de adultos, en la certeza de que esta última es, en el Derecho Penal, aquella que más esperanzas (y ya algunas evidencias) ofrece, pero que, como cualquier otro mecanismo, también comporta riesgos. Lo esencial, en la actualidad, ya no es discutir de la bondad o no de la introducción de sistemas de mediación. Ese tiempo pasó y la respuesta es, por regla general, afirmativa. La dificultad está en el modelo concreto de su implementación, lo cual va ofreciendo respuestas más o menos operatorias a las cuestiones que nos proponemos estudiar, dialogando también con la legislación portuguesa que, al contrario que España, existe desde 2007 (Ley nº. 21/2007, de 12 de junio).

## 2. ¿HACIA UNA “VICTIMODOGMÁTICA”?

En algunos círculos se está abogando por una sustitución de la actual dogmática jurídico-penal por una “victimodogmática”. A pesar de que el sentido del concepto no es unívoco, hay un margen de consenso que se refleja en el acuerdo en relación a las categorías constitutivas del crimen –tipicidad, ilicitud, culpabilidad y punibilidad– deben ser orientadas “en función de la víctima”, así como al proceso penal<sup>7</sup>.

5 Los estudios empíricos sobre sus ventajas, en especial en materia de eficiencia, son diferentes y ya abundantes. Para una visión general, SHERMAN, L.W. y STRANG, H., *Restorative Justice: the Evidence*, The Smith Institute, Londres, 2007. En un sentido positivo y en relación a su aplicación práctica, se debe resaltar que el proceso de los casos remitidos a mediación es, muchas veces, factor perturbador de un análisis más objetivo, cf. LATIMER, J. et al., “The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis”, *The Prison Journal*, 85, 2005, pp. 127-144. Otro estudio relevante sobre la reincidencia en los programas de mediación, que concluye con una menor tasa en los individuos que se sometieron a esta forma de “alternative dispute resolution”, se encuentra en SHAPLAND, J. et al., *Does restorative justice affect reconviction? The fourth report from the evaluation of three schemes*, Ministry of Justice, Londres, 2008. Interesante es otro estudio que, relativo a delitos graves, concluyó con una mayor satisfacción de las víctimas cuyo proceso incluyó la mediación, por contraste con un grupo de control, que se basa en una de las afirmaciones más defendidas: la mediación sólo sería adecuada para delitos de pequeño o medio potencial ofensivo – cf. VAN CAMP T. y WEMMERS, J., “La justice réparatrice et les crimes graves”, *Criminologie*, 44, 2, 2011, pp. 171-198; en igual sentido, BAZEMORE, G. y MARUNA, S., “Restorative Justice in the Reentry Context: Building New Theory and Expanding the Evidence Base”, *Victims and Offenders*, 4, 2009, pp. 375-384. Para una visión práctica de la función del mediador, con consejos útiles y basados en evidencia empírica, vid. ASHLEY PHILLIPS B., *The Mediation Field Guide*, Jossey-Bass, San Francisco, 2001, pp. 151-266.

6 Entre otros, BRAITHWAITE, J., “Restorative Justice and De-Professionalization”, *The Good Society*, 13, 1, 2004, pp. 28-31.

7 De interés, véase ALBRECHT, P.A., “The Functionalization of the Victim in the Criminal Justice System”, *Buffalo Criminal Law Review*, 3, 1999, pp. 91-107; PRITTWITZ, C., “The Resurrection of the Victim in Penal Theory”, *ibidem*, pp. 109-129 y HÖRNLE, T., “Distribution of Punishment: The Role of a Victim’s Pers-

Técnicamente diferente del concepto ahora analizado, pero íntimamente relacionado con él, está el “renacimiento de la víctima”, sobre todo a partir de los años sesenta/setenta del pasado siglo, en el sentido de atribuirle un papel cada vez más activo en el proceso penal. Así se superó, en una expresión hoy ya consagrada, la relación “binómica” entre el acusado y el Estado, sustituyéndola por una relación de tipo triangular acusado-Estado-víctima. Entendemos que hoy la idea de base no merece la censura de casi nadie, focalizándose el debate en la manera en la que se produce esa intervención. Tal como en cualquier alteración del proceso penal, por naturaleza, una rama en la que los equilibrios son siempre temporales, lo esencial pasa por no convertir a la víctima, en la práctica, en sujeto procesal reinante, a costa de la disminución de las garantías de defensa del acusado. Varios han sido los modelos ensayados, desde los llamados *victim impact statements*, hasta la constitución del ofendido como parte civil, o su elevación a verdadero sujeto procesal dotado de poderes propios y autónomos frente al Ministerio Fiscal, como sucede en Portugal con la figura del “*assistente*”. ROBINSON<sup>8</sup> alerta acerca de los peligros de una excesiva participación de las víctimas en el proceso legislativo y aplicativo de las leyes penales, bajo la pena de retroceder a épocas anteriores de la Historia del Derecho Penal y finaliza su análisis proponiendo un refuerzo de la participación de las organizaciones de las víctimas, más que de estas últimas *per se*, para lograr así un alejamiento de la normal subjetividad en la que ellas están inmersas, ganándose, *ad maiorem*, en términos de visión de conjunto de problemas que pueden ser transversales a todas las víctimas o, por lo menos, a algunas categorías de ellas.

Se diferencian los autores en relación al respectivo grado de vinculación entre aquellos (claramente minoritarios) que se centran casi absolutamente en la víctima y aquellos que defienden una política criminal y una hermenéutica jurídico-penal favorable a esta figura. Defendió BERISTAIN IPIÑA<sup>9</sup> abogar por la sustitución del *in dubio pro reo* por el *in dubio pro victima* como criterio final de valoración probatoria. Son varias las fundadas dudas de constitucionalidad que tal concepto suscita, en España<sup>10</sup> o en Portugal y, en general, en los países de nuestro entorno jurídico-cultural.

La “victimodogmática” implicaría, entonces, una especie de “revolución copernicana” en la interpretación de los tipos legales del crimen: el bien jurídico identi-

---

pective”, *ibidem*, pp. 175-209; en la perspectiva norteamericana, también publicado en la misma revista, DIRK DUBBER, M., “The Victim in American Penal Law: A Systematic Overview”, pp. 3-31.

- 8 ROBINSON, P. H., “Should the victims’ rights movement have influence over Criminal Law formulation and adjudication?”, *McGeorge Law Review*, 33, 4, 2002, pp. 749-758, en especial, p. 758.
- 9 BERISTAIN IPIÑA, A., “Hoy Creamos una Nueva Ciencia Cosmopolita e Integradora: la Victimología de Máximos, Después de Auschwitz”, *Direito & Cidadania*, VII, 24, 2006, p. 49; *Idem*, “Algo Mejor que la Desacralización de la Pena Kantiana (Protagonismo de las Víctimas)”, *Direito & Justiça*, XVIII, I, 2004, p. 36, y “Las víctimas y el perdón... Hacia la superación integradora del sufrimiento”, en BERISTAIN IPIÑA, A., *Víctimas del Terrorismo. Nueva Justicia, Sanción y Ética*, p. 212, alabando REYNALD OTTENHOFF.
- 10 Para una síntesis de la problemática en España, véase, entre otros, la experiencia descrita en RÍOS MARTÍN, J.C. et al., *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, disponible en file:///C:/Users/The%20dude/Downloads/Investigaci%C3%B3n%20del%20CGPJ%202008%202b%20(2)\_1.0.0.pdf y, en general, ROLDÁN BARBERO, H., “La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar”, *Revista Penal*, 11, 2013, pp. 118-137, y, ahora, ALONSO SALGADO, C., *La mediación en el proceso penal*, Tesis Doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, 2015, pp. 152 y ss., y 772 y ss.

ficado debería serlo pensando en el “interés de la víctima”, así como en las dificultades hermenéuticas de los tipos de ilícitos-objetivo y subjetivo, el desarrollo de la culpabilidad y de la categoría de la punibilidad. Se detecta una primera dificultad: ¿qué es el “interés de la víctima”? A ella hay que añadir la duda en relación a la legitimidad constitucional y político-criminal de esa opción, por lo que implicaría de ruptura con el modelo procesal penal impuesto por las Leyes Fundamentales de nuestros Estados.

Anticipamos nuestra respuesta a este conjunto de inquietudes. No puede dejar de ser irrestrictamente contraria a una “victimodogmática”, de la misma manera que no suscribimos una “acusadodogmática”. Dicho de otro modo: la realización de las finalidades de las reacciones criminales (en Portugal legislativamente previstas en el artículo 40 del CP) y de las desideratas del proceso penal implican un complejo sistema de *checks and balances* común a cualquier rama de un Estado de Derecho democrático. Por tanto, no puede existir una dogmática criminal o procesal penal que promueva un sujeto procesal en detrimento de otro. La construcción dogmática se fundamenta en las finalidades anteriormente adoptadas y sólo ellas son sus polos orientadores. De donde se desprende que la reintegración de bienes jurídicos y la prevención especial del acusado (si es posible, de resocialización) son los vectores que importa salvaguardar<sup>11</sup>. Una estructura procesal de base acusatoria, integrada por un principio de investigación penal, como la vigente en Portugal, impone un conjunto extenso de derechos de defensa del acusado (artículo 32 de la Constitución), en diálogo contradictorio con el Ministerio Fiscal y el eventual “*assistente*”. Una dogmática y política criminales centradas totalmente –o específicamente– en la víctima provocaría que el modelo procesal volviese a ser inquisitorio. Y está por demostrar que una adecuada protección de la víctima implique, necesariamente, una disminución de garantías del acusado.

Como siempre, en nuestra rama del Derecho, la “jurisprudencia de los intereses” en juego se fundamenta en el prudencial equilibrio. Por ejemplo, la sustitución del *in dubio pro reo* por el *in dubio pro victima* implicaría la admisión de una presunción de culpabilidad que pendería sobre el acusado, lo que significaría que a la respectiva constitución habría que sumar una carga de probar su inocencia. Exactamente lo contrario de aquello que el principio del Estado de Derecho postula, lo que sería inconstitucional frente a lo dispuesto en el artículo 32, número 2, de la Constitución, más allá de que no existe, en Portugal, una verdadera carga de la prueba, formal o material, en el proceso penal, en atención a la posición procesal del Ministerio Fiscal, que se debe guiar por principios de estricta objetividad y legalidad, no siendo, en este sentido, una verdadera “parte”. Este órgano del Estado no debe procurar la condena del acusado a toda costa, investigando *à charge et à décharge*, llevando al proceso elementos probatorios favorables y desfavorables al putativo autor del crimen. De donde se desprende que si en el juicio entiende que no se han reunido pruebas en relación a la “*cuestión de la culpabilidad*” (artículo

11 Este último aspecto es de las mayores ventajas que presenta la mediación penal. Entre otros, véase OLIVER MICHAELIS, L., “Mediation im Strafrecht – der Täter-Opfer-Ausgleich”, *Juristische Arbeitsblätter*, 37, 11, 2005, p. 832, que describe el encuentro entre sujetos, la forma en que se han visto afectados por el conflicto y la búsqueda activa de una solución consensuada como “*importantes momentos resocializadores*” (*wichtige resozialisierende Momente*).

368 del Código de Proceso Penal – CPP), deberá pedir al Tribunal la absolución del acusado. Sólo estos comportamientos procesales son conformes al artículo 219 de la Constitución de la República. De este modo, únicamente a través de una verdadera ruptura constitucional se produciría semejante terremoto jurídico-procesal penal.

Lo que sea el “interés de la víctima” es una cuestión no despreciable y de difícil respuesta. ¿Será la víctima titular de un verdadero *derecho subjetivo* al descubrimiento del o de los autores del o de los crímenes y, más tarde, a la respectiva punición, una vez satisfechos los requisitos legales? Se trata de una materia central y sobre la que ya tuvimos ocasión de exponer lo que pensamos<sup>12</sup>. Así, consultados autores como REEMTSMA, FLETCHER y GÜNTHER, a pesar de sus enfoques algo diferentes, en todos se concibe la pena como restablecimiento de la igualdad entre infractor y víctima<sup>13</sup>. Nada tenemos que objetar a la idea de que la sanción penal reaccione contra un hecho, debiendo generar un reequilibrio de las relaciones sociales y humanas. Lo que ya nos parece controvertido y peligroso es considerar el derecho de punir como *monopolio de la víctima*, como su *derecho subjetivo autónomo*<sup>14</sup>.

El camino histórico de centralización del *ius puniendi* en las manos del Estado, con el fin de evitar las monstruosas injusticias derivadas de un retorno a los tiempos de la *Blutrache*, sólo permite la existencia de una *expectativa* de punición del autor del “supuesto” delito, sobre todo porque sólo después de que se juzgue y se emita la decisión final, existe la certeza de que hubo crimen. ¿Cómo se podría defender un derecho subjetivo que, bajo la pena de la conculcación del principio de la presunción de inocencia, nunca sería evaluable en el *tempus delicti*, sino que sólo existiría cuando un proceso con garantías de defensa del acusado lo afirmara? ¿Y cómo habría “víctima” antes de que el ordenamiento reconociese la existencia del hecho delictivo apto para lesionar su esfera jurídica? ¿No sería esto “prejuizar”<sup>15</sup>? Consideramos que sí.

Más aún: a partir del momento en que se configura la existencia de un verdadero derecho subjetivo del que la víctima sea titular, tal circunstancia comporta que la misma tenga a su disposición un conjunto de instrumentos jurídicos frente el respectivo incumplimiento por el Estado. Así, ella podría intentar accionar contra el Estado, en los Tribunales Administrativos y Fiscales, teniendo como causa de pedir la violación de ese derecho que se traduciría, *v. g.*, en el incumplimiento de todas las diligencias de investigación que correspondiesen al caso, con eventuales prescripciones del proceso penal o de las penas en las que se pudiese culpar al Estado de alguna responsabilidad por la negligencia por el transcurso del tiempo. Y, aún más, cuando los órganos de investigación no hubiesen sido capaces de descubrir el autor

12 En “Justiça *prêt-à-porter*? Alternatividade ou complementaridade da mediação penal à luz das finalidades do sancionamento”, *Revista do Ministério Público*, 126, 2009, pp. 85-126.

13 SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿*Nullum crimen sine poena*? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, *Derecho Penal y Criminología*, 86-87, 2008, pp. 353-356.

14 Así, convirtiendo a la víctima en el foco total de la intervención penal, quiebra el juego de equilibrios en que se basa cualquier codificación. En Alemania, una actitud legislativa excesivamente “pro-víctima” viene siendo criticada – *cf.*, p. ej., ESPOSITO, A. K. y SAFFERLING, C.J.M., “Report – recent case law of the *Bundesgerichtshof* (Federal Court of Justice) in *Strafsachen* (Criminal Law)”, *German Law Journal*, 9, 5, 2008, pp. 700-705.

15 De forma correcta, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “*Nullum crimen sine poena*?...”, *...op. cit.*, p. 360.

del delito, habría también lugar para la interposición de acción judicial, con eventual derecho de regreso del Estado contra los concretos titulares de la investigación (Ministerio Fiscal y órganos de policía criminal). Más allá de las dificultades probatorias no pequeñas que estos procesos siempre enfrentarían, piénsese en las consecuencias prácticas que tal concepción implicaría en el día a día de quien investiga. Con el objeto de evitar futuras acciones judiciales, se asistiría a un exceso de celo paralizante del funcionamiento de la investigación o, al contrario, a una desmotivación fruto de la percepción del desinterés y abandono del Estado hacia estos profesionales. Todas, por cierto, consecuencias indeseables.

El problema gana relieves de acrecentada complejidad cuando nos enfrentamos a la “justicia de transición”<sup>16</sup>. Los ejemplos históricos de como los ordenamientos jurídicos lidian con rupturas constitucionales, por regla general de regímenes dictatoriales y/o autoritarios hacia regímenes democráticos, son diversos. Desde las leyes de amnistía, los perdones genéricos, los indultos (todo manifestaciones del llamado “derecho de gracia”), a la constitución de tribunales *ad hoc*, de naturaleza nacional o internacional, hasta procesos de reconciliación que pasan por la aplicación de técnicas de justicia restaurativa. Quizá el mejor ejemplo de las últimas décadas haya sido la “Comisión para la Verdad y la Reconciliación” de Sudáfrica<sup>17</sup>, que implicaba un sometimiento voluntario de los miembros del régimen del *apartheid* a una comisión representativa de la sociedad y que procuraba determinar los hechos, más con la intención de aproximar a los ciudadanos desavenidos, que de imponer sanciones criminales puras. Se pregunta: ¿un individuo, contra quien se hubieran cometido crímenes que, en la fecha, no eran así considerados, por estar enmarcados en un régimen de terror y miedo que los tutelaban jurídicamente, es titular de un derecho a la punición? Dejemos a un lado las intrincadas cuestiones de la aplicación retroactiva de ley penal desfavorable, prohibida por los instrumentos de Derecho Internacional, Europeo y de las principales naciones mundiales, a la que hay que sumar los principios generales comunes (o de derecho natural, si se prefiere) de Derecho Penal. Si empieza, por tanto, a ser cuestionable la legitimidad del Estado democrático de juzgar los crímenes del pasado, cierto es, por otro lado, que estos momentos disruptivos y de tensión profunda implican distorsiones con respecto a una pura y recta línea lógica dogmático-penal. Incluso ahí –o quizá en menor grado, frente a las dudas que aquí quedan apenas resumidas en un breve esbozo–, no existe un derecho a la punición de los autores de los delitos.

Pero volvamos al concepto de “interés de la víctima”. Se podría decir que el mismo puede ser encarado desde una doble perspectiva: subjetiva y objetiva. La primera, en absoluto comprometida con los intereses más personales de la concreta víctima de un crimen, indica que la misma desea la condena del autor del delito. Independientemente de las razones que la motiven: venganza, agravio, humillación. La segunda sostiene el punto de interceptación entre la vertiente subjetiva

16 Para un primer enfoque, cf. CHRISTINE BELL, C., CAMPBELL, C. y NÍ AOLÁIN, F., “Transitional justice: (re) conceptualising the field”, *International Journal of Law in Context*, 3, 2, 2007, pp. 81-88.

17 *Inter alia*, VALIÑAS, M. y VANSPAUWEN, K., “Truth-seeking after violent conflict: experiences from South Africa and Bosnia and Herzegovina”, *Contemporary Justice Review*, 12, 3, 2009, pp. 269-288, y TAMARIT SUMALLA, J., “Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición”, *Indret*, 1, 2010, disponible en <http://www.indret.com/pdf/694.pdf>.

y la intermediación del interés comunitario. O sea, siendo víctima de un delito, el concreto sujeto no deja de ser parte de una sociedad organizada en Estado (de Derecho). Por tanto, es este otro papel por ella representado el que encuentra abrigo en este modo de enfrentar el interés de la víctima. Y, en este punto, tal interés no puede dejar de confluir con la punición de los culpables y con la absolución de los inocentes, procesalmente válida.

No existe, aquí, una *verdad de la víctima* y una *verdad histórica* (mucho menos ontológica). Lo que hay es un equilibrio entre un eventual interés subjetivamente expresado y las finalidades de un proceso penal monopolizado por el Estado. Ciertamente existen aporías y disconformidades entre las dos vertientes señaladas. Pero también es evidente que la Historia del Derecho Penal nos demuestra que el continuo proceso de centralización del *ius puniendi* en las manos de un tercero imparcial ha logrado resultados claramente más satisfactorios en términos de justicia de los que la *vindicta* privada y los tiempos en los que la víctima era el principal propulsor del modo de administrar la cosa penal. De donde, sin vacilaciones, se desprende que en caso de conflicto entre las dos vertientes, la respuesta sólo puede ser a favor de una *prevalencia del interés de la víctima analizado de modo objetivo*.

Otra tendencia que se observa, en especial en la justicia restaurativa y en otros instrumentos que son manifestaciones del principio de oportunidad<sup>18</sup>, tiene que ver con la atenuación del papel central que la *culpabilidad* desempeña en nuestros ordenamientos, por imperativo constitucional y legal. No es que el fundamento último del concepto de culpabilidad no esté implícito en el proceso de mediación –forma más relevante de la *restorative justice*–. Simplemente, no hay una asunción directa y clara del juicio ético-jurídico de reproche social de la conducta, existiendo incluso posiciones de autores que, centrados más en el proceso que en los resultados del encuentro restaurativo, intentan vaciar al máximo el lugar central de la culpabilidad<sup>19</sup>. Se habla, por el contrario, sobre el acuerdo acerca de los principales hechos que fundamentan la existencia del delito. Se pregunta: ¿no es ésta la base sobre la que reposa el *juicio de culpabilidad*, sabido que cualquier concepto normativo tiene, en primer lugar, que encontrar fundamentos procesalmente sólidos, al nivel de los hechos de la vida social, sobre los que opera la respectiva subsunción jurídica? Consideramos que sí.

Conectado con este punto, es relativamente habitual establecer una relación entre la disminución de las exigencias de culpabilidad y una perspectiva de algún modo favorable a la víctima. Es cierto que venimos asistiendo, en las últimas décadas, a un discurso que, muy al amparo de la *Risikogesellschaft* (BECK), apunta hacia algunas soluciones que, en verdad, casi se aproximan a una responsabilidad penal objetiva (*versari in re illicita*), proscrita por los principios cons-

18 Confrontar sus ventajas y riesgos en JEHLE, J.M., *Discretionary powers of public prosecution: opportunity or legality principle – advantages and disadvantages*, Council of Europe, Brussels, 2004.

19 Existe, por lo menos, un estudio que demuestra que no han existido diferencias sustanciales, en cuanto al sentimiento de culpabilidad o de vergüenza, por los hechos cometidos por individuos que estuvieran envueltos en programas de justicia restaurativa, por comparación con el grupo de control (JACKSON, A.L., “The impact of restorative justice on the development of guilt, shame, and empathy among participants in a victim impact training program”, *Victims and Offenders*, 4, 2009, pp. 1-24).

tituyentes del Derecho Penal derivado de la Ilustración. De hecho, una visión exasperadamente funcionalista hace perder a la culpabilidad su papel de eje de calibre de un marco axiológico, reduciéndola a una idea de consenso aceptada por la comunidad, a un epifenómeno que, en la medida en que funciona, debe ser mantenida. No ya como la realidad que sea, sino como una mera proyección transitoria y “avalorativa” de esa misma realidad. Ahora bien, aligerar las exigencias del juicio de culpabilidad implica hacer pender sobre el acusado alguna carga de la prueba de la respectiva inocencia y, por aquí, puede conducir a una más fácil condena. Ya vimos que esa pura y simple condena, en una vertiente objetiva del interés de la víctima, no se corresponde con un verdadero beneficio para esta última y no lo es, definitivamente, para el sistema penal. Por otro lado, rechazando nosotros la concepción de un mero Derecho Criminal simbólico<sup>20</sup>, sería hipócrita negar que cualquier condena implica una fuerte carga simbólica, cuestión ésta, por otra parte aceptada e incluso pretendida por la prevención general positiva o de integración<sup>21</sup>. De donde se desprende que esa función de reafirmación de la norma –que también interesa a la víctima no sólo como miembro de la comunidad, sino como objeto directo del crimen que desea demostrar que sufrió consecuencias negativas con el delito– de igual modo sólo se consigue con una cuidada calibración de la culpabilidad del autor. De donde se deriva asimismo, que no es verdad, al menos de modo directo e inmediato, que una disminución en las exigencias del cumplimiento del juicio de culpabilidad redunde en un “favorecimiento” de la víctima.

Enfrentemos las inquietudes que nos han ocupado por un enfoque diferente. Afirmó FAGET que la víctima, en las últimas décadas, ha sido “*elevada al pedestal judicial*”<sup>22</sup>. Por nuestra parte, ya escribimos, también, que debemos evitar que ella se transforme de sujeto olvidado y despreciado por el Derecho y Proceso Penales en déspota de la modernidad penal. Ahora bien, el señalado *punitive turn* anglo-sajón y que va teniendo ecos en los países del *common law*, ha sido justificado, en parte, con la urgencia de “dar voz a las víctimas” y en protegerlas de modo más adecuado. Es cierto, sin embargo, que las consecuencias han sido un retorno a las concepciones ético-retributivas, un aumento brutal de la población carcelaria, un endurecimiento de las penas (véase el modo en el que la reincidencia es tratada con las leyes *three strikes and you're out*) e, incluso, un retorno a penas infamantes (v. g., las *shame sanctions*)<sup>23</sup>.

20 Paradigmático es HASSEMER, W., “Sicherheit durch Strafrecht”, *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 7, 4, 2006, pp. 130-143.

21 Cabe destacar correctamente en este punto, que una sanción penal que no tiene en cuenta la reparación del daño del delito (cuando es posible) nunca puede ser entendida por la comunidad y por el ofendido, MERCKLE, T., *Ein neues Paradigma im Strafrecht Grundlagen und Kriterien für Wiedergutmachung als Rechtsfolge*, Universität Lüneburg, Lüneburg, 1999, p. 71.

22 FAGET, J., *La médiation. Essai de politique pénale*, Editions Érès, Ramonville Saint-Agne, 1997, p. 23.

23 Sobre todo esto, cf. nuestra “Nueva penología, *punitive turn* y Derecho Penal: *quo vadimus?* Por los caminos de la incertidumbre (pos)moderna”, *Indret*, 2, 2013, disponible en <http://www.indret.com/pdf/965.pdf>. Con interés, defendiendo el uso de “parsimonia” en el Derecho Penal, llamando la atención sobre la circunstancia de que las teorías retributivas y de la *deterrence* son maximalistas y de la conjugación de sanciones penales con civiles, vid. BROWN, D.K., “Third party interests in Criminal Law”, *Washington and Lee Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Paper nr. 02-1, 2002, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=295639](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=295639).

¿Cuál ha sido el *verdadero* papel de la víctima en este movimiento? Un dato es seguro: su protección ha sido presentada como justificadora del incremento punitivo. Es, sin embargo, como mínimo legítimo cuestionarnos sobre si ésta no ha sido una justificación “políticamente correcta” cuando, de hecho, lo que se busca es un fuerte aumento del control social formal y un aumento de la “policialización” del Derecho Penal. Más aún: entendemos el *punitive turn* como una manifestación de la ruptura del *Welfare State* y una admisión de la incapacidad (y/o falta de voluntad) del Estado para combatir las causas más profundas de la criminalidad. De donde se deriva que la víctima, por regla general, ha sido más un instrumento legitimador de una *vis* expansiva de la política a través del Derecho Penal que una verdadera y central preocupación seria del legislador. A nivel del Derecho Europeo, la aproximación de nuestra rama del Derecho entre los Estados miembros ha sido especialmente por la vía de la protección de los derechos de las víctimas, a través de la creación de un marco legislativo común<sup>24</sup>. Se percibe fácilmente: la opinión pública acepta mejor esta incorporación de instrumentos previstos en los Tratados en el núcleo esencial de bienes jurídicos caracterizadores de una determinada sociedad y, por otro lado, más fácilmente las clases dirigentes lo pueden explicar a sus electores.

### 3. ¿UN DERECHO PENAL A LA IMAGEN Y SEMEJANZA DEL DERECHO CIVIL?

Nacidos en el Derecho Civil, los medios de RAL, también en la jurisdicción civil, en los EE.UU., en 2006, representaban cerca del 98% de las formas de resolver los litigios existentes, dado que apenas el 0,8% de los procesos llegaban a un *jury*<sup>25</sup>. A ello contribuyen, en gran medida, los sistemas de *mandatory mediation*, antes incluso de la presentación formalizada de cualquier *file*. Entre tantos otros factores, es preciso destacar la erosión del control de la actividad económica, el aumento de las *mass litigation actions* (conducidas por los *repeat players*), la conclusión de que los RAL son más económicos, rápidos y eficaces que los mecanismos “tradicionales” de la justicia civil. Así, en los EE.UU. –y no sólo–, instrumentos como el arbitraje y la mediación se convirtieron en una verdadera “industria” en torno a la que gravitan muchas personas y fuertes intereses económicos. En una palabra, según MURRAY<sup>26</sup>, la privatización de la justicia civil es ya hoy una realidad en los EE.UU., convirtiéndose la aplicación de la legislación estatal en una rareza.

24 Véase la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, recientemente transformada en legislación nacional portuguesa por la Ley 130/2015, de 4 de septiembre.

25 Datos recogidos en MURRAY, P.L., “The privatization of civil justice”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 12, 2007, pp. 285, n. 6, y 289.

26 MURRAY, P.L., “The privatization...”, *op. cit.*, p. 288.

Continuando con el mismo autor<sup>27</sup>, estamos frente a una delegación de competencias del Estado en los particulares<sup>28</sup>, delegación que no se corresponde con los mejores intereses de los ciudadanos por dos órdenes de razón. En primer lugar, no es exacto que los medios informales de control dispensen totalmente la tutela del Estado. En el ámbito civil, el arbitraje o la mediación sólo son aceptados por las partes, en la medida que éstas saben que detrás de cualquiera de ellos y en la eventualidad de que fallen, existe la vía judicial “tradicional”. En segundo lugar, no todas las partes están siempre debidamente informadas del procedimiento de RAL y sus respectivas consecuencias, lo que se traduce en acuerdos injustos y de menor calidad intrínseca en los términos de los intereses discordantes en presencia y, sobretodo, bajo la perspectiva de la proporcionalidad.

Reflexionando sobre las consideraciones antecedentes en el específico ámbito penal, y teniendo en cuenta el régimen tejido por la Ley 21/2007, no existe una verdadera delegación de competencias en los mediadores, toda vez que los mismos se limitan a ser facilitadores del diálogo entre ofendido y acusado. A ello hay que sumar que la remisión a mediación sólo ocurre después de una evaluación probatoria del Ministerio Fiscal conducente a un juicio que permita sostener una acusación; de donde se deriva que el Estado no pierde lo esencial del *ius puniendi*. En donde ya observamos obstáculos es en el excesivo poder modelador atribuido a los sujetos involucrados en la elección de las obligaciones previstas en el acuerdo (artículo 6 de la Ley citada) y en la debilidad del respetivo control por el Ministerio Fiscal (artículos 5, número 5, y 6 del mismo diploma)<sup>29</sup>. Este último aspecto acaba, pues, por admitir, por lo menos en abstracto, la aceptación de cláusulas desproporcionadas y cuyo incumplimiento puede poner en funcionamiento órganos y agentes del Estado (cf. artículo 6, número 3), en un régimen que se pauta por un interés casi inexistente del Ministerio Fiscal en relación a su *cumplimiento*<sup>30</sup>. Por otro lado, en cuanto a la falta de información de los sujetos de la mediación penal, entendemos que la legislación básica y aquella que la complementa garantizan el conocimiento de los aspectos nodales del régimen, excepto en lo que respecta a la posibilidad de que el

27 MURRAY, P.L., “The privatization...”, *op. cit.*, pp. 291-293. Advierte todavía este profesor (*ibidem*, pp. 289-290) el hecho de que la continua desinversión de las partes en el recurso a la jurisdicción civil del Estado implica una muy considerable disminución de la hipótesis de creación de precedentes jurisprudenciales en los que se fundamenta, en gran parte, los avances del *common law*. Aunque no lo diga expresamente, entendemos que, frente al panorama descrito en el Derecho Civil, en los Estados de marco anglosajón bien puede poner en cuestión el *common law* tal y como lo conocemos, atreviéndonos a proponer la designación de *negotiated law* para esta realidad en plena ascensión. Aunque las cifras no sean tan elevadas en Europa continental, se asiste, un poco en todas las legislaciones, a un vaciado de competencias de los tribunales del Estado en materia civil, sea bajo pretexto de un excesivo movimiento procesal, sea por considerarse ciertos procesos poco “dignos” de los tribunales, como sucede con las acciones declarativas de condena en el pago de una determinada cuantía. ¿Habrá algo menos “digno” en la resolución de los problemas del día a día sufridos por los ciudadanos? ¿No estarán los ordenamientos jurídicos de nuestra tradición cultural caminando, a pasos agigantados, para que se privatice la justicia civil tal como en los EE.UU.?

28 También en la mediación penal, en menor medida y con presupuestos más estrictos, se puede hablar de una transferencia de poderes del Estado hacia los mediados cf. LUTZ, T., *Restorative justice visionäre Alternative oder Version des Alten?*, Lit Verlag, Münster, 2002, p. 27.

29 Sobre la cuestión, de forma amplia, cf. nuestra obra *A mediação penal de adultos. Um novo “paradigma” de justiça? Análise crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 80-94. De *iure condendo*, parece defender una solución próxima a la que fue prevista en la ley portuguesa (vid. GORDILLO SANTANA, L.F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 364).

30 De nuevo, vid. nuestra obra *A mediação penal de adultos...*, *op. cit.*, pp. 103-105.

acuerdo mediado puede servir como título ejecutivo cuando contenga la asunción de obligaciones de contenido pecuniario<sup>31</sup>.

Por lo hasta aquí expuesto, subyacente a una buena parte del discurso de la *restorative justice* está la idea no sólo de la aproximación, sino incluso la de la sustitución total del modo de resolver los conflictos a través del Derecho Penal por el Derecho Civil.

CHRISTIE<sup>32</sup> lo deja muy claro, entendiéndolo incluso que la mayoría de los crímenes, independientemente de su gravedad, serían de solución más satisfactoria por vía de la indemnización civil que por intermedio de una pena criminal. Para el profesor de Oslo, lo relevante es el encuentro entre la víctima y el ofensor, lo que conducirá a una solución mediada y que sólo debería consentir la imposición de una censura de tipo civil. Al fin y al cabo, argumenta, hay estudios empíricos que defienden una menor punibilidad de la sociedad en general cuando se la compara con la de los “*profesionales del Derecho*”<sup>33</sup>, a quien CHRISTIE siempre calificó como “*ladrones del conflicto penal*”. Llega incluso al límite de considerar que los atentados del 11 de septiembre deberían haber dado lugar a un proceso de mediación entre las víctimas y sus familiares y los fundamentalistas que los perpetraron. “*En lugar de enviar bombas, se debería haber enviado víctimas*” a Afganistán<sup>34</sup>. Estamos, por supuesto, en presencia de un *sound bite* más enfocado a los titulares de la discusión política que frente a argumentos serios de política criminal. La enormidad de la afirmación no nos deja espacio para comentarios, a no ser un profundo desacuerdo que, consideramos, no precisa explicación alguna.

Lo que destaca, eso sí, es que CHRISTIE entiende que no existe la noción de delito, en tanto que tal es su polisemia e irradiación conceptual que, de hecho, es todo y nada al mismo tiempo. Ahora bien, si el crimen no existe, entonces –diremos nosotros– es una mera perogrullada afirmar que la sanción penal tampoco tiene razones para existir. Sin embargo, por mucho que se intente oscurecer esta realidad, independientemente de la perspectiva patrocinada sobre el concepto material de delito, la realidad que le subyace acompaña al ser humano desde que éste existe. Y si es cierto que en tiempos pasados la *compositio* era el modo de solucionar las lesiones de bienes jurídicos comunitarios fundamentales –lo que es el desiderátum de CHRISTIE: una “*neo-compositio*”–, también lo es que ésa no puede ser hoy la forma de cumplir las finalidades preventivo-generales y especiales asignadas a la violación de los étimos fundadores de la sociedad.

31 *Vid. A mediação penal de adultos...*, *op. cit.*, pp. 108-111.

32 CHRISTIE, N., “Victim movements at a crossroad”, *Punishment & Society*, 12, 2, 2010, pp. 118-119.

33 CHRISTIE, N., “Victim movements...”, *op. cit.*, p. 120. En la descripción de los programas de *Täter-Opfer-Ausgleich*, TRÄNKLE, S., *Im Schatten des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 90, se inclina también por la innecesaria presencia de abogados y, hasta, por el hecho de convertirse en un elemento “perturbador” (*als stören wahrgenommen werden*). Al contrario, cabe resaltar el papel constructivo desarrollado por los secretarios judiciales en un proyecto de TOA llevado a cabo en Hannover, de 1992 a 1995, *cf.* PFEIFFER, C., “Erfolg und Mißerfolg des WAAGE-Projekts. Zu den Schwierigkeiten, den Täter-Opfer-Ausgleich in die Praxis des Strafrechts zu integrieren”, en PFEIFFER, C. (Hrsg.), *Täter-Opfer-Ausgleich im Allgemeinen Strafrecht. Die Ergebnisse der Begleitforschung des WAAGE-Projekts Hannover*, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 2.

34 CHRISTIE, N., “Victim movements...”, *op. cit.*, p. 119.

Esto se debe, muy resumidamente, a una marcada injusticia entre quien dispone y no dispone de medios económicos suficientes para “comprar” la libertad y a la imposibilidad de establecer una relación entre valores pecuniarios y bienes jurídicos imposibles de esa apreciación. Se dirá que esto es lo que actualmente sucede con la indemnización civil en el proceso penal. Nada más lejos de la realidad. Afirmarlo sería postergar las enseñanzas de siglos entre los dos tipos de ilícitos implicados en la práctica de un crimen y que, si es evidente que se encuentran en una relación de mutua referencia, no son realidades que existan siempre de modo concomitante. Piénsese en los (pocos) delitos en los que no se generaron daños jurídico-civiles (p. ej., la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas o la conducción peligrosa que no dañó el bien jurídico), en los casos en los que hay condenas en demandas civiles sin que sea posible castigar el delito (p. ej., por vía de la prescripción del procedimiento penal o de manifestaciones del derecho de gracia) o en los que se sanciona el delito y no se concede indemnización civil por la, *v. g.*, ilegitimidad (falta de legitimación) de la parte que la solicita.

Todo el camino histórico-dogmático de “autonomización” del ilícito penal del civil es, pura y simplemente, desechado. ¿Es eso lo que se pretende? Y lo preguntamos, no por una defensa provinciana de nuestra rama del Derecho, sino porque ese no es el camino que corresponde a la materialidad de lo que acontece y a la percepción social.

Llegados aquí, continuando con el pensamiento de CHRISTIE, recientemente fallecido, el movimiento de lucha a favor del refuerzo de los derechos de las víctimas se encuentra en una encrucijada. Por un lado –y esto representa ya una evolución de fondo en el pensamiento del autor–, admite hoy que los procesos penales llamados “tradicionales” consagran un conjunto de derechos subjetivos de participación de los ofendidos, lo que les atribuye un “*poder para punir*”. Por otro lado, existe lo que CHRISTIE denomina “*poder de comprender*”<sup>35</sup> (el otro; la contraparte en la ecuación penal). Éste sólo proviene de encuentros de tipo restaurativo, en una perspectiva *rousseauuniana* de que los “*hombres nacen buenos*”<sup>36</sup>. Para el autor, es obvia la selección del segundo modelo. Creemos que el problema no está en la selección de un camino diverso, sino en integrar la mediación penal y, en general, los demás mecanismos de RAL en el proceso y utilizar todas sus virtualidades como estrategias de enfoque del conflicto penal, no como un nuevo “paradigma”<sup>37</sup>, sino siempre en perspectiva complementaria.

35 CHRISTIE, N., “Victim movements...”, *op. cit.*, p. 121.

36 CHRISTIE, N., “Victim movements...”, *op. cit.*, p. 120.

37 Por el contrario, más allá de los teóricos norteamericanos donde surgió la idea (p. ej., ZEHR), encontramos también la defensa de la justicia restaurativa como un nuevo paradigma en autores germánicos como LUTZ, T., *Restorative justice - visionäre Alternative...*, *op. cit.*, pp. 46-47.

#### 4. ¿UNA VERDAD MÁS PRÓXIMA AL “EVENTO HISTÓRICO” Y A LA “COMUNIDAD”?

La *verdad negociada* ha venido realizando su camino en los EE.UU. e incluso en la Europa continental, más comprometida con el principio de legalidad en la persecución penal. Ordenamientos tan exigentes como el alemán han venido a reconocer, de hecho, efectos jurídicos a acuerdos de voluntad entre el acusado y el ofendido (*Absprachen*) y, en Italia, el *patteggiamento* se asume como una específica forma procesal en la que el autor participa en la negociación de un máximo de pena que, *grosso modo*, acaba por vincular al juez. Se trata, de hecho, de un movimiento global en el que, en palabras de NEVES<sup>38</sup>, “*la validez normativa (...) [se ve] superada por la autorregulación de los intereses, y significa (...) que los intereses económicos son simultáneamente el objeto regulado y el criterio de la regulación. Estamos ante un inmanentismo económico*”.

La cuestión que esta cita suscita es la de saber hasta qué punto la verdad obtenida por vía de un acuerdo surgido de un mecanismo de RAL no es aquella que corresponde a una mayor racionalidad económica. Puestas entre paréntesis las dudas que siempre existirán en lo que respecta a una efectiva y total voluntariedad de participación de los individuos en un proceso de *restorative justice*, consideramos pacífico que, en aquella hipótesis en concreto, el recurso a esa forma de terminar con el conflicto penal fue aquél que los individuos tuvieron como el más ventajoso desde el prisma del análisis *costs/benefits*. Y, además, salvaguardados los límites de intervención punitiva del Estado en que se divise un claro interés público, de indisponibilidad de esa cuestión por las “partes”, nada habrá que objetar a esa decisión. El punto es que, lo destacamos, se respeten estos límites.

Sabemos que toda verdad acaba siendo, en definitiva, una negociación entre aquello que de hecho sucedió y aquello que en el proceso se conoce y se puede conocer. Sin embargo, no es en este sentido más figurado que el lexema genera perplejidades. Lo que está en causa es la admisión más amplia del *principio dispositivo* en el proceso penal<sup>39</sup>, realidad ésta más conocida y prevalente en el proceso civil. Admitir una más lata valencia del dispositivo en el proceso de nuestra rama del Derecho implica consagrar un poder de que el acusado y el ofendido conformen aún más el objeto procesal, no sólo incorporando hechos y requiriendo diligencias probatorias, sino decidiendo sobre lo que constituyen los hechos y en qué exacta medida los mismos deben ser considerados, a lo que hay que sumar la determinación de la sanción. Las manifestaciones del principio de oportunidad conocidas en Portugal nunca habían llegado a este punto, siendo la mediación penal prevista en la Ley 21/2007 aquello que más se aproxima a esa realidad.

Decimos que *se aproxima* y no que la afecta en plenitud. Resulta esencial un juicio del Ministerio Fiscal acerca de la suficiencia de indicios de que el acusado fue quien cometió el delito y, aunque en nuestra opinión de carácter “*fluid*”, deben

38 NEVES, C., “O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 139, 3961 (marzo-abril de 2010), p. 205.

39 Aunque no concluya *expressis verbis* como nosotros, lo señalamos por el contenido útil de lo que afirma TARUFFO (TARUFFO, M., “¿Verdad negociada?”, *Revista de Derecho*, XXI, 1, 2008, p. 139).

señalarse los límites del art. 6 de la citada Ley. Ahora bien, si *prima facie* se podrían manifestar algunas dudas en relación a que se configure la mediación penal como alternativa a la deducción del libelo acusatorio, la consideramos ahora como la forma más coherente de respetar los límites a una total negociación de los hechos y a una necesaria flexibilización procedimental en los mecanismos de RAL. En realidad, interviniendo un órgano público de administración de la justicia, está asegurada la existencia, por lo menos, de una prueba indiciaria tenida por suficiente para someter al acusado a juicio. Con lo que, por regla general, lo esencial de los hechos en los que se fundamenta la mediación corresponderá a aquella verdad procesalmente exigida, válida y admisible.

Conectado con esto está el problema de saber hasta qué punto es o no correcto configurar la verdad penalmente relevante, en parte, como el no cumplimiento de una carga. El legislador, en la administración “tradicional” de la justicia penal, parece haberlo relegado, por lo menos en algunos aspectos, a saber, la inexistencia de un efecto conminatorio de la falta de presentación de contestación a la acusación (artículo 315, número 1, del CPP) y a la solicitud de indemnización civil insertada en el proceso penal (artículo 78, número 3, del CPP), a lo que se añade la posición procesal del Ministerio Fiscal no como verdadera “parte”, sino como órgano independiente e imparcial de la administración de Justicia. Así, se dice –y bien– que, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, se favorece la prueba de la realidad de los hechos en detrimento de las consecuencias derivadas del no cumplimiento de meros automatismos destinados a impulsar la marcha procesal.

El régimen introducido por la Ley 21/2007 tampoco invierte este pensamiento. La negativa a participar o la ausencia de los acusados en el proceso de mediación en nada afectan a la confesión de los hechos ya recogidos indiciariamente por el Ministerio Fiscal, en tanto que únicamente le cierra una vía de *diversion* que está a su disponibilidad.

Desde una perspectiva estricta del “análisis económico del Derecho”, es habitual alinearse con el argumento de que los mecanismos de RAL son, por regla general, más baratos para las arcas públicas, lo que siempre los autorizaría por lo menos para aquellos delitos cuyo potencial ofensivo es menor, generándose así beneficios de eficiencia sistémica.

No está completamente probada la veracidad de la afirmación que antecede. Si, al menos a primera vista, no cuesta aceptar que un proceso con menos ritos y con intervención de menos (o ningunas) autoridades judiciales (y, más ampliamente, de instancias formales de control) pueda ser menos costoso, también parece evidente la existencia de costes que deben incluirse en el otro plato de la balanza.

Desde luego, en la denominada “mediación con intervención”, como la consagrada en la Ley portuguesa, existe la participación de un profesional liberal –el mediador–, del Ministerio Fiscal (*en el curso alto y en el curso bajo*) y de sus servicios, más allá de las autoridades públicas responsables por el auxilio en la verificación del cumplimiento del acuerdo (artículo 6, número 3). Para ser correctamente implantadas, muchas de estas formas de RAL, entre las que la mediación ocupa un lugar preeminente, implican varias sesiones de pre-mediación y de mediación *stricto sensu*, con los consabidos costes en términos materiales y humanos. Si, en cambio,

toda la práctica (mucho más que el mero discurso) se orientara al estricto resultado de la obtención del acuerdo, entonces ahí el incumplimiento de las *leges artis* siempre comportará un ahorro. Sin embargo, esto ocurre en todos los casos en los que se opta por el puro economicismo, incluso en el denominado proceso “tradicional”.

De donde se desprende que la mera reducción del número de procesos pendientes en juicio deberá ser, como mucho y sólo en algunos casos, una externalidad positiva de la mediación y nunca su finalidad<sup>40</sup>.

Por lo menos desde los movimientos abolicionistas que, durante el pasado siglo, tuvieron una influencia no despreciable en la crítica interna y externa del Derecho Penal, la comunidad surge como “una garantía de la corrección de las decisiones, como límite al ejercicio del ‘poder’ por cualquiera de las partes presentes en el litigio” o, dicho en pocas palabras, le corresponde “cumplir las funciones de garantía atribuidas al Estado liberal”<sup>41</sup>.

Lo que sea la “comunidad” a este efecto y al efecto pretendido por una parte de los más feroces defensores de la *restorative justice* no fue, hasta hoy, definida con precisión suficiente para ser capaz de elevarse al estándar sustitutivo de las “funciones de garantía del Estado”. Aun así, tiene que objetarse que el Estado administra la justicia penal en nombre de la comunidad, “en nombre del Pueblo”, para decirlo de conformidad con la Ley Fundamental portuguesa (artículo 202). Si lo que se pretende con esta valorización social es acentuar la necesidad de que los procesos penales de los Estados admitan aún más formas de participación de los sujetos concretos en el desarrollo procesal, entendemos que se trata hoy de una pretensión pacífica. Ahí están, *v. g.*, las sucesivas ampliaciones de legitimidad procesal para la constitución como *asistente* de personas colectivas representativas de intereses tutelados jurídico-penalmente, en gran medida coincidentes con los “intereses difusos”.

Si, por el contrario, se pretende sustituir el Estado como administrador, en general, del *ius puniendi*, por una entidad *proteiforme*, de nociones inseguras y más que fluidas, entonces no tengamos miedo de decirlo claramente: estaremos inaugurando una *privatización clara de la justicia penal*. Si fuera esto lo que se pretende, estén preparados para un exponencial aumento de decisiones desproporcionadas, para un pulular de centros dispersos de sanción desprovistos de un hilo conductor, en una palabra, estén preparados para el fin del paradigma inaugurado por la estatalización del derecho de punir. No patrocinamos una visión apocalíptica o de *armageddon* del fin de los tiempos. Lo que deseamos subrayar a trazo grueso son los peligros reales de una concepción como la descrita.

40 Más correctamente, la Exposición de motivos de las resoluciones sobre esta materia del XIII Congreso de la AIDP, Cairo, 1984, disponibles en <http://www.penal.org/IMG/pdf/NEP20francais.pdf>.

41 LARRAURI, E., “Abolicionismo del Derecho Penal”, *Poder y Control – Revista Hispano-Latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social*, 3, 1987, p. 110.

## 5. EL PAPEL DE LA CULPABILIDAD EN LA MEDIACIÓN PENAL

Como es sabido, los defensores de la justicia restaurativa en general no atribuyen gran importancia a la imputación subjetiva del hecho en causa<sup>42</sup>. Existen incluso autores que reniegan de cualquier referencia a la *culpabilidad* o a cualquier sucedáneo suyo, en tanto que entienden que ella constituye un obstáculo al clima de apertura y diálogo exigidos.

El hecho de que se pretenda que algo no exista no significa, sin embargo, que ese algo desaparezca. Siendo exacto que el acuerdo de mediación no tiene, por regla general, ninguna referencia a la culpabilidad entendida en sentido técnico-dogmático, también es indefectible que la asunción de responsabilidad por el acusado va implícita en la firma de ese encuentro de voluntades<sup>43</sup>. Por cierto, nadie aceptará (descontadas los casos en los que no hay una verdadera voluntariedad participativa del autor del delito) una restricción de los derechos fundamentales de los que es titular si no reconoce, de una u otra manera, que dio causa al evento dañoso. Basta, a nuestro juicio, para afirmar que el pensamiento intrínseco a la culpabilidad está presente en cualquier solución de *restorative justice*. Quizá no la culpabilidad objeto de disputas técnico-dogmáticas interminables y, tantas veces, infructíferos, pero sí su esencia: la de la *atribución subjetiva del hecho a su autor*; la de la asunción de una responsabilidad penal por la causación del evento criminal.

Siempre se podría abogar, en cambio, que la negociación sustituiría el juicio de imputación subjetiva del delito. La *verdad consensuada* sería para la justicia restaurativa en general como la *culpabilidad* para la manera “tradicional” de administrar justicia. ¿Podrá la culpabilidad ser negociada? Sin duda que sí en sistemas puros de *plea bargaining*. Sin embargo, en instrumentos de *diversion* implantados dentro del proceso penal, como sucede en Portugal con el régimen instituido por la Ley 21/2007, esa negociación se nos presenta como un *iter* para alcanzar (o no) un acuerdo, como un medio para intentar lograr un fin. Esto no es lo mismo que decir que la negociación substituye a la culpabilidad o, por lo menos, a su pensamiento fundamental subyacente, a saber: el reconocimiento de lo esencial de los hechos generadores de responsabilidad penal.

En resumen, esconder las realidades que venimos de destacar, por la defensa (a menudo injustificada e inconsecuente) de un “colorido” más “simpático” de la resolución de un litigio criminal, se nos presenta como intelectualmente poco riguroso.

DUFF construyó una teoría de acuerdo con la que la *restoration* debe obtenerse a través de la retribución. Los dos términos son, *prima facie*, completamente inconciliables. De hecho, la mayoría de los teóricos de la justicia restaurativa son muy

42 Entre otros, SHAPLAN, J. et al., “Situating restorative justice within criminal justice”, *Theoretical Criminology*, 10, 2006, p. 508.

43 Próximo a esta idea, *vid.* PAVLICH, G., “Deconstructing restoration: the promise of restorative justice”, en WEITEKAMP, E. y JÜRGEN, H. (Eds.), *Restorative justice: theoretical foundations*, Willan, Cullompton, p. 453: “la justicia restaurativa puede evitar el énfasis legal en el concepto de culpabilidad, pero acepta que algún mal sucedió, que existe un agente responsable por el delito y una víctima/comunidad perjudicadas”. También, GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., “La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho Penal reparador”, en RÖSSNER, D. et al., *La mediación penal*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1999, p. 80, y GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa...*, *op. cit.*, p. 358.

claros en la contraposición y superación de un “paradigma retributivo” por un “paradigma restaurativo”. Nos hemos venido pronunciando sobre esta equivocación de base. Lo que el autor consigue –como él mismo advierte– es no agradar ni a los defensores del *just deserts*, ni al movimiento de la *restorative justice*.

Según DUFF<sup>44</sup>, cualquiera que sea el modo de resolver el conflicto penal tiene que implicar un reconocimiento de los hechos por el autor del crimen que, a través del arrepentimiento, tiene que sentir el mal que causó y esforzarse por reponer la situación al *status quo ante*. Sólo así se utiliza con propiedad el término *restoration*, que es distinto de *reparation* o *compensation*, toda vez que estos dos últimos significan que, por la propia naturaleza del delito, no se puede conseguir una especie de restitución *in natura* del Derecho Civil, al fin y al cabo aquello hacia lo que el autor se inclina al defender una concepción tan estricta de justicia restaurativa.

Por su exasperado cariz retributivo y por tratarse de un ejemplo acabado de *just deserts*, la *restoration through retribution* de DUFF no merece nuestro amparo. El único aspecto que nos gustaría destacar es, tal y como defendemos, la necesidad de mantener el pensamiento intrínseco a la culpabilidad en cualquier proceso de mediación como modalidad de RAL. A lo que hay que sumar el hecho de que el *outcome* de ese proceso debe ser una respuesta *normativamente* adecuada<sup>45</sup>, *i. e.*, respetuosa con el principio de proporcionalidad.

La proporcionalidad constitucionalmente impuesta en los Estados democráticos occidentales se obtiene dentro de un margen fijado por el legislador y concretado por el juez. En la mediación penal y en los demás medios de RAL, ella se obtiene del encuentro de voluntades entre acusado y ofendido, con eventuales limitaciones definidas en la ley (en Portugal, *cf.* el artículo 6 de la Ley 21/2007), correspondiendo eventualmente el respectivo control a un órgano de la administración de justicia (en Portugal, el Ministerio Fiscal).

Se discute mucho si un proceso en el que el ofendido tenga una participación más activa como sucede en la *restorative justice* es o no más conforme a esas exigencias de proporcionalidad<sup>46</sup>, desde luego en la medida en que existe más espacio –jurídicamente relevante– para que la solución se armonice más con las consideraciones de autonomía de la voluntad de los sujetos involucrados. Por otro lado, se esgrime el hecho de no haber una total voluntariedad en la participación de los autores del delito, por lo menos en determinados modelos legislativos como el portugués en el que la mediación aparece como alternativa a la acusación. A esto hay que sumar el principio de acuerdo con el que en la gran mayoría de los crímenes, a la comunidad no le es suficiente cualquier proporcionalidad lograda por los mediados, si no se corresponde con aquello que el sistema “tradicional” de justicia determinaría.

Aquí se suscita la cuestión de saber hasta qué punto sería o no ventajoso dar forma de ley a la exigencia de acuerdo con la que el autor no puede resultar perjudicado por participar en mecanismos de RAL en relación a las típicas formas estatales. En los ordenamientos jurídicos del *civil law* de nada sirve establecer que

44 DUFF, R.A., “Restorative punishment and punitive restoration”, en WALGRAVE, L., *Restorative justice and the Law*, Willan, Cullompton, pp. 382-385.

45 DUFF, R. A., “Restorative punishment...”, *op. cit.*, p. 386.

46 *Cf.* algunas referencias en ASHWORTH, A., “Responsibilities, rights and restorative justice”, *British Journal of Criminology*, 42, 2002, p. 428.

el acuerdo mediado, p. ej., no puede ser más severo para el acusado del que resultaría de una decisión judicial<sup>47</sup>. En realidad, sólo cuando se subsume el Derecho en los hechos dados como probados se conoce el *quantum* exacto de la sanción y éste puede ser diferente en función de la lectura del tribunal, aun incluso para los mismos hechos. De donde se deriva que legislar en tal dirección no sólo sería ineficaz, sino que también conculcaría la independencia y autonomía de los tribunales.

Lo que importa es garantizar un *control judicial* (o por lo menos a través de un órgano público de la Administración de Justicia) sobre el contenido de los acuerdos suficientemente adecuado para asegurar la inexistencia de violaciones frontales del principio de proporcionalidad. Ciertamente es, también, que esta garantía depende mucho de la buena preparación de los facilitadores de diálogo. Estos deben velar, dentro del marco de sus competencias, para que los mecanismos de RAL no se conviertan en un foro en el que el acusado sea ostensivamente perjudicado en lo que respecta a la restricción de los derechos fundamentales de los que es titular<sup>48</sup>.

## 6. LAS INJUNÇÕES (OBLIGACIONES) EN LA MEDIACIÓN PENAL: NATURALEZA Y CONSECUENCIAS

Comencemos por el ejemplo alemán, aun cuando sea brevemente. El legislador de aquel país consideró conceder al principio de oportunidad una doble vía de actuación, que no por ello se halla desconectada. Así, como es sabido, en sede de Derecho Penal sustantivo, el § 46b (*Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung*) del *Strafgesetzbuch* (*StGB* – Código Penal alemán) prevé la facultad de que el juez atenúe la pena del condenado si éste repara las consecuencias del delito o se esfuerza seriamente en ese sentido, así como en las hipótesis en las que incluso tal compensación ha exigido unos “servicios personales sustanciales o sacrificio personal de su parte” (*die Schadenswiedergutmachung von ihm erhebliche persönliche Leistungen oder persönlichen Verzicht erfordert hat*), consigue en su totalidad o en su mayor parte, a favor de la víctima. En la misma disposición se prevé además otro mecanismo: la dispensa de la pena (*von Strafe absehen*) en idénticas circunstancias, pero sólo cuando la pena sea de prisión hasta el máximo de un año o multa de hasta 360 días. Se trata de una remisión al instituto previsto en el § 60 del *StGB* (*Absehen von Strafe*), que se corresponde con la “dispensa de pena” del artículo 74 del CP portugués<sup>49</sup>. A pesar de que la ley no exija que haya siempre sesiones de mediación

47 En un sentido algo diferente, se defiende que los sujetos deben “tener una certeza aproximada de las consecuencias” de cada uno de los medios de resolución del conflicto, aunque sin concretar cómo se realiza en la práctica, GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa...*, *op. cit.*, p. 364.

48 Sobre este punto, *vid.* LEGAULT, G.A., “La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du Droit”, *Revue de Droit, Université de Sherbrooke*, 33, 1-2, 2002-2003, pp. 153-193, y RENAUD, P., “L'élaboration d'un Code de Déontologie en Médiation: une réflexion”, *ibidem*, 27, 1996-1997, pp. 327-359.

49 La disposición alemana sólo se aplica para medidas concretas de la pena hasta un año y se basa en una idea de desproporcionalidad entre la infracción sancionadora y el sacrificio para el condenado. Son, por lo tanto, también consideraciones especiales-preventivas, mediadas y traducidas en razones de prevención especial las que justifican este instituto jurídico. Las mismas, a fin de cuentas, que argumentan a favor de su consagración en el art. 74 del CP portugués, aunque ahí el legislador ha sido más exigente, en la medida en

para lograr ese objetivo, en la práctica, los programas de *TOA* (*Täter-Opfer-Ausgleich*) son los más comunes; de hecho, existen por todas partes en Alemania<sup>50</sup>, refiriéndose incluso el Abs. 1, *in principio* al “esfuerzo para lograr la reconciliación con la víctima” (*in dem Bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen*). De donde se deriva que no se trata de un modelo de mediación, tal y como el que fue desarrollado en Portugal a través de la Ley 21/2007, de 12 de junio, Ley que más de cerca transpone la Decisión-Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001y, después, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012<sup>51</sup>. Se dirá que los germánicos encontraron su propia forma de recepción de la *restorative justice*, centrada en lo que le es esencial: *la idea de reparación*. Más lejos fue el legislador portugués, por lo menos en la letra de la ley, pues las dificultades prácticas de su aplicación son muchas y hoy casi nos arriesgaríamos a decir que es casi un “ente jurídico en coma”<sup>52</sup>.

Por otro lado, desde el prisma del Derecho Penal adjetivo, el § 153a de la *Strafprozessordnung* (*StPO* – Código del Proceso Penal alemán) consagra un instituto similar a la “*suspensão provisória do processo*” portuguesa (art. 281 do CPP)<sup>53</sup>, fun-

- 
- que la “dispensa de pena” sólo se aplica a delitos punibles (marco penal abstracto) con pena de prisión hasta seis meses o con multa. La decisión es condenatoria, tal como prevé la alemana, y es inscrita en el registro penal. Simplemente, se entiende que razones de prevención especial, aunque también general, no justifican su aplicación efectiva, o sea, los fines de las penas previstos en el art. 40, n.º 1 están satisfechos por vía de una solemne censura realizada por decisión judicial tramitada en juzgado y que cuenta, para todos los efectos, para una eventual reincidencia posterior. Se trata, en ambos ordenamientos, de una clara asunción de un *concepto unilateral o unívoco de culpabilidad*, en el sentido de que no habrá pena sin culpabilidad, pero puede haber culpabilidad sin pena. De donde se dirá –con lo que acordamos– que, no debiendo las codificaciones penales tomar partido en la sempiterna cuestión de los fines de las penas, es exacto que éste es un afloramiento importante en el sentido de existir alguna preferencia legislativa por las concepciones relativas o utilitarias. De hecho, la culpabilidad no es *condición y medida* de la pena, sino solamente *condición*. Incluso vemos el instituto en cuestión como una manifestación de los principios de proporcionalidad y de humanidad, con asiento en las Constituciones de ambos Estados.
- 50 Para un balance, cf. GÜNTHER HOCKERTS, H., “Wiedergutmachung in Deutschland. Eine historische Bilanz (1945-2000)”,  *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 49, 2, 2001, pp. 167-214. Entre una literatura profusa, véase FREHSEE, D., “Restitution and offender-victim arrangement in German Criminal Law: development and theoretical implications”, *Buffalo Criminal Law Review*, 3, 1999, pp. 235-259 y para una evaluación de los programas, publicado en la misma revista, RÖSSNER, D., “Mediation as a basic element of crime control: theoretical and empirical comments”, pp. 211-233.
- 51 La circunstancia de que se trate de una Directiva no implica, a pesar de su valor jurídico reforzado en el dominio del Derecho de la Unión, una mayor efectividad práctica, como después advirtiera GROENHUIJSEN, M. S. y PEMBERTON, A., “The EU Framework Decision for Victims of Crime: does hard law make a difference?”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 17, 2009, pp. 43-59. De entre otros, para un breve análisis de los principales instrumentos de Derecho Internacional Público y de la Unión Europea, bien como del denominado *soft law*, cf. TIGANO, S., “Giustizia riparativa e mediazione penale”, *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2, 2006, pp. 52-55. Para un análisis de lo que viene siendo apodado de “*paradójico de la mediación en la Unión Europea*”, destacando los escasos resultados de la Directiva indicada en el texto, cf. DE PALO, G. et al., “*Rebooting the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*”, Directorate General for Internal Policies, European Parliament, Brussels, 2014. Un estudio comparativo sobre diversas formas de introducir la mediación penal de adultos en nuestros sistemas penales se encuentra en MIERS, D., *An international review of restorative justice*, Home Office, Londres, 2001.
- 52 Sobre las omisiones y los motivos de la legislación lusa en sede de mediación penal de adultos, *vid.* nuestra obra “*Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial*”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, XI, 2014, pp. 9-28.
- 53 Sobre la materia, por todos, ALONSO SALGADO, C., *La mediación en el proceso penal...*, *op. cit.*, pp. 358 y ss. En el sentido crítico de estas soluciones de oportunidad y consenso, lo que se comprende bien si consideramos que se trata del *caput scholae* de la “Escuela de Frankfurt”, con su defensa del Derecho Penal a un

damentado en razones de economía procesal claramente asumidas<sup>54</sup>. Se trata, sin embargo, de un mecanismo únicamente aplicable a un *Vergehen* y no a un *Verbrechen* (§ 12 do *StGB*), lo que significa que estamos hablando de tipos legales cuya punición, en términos de marco penal abstracto, tiene que ser inferior a un año de prisión o pena de multa, mientras que la Ley portuguesa prevé su aplicación a crímenes punibles con privación de libertad de hasta cinco años. El fundamento consiste en la imposición al acusado, con su conformidad, con la del Ministerio Fiscal y la del juez, de un conjunto no taxativo de *injunções* (obligaciones) o reglas de conducta, entre las que se encuentra la participación de programas de mediación, de reparación a la víctima, de pago de una indemnización o de la participación en determinados cursos. Una vez cumplidas, durante un cierto período de tiempo judicialmente fijado, el proceso es archivado y no puede ser reabierto.

La cuestión que ahora nos ocupa consiste en saber cuál es la naturaleza jurídica de tales *injunções*, en tanto que la respuesta tiene consecuencias dogmáticas importantes. *Per summa capita*, esos deberes asumen un cariz *reintegrador puro* (restitución *in natura*, si es posible, como la reparación de un daño provocado en un automóvil o en un muro, p. ej.), *económico* (pago de una suma monetaria a favor del ofendido o de tercero), de *trabajo* (a favor de la víctima o de una institución del Estado o una institución a la que el Estado reconozca utilidad pública) o *simbólico* (petición de disculpas u otra satisfacción moral adecuada). Es evidente que no se trata de verdaderas penas criminales, toda vez que no están expresamente previstas como tales, cuestión ésta que conculcaría el principio de legalidad penal.

Sin embargo, comparte con las sanciones penales el hecho de que se traducen, en la práctica, en un mal para el autor del delito, o sea, en la imposición de un *quantum* de desplacer que, en nuestros ordenamientos jurídicos, afecta a la libertad o a la propiedad. Por la propia naturaleza de los instrumentos de RAL, la libertad no puede ser restringida –más allá de la propiedad–, pero tampoco otros derechos fundamentales titulados por el acusado. Ahora bien, es exactamente este carácter limitador de derechos, que las *injunções*, deberes, obligaciones o reglas de conducta acordadas en sede de mediación implican para el delincuente lo que otorga la marca de aptitud para solucionar el conflicto penal. Si no se tradujesen en una limitación, las finalidades de la intervención del Derecho Penal en un sistema que, como vimos, se asume como *complementario e integrado en el proceso penal* llamado “tradicional”, no serían alcanzadas.

No siendo técnicamente penas ni medidas de seguridad, pero compartiendo con ellas un contenido afflictivo para la esfera jurídica del autor, consideramos que su naturaleza es la de “*instrumentos de consenso destinados al cumplimiento del acuerdo mediado, i. e., formas de apremio dirigidas al cumplimiento*” de las específicas me-

---

*Kernstrafrecht* clásico, HASSEMER, W., “Características e crises do moderno Direito Penal”, *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, 18, 2003, p. 155, para quien instrumentos como el referido en el texto atentan “*contra las tradiciones democráticas del Derecho Penal*”, por lo que no son “*una opción en sentido real, sino un resignado retroceso ante las necesidades del moderno Derecho Penal*”.

54 Vid. DEITERS, M. y ALBRECHT, A. H., “§ 153a Abs. 2 StPO bei weiter aufklärbarem Verdacht eines Verbrechens? Überlegungen aus Anlass der vorläufigen Einstellung des Bremer Brechmittelverfahrens”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12, 2013, p. 485.

didadas consensuadas. Como defienden algunos<sup>55</sup>, tales *injunções* (obligaciones) deben englobar un *quantum* de sufrimiento y desplacer, cuestión ésta que aumenta su eficacia y la percepción comunitaria de que no estamos frente a una especie de “negocio” al servicio de algunos para escapar al rigor de la ley penal.

De ahí que sea muy importante un riguroso acompañamiento de su efectivo cumplimiento, no pudiendo nunca tal tarea recaer sobre el ofendido como, en la práctica, sucede con la Ley portuguesa. El órgano que remite los procesos a mediación –sea él un juez o un magistrado del Ministerio Fiscal– tiene por función ejecutar esas *injunções*, dada su proximidad de contenido con las sanciones penales y en atención a la circunstancia de que ellas también están al servicio de las desideratas punitivas (o reparadores, si se prefiere), que en Portugal logran expresa consagración en el artículo 40, número 1, del Código Penal.

Así encontrada su naturaleza jurídica, de ella se derivan las garantías procesales de defensa del acusado que las Constituciones y las leyes infra-constitucionales de los distintos Estados reservan para aquel sujeto procesal, excepto aquéllas en relación a las cuales la mediación introduce una nota de disponibilidad que, por regla general, no existe en el proceso “tradicional”. Por ejemplo, el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* sufre alguna fricción en esta modalidad de RAL: fundamentándose la mediación en la asunción, por el acusado, de los hechos esenciales obrantes en los autos, su aceptación del acuerdo implica, al menos implícitamente, una limitación de la garantía de no inculpación. En el mismo sentido, la presunción de inocencia queda rebatida a partir del momento en el que el autor asume los hechos. Sin embargo, estos dos aspectos nada tienen de gran particularidad frente al régimen del proceso llamado “tradicional”. Cuando el acusado confiesa total o parcialmente, tal circunstancia comporta consecuencias jurídicas que se manifiestan, al final, con la decisión tras el proceso, pero que antes tienen efectos, desde luego, en el sentido de que resulta innecesario generar la misma prueba en juicio que existiría de no haber confesión. Y nótese también que el proceso de mediación sólo se encuentra completamente finalizado con el cumplimiento pleno de las *injunções* (obligaciones) o con su incumplimiento y consecuente continuación del proceso “tradicional”. De donde se desprende que los aspectos básicos de la tesitura procesal penal se aplican, de igual forma, a esta modalidad de RAL.

Por otro lado, en la normativa sustantiva del Derecho Penal, también se aplican a las *injunções* y reglas asumidas por el autor en el desarrollo de la mediación, los *principios de la legalidad* (desde luego en la prohibición de aplicación analógica de *injunções* o de cualquier que no conste en el texto legal, así como en la aplicación de ley retroactiva más favorable, de ser el caso), de la *culpabilidad* (en nuestra opinión, como vimos *supra*, y con el alcance que le atribuimos), de la *proporcionalidad* (lo que obliga al legislador, a nuestro juicio, a concretar de manera suficiente las *injunções* que el acusado debe cumplir, sin refugiarse en conceptos de *ius aequum* como las cláusulas generales o los conceptos indeterminados, así como conceder al órgano del Estado que remite los procesos a mediación la competencia para no homologar el acuerdo en caso de manifiesta desproporción entre la gravedad del hecho y de

55 LOKANAN, M., “An open model for restorative justice: is there room for punishment?”, *Contemporary Justice Review*, 12, 3, 2009, pp. 289-307.

las *injunções*, incluso cuando ello es aceptado por el acusado). Consideramos este último punto de gran importancia, pues sólo así la mediación no será un mecanismo de *buying oneself off from punishment* y un instrumento de desigualdad frente a quien tiene mayor “capacidad para negociar” económica o en términos de *skills*.



# JUSTICIA RESTAURATIVA Y ACCIÓN POPULAR EN EL SISTEMA ESPAÑOL: ¿UN MATRIMONIO POSIBLE? ESPECIAL REFERENCIA A LA PROPUESTA DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Cristina Alonso Salgado<sup>1</sup>

Investigadora del Área de Derecho Procesal  
Universidad de Santiago de Compostela

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto que, sobre las modificaciones del proceso penal, financia la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez.



## **1. INTRODUCCIÓN**

Desde hace décadas el debate en relación a la incorporación de la mediación en el proceso penal de adultos protagoniza no pocos de los debates que, acerca de la modernización de la Justicia penal, se suscitan en la literatura especializada española.

Se han vertido ríos de tinta sobre la referida modernización, cuestión ésta motivada no sólo por la denominada crisis de la Administración de Justicia, sino también, y muy particularmente, por la específica relativa a la Justicia Penal.

Justamente en esta coyuntura es en la que irrumpe con fuerza la mediación penal, no sólo por la imperiosa necesidad de agilizar nuestro decimonónico proceso, sino por la conveniencia de redefinir el régimen de participación de las partes en el proceso, actualizar el discurso resocializador y reparador, etc.

Como es sabido, la eclosión de la mediación ha venido precedida por varias décadas de debate que han acabado por consolidar una tendencia internacional que se ha plasmado en no pocos instrumentos convencionales, normativos, etc.

Con todo, la estructura del actual proceso penal dificulta sensiblemente la incorporación de la mediación. Particularmente relevante resulta la objeción relativa a la pluralidad de acusaciones y la omnipresencia de la acusación popular.

## **2. LA INCIDENCIA DE LA TIPOLOGÍA DE DELITOS EN EL ACTUAL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL**

Las opciones de la mediación se hallan condicionadas no sólo por cuestiones estructurales del actual proceso penal, sino también por elementos vinculados a la perspectiva del Derecho sustantivo. Un elemento capital a este respecto viene constituido por las muy desiguales posibilidades que, para la Justicia restaurativa y, en particular, para la mediación presentan los diferentes tipos de hechos delictivos.

Así pues, ante la comisión de hechos delictivos perseguibles únicamente a instancia de la persona ofendida –en los denominados delitos “privados”– la mediación resulta de fácil efectivización, toda vez que una vez reparada la víctima cabe la opción de no promover la acción de la Justicia, o de que se retire la querrela para

que así el órgano jurisdiccional pueda archivar la causa, dada la imposibilidad de que concurren otras acusaciones.

Esta posibilidad de arreglo extrajudicial, permitida por la propia configuración de este tipo de delitos, rige asimismo –aun cuando no en plenitud– en los delitos semipúblicos/semiprivados<sup>2</sup>. Como se señalaba, la referida posibilidad no cuenta con idéntico ámbito, pues iniciada la vía procesal hay que estar a lo manifestado por el Ministerio Público. En otras palabras, si bien se requiere para la persecución de este tipo de hechos delictivos la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, una vez comenzado el proceso, el Ministerio Público deberá necesariamente intervenir<sup>3</sup>.

En relación a los hechos delictivos perseguibles de oficio<sup>4</sup>, a lo *supra* señalado con respecto a la intervención del Ministerio Fiscal hay que sumar las objeciones que se derivan de la actual regulación de la acción popular. Y ello porque la acción penal por delito o falta perseguible de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida. No obstante, sí se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan<sup>5</sup>. Nótese, *ad maiorem*, que tal y como establece el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>6</sup>, “*El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción de Paz, Comarcal o Municipal o Funcionario Fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas*”.

### 3. LA ACCIÓN POPULAR: A VUELTAS CON LA POLÉMICA

Las particularidades de la actual regulación del acusador popular aconsejan que nos detengamos, aunque sea someramente, en el análisis de la referida figura. Y es que sin ánimo de extendernos más que a los efectos de nuestro ámbito de estudio, corresponde ahora analizar los inconvenientes que las señaladas particularidades comportan a la hora de abordar la eventual incorporación de la mediación en el proceso penal español de adultos.

El actual régimen del instituto viene constituido fundamentalmente, por la interpretación combinada de los artículos 125 de la Constitución Española<sup>7</sup>, 101, 105, 270, 271 y 280 de la LECrim y 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De acuerdo con la referida regulación la acción penal es pública, y en buena lógica, todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley.

2 De interés, BANACLOCHE PALAO, J., “Las partes en el proceso penal”, *La Ley*, LA LEY 8422/2010.

3 MORENO CATENA, V., “Las partes procesales. Las partes acusadoras”, en MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 103.

4 Los denominados “delitos públicos”.

5 Artículo 106 de la LECrim: “*La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.*

*Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan*”.

6 En adelante, LECrim.

7 En adelante, CE.

Se trata pues, de un “(...) *derecho cívico y activo, que se ejercita en forma de querrela, mediante el cual todos los sujetos de derecho, con la capacidad de actuación procesal necesaria y que no resulten directamente ofendidos por el delito, pueden suscitar la incoación del proceso penal y comparecer en él como partes acusadoras en orden a ejercitar la acusación pública*”<sup>8</sup>.

Y es que con la acción popular se pretendió, en el momento de su incorporación al sistema de Justicia penal, poner a disposición de la ciudadanía un mecanismo para la persecución de aquellos hechos delictivos que, dada su naturaleza, eran merecedores de un mayor reproche. Generalizada para todos los delitos públicos, la vertebración del acusador popular en el proceso comenzó a revelarse, en algunos casos, como absolutamente disfuncional –nótese su más que evidente sobre-utilización–. Justamente por ello desde diversos sectores de la doctrina se cuestiona su actual regulación: desde la posibilidad de circunscribir su ámbito de actuación, hasta la propia pertinencia de la acción popular.

En la línea justamente de circunscribir el referido ámbito cabe destacar la sentencia de la sección 1ª de la sala de lo penal del Tribunal Supremo, sentencia número 1045/2007 de 17 de diciembre, que en su interpretación del artículo 782.1 de la LECrim<sup>9</sup>, manifiesta que el juicio oral no puede ser abierto por la sola petición de la acusación popular y contra el criterio del Ministerio Público.

Como es sabido, el fundamento jurídico primero de la referida sentencia defiende que no puede sostenerse que el reconocimiento constitucional de la acción popular exija una interpretación que vaya más allá del artículo 782.1 de la LECrim, toda vez que el señalado reconocimiento comporta un reforzamiento de la parte acusada que implica, a su vez, una limitación del derecho fundamental de defensa. Así pues, en tanto que los derechos del Capítulo II del Título I de la CE sólo pueden ser circunscritos de manera expresa a través de Ley Orgánica –artículos 53.1 y 81.1 de la CE–, la omisión en el artículo 782.1 de la LECrim de las facultades de la acusación popular para solicitar por sí mismo la apertura del juicio, no puede ser interpretada sino como una relación *numerus clausus*. En el *iter* lógico del fundamento, la previsión del referido, basado en el principio de la paridad de armas, constituye un modo más que juicioso de nivelar el peso procesal de las diversas acusaciones con respecto al derecho de defensa.

Se insiste en la idea cuando señala el fundamento que, a la luz de la voluntad manifestada por el Legislador en el texto legal, resulta evidente que “(...) *ha admitido la distinción entre el derecho del perjudicado por el delito y el de quien actúa en representación del interés popular. En el núm. 1 del art. 782 sólo hizo referencia a la acusación particular y al Ministerio Fiscal. En el núm. 2 del mismo artículo identifica al acusador particular con los ‘directamente ofendidos o perjudicados’.* Por dos veces, por lo tanto, no mencionó a la acusación ejercida por quienes no son directamente ofendidos. Sin perjuicio de ello, la distinción entre la acción (privada) del perjudicado y la acción (popular) de todo ciudadano es reconocida en la doctrina procesal española

8 CASTILLEJO MANZANARES, R., “El ejercicio de la acción penal”, *La Ley*, LA LEY 14954/2010.

9 “Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez (...)”.

y europea. Nada indica que el Legislador haya querido innovar conceptualmente al respecto”.

Esta lectura encuentra un aval en el devenir histórico del trámite parlamentario, que centró buena parte de su debate en torno a enmiendas que planteaban la necesidad de aclarar la diferencia reconocida entre el acusador popular y el acusador particular, distinguiendo por tanto entre quien actúa como representante del perjudicado por el delito y quien actúa *quivis ex populo*.

En buena lógica, el fundamento primero de la STS 1045/2007 concluye que “(...) la exclusión de la acción popular en el art. 782.1. LECrim es una decisión consciente del Legislador, no es meramente arbitraria, tiene una justificación plausible desde el punto de vista constitucional, es razonable en lo concerniente a la organización del proceso y al principio de celeridad y equilibra la relación entre derecho de defensa y la multiplicidad de acusaciones. Es correcto, en consecuencia, concluir que la enumeración es cerrada y que no existen razones interpretativas que justifiquen una ampliación del texto legal”<sup>10</sup>.

Con todo, pocos meses después el propio Tribunal Supremo enmendó la referida línea jurisprudencial a través de la sentencia número 54/2008 de 8 de abril que –particularmente en el fundamento de Derecho primero– señalaba que la doctrina de la STS 1045/2007 se había basado en la legitimidad constitucional de una interpretación conforme a la que el sometimiento de cualquier ciudadano al juicio únicamente encuentra justificación en un interés privado, hecho valer por el perjudicado, o en defensa de un interés público, representado a través del Ministerio Fiscal. Más allá de ambos supuestos, “(...) la explícita ausencia de esa voluntad de persecución, convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. Y éste es el supuesto de hecho que, a nuestro juicio, contempla el art. 782.1 de la LECrim”.

De este modo, sólo la confluencia de la ausencia de dos intereses, el social y el particular, en la persecución del hecho delictivo investigado, posibilita la exclusión de la acción popular. Justamente por ello, en los casos en los que, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, bien por la naturaleza del hecho delictivo, el Ministerio Fiscal concurre sólo con un acusador popular que insta la apertura del juicio oral, no puede producirse el efecto *supra* descrito, esto es, no puede tener lugar la exclusión de la acción popular. En los referidos supuestos, “(...) cuando el Ministerio Fiscal, interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del

10 A juicio de GIMENO SENDRA, “No ha tenido una buena acogida, sin embargo, la doctrina sustentada por la STS 1045/2007, la cual, todo lo contrario, ha sido objeto de no pocas críticas. Así, De La Oliva, con antelación a la publicación de esta Sentencia, fechada en 17 de diciembre de 2007, ya la pudo calificar de ‘puro error, el de la Sala de lo Penal, al excluir o capitiidismuir, para el procedimiento abreviado, a los acusadores que no son perjudicados...’; Gimbernat, por su parte, la conceptuó como ‘herida de muerte a la institución de la acción popular’; de ‘doctrina sumamente errónea... que ha sido puesta en la picota por obra y gracia de esa doctrina’ la reputa Ortego Pérez; como el ‘mayor retroceso del Estado de Derecho’, de ‘irracional’ e ‘inconstitucional’ la tilda el Foro De Ermua, etc.

Por ello, ante tales críticas y a fin de comprobar su consistencia, lo primero que nos hemos de preguntar es si la referida doctrina conculca o no algún precepto de nuestra Constitución, para pasar a examinar (naturalmente caso que la respuesta sea negativa), si la interpretación que del art. 782.1 ha efectuado el TS se adecua a la legalidad ordinaria, siendo razonable y no arbitraria”, en GIMENO SENDRA, V., “La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos ‘Botín’ y ‘Atutxa’”, *La Ley*, LA LEY 28323/2008.

bien jurídico. Esa conclusión se obtiene, no ya del contenido literal del art. 782.1 de la LECrim, sino del significado mismo del proceso penal. Éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal<sup>11</sup>.

#### 4. ACCIÓN POPULAR Y MEDIACIÓN EN LA PROPUESTA DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Así las cosas, más allá de la fluctuación jurisprudencial, el ámbito para la acusación popular resulta más que considerable, con todo lo que ello comporta en materia mediadora, en tanto que la intervención de aquélla puede acabar por impedir la finalización del proceso a pesar de la consecución de un acuerdo entre partes aceptado por el Ministerio Fiscal<sup>12</sup>.

11 Fundamento primero de la sentencia de la sala de lo penal del Tribunal Supremo, sentencia número 54/2008 de 8 de abril.

12 En tanto que desborda nuestro objeto de estudio, no nos detendremos en analizar los vaivenes jurisprudenciales. Ello no obstante, de especial interés, fundamento de Derecho primero de la sentencia de la sala segunda del Tribunal Supremo, sentencia número 54/2008 de 8 de abril de 2008: *“En el acto de la vista, la defensa de la parte recurrida consideró imprescindible que, con carácter previo a la decisión de los motivos esgrimidos por el sindicato recurrente, esta Sala se pronunciara acerca de la influencia que, en el supuesto que es objeto de análisis, podría desplegar la doctrina sentada en nuestra anterior sentencia 1045/2007, 17 de diciembre, recaída en el recurso de casación núm. 315/2007. De acuerdo con los argumentos esgrimidos en la vista –apoyados por el Ministerio Fiscal, que invocó en defensa de la misma tesis la voluntad legislativa expresada en los debates parlamentarios sobre la reforma del art. 782.2 de la LECrim.–, la apertura del juicio oral acordada por el Juez Instructor, a instancia de la acción popular, podría implicar una vulneración del derecho de los recurridos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). De ahí la necesidad –se concluía– de declarar la nulidad del auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el que se declaró la apertura del juicio oral con el exclusivo respaldo de la petición de una acusación popular (...)*

*En definitiva, la solicitud de aplicación de la doctrina fijada en nuestra anterior sentencia 1045/2007, exige tomar como punto de partida la diferencia entre el supuesto que allí fue objeto de examen y el que ahora motiva nuestro análisis. Y es que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico (...)*

*Por tanto, nuestro criterio de la legitimidad de la restricción fijada por el art. 782.1 de la LECrim., no puede extenderse ahora, como pretenden la defensa de los recurridos y el Ministerio Fiscal, a supuestos distintos de aquellos que explican y justifican nuestra doctrina. El delito de desobediencia por el que se formuló acusación carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular. Traducción obligada de la naturaleza del bien jurídico tutelado por el art. 401 del CP es que el Fiscal no puede monopolizar el ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito. De ahí la importancia de que, en relación con esa clase de delitos, la acción popular no conozca, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal. Como ya expresábamos en nuestra STS 1045/2007, 17 de diciembre, esta Sala no se identifica con una visión de la acción popular como expresión de una singular forma de control democrático en el proceso. La acción popular no debe ser entendida como un exclusivo mecanismo jurídico de fiscalización de la acusación pública. Más allá de sus orígenes históricos, su presencia puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal”.*

Es por ello que se hace preciso una intervención legislativa en el sentido de limitar el ejercicio de la acción popular, dentro de los umbrales constitucionales, esto es, a través de una nueva configuración legal. En otras palabras, la compatibilidad de la mediación y la acción popular puede ser ubicada en los parámetros de una configuración legal que, lejos de vulnerar el referido mandato constitucional, no haga sino dar desarrollo a lo dispuesto en el artículo 125 de la CE, posibilitando el ejercicio de la acción popular en la forma y en relación a los procesos penales que la ley determine.

Evidentemente, insistimos, la nueva configuración legal que aquí se propone –que se fundamenta en la interpretación que permite la constitucionalidad de la exclusión de la acción popular en el proceso penal militar y en el proceso penal de menores– no puede servir, en primer lugar, para adulterar e inutilizar de facto el reconocimiento constitucional previsto en el artículo 125 de la CE.

No debería servir, igualmente, para posibilitar una limitación del ejercicio de la acusación popular en aquellos supuestos en los que en defensa de la legalidad resulte indispensable, a la vista de la particular burocratización del acusador público en el específico caso, en especial en los delitos que, por su propia configuración, cabe presumir un escaso interés del Poder Ejecutivo en su persecución.

Asimismo, la nueva configuración legal<sup>13</sup> de la acción popular que aquí se propone debería permitir que el actor popular pueda acudir a mecanismos específicamente contemplados para intentar compeler al Ministerio Público al cumplimiento del principio de legalidad<sup>14</sup>.

En definitiva, en relación a la circunscripción del ámbito de la acción popular cabe destacar las palabras de CASTILLEJO MANZANARES<sup>15</sup>, de acuerdo con las que “*El archivo de las actuaciones y la no continuación del procedimiento, cuando únicamente haya sido instado éste por el acusador popular, puede tener sentido, sin embargo, no debería caber en aquellos supuestos en los que sea imprescindible la defensa de la legalidad por aquél, a la vista de la concreta burocratización del Ministerio Fiscal*”. Asimismo, en la referida limitación habrá que estar a “*(...) cual sea el bien jurídico protegido por el delito perseguido, si se trata de un bien jurídico individual, particular o privado, o de un bien jurídico colectivo o supraindividual, indisponible, de evidente naturaleza pública (...)*”, particularmente en los casos en los que el acusador popular actúa como portador de intereses difusos, o cuando acciona en respuesta a delitos en los que –tal y como se anunciaba *supra*– se presume poco interés en la persecución por parte del Poder Ejecutivo<sup>16</sup>.

13 En sentido contrario a lo propuesto, “*La limitación –que no impedimento– del ejercicio de esta acción, siendo posible, como se acaba de razonar, supondría una restricción difícilmente justificable de los derechos de los ciudadanos en el proceso penal*”, en ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 201-202.

14 “*Hubiera sido conveniente, como existe en otros ordenamientos, que se hallara regulada la posibilidad de que el actor popular acudiera a procedimientos especialmente previstos para intentar constreñir al Ministerio Fiscal al cumplimiento del principio de legalidad*”, en CASTILLEJO MANZANARES, R., *El ejercicio de la acción penal...*, op. cit.

15 CASTILLEJO MANZANARES, R., *El ejercicio de la acción penal...*, op. cit.

16 MORENO CATENA diferencia dos posibles vías para acotar “a sus justos términos” la acción popular. La primera de las vías consiste en relacionar el bien jurídico lesionado por el hecho delictivo con el actor, en la convicción de que en determinados delitos y faltas la voluntad de la víctima debe ser determinante de su persecución. La segunda examina la eventual relación que pueda existir entre el actor popular y los demás

Teniendo presentes las señaladas líneas rojas, no cabe duda de que la aprobación de una nueva LECrim debiera ajustarse a los parámetros *supra* señalados<sup>17</sup>. En este sentido se manifestó no sólo el Pacto de Estado para la Justicia de 2001 que, en su punto decimoséptimo relativo a la LECrim, proponía la modificación de la regulación del ejercicio de la acción popular, sino también, y muy especialmente, el Anteproyecto de LECrim de 2011. Éste incorporaba no pocas innovaciones entre las que cabe subrayar la imposibilidad de que el acusador popular pudiera ejercitar la acción civil, la exigencia de que justificara un interés legítimo en el supuesto<sup>18</sup>, etc.

En este mismo sentido se puede destacar la regulación dispuesta en la propuesta de nuevo Código Procesal Penal<sup>19</sup> del año 2013, toda vez que orbita en torno al establecimiento de diversas exigencias de naturaleza subjetiva (artículo 70), objetiva (artículo 71) y por último, de forma y tiempo (artículo 72).

De conformidad con los requisitos subjetivos de la regulación de la acción popular, únicamente podrán ejercitarla los ciudadanos españoles con plena capacidad de obrar, sin que tal posibilidad resulte posible para los fiscales, los jueces y los magistrados de cualquier jurisdicción o tribunal con potestad jurisdiccional; las personas condenadas por cualquier delito contra la Administración de Justicia, etc.

En idéntica línea, las exigencias de carácter objetivo se nuclean en torno a que la acción popular sólo podrá ser interpuesta ante la comisión de determinados hechos delictivos: delitos de terrorismo; delitos contra el medio ambiente de los artículos 325 a 331 del Código Penal<sup>20</sup>; delito de prevaricación judicial; delitos de cohecho de los artículos 419 a 427 del CP, etc.

Desde la perspectiva de los requisitos temporales y de forma, la regulación del PNCPP exige la interposición a través de querrela y con carácter previo a la formulación del escrito de acusación por el Ministerio Fiscal<sup>21</sup>. Asimismo cabe destacar que en el caso de que la acción popular sea ejercida por varias personas, éstas deberán concurrir con una misma defensa y representación<sup>22</sup>. Por último, el Tribunal de Garantías determinará, a instancia de parte, la caución a prestar por el actor popular para responder, en su caso, de las costas<sup>23</sup> impuestas en la sentencia.

---

acusadores, proponiéndose a este respecto, que el actor popular pasara a ocupar una posición procesal subordinada a los restantes acusadores, en la consideración de que carecería de lógica posibilitar "(...) la utilización del aparato estatal en una posición encontrada a los que personal o institucionalmente tienen legitimación para acusar e interés preeminente por parte de quien en nada ha sido afectado por el delito (...) salvo que el ofendido por el delito y el Ministerio Público no se hubieran personado en las actuaciones, o se denunciara una actuación dilatoria, entorpecedora o fraudulenta de su parte (...)", en MORENO CATENA, V., "El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma", en PALOMO DEL ARCO, A. (Dir.), *Sistemas penales europeos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 42.

17 CASTILLEJO MANZANARES, R., *El ejercicio de la acción penal...*, *op. cit.*

18 GIMENO SENDRA, V., "El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECrim de 2011", *La Ley*, LA LEY 17661/2011.

19 En adelante, PNCPP.

20 En adelante, CP.

21 Artículo 72.2 de la PNCPP.

22 Si no hubiera acuerdo, el abogado será designado por el Decano del Colegio de Abogados del territorio de la sede del tribunal competente para conocer de la causa (artículo 72.3 de la PNCPP).

23 Con respecto a las características de la fianza, *vid.*, fundamento jurídico tercero de la sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional, sentencia número 62/1983, de 11 de julio, "(...) debemos afirmar que la exigencia de una fianza no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho, siempre que su cuantía, en relación a los medios de quienes pretenden ejercitarlo, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio, pues ello conduciría en la práctica a la indefensión que prohíbe el artículo 24.1 de la Constitución (...)".

Aun cuando, a la vista de regulación propuesta, resulte indiscutible el esfuerzo racionalizador del legislador, con todo, a nuestro juicio, la regulación de la acción popular constituye un buen ejemplo de la falta de coherencia de la PNCPP en materia de mediación/restaurativa. En primer lugar porque, con independencia de la equívoca naturaleza de la relación de delitos que admiten al actor popular, esto es, más allá del debate sobre si la referida nómina constituye una lista *numerus clausus* o no, lo cierto es que cabe discutir el criterio del Legislador a la hora de configurarla, toda vez que no se deduce el motivo de la inclusión de algunos delitos y la exclusión de otros<sup>24</sup>, con lo que ello comporta en relación a la posibilidad mediadora.

Con todo, hubiera sido interesante que, incluso para aquellos delitos en los que resulta posible la intervención del actor popular, ante la imposibilidad de mediar, se hubiera valorado la posibilidad de recurrir a otras fórmulas restaurativas que, sirviendo para incorporar todo el acervo transformador de la Justicia restaurativa, no cuentan con las limitaciones de las que adolece la mediación.

En efecto, al proponer marco regulador sólo para el procedimiento mediador no se hace sino excluir, *de facto*, las potencialidades del nuevo paradigma del Derecho Penal del ámbito objetivo de la acción popular. Frente a esta situación cabe enarbolar algunos apuntes críticos de una importancia nada desdeñable. El primero de ellos viene de la mano de la pluralidad y diversidad metodológica de la Justicia restaurativa. Y es que el nuevo paradigma ofrece diversas posibilidades de un carácter especialmente acomodado a los requerimientos de la participación del actor popular.

En este sentido, podrían destacarse fórmulas como las *Conferences* que, a la luz de sus diferentes subtipos, puede comportar la intervención de familiares o personas de confianza de las partes en conflicto "(...) y en las que además tienden a participar policía o agentes de la libertad condicional o trabajadores sociales (...) "<sup>25</sup>.

---

Asimismo, fundamento jurídico tercero de la sentencia de la sala segunda del Tribunal Constitucional, sentencia número 147/1985, de 29 de octubre, "En nuestro Derecho el ejercicio de la acción popular está sujeto a la prestación de fianza en la cuantía que fijare el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio (art. 280 de la L. E. Cr.), obligación de la que se dispensa a quienes hubieran resultado ofendidos por el delito, esto es, aquéllos a quienes éste directamente dañe u ofenda. En el presente caso, el recurrente no pretende ser titular de derecho alguno que directamente haya resultado dañado u ofendido por el delito que dio origen a su querrela y que es actualmente objeto de averiguación en un sumario en el que, siendo perseguible de oficio, está personado el Ministerio Fiscal. Ni su interés como simple ciudadano, en la correcta actuación de los poderes públicos, ni su interés como funcionario en el buen y legal funcionamiento de la Corporación a la que sirve permiten, en contra de lo que él pretende, otorgarle la condición de ofendido por un delito que, de existir, en nada ha afectado a su propia esfera jurídica.

Cosa bien distinta es la de que, dada la finalidad que explica la obligación legal de prestar fianza y la especial relación que el recurrente guarda con las personas y los hechos que dieron lugar a su querrela, la cuantía de la fianza haya de ser fijada en términos proporcionados a sus circunstancias personales y su interés, como ya indicaba la Audiencia Provincial de Huelva en el Auto que resuelve el recurso de apelación. No habiéndose deducido ante nosotros, sin embargo, pretensión alguna en relación con ello, sería impertinente cualquier consideración al respecto", etc.

24 En relación a esta figura y el Anteproyecto de 2011, *vid.* GIMENO SENDRA, V., "El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECrim. de 2011" ..., *op. cit.*

25 BELTRÁN MONTOLIÚ A., "Modelo de mediación en los Estados Unidos de América", en BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 59.

Resulta evidente pues, que por su propia configuración las *Conferences*<sup>26</sup> se ajustan con facilidad a contextos en los que el conflicto base del ilícito penal cuenta con una naturaleza colectiva, potenciándose de este modo la participación comunitaria que constituye, como sabemos, uno de los tres pilares de la Justicia restaurativa<sup>27</sup>. Ello no obstante, tampoco este método restaurativo se halla exento de reparos, toda vez que al permitir de manera estructural la participación de una pluralidad de sujetos en el proceso comunicativo, se reduce no sólo el grado de privacidad, sino también el margen de maniobra del facilitador en el procedimiento<sup>28</sup>.

En esta misma línea, en la de identificar fórmulas restaurativas adaptables a la idiosincrasia de la actual regulación de la acción popular cabría considerar los *Circles* que estructurados en torno a la participación de las partes y de personas representativas de la sociedad, procuran su pacificación y la reparación del daño causado<sup>29</sup>. En concreto, en la variante representada por el *Circle sentencing* los intervinientes son citados para participar en una reunión que, organizada en círculo, sirve para evaluar las opciones para superar la controversia de carácter penal, motivo éste por el que es considerado el método restaurativo que mayor protagonismo reserva para la sociedad en la pacificación social. Resulta evidente pues, que la incardinación del acusador popular en una estructura como la señalada resulta menos problemática, más aún si se considera que “(...) el tribunal hace el reenvío, monitoriza los casos y el cumplimiento de las reglas (...) Es incluso posible que el juez participe en el círculo,

26 “(...) la participación de la comunidad en el proceso de conferencing constituye un aspecto muy distinto respecto de la mediación, e implica que la comunidad deje de ser un ente abstracto para pasar a constituir un auténtico agente del proceso en la toma de decisiones, un tercer actor, de manera que se considera que su rol es doble. Por un lado, es una parte perjudicada por el hecho delictivo, en la medida que éste ha supuesto una alteración de la paz social y de los valores y normas de convivencia. Por otro lado, se le atribuye a la comunidad la posibilidad de ofrecer apoyo a la víctima y al ofensor, facilitando la superación del delito e implicándose activamente en la reparación. Ello permite llevar a la práctica precisamente uno de los valores clave del paradigma de justicia restaurativa según el cual, además de una participación activa y directa de las personas protagonistas en los hechos, es fundamental la implicación de personas del entorno y de la comunidad, puesto que estos otros actores no son sólo un medio para conseguir la reparación y reintegración de las personas, sino que la reparación que el comportamiento delictivo causa al entorno de las partes y a la comunidad y la implicación de la misma en la búsqueda de soluciones son también un fin en sí mismo”, en GUARDIOLA LAGO, M.J., ALBERTÍ, M., CASADO, C. y SUSANNE, G., “Conferencing: origen, transferencia y adaptación”, en TAMARIT SUMALLA, J. (Dir.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, p. 239.

27 BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 145-146.

“Tanto es así, que algunos autores consideran que el conferencing es la práctica más restaurativa de todas, al incluir en el proceso no sólo a los afectados directamente por el delito, sino también a los afectados secundarios, esto es, a los que viven en el entorno del infractor y la víctima –integrantes de organizaciones educativas, religiosas o sociales del territorio de proximidad de las partes– y al conjunto de la sociedad, representada por los trabajadores de la administración pública con un cierto nivel de autoridad (policía, jueces, fiscales, entre otros)”, en GUARDIOLA LAGO, M.J., ALBERTÍ, M., CASADO, C. y SUSANNE, G., “Conferencing: origen, transferencia y adaptación”, en TAMARIT SUMALLA, J. (Dir.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones...*, op. cit., p. 240.

28 GUARDIOLA LAGO, M.J., ALBERTÍ, M., CASADO, C. y SUSANNE, G., “Conferencing: origen, transferencia y adaptación”, en TAMARIT SUMALLA, J. (Dir.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones...*, op. cit., p. 265.

29 BELTRÁN MONTOLIÚ A., “Modelo de mediación en los Estados Unidos de América”, en BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos...*, op. cit., p. 59.

“Tienen especial predicamento en Canadá, si bien son posibles no sólo a través de la participación y dirección judicial sino por cualquier persona de la administración de la justicia, como pueden ser los fiscales, la policía, los abogados, etc.”, en BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico...*, op. cit., p. 147.

*pero en principio su participación no es protagonista ni como facilitador. Su actividad se centra en plasmar en la sentencia el plan acordado, si bien puede participar más activamente cuando no se logra consenso*<sup>30</sup>.

El segundo ejemplo de la referida de la falta de coherencia de la PNCPP, viene constituido –más allá de lo ya señalado– por la falta de justificación de la exclusión de los restantes métodos restaurativos, justificación que devenía ineludible a la vista de que no se desarrolla en el articulado lo que se anuncia en materia restaurativa en su Exposición de Motivos. Y ello no puede sino causar sorpresa, toda vez que al no regular ninguna otra formulación restaurativa, se desoye la línea determinada por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012<sup>31</sup>, Directiva que no otorga ese rango de privilegio al procedimiento mediador, pues ausente del articulado –que únicamente hace referencia genérica a la Justicia reparadora– es relegada, junto con las restantes fórmulas restaurativas, a la parte de los Considerandos.

A la vista del Ley 4/2015, de 27 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de la víctima del delito todo parece indicar que en la transposición de la Directiva al ordenamiento interno, el Legislador español persistirá en el error, desatendiendo la visión de conjunto de la Directiva y entrando a regular la mediación de manera muy incompleta e, incluso, timorata.

30 SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional”, en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ, H., *Sobre la mediación penal. Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 64.

*“Circle sentencing. Sentencing circles are conducted in many aboriginal communities in Canada. In circle sentencing all of the participants, including the judge, defence counsel, prosecutor, police officer, the victim and the offender and their respective families, and community residents, sit facing one another in a circle. Circle sentencing is generally only available to those offenders who plead guilty. Discussions among those in the circle are designed to reach a consensus about the best way to resolve the conflict and dispose of the case, taking into account the need to protect the community, the needs of the victims, and the rehabilitation and punishment of the offender. The sentencing circle process is typically conducted within the criminal justice process, includes justice professionals and supports the sentencing process.*

*Circle sentencing is perhaps the best example of participatory justice in that members of the community can become directly involved in responding to incidents of crime and social disorder. This is done through the formation of a Community Justice Committee (CJC) that may also include representatives from justice agencies. The common objective of the members of the CJC is to find more constructive ways to respond to conflict in their community. The CJC plays an integral role in the overall circle process, including liaising with criminal justice agencies, community organizations as well as with the various stakeholder groups in the community. Cases are referred to the CJC, generally from the police, prosecutors and judges, although cases may also come from the schools, victim services programmes and families.*

*There are four stages to the circle process: Stage 1: Determining whether the specific case is suitable for a circle process. Stage 2: Preparing the parties that will be involved in the circle. Stage 3: Seeking a consensual agreement in the circle. Stage 4: Providing follow-up and ensuring the offender adheres to the agreement”, en UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Handbook on Restorative justice programmes*, United Nations publication, New York, 2006, pp. 22-23.*

31 Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se procedió a sustituir la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

## 5. CONCLUSIÓN

La institución de la acción popular constituye una de las objeciones que habitualmente se esgrimen en contra de la incorporación de la mediación al proceso penal español de adultos. Como hemos tenido ocasión de comprobar, no se trata de una cuestión menor, máxime si se consideran las dificultades que comporta la pluralidad de acusaciones para la práctica efectiva de la mediación en el proceso penal.

En conclusión, no se niegan aquí los avances que en el debate de la literatura especializada se han producido en relación a la necesidad de acotar el ámbito de la actual acción popular. Con todo, los referidos avances no han acabado de cristalizar, ni a través de la promulgación de una nueva LECrim, ni mediante una reforma parcial de la hoy día vigente. La configuración de la actual acción popular “(...) perjudica la introducción de mecanismos de justicia reparadora. Tengamos en cuenta que a través de éstos se busca la consecución de acuerdos entre víctima y victimario, que permitirían la terminación anticipada del proceso, siempre y cuando el Ministerio Fiscal aceptara dicho acuerdo como consecuencia del principio de oportunidad en el proceso. Pues bien, con este panorama, la intervención de la acusación popular podría impedir la terminación del proceso por acuerdo entre víctima y victimario, siendo éste aceptado por el Ministerio Fiscal si aquél decide presentar la acusación y seguir con el procedimiento”<sup>32</sup>.

Urge por tanto, modificar los actuales parámetros de la acción popular, pues más allá de la falta de convencimiento o vehemencia del legislador español, lo cierto es que tal línea acabará por imponerse por las exigencias que en materia restaurativa comporta la correcta transposición de la referida Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.
- BANACLOCHE PALAO, J., “Las partes en el proceso penal”, *La Ley*, 2010, LA LEY 8422/2010.
- BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BELTRÁN MONTOLIU, A., “Modelo de mediación en los Estados Unidos de América”, BARONA VILAR, S., *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “El ejercicio de la acción penal”, *La Ley*, 2010, LA LEY 14954/2010.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.
- GIMENO SENDRA, V., “El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECrim de 2011”, *La Ley*, 2011, LA LEY 17661/2011.

32 CASTILLEJO MANZANARES, R., “El ejercicio de la acción penal” ..., *op. cit.*

- GIMENO SENDRA, V., “La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos ‘Botín’ y ‘Atutxa’”, *La Ley*, 2008, LA LEY 28323/2008.
- GUARDIOLA LAGO, M.J., ALBERTÍ, M., CASADO, C. y SUSANNE, G., “Conferencing: origen, transferencia y adaptación”, TAMARIT SUMALLA, J. (Dir.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012.
- MORENO CATENA, V., “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”, PALOMO DEL ARCO, A. (Dir.), *Sistemas penales europeos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.
- MORENO CATENA, V., “Las partes procesales. Las partes acusadoras”, MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ORTEGO PÉREZ, F., “Restricción ‘Jurisprudencial’ al ejercicio de la acción penal popular (Un apunte crítico a la controvertida ‘doctrina Botín’)”, *La Ley*, 2008, LA LEY 13647/2008.
- SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional”, GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ, H., *Sobre la mediación penal. Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Handbook on Restorative justice programmes*, United Nations publication, New York, 2006.

**LA MEDIACIÓN  
INTERADMINISTRATIVA:  
HACIA UN ENFOQUE PRÁCTICO  
PARA RESOLVER DE OTRA  
MANERA LOS CONFLICTOS ENTRE  
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

**Gerardo Carballo Martínez**

Doctor en Derecho y Máster en Derechos Fundamentales  
Especialista en mediación administrativa



## 1. INTRODUCCIÓN

Hace algunos años que la mediación viene adquiriendo una mayor presencia en el Derecho administrativo y por ello suscita un creciente interés por los operadores jurídicos, tanto en el marco del derecho material pacífico, como en el derecho procesal litigioso.

Unos conciben esta figura como un paso necesario en la búsqueda de la complementariedad en el difícil escenario de la resolución de los conflictos jurídico-administrativos.

Otros entienden la mediación como un medio necesario de prevención y solución de conflictos dentro de un ámbito de convivencia y de promoción del diálogo entre la Administración, los sujetos privados y las propias administraciones entre sí.

Como contrapartida, algunos sectores expresan su escepticismo desde posiciones ancladas en un “legalismo administrativo” asociado a un “positivismo” basado en la mera subsunción del derecho sin referencia a valores materiales, lo que resulta radicalmente opuesto a quienes han defendido el principio de “buena administración”, mucho antes de convertirse en Derecho fundamental, según contempla el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Si bien dicho positivismo ha prestado una base cómoda y aparentemente sólida al Derecho administrativo tradicional, dando una imagen “serena y equilibrada”, lo cierto es que la prolongada crisis del Derecho administrativo, junto con la más cercana crisis económica que nos acompaña desde el año 2008, han acentuado las dificultades que tienen los poderes públicos para la programación, regulación, ejecución y desarrollo de sus políticas públicas, sin contar, además, con la participación directa y decisiva de otras administraciones implicadas, así como del conjunto de los ciudadanos.

Basta señalar que la tensión entre conflicto, participación ciudadana e interés público, justifica la necesidad de reducir o modular, a través de la mediación, la omnipresencia de una administración única en la toma de decisiones, teniendo en cuenta que el Estado no puede monopolizar ni la posición exclusiva de tercero neutral, como tampoco decidir unilateralmente cuales son las necesidades de una sociedad en continua transformación.

De ahí, que ha venido a decirse –como crítica a la posición conservadora que aun sostiene los cimientos del Derecho administrativo– que la intransigencia de la ortodoxia del poder político nos aleja de la modernidad.

En este contexto, la mediación administrativa ejerce una función de ponderación de los fines que le son propios a la Administración Pública, evitando la utilización de medios discriminatorios o amparados en razones meramente subjetivas y, en consecuencia, velando por que la finalidad del interés público, reconducida a la utilización de nuevas fórmulas distintas a los clásicos mecanismos de control, solo pueda materializarse con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Por ello, si bien la mediación administrativa ya estaba presente en los sistemas de prevención y resolución de los conflictos de los que conocen instituciones como el Defensor del Pueblo y otras figuras análogas, actualmente la mediación se está expandiendo a todo el actuar jurídico-administrativo bajo el apoderamiento de distintos instrumentos legales que justifican el uso de este mecanismo, tanto en los procedimientos administrativos como intrajudiciales, integrándose dentro de un sistema complementario y equivalente de resolución de los conflictos jurídico-públicos.

De ahí, el respaldo institucional en el favorecimiento de la mediación administrativa que se ha traducido en: I) Intervención del Consejo General del Poder judicial, en la puesta en marcha de proyectos de mediación intrajudicial contencioso-administrativa; II) Interés académico-formativo de muchas universidades y colegios profesionales que ya disponen de un módulo específico de mediación administrativa en sus grados o másters de mediación; y III) Impulso decisivo del Ministerio de Justicia quien, a través del informe explicativo y propuesta de Ley de Eficiencia en la Jurisdicción contencioso-administrativa elaborado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, ha dejado constancia de la viabilidad jurídica de la mediación administrativa, tanto voluntaria como obligatoria.

En este marco, la Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos. Por ello, si bien, tanto la mediación administrativa como el contencioso-administrativo están centrados esencialmente en la prevención o revisión de los conflictos entre la administración y los sujetos privados, no debe subestimarse el potencial de la mediación para resolver los conflictos interadministrativos o intersubjetivos.



Fig. 1: Mapa de los distintos contextos en que se desenvuelve la mediación

## 2. JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA

Uno de los factores que, según la doctrina científica, impiden el proceso de reforma del Derecho administrativo es el reforzamiento del modelo establecido que insiste en la dimensión de aseguramiento de la sumisión de la Administración al Derecho, lo que ha llevado a la desconfianza frente a cualquier intento de evolución o innovación que pueda poner en cuestión o riesgo el referido modelo<sup>1</sup>.

Como medio para enervar esta situación de desconfianza, debe avanzarse en la necesidad de incorporar nuevas categorías, institutos y técnicas idóneas que, como la mediación interadministrativa, puedan contribuir a una debida articulación entre la pluralidad de Administraciones que confluyen en un mismo plano, espacio físico o sector de actividad.

Así, en los tiempos actuales no es difícil observar el grado de conflictividad que genera la intervención interadministrativa en la adopción de la mejor decisión posible, teniendo en cuenta las dificultades que plantea la racionalización del desarrollo de las tareas administrativas.

1 PAREJO ALFONSO, L.J., "Problemas actuales del Derecho Administrativo", en RUÍZ OJEDA, A.L. (Coord.), *El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña...*, op. cit., p. 8.

En efecto, la intervención y la competencia de muchas administraciones a la hora de la realización de políticas públicas genera un nivel de litigiosidad<sup>2</sup> que puede ser resuelto a través de otros mecanismos distintos al proceso judicial, dado que la jurisdicción, además de generar retrasos estructurales o respuestas extemporáneas, en determinados casos, no atiende a la generalidad del problema, derivado de la necesidad de obtener respuestas basadas en el derecho a una buena administración<sup>3</sup>.

COMPARATIVA ENTRE JUEZ Y MEDIADOR	
JUEZ	MEDIADOR
*Juzgar es una operación de inteligencia	*Mediar es una operación de voluntad
*Principio de justicia rogada	*Principio de consensualidad
*Legalidad	*Oportunidad
*Resuelve cuestiones del pasado	* Resuelve cuestiones de cara al futuro
*Autoridad legal	* Autoridad social o moral

Ello se debe, esencialmente, a que la impugnación interadministrativa en el marco del proceso judicial responde, esencialmente, a la mera infracción del ordenamiento y a la invasión de competencias<sup>4</sup>, pero no son objeto de recurso –al menos no siempre– las decisiones que afecten a los instrumentos de planificación, programación o gestión de obras y servicios que les afecten y que permitan, racionalmente, la elección de distintas alternativas desde la perspectiva del derecho, sin las cuales, la decisión finalmente seleccionada, puede generar un mayor grado de conflictividad entre las administraciones implicadas<sup>5</sup>.

- 2 “Junto a la posibilidad de que las Administraciones Públicas resuelvan sus diferencias por sí mismas, existen otras formas de resolución de conflictos que se ven siempre acompañadas o suplidas por la vía contencioso-administrativa. Así, si se trata de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o entre éstas entre sí, se resuelven por el Tribunal Constitucional (artículo 161 de la Constitución y 60 y ss. de la Ley 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), sin perjuicio de la utilización del recurso contencioso-administrativo (artículo 19.1.c) y d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio). Por el contrario, los conflictos de competencia entre distintas entidades locales se resuelven por la respectiva Comunidad Autónoma o por el Estado si se trata de entidades locales que pertenezcan a distintas entidades, si bien la decisión es impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 50.2 de la Ley 6/1985, de 2 de abril). En cambio, los conflictos de competencia entre la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas con la Administración Local se resuelven siempre por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa (artículos 63 y siguientes de la Ley 6/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local)”. Vid. sentencia SAN 3540/2014, Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso.
- 3 FRANCIS destaca que, a diferencia de los Tribunales, la Administración utiliza, además del Derecho otros criterios de actuación y, de otro lado y a diferencia del legislador, no puede disponer en absoluto de tales criterios. FRANZIUS, C., “Funktionen des Verwaltungsrechts”, “*Steuerungsparadigma*” der Neuen Rechtswissenschaft Verwaltung, 2006, 39 (3), pp. 335-372. Nota del trabajo de PAREJO ALFONSO, L.J., “Problemas actuales del Derecho Administrativo”, en RUÍZ OJEDA, A.L. (Coord.), *El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luís Morell Ocaña...*, op. cit., p. 37.
- 4 SANZ RUBIALES, I., *El contencioso-administrativo: litigios entre administraciones públicas territoriales*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp.129 y ss.
- 5 Así, el artículo 17 de la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos de Castilla-La Mancha, prevé que cuando se trate de carreteras de nueva construcción o variantes de población no incluidas en el planeamiento urbanístico vigente de los términos municipales a los que afecte, la Administración titular de la vía remitirá el proyecto básico a las corporaciones locales directamente afectadas, para que durante el plazo de un mes examinen si el trazado propuesto es el más adecuado para el interés general.

Las competencias de las distintas Administraciones públicas en las materias en que ejercen sus atribuciones deben de coexistir con aquellas otras cuyo ejercicio puede condicionarlas. Por ello, la inevitable concurrencia de títulos competenciales en un mismo espacio físico, obliga a buscar fórmulas como la mediación administrativa que permitan su concreta integración<sup>6</sup>.

Desde esta perspectiva, la mediación interadministrativa permite: a) Anticiparse al conflicto mismo, b) Determinar el grado de complejidad del conflicto, simplificándolo, c) Potenciar la armonización de intereses como mecanismo útil para la resolución de conflictos y d) Articular un dispositivo procedimental que facilite la aceptación consensuada y pacífica de las decisiones.

En definitiva, con la mediación se termina con el monopolio exclusivo de la posición del Estado como único tercero neutral, se alcanzan niveles de acercamiento al conflicto jurídico con mayor precisión que la propia ley y los tribunales a través de una tarea armonizadora del derecho y, por último, al igual que la transacción, la mediación no solo presupone el conflicto de intereses, contribuye a su superación<sup>7</sup>.

Prueba de esta necesidad de buscar otras formas de solución de conflictos interadministrativos ha sido la publicación de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que añade a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje la regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado<sup>8</sup>.

Pese a que el arbitraje interadministrativo no guarda una identidad material con la mediación institucional<sup>9</sup> y que esta Ley está dirigida a resolver las controversias jurídicas entre la Administración General del Estado y sus organismos públicos, la importancia del fenómeno es que se ha tomado conciencia de que este tipo de con-

---

6 Este es el caso del conflicto de competencias en el que el Ayuntamiento de Adra insta al diálogo entre Gobierno Central y Junta para buscar una solución conjunta y urgente a la limpieza integral y encauzamiento del Río Adra. El Alcalde afirmaba que llevaban muchos años reivindicando una actuación global y urgente en el Río Adra. La situación ponía en riesgo la seguridad de la población y de los bienes de esa zona. No se trataba de un problema político, sino de responsabilidad política de las administraciones que tienen competencia en esta materia. El Alcalde hacía mención indirecta a la mediación interadministrativa cuando señalaba que debían acercarse las posturas de las tres administraciones implicadas –Ayuntamiento, Subdelegado del Gobierno en Almería y Delegado territorial de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente– para dar solución definitiva a una reivindicación histórica del municipio abderitano.

7 Vid. PAREJO ALFONSO, L.J., “Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España”, *Global Law Press*, Sevilla, 2012: “i) el Estado ha dejado de monopolizar la posición de ‘tercero neutral’; ii) el Derecho no es capaz ya por sí sólo de imponer la referida armonización y sí sólo de propiciarla, por tratarse de una tarea social situada más allá, o más acá, si se prefiere, de la tutela judicial; y iii) la ‘transacción’ no sólo presupone el conflicto de intereses, contribuye a su superación”.

8 La disposición adicional única de dicha Ley, regula un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional para resolver los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales. La indudable naturaleza jurídico pública de las relaciones de organización en el seno de la Administración han llevado a la necesidad de establecer un procedimiento ordinario de resolución de conflictos que son resueltos por el Gobierno por lo que al efecto se crea una Comisión Delegada cuya presidencia se otorga al Ministro de la Presidencia, en su función coordinadora de la Administración General del Estado, para resolver desde la técnica arbitral los conflictos surgidos entre los diversos departamentos que configuran la Administración General del Estado (conflictos entre la Administración General y los organismos públicos del título III de la LOFAGE, entidades gestoras de servicios comunes de la Seguridad Social y otras entidades de derecho público reguladas por su legislación específica; también entre sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, Dirección General del Patrimonio o los organismos o entidades públicas en las que ostenten la totalidad del capital social o dotación).

9 En el arbitraje hay una decisión del árbitro vinculante. El mediador puede hacer una mediación evaluativa, pero nunca vinculante.

flictividad interadministrativa a la que se aplica el arbitraje, también es consustancial con la que genera la intervención de un entramado de personas jurídico-públicas estatales, autonómicas y locales que operan en el Derecho administrativo a través de una estructura categorial presidida por el interés general en la heterogénea función administrativa de fomento, policía y de servicio público o actividad prestacional<sup>10</sup>.

Por su parte, se debe a hacer referencia a los supuestos de mediación en los conflictos interadministrativos que puedan surgir como consecuencia de la aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; dado que cualquier administración pública en el supuesto de denegación por parte de otra Administración del derecho a acceder a la información pública en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española<sup>11</sup>, podrá utilizar los medios de impugnación que contempla el artículo 23 y siguientes de la Ley de Transparencia (en adelante, LT).

En efecto, el precitado artículo 23 de la LT, introduce un mecanismo de reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, sustitutivo de los recursos administrativos, según lo previsto en el artículo 107.2<sup>12</sup> de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; por lo que con la abierta remisión que hace la LT al citado precepto, se permite utilizar –en este ámbito y para los conflictos que surjan entre administraciones– distintos procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación administrativa y arbitraje, con respeto a los principios, garantías y plazos que la citada Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo<sup>13</sup>.

10 La construcción de algunas obras públicas de gran envergadura (v. gr. embalses, vertederos, cárceles, etc.) cuenta, en ocasiones con la oposición de particulares afectados por su instalación y también, éste es el caso, de las entidades locales en cuyo término municipal va a realizarse o ubicarse la obra o instalación pública. Oposición esta última que, en el plano jurídico, se manifiesta en la impugnación de cuantas actuaciones administrativas tienden a la implantación del correspondiente proyecto, creando un rosario de obstáculos que trata de impedir su construcción. Además, en tales casos, algunas entidades locales niegan su colaboración con las Administraciones públicas competentes para la implantación de dichas infraestructuras, que en la mayoría de los supuestos ha de venir precedida de la disposición de los terrenos mediante su expropiación forzosa.

11 Artículo 105 de la CE: “La ley regulará: (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. Si bien la Constitución hace mención sólo al derecho de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, la Ley de Transparencia amplía el campo de este derecho a todas las personas físicas y jurídicas.

Artículo 12 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, Derecho de acceso a la información pública: “Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley”.

12 Artículo 107.2 de la LPC: “2. Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo”.

13 Artículo 23 de la LT: “Recursos. 1. La reclamación prevista en el artículo siguiente tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, contra las resoluciones dictadas por los órganos previstos en el artículo 2.1.f) sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo”.

Sin perjuicio de la utilidad de los alternativos jurisdiccionales anteriormente citados y de que estos sistemas contribuyen a la innovación de nuevos modelos de procedimiento administrativo a los que se refiere el artículo 105 c) de la Constitución, lo cierto es que la mediación interadministrativa tiene que ver con la necesidad de completar y articular los principios y criterios que rigen las relaciones entre las Administraciones Públicas, basados en la continuidad de la acción administrativa, dado que, como se ha indicado, la judicialización de los conflictos no resuelve las complejas relaciones a las que se enfrenta cada Administración<sup>14</sup>.

Tampoco la programación legal puede acoger solo criterios estrictamente jurídicos, debiendo aportar otros de distinta procedencia que amplíen el esquema reduccionista del modelo binario potestad reglada-discrecional, abordando la realidad de los ámbitos de decisión administrativa con la búsqueda de otras alternativas posibles desde la perspectiva del derecho<sup>15</sup>.

De ahí que las Administraciones Públicas puedan acudir a la mediación interadministrativa, teniendo en cuenta que éstas –según ha señalado el Tribunal Supremo<sup>16</sup>– en parecidos términos a los previstos en el artículo 4.5 de la Ley 30/1992<sup>17</sup>: 1) tienen la obligación de resolver las posibles diferencias o discrepancias que entre ellas se susciten en el ámbito que delimiten las normas por las que se rigen esas relaciones y, en consecuencia, y 2) deben agotar los medios de solución que procedan, sin que en último término, y agotados esos instrumentos que propicien el acuerdo, les esté vedado el acudir a los Tribunales para obtener una solución definitiva al conflicto<sup>18</sup>.

14 En el conflicto de los derribos del Cabanyal (barrio marítimo protegido) en Valencia en que el gobierno central impedía la conexión de Blasco Ibañez con el Mar, pese a que el asunto se bloqueó en el Tribunal Constitucional después del recurso del gobierno de Zapatero contra una norma del Consell que desprotegia el citado barrio, se realizó una tarea de mediación interadministrativa que dio lugar a la asunción por el Gobierno Central (en respuesta parlamentaria) de que las partes implicadas asumían el compromiso de estudiar una adaptación del plan del Ayuntamiento que garantizase la protección de los valores histórico-artísticos de El Cabanyal “en los términos previstos” en la orden del Ministerio de Cultura que, en 2009, paró los derribos previstos por el Ayuntamiento. Por lo que el acuerdo final de mediación al margen de la respuesta del Tribunal Constitucional fue la de que sólo tenía cabida la rehabilitación de la trama urbana, y las licencias para recupera edificios y de actividad económica.

15 “La importancia de la terminación convencional, si bien no ha significado una quiebra de la concepción clásica del binomio potestades discrecionales-potestades regladas, sí ha provocado una modulación en el ejercicio de la prerrogativa por las administraciones públicas, y ello nos permite aceptar una nueva modalidad de acción administrativa que se aleja del espectro de poder público o de autoridad en la que se desenvuelve y que denominaré como ‘facultad convencional’, en aproximación a los términos en que Luciano Parejo ha venido a pronunciarse al definir esta función como ‘actividad administrativa consensual’”. Vid. CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo...*, op. cit., pp. 140-141.

16 STS C-A de 11 octubre de 2011, FJ II.

17 Contenido que se reproduce en el actual artículo 141 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

18 Como señala la exposición de motivos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. “(...) Dentro del deber de colaboración se acotan los supuestos en los que la asistencia y cooperación puede negarse por parte de la Administración requerida, y se concretan las técnicas de colaboración: la creación y mantenimiento de sistemas integrados de información; el deber de asistencia y auxilio para atender las solicitudes formuladas por otras Administraciones para el mejor ejercicio de sus competencias y cualquier otra prevista en la Ley. No obstante, el deber de colaboración al que están sometidas las Administraciones Públicas se ejercerá con sometimiento a lo establecido en la normativa específica aplicable”.

### 3. LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE LA COLABORACIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES

La múltiple y compleja realidad que supone la coexistencia de intereses y la convivencia de competencias entre distintas Administraciones Públicas, hace necesario que se establezcan reglas de articulación que eviten disfunciones o ineficacias<sup>19</sup>; por lo que, la cooperación, la colaboración y la coordinación entre las administraciones resulta un principio activo, un deber general recíproco y de mutua lealtad que no puede imponerse, sino acordarse, conformarse o concertarse<sup>20</sup>.

Por eso, la mediación en este ámbito puede desarrollar un papel muy importante en este marco de concertación y de acuerdo, con el fin de modernizar las estructuras administrativas, reduciendo el nivel de conflictividad.

Se trata de que, a través de la mediación, se consiga la mayor efectividad de los principios generales a los que tiende la acción administrativa en el marco del artículo 103 de la Constitución, sirviendo de cauce para resolver situaciones de desacuerdo<sup>21</sup> y evitar bloqueos por culpa de la inactividad u oposición de otras administraciones, fijando técnicas de asistencia mutua en el marco del deber de colaboración<sup>22</sup>.

El Tribunal Constitucional ha sentado una doctrina conforme a la cual el principio del deber general de colaboración entre las administraciones públicas no está precisado en la Constitución, entendiéndose implícito en la esencia de la organización territorial del Estado<sup>23</sup>, lo que se traduce en la obligación de buscar una colaboración adecuada, acogiendo a través de la mediación soluciones equitativas, sobre la base del respeto a la solidaridad (art. 2 CE) y la ponderación entre los intereses

19 PAREJO ALFONSO, L.J., "Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas", *RAP*, núm.174, 2007, p. 177.

20 En los mismos términos que señala la Exposición de motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común.

21 *Vid.* la importante sentencia STS de 11 de octubre 2011, FJ II: "*Las relaciones entre Administraciones Públicas que en ocasiones pueden llegar al desacuerdo, se rigen por lo dispuesto en el art. 103.1 de la Constitución y por el Título Preliminar y el Título I de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1.992, en la redacción que le otorgó la Ley 4/1.999, de 13 de enero. Esas relaciones presididas, por tanto, por el mandato constitucional del art. 103.1 recogido por el 3.1 de la Ley citada, se orientan a servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Y ese mandato se plasma en el artículo 3 de la Ley y en los preceptos posteriores que desgranar los principios de respeto en su actuación de la buena fe y confianza legítima, de cooperación y colaboración, rigiéndose su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos, el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán: en sus relaciones entre ellas respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias, ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones, facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias, prestar en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias, y, en particular, cuando de las relaciones entre la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas se trata, el contenido del deber de colaboración se desarrollará a través de los instrumentos y procedimientos que de manera común y voluntaria establezcan tales Administraciones*".

22 RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J.A., "Conflicto interadministrativo en la expropiación urgente: incomparecencia del Alcalde al levantamiento de acta previa a la ocupación", *Revista jurídica de Navarra*, núm. 16, 1993, pp. 127-136, (a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 7 de junio de 1993).

23 STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14.

generales del conjunto y los particulares, creando una actitud constructiva con un deber de mutuo y recíproco auxilio.

Desde esta perspectiva, le corresponde al mediador la tarea de concertar, ordenar y fijar los medios y sistemas de relación interadministrativa que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema<sup>24</sup>.

## **4. ASPECTOS CONCEPTUALES Y SINGULARIDAD DE LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA FRENTE A LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA CON LOS PARTICULARES**

### **4.1. CONCEPTO DE MEDIACIÓN Y PRINCIPIO DE IGUALDAD**

Puede entenderse la mediación interadministrativa como aquel medio complementario de resolución o de prevención de conflictos entre las administraciones públicas dirigido a facilitar –dentro del régimen jurídico-administrativo– cauces de participación y de diálogo entre ellas para encontrar la mejor solución posible en el plano de la programación, ejecución o gestión administrativas, contando con la intervención imparcial de un tercero mediador.

Una característica de la actuación de la mediación en este contexto es que las partes actúan desde una posición de horizontalidad y, por lo tanto, no existe un desequilibrio posicional, dado que las administraciones concernidas son poderes públicos que deben atender el interés general.

Por ello, no hay situaciones de superioridad y ambas están afectadas por la presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad de sus actos, lo que da pie a que, a través de la mediación como procedimiento de encuentro y comunicación, se respete la esencial igualdad posicional de las Administraciones Territoriales<sup>25</sup>.

Pese a esta inicial posición de igualdad, lo cierto es que en el plano de la interacción administrativa, siempre hay un sujeto jurídico-público que provoca la situación de conflicto, bien por la vía del acto administrativo, por la creación de una disposición o por la vía de hecho, situación que, aunque no afecta al principio de igualdad, si crea una situación de desventaja inicial del sujeto pasivo de la relación jurídica que el propio mediador deberá conjurar.

24 En los mismos términos que ha señalado la STC 32/1983, de 28 de abril.

25 STS de 18 de marzo de 1993: la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos y Ayudantes Técnicos Sanitarios interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 571/1990, de 27 de abril, por el que se dictan normas sobre la estructura periférica de gestión de los servicios sanitarios gestionados por el INSALUD, que continúa ejerciendo las funciones que tenía atribuidas en tanto no se culmine el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

#### 4.2. LA POSICIÓN CONTRAPUESTA DE LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES

Igualmente, pese a que las administraciones implicadas ejercen potestades públicas y están afectadas por lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución, cada una de ellas se encuentra en una posición contrapuesta que debe valorarse en atención a la naturaleza del conflicto, porque en el plano de la programación, ejecución o gestión administrativa siempre hay una administración que ejerce un protagonismo de carácter proactivo frente a otra que puede ofrecer resistencia, lo que las coloca, además de en un mismo espacio geográfico<sup>26</sup>, en la obligación de representar papeles distintos en atención a las circunstancias en las que ejercen su marco competencial.

Para el mediador administrativo, las necesidades de cada una de ellas serán distintas en atención a los intereses que resulten afectados en su ámbito de competencias, por lo que si en la construcción de un centro penitenciario se persigue, por parte de la administración impulsora –Ministerio de Justicia–, la amortización de aquellos centros obsoletos o inadecuados para las necesidades de una Administración Penitenciaria moderna –debida a la escasez de plazas existentes en ese territorio y al incremento de la población reclusa–, la posición de la otra administración –Ayuntamiento– puede consistir en defender la existencia de una afección paisajística, debida a la ocupación por el Centro Penitenciario de una zona considerada como una reserva paisajística contenida en las normas urbanísticas comarcales y del suelo.

El tratamiento del problema atañe naturalmente a la legalidad del proyecto, pero en el procedimiento de mediación, el foco de atención puede desplazarse desde el criterio de subsunción jurídica hacia otras alternativas de actuación que puedan ofrecerse en función de la lógica y aceptabilidad social de sus destinatarios, quienes en este marco de encuentro y de diálogo, pueden valorar la oportunidad de elegir un nuevo emplazamiento para esta construcción, de manera que el mediador consiga la armonización de un conflicto frente a una múltiple concurrencia de intereses y de necesidades.

Con ello, se llega a la lógica que partiendo de FRANCIOUS en la doctrina alemana, ha defendido PAREJO al expresar que la programación legal puede contener y contiene, junto a los estrictamente jurídicos criterios de otra procedencia que permitan una actuación flexible cuyo presupuesto es el de “estructurar” jurídicamente todos los factores relevantes para la toma de las decisiones administrativas<sup>27</sup>.

26 Como se confirma en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: “Debe recordarse al respecto que la proyección sobre un mismo espacio físico o, como en este caso, sobre un mismo recurso natural de títulos competenciales distintos en favor del Estado o de las Comunidades Autónomas impone, como este Tribunal ha tenido ocasión de señalar con carácter general y de resaltar, en particular, en materia de aguas, la cooperación entre las Administraciones Públicas implicadas mediante la búsqueda o creación de instrumentos que permitan articular su actuación, aunque sin alterar la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación (SSTC 77/1984, fundamento jurídico 3; 76/1983, fundamento jurídico 13; 227/1988, fundamento jurídico 20, y 214/1989, fundamento jurídico 20)”. Cf., la STC 118/1998, de 4 de junio, FJ 2.

27 En este contexto PAREJO ALFONSO afirma que, “(...) la programación legal puede contener y contiene, junto a los estrictamente jurídicos (cuya trascendencia debe quedar incólume), criterios de otra procedencia y que ello es una necesidad del sistema para posibilitar una actuación flexible y ‘situativa’ de la Administración en función de la lógica de los destinatarios de la misma y en modo alguno un fenómeno constitutivo de excepción a contener e incluso desterrar, le puede permitir abordar con éxito –superando el reduccionismo del esquema

POSICIONES CONTRAPUESTAS	
ADMINISTRACIÓN 1	ADMINISTRACIÓN 2
Interés general	Interés general
Relación de poder	Relación de competencia
Sujeto de cargas	Sujeto <i>iuris tantum</i>
Legitimidad	Legitimidad
Diálogo directo	Diálogo directo
Abstracción	Abstracción
Legalidad estricta	Equidad-oportunidad
Arrogancia	Diálogo de sordos
Percepciones	Percepciones

#### 4.3. LAS PERCEPCIONES COMO FACTOR RESTRICTIVO DE UN CAMBIO EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

El anterior problema opera también en el campo de las percepciones que sostienen cada una de las administraciones. Las percepciones son todas verdaderas, aun cuando puedan estar fuera de la realidad objetiva del problema.

Se trata de creencias o formas de ver personas o situaciones fácticas, de acuerdo con distintos puntos de vista y desde una realidad diferente al hecho objetivo de una situación de conflicto.

Las percepciones en las Administraciones Públicas forman parte del conjunto de experiencias vividas que se asocian a situaciones nuevas, reproduciendo la constante inalterable de los patrones adquiridos en anteriores situaciones.

Se trata de una especie de “*déjà vu*” o “*déjà veçu*” a través del cual la administración reacciona negativamente a los nuevos cambios y situaciones que generan el problema actual, sin que estas “*precogniciones*” permitan avanzar en su solución, atendiendo a la propia dinámica administrativa y el principio de continuidad.

El papel de la mediación consistirá en trabajar estas percepciones para proyectarlas sobre un conjunto de intereses comunes que respondan desde un amplio espectro a las exigencias de una buena administración, comprensiva de la eficacia, la eficiencia, la aceptabilidad social, la viabilidad o factibilidad y, en suma, de la optimización, atendiendo a todos los bienes jurídicos insertos en la relación jurídico administrativa de la que se trate.

Si bien, como se ha indicado, nos encontramos con dos sujetos jurídicos que ejercen potestades administrativas, lo cierto es que la situación de ventaja de la que parte que inicia la actuación administrativa y genera efectos jurídico-sustantivos,

*binario potestad reglada/potestad discrecional– la realidad de los ámbitos de decisión administrativa entre alternativas igualmente conformes a Derecho. Pues tal es el presupuesto, en efecto, de la posibilidad de ‘estructurar’ jurídicamente todos los factores relevantes para la toma de las decisiones administrativas, sin por ello desplazar o desvalorizar la perspectiva clásica del control jurídico y, en especial, judicial” (PAREJO ALFONSO, L.J., “Transformación y reforma? del derecho administrativo en España” ..., op. cit., p. 57).*

puede provocar situaciones de poder y de desequilibrio frente a quien modestamente no dispone de medios suficientes para controlar la situación.

La dificultad estriba en muchos casos en la situación de arrogancia de algunas administraciones frente otras con menos capacidad y poder de decisión, lo que genera dificultades para obtener plena satisfacción de los intereses individuales que reclaman.

Como quiera que la arrogancia es una estrategia de poder que convierte a la administración que la padece en derrotada y la hace vulnerable, el mediador deberá modificar los patrones de conducta, dado que si relacionamos poder con facultad o con capacidad, las otras administraciones disponen de facultades o niveles de poder, derivados de los riesgos, costes o las pérdidas que a la administración principal le supone no llegar a un acuerdo a través de la mediación.

Por ello, el hecho de centrarse en la capacidad y no en el poder, alienta a realizar cálculos más realistas sobre la situación. Dicho de otra forma, a través de la mediación se tratará de evitar la situación de confrontación relacionada con la disparidad de poder, con el fin de obtener una relación interadministrativa que permita alcanzar acuerdos mediante un diálogo directo y comprensivo entre las partes en el marco de la legalidad<sup>28</sup>.

En este contexto, la presunción de legalidad de la actuación administrativa es un principio o categoría que obliga a los sujetos pasivos de la relación jurídica a demostrar y probar la existencia de una posible infracción o lesión de la contraparte como regla esencial en un proceso contestado.

Esta carga ofrece una distinta posición de las administraciones de cara a la mediación, teniendo en cuenta que el mediador deberá ofrecer cauces de comunicación a las partes en la medida en que los hechos que han provocado el conflicto puedan ser aceptados o reconocidos como propios y a partir de esta situación, iniciar un proceso de concurso de ideas que tiendan a valorar el problema desde otra perspectiva.

Por su parte, la abstracción de la administración actora que aborda la situación de una perspectiva consumada por los hechos, concurre con la singularidad de una administración inicialmente pasiva que deberá ofrecer una versión de los hechos adaptada al entorno singular donde el problema se concibe de manera distinta al margen de una versión totalizadora de la Administración que ejerce un mayor poder.

La legalidad estricta con la que apodera una administración sus actos, deberá contrastar con otra versión menos rigurosa que permita acercar posiciones desde criterios basados en la equidad y la oportunidad, una medida de valor que puede

---

28 Véase como ejemplo, de la tensión entre la arrogancia del poder y la capacidad, cómo se dirimió el conflicto entre las Administraciones públicas, cuando el Ayuntamiento de Miranda decidió actuar contra la decisión del Gobierno Central (Subdelegación del Gobierno) en el conflicto de la paga extra. La Subdelegación le emplazó a anular en un mes el acuerdo que permitió abonar la retribución especial a funcionarios y laborales. Con esta decisión, el Ayuntamiento se sumó a otras administraciones que optaron por realizar el desembolso después de que varias sentencias, por demandas particulares tanto de funcionarios como de laborales, les reconocieron el derecho a percibir el complemento salarial o, al menos, la parte que les correspondía por los días que habían cotizado antes de que el Gobierno central aprobara la supresión de la paga, en julio de 2012. El Consistorio, por tanto, se arriesgó a una denuncia del Gobierno central por vía contencioso-administrativa a la espera de lo que decidiera el Tribunal Constitucional.

contextualizar el problema y ofrecer una solución adaptada a las necesidades de la colectividad.

La competencia es otra medida de valor a tratar en la mediación. Es natural la coexistencia competencial de materias en la misma área geográfica en la que las administraciones concurren. Por ello, en el análisis del problema habrá que delimitar el campo de actuación de cada una de ellas, partiendo de la competencia original o exclusiva y aquella que se derive de aquellas materias que no han sido especialmente delimitadas en ningún instrumento normativo.

#### **4.4. IMPACTO DE LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN LAS RELACIONES JURÍDICO-PÚBLICAS**

En este contexto, la mediación entre sujetos jurídico-públicos está dirigida a la obtención de los siguientes resultados:

- 1) Efectividad en la coordinación y eficacia administrativa basadas en el principio de lealtad institucional.
- 2) Respeto al ejercicio legítimo por las Administraciones de sus competencias y las consecuencias que del mismo se deriven para las propias.
- 3) Ponderación en la actuación de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a otras Administraciones.
- 4) Modular el impacto que sus actuaciones, en materia presupuestaria y financiera, pudieran provocar en el resto de Administraciones Públicas.
- 5) Acercar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión que sea relevante para el adecuado desarrollo por éstas de sus cometidos.
- 6) Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran precisar para el eficaz cumplimiento de sus tareas.
- 7) Facilitar por parte de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas el acceso de los representantes legales de las entidades locales a los instrumentos de planificación, programación y gestión de obras y servicios que les afecten directamente.
- 8) Permite resolver los problemas en los que la interdependencia entre los poderes y los entes públicos puede y debe resolverse mediante el acceso

de los unos a la esfera jurídica de los otros realizando en el entorno de la misma una prestación o prestaciones en beneficio de su titular<sup>29</sup>.

- 9) Respeto al núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y atribuciones de las administraciones.

## 5. APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LOS DISTINTOS CONTEXTOS DE LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS

### 5.1. LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN LA LEY 39/2015

Según criterio doctrinal y jurisprudencia dominante, la cláusula de apoderamiento legal de la mediación administrativa para prevenir o resolver los conflictos entre la administración y los sujetos privados, se encuentra prevista en los artículos 86 y 112.2 de la Ley 39/2015<sup>30</sup>.

Si bien, dicha cláusula resulta aplicable para la mediación interadministrativa en el contexto de la terminación convencional que contiene el precitado artículo 86 de la LPAC<sup>31</sup>, el artículo 112.2<sup>32</sup> no tiene cabida en este ámbito, dado que la administración no adquiere la condición ni de ciudadano, ni de interesado en un procedimiento administrativo, afirmación que viene avalada por la STS de 11 de octubre de 2001<sup>33</sup>, así como por lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de

29 MORELL OCAÑA, L., “Una teoría de la cooperación”, *Documentación administrativa*, núm. 240, 1994, (ejemplar dedicado a: “Administración y Constitución: El principio de cooperación”), pp. 51-70.

30 Estos artículos han sustituido con la misma redacción original a los anteriores art. 88 y 107 de la Ley 30/1992.

31 Artículo 86. Terminación convencional: “1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”.

32 Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.

33 STS 11 de octubre 2011, FJ II: “Al existir ese procedimiento a él debió someterse, y no fiar al albur de un pretendido silencio administrativo positivo que no prevé la Ley para las relaciones entre Administraciones Públicas, y que, en este caso, resultaba inexistente al haber prescindido del procedimiento previsto por la norma de aplicación. De ahí que en ese único sentido haya que negar la condición de interesado en un procedimiento administrativo a una Administración Pública, que es, lo que rectamente entendido, afirma la Sentencia de instancia”.

julio, de la Ley jurisdiccional<sup>34</sup>, que, siguiendo la senda marcada por los artículos 65 y 66 de la Ley 6/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, afirma que en los litigios entre Administraciones Públicas no cabe recurso en vía administrativa y que sólo podrá requerirse previamente a la administración actuante para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación materia, o inicie la actividad a que está obligada.

Lo anterior no debe implicar que las administraciones no puedan utilizar las vías de los recursos administrativos o de la mediación del artículo 112.2, cuando actúan en el mismo plano que los ciudadanos; toda vez que el significado del artículo 44 de la LJCA, ha sido matizado gracias a la STS, de 20 de octubre de 2006, que al desestimar el recurso de casación en interés de la ley (nº 55/2005) que interpusiera un Ayuntamiento, declaró que dicho precepto no se aplica cuando se trata de resolver o solventar una disparidad de criterios entre Administraciones Públicas y una de ellas actúa en la relación jurídico-administrativa entablada como un particular y no como un poder Público.

Hay que aplicar entonces la legislación reguladora de la actividad, como afirma el defensor de la Administración, y procede la interposición de recurso en vía administrativa si esa legislación lo ha previsto<sup>35</sup>.

Sin embargo, analizando este precepto, es ahí donde encontramos la cláusula de apoderamiento de la mediación, pues la STS de 31 de diciembre de 2001<sup>36</sup> ha dicho que el artículo 44 de la Ley jurisdiccional ha previsto un mecanismo de concertación y entendimiento entre Administraciones Públicas para evitar litigios, conforme al clima de coordinación que es principio general de las relaciones entre todas ellas<sup>37</sup>.

Y siguiendo la más actual doctrina judicial, la Sentencia SAN 3540/2014, de 16 de septiembre<sup>38</sup>, confirma que la exégesis de este precepto ofrece como alternativa un procedimiento de resolución de conflictos interadministrativos, de donde parece deducirse que la mediación debe ocupar una posición privilegiada, porque es notorio que en muchas ocasiones se realiza una evaluación imparcial y neutral por un mediador que propone acuerdos para la firma de convenios o pactos que dan solución a situaciones de conflicto entre el Gobierno Central, ayuntamientos,

34 Artículo 44.1 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa: *“En los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada”*.

Artículo 65.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local: *“Cuando la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas considere, en el ámbito de las respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna Entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto en el plazo máximo de un mes”*.

35 SAN 3540/2014 Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso.

36 Analizando este precepto, la STS de 31 de diciembre de 2001 ha dicho que el artículo 44 LRJCA ha extendido a todos los litigios entre Administraciones Públicas el trámite del requerimiento previo al recurso previsto, en el ámbito de la Administración local, en el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) y, en el ámbito de los conflictos constitucionales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el artículo 63 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional.

37 Coordinación que fundamenta la citada sentencia en los siguientes artículos: artículo 103.1 de la CE; artículo 55 de la LRBRL; artículo 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; artículos 3 y 4 de la LRJPAC, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero; y artículo 4 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico.

38 SAN 3540/2014 Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso Sede: Madrid Sección: 6.

administración autonómica o sindicatos en procesos de gestión administrativa y de promoción legislativa<sup>39</sup>.

Prueba de esa concertación interadministrativa puede observarse en materia urbanística y sus instrumentos de aplicación<sup>40</sup> a la búsqueda de la debida armonización, teniendo en cuenta que un mediador puede evitar que las competencias y los intereses de otras Administraciones distintas a la promotora de la ordenación territorial y urbanística no resulten afectados negativamente por la de esta última.

## 5.2. LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN EL MARCO DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS

Las distintas Administraciones Públicas que ejercen competencias en un mismo espacio territorial deben intensificar las relaciones de cooperación mediante la asistencia recíproca para la adopción de criterios comunes al abordar los problemas de cada sector; por lo que la celebración de convenios entre la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales que contempló, con carácter general, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LPC) y la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de la Ley de Bases del Régimen Local<sup>41</sup>, han constituido un decisivo papel en la consolidación del Estado de las Autonomías y en el mejor funcionamiento de la Administración Local<sup>42</sup>.

39 Supuesto paradigmático y muy actual acerca de la necesidad de esta concertación, es la de utilizar la mediación interadministrativa en el conflicto presentado por cerca de 3.000 consistorios españoles ante el Tribunal Constitucional en contra de la reforma local en defensa de la autonomía local. El recurso critica que la reforma impulsada por el Gobierno a través de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, no respete “la configuración constitucional de la autonomía local” y el hecho de que cree “dos clases de municipios, los grandes y los de menos de 20.000 habitantes, abocados a convertirse en meros foros de discusión política sin capacidad de gestionar servicios”, tal como señala el texto que señala además que el cambio legislativo persigue desapoderar “a los pequeños y establecer controles de oportunidad por parte de otras administraciones que sitúan a las entidades locales en posición de subordinación”. Los reclamantes consideran también que esta reforma persigue “mercantilizar” los ayuntamientos y que las diputaciones, cuyos miembros no son elegidos en las urnas, asuman la prestación de servicios, con la consiguiente repercusión en la economía de los ciudadanos. Se considera igualmente que la ley resta competencias a los consistorios y que pretende un cambio de estructura que se traduce en la privatización de los servicios, favoreciendo así que la empresa privada adquiera un protagonismo en detrimento del servicio público. Discrepa de esta postura la representación del Gobierno al afirmar que la ley busca evitar duplicidades, optimizar la gestión y reducir el déficit y cuestiona los costes a los que deben hacer frente los ediles para el sostenimiento del recurso ante el citado Tribunal Constitucional.

40 El artículo 9 del TRLRHAU, Decreto Legislativo 1/2010, de 18/05/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, recoge la obligación de concertar sus actuaciones en materia urbanística dirigida a todas las Administraciones públicas con competencias sobre “ordenación territorial y urbanística o sectoriales con relevancia territorial o que impliquen ocupación o utilización del suelo”.

41 Artículo 57 de la LBRL: “1. La cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o los convenios administrativos que suscriban”. Artículo 57 redactado por el número dieciséis del artículo primero de la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

42 Sobre convenios interadministrativos *vid.* Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y arts 47 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico

La doctrina del Tribunal Supremo viene sosteniendo, entre otras, en sentencia de 24 de octubre de 2011<sup>43</sup>, que los convenios de colaboración constituyen un cauce de cooperación bilateral y que, en general, suelen ceñirse a la realización de actuaciones conjuntas entre la Administración estatal y la autonómica en el marco de sus respectivas competencias, que no pueden verse alteradas al socaire de los repetidos convenios de colaboración<sup>44</sup>.

Así, la Sentencia de 8 de marzo de 2011<sup>45</sup> destaca el carácter institucional de los convenios de colaboración formalizados entre el Estado y las Comunidades Autónomas como instrumentos de concertación para la ejecución de proyectos de interés común de ambas Administraciones, y que, fundamentados en la mutua lealtad, constituyen un reflejo de los principios constitucionales de colaboración y cooperación interadministrativos y de bilateralidad, cuyo reconocimiento se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado.

En orden a su alcance y contenido, la jurisprudencia ha expresado que se trata de negocios jurídicos que celebran entre sí las Administraciones que los suscriben, en posición de igualdad<sup>46</sup> de tal forma, que presentan ciertas concomitancias con los contratos, en cuanto corresponden a una concurrencia de voluntades coincidentes sobre determinados objetivos orientados a una específica finalidad, si bien rebasan o exceden el específico concepto del contrato, pues sus límites no son otros que los derivados del interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración<sup>47</sup>.

Sentado lo anterior, basta observar la naturaleza contractual de estos convenios para comprobar que en el marco del principio de libertad consensual en que se desenvuelven, la mediación interadministrativa tiene su razón de ser, desde el momento en que deban de resolverse las discrepancias que puedan surgir en la interpretación o seguimiento de los mismos.

No en vano, la actividad convencional de las Administraciones Públicas –según señala GONZÁLEZ-ANTÓN– ha sido considerada por la doctrina como un ámbito idóneo para aplicar la técnica arbitral como medio de resolver los conflictos que puedan surgir entre parte<sup>48</sup>.

En este marco, el artículo 49 f) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se refiere a los mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes, con el fin de resolver los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios, por lo que, sin perjuicio de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de los problemas de interpretación y ejecución de dichos convenios<sup>49</sup>, el mecanismo

---

del Sector Público.

43 Recurso de casación 4639/2009.

44 Con cita de la STC 95/1986 FJ 5.

45 Recurso de casación 4143/2008.

46 Sentencia de 16 de febrero de 2011, recurso 2569/2009.

47 Sentencia de 15 de julio de 2003, recurso 3604/1997.

48 Vid. GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, C., “La Resolución de conflictos derivados de un convenio interadministrativo local”, *VLEX-371080*, p 3 y ss.

49 Art. 10.1 g) de la Ley Jurisdicción contencioso-administrativa: “1. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan

procedimental al que deben someterse con carácter preliminar la resolución de las discrepancias que surjan en su aplicación, se corresponde con la actuación de la comisión de seguimiento, vigilancia y control del convenio que pueda constituirse, cuya creación se justifica para promover y favorecer la ejecución del Convenio<sup>50</sup>.

De ahí, que al tratarse de instrumentos de concertación fundamentados en la mutua lealtad como reflejo de los principios constitucionales de colaboración y cooperación interadministrativos y de bilateralidad, la mediación interadministrativa puede responder a la necesidad de prestar una función cooperativa entre las administraciones públicas en orden a la búsqueda de instrumentos que permitan articular su actuación, con lo que se atiende a los principios generales de eficacia y de descentralización que rigen la actuación de las Administraciones Públicas previstos en el artículo 103 de la CE.

Siguiendo la senda anterior, debe hacerse mención a la posibilidad de utilizar la mediación interadministrativa como instrumento cooperativo, de prevención o resolución de conflictos en el marco de los órganos creados para la cooperación entre las administraciones Estatal y Autonómica, de composición bilateral o multilateral, de ámbito general o de ámbito sectorial, en aquellas materias en las que exista interrelación competencial, y con funciones de coordinación o cooperación según los casos.

Además de las llamadas comisiones de seguimiento, vigilancia y control del convenio, el supuesto prototípico de estos órganos son las Conferencias Sectoriales que, como sabemos, están destinadas al establecimiento de planes o programas conjuntos o sectoriales para el logro de objetivos comunes en materia en las que las administraciones ostenten competencias concurrentes.

En este contexto, no hay que olvidar el trasfondo conflictual que puede desprenderse de esta concurrencia competencial y suma de intereses, teniendo en cuenta que bajo el principio *pacta sunt servanda*, los convenios de Conferencia Sectorial y los convenios sectoriales de colaboración celebrados obligarán a las Administraciones intervinientes desde el momento de su firma, salvo que en ellos se establezca otra cosa.

En definitiva, la mediación interadministrativa en este ámbito de la cooperación entre administraciones puede ocupar un espacio interesante en la medida en que, partiendo de la cláusula de “terminación convencional” contenida en el artículo 86 de la LPAC que le sirve de apoderamiento, se incluya formalmente en las distintas cláusulas, protocolos, actas de constitución y reglamentos de organización de las Comisiones, Conferencias, Consejos y otros órganos cooperadores con las administraciones públicas, quedando plasmada su utilización como vía complementaria o equivalente de prevención y de resolución de conflictos en los correspondientes convenios de colaboración que en cada especialidad se suscriban.

---

en relación con: (...) g) Los convenios entre Administraciones públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma”. También artículos 11. C) y 29.1 de la Ley Jurisdiccional. Vid. El artículo 8.3 de la Ley 30/1992: “3. Las cuestiones litigiosas que puedan surgir en su interpretación y cumplimiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 6.3, serán de conocimiento y competencia del Orden Jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, de la competencia del Tribunal Constitucional”.

50 Vid. Art. 51.2 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

### 5.3. LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Pese a que la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, hoy derogada, reconocía taxativamente la existencia de la mediación a través de su artículo 3.2<sup>51</sup>, a través de la posibilidad de que dos o más personas pacten la intervención dirimente de un tercero aceptando expresa o tácitamente su decisión después de emitida, el artículo 36 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, mucho menos explícito que la norma precedente, deja una puerta abierta a la mediación administrativa en este marco contractual desde el momento en que reconoce y acepta como válido que durante las actuaciones arbitrales las partes pueden llegar a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia<sup>52</sup>.

En este contexto, el artículo 50 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, reconoce el derecho al arbitraje en materia contractual administrativa a aquellos entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, para la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren<sup>53</sup>.

Si bien, se excluyen del arbitraje formal los contratos administrativos, la opción de los recursos está cubierta por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales conforme determina el artículo 40 y 41 del citado RDL 3/2011, así como por otros órganos unipersonales autonómicos, de acuerdo con su legislación específica, sin que pueda descartarse en éste ámbito la mediación administrativa, dado que, según dispone el artículo 46.1, del mencionado texto legal, el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación, salvo las especialidades que recoge dicho texto, se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Desde esta cláusula remisoría, la mediación administrativa para el procedimiento seguido ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales encuentra su apoderamiento implícito en el artículo 86 de la LPAC, cuya utilidad como medio de resolución y prevención de conflictos ha sido legalmente reconocida por nuestra doctrina científica y nuestros tribunales<sup>54</sup>.

51 Artículo 3.2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: "Cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas, pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en el concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato".

52 Artículo 36.1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: "Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes".

53 Artículo 50 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: "Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren".

54 Vid. CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo...*, op. cit.

Siendo el contrato administrativo una de las técnicas de colaboración de los administrados con la administración y por lo que se refiere al objeto de este trabajo dirigido a estudiar las posibilidades de la mediación entre las administraciones públicas, habrá que examinar en qué medida puede existir una concurrencia de intereses en este marco contractual que pueda generar conflictos interadministrativos.

En este supuesto, deberá examinarse si en el marco de dichos conflictos, las administraciones podrían acudir al citado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, teniendo en cuenta que, de admitir dicha posibilidad se quiebra lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Ley jurisdiccional, que, siguiendo la senda marcada por los artículos 65 y 66 de la Ley 6/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, afirma que en los litigios entre administraciones públicas no cabe recurso en vía administrativa y que, como se recordará, sólo podrá requerirse previamente a la administración actuante para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación materia, o inicie la actividad a que está obligada.

La regla de la especialidad frente a la generalidad de la norma, permitirá que las administraciones puedan impugnar ante dicho Tribunal cualquier actuación derivada de un incumplimiento o interpretación contractual, por lo que, desde esta perspectiva también podemos admitir la validez legal de la mediación interadministrativa, como medio de terminación convencional al que se ha hecho alusión mediante la cláusula contenida en el precitado artículo 86 de la LPAC.

En este contexto, un conflicto derivado del traspaso de funciones del INSALUD a la Comunidad Autónoma y de la obligación del pago, al subrogarse la Comunidad Autónoma en las obligaciones pendientes derivadas de un contrato de obras, puede sustanciarse también a través de un procedimiento de mediación interadministrativa, en la medida en que se determine a quien corresponde el pago de la cantidad reclamada por el contratista en la instancia, con ocasión de la modificación de la situación contractual<sup>55</sup>.

Del mismo modo y aun cuando, como se ha indicado no es habitual la concurrencia de una o varias administraciones en este ámbito contractual, lo cierto es que la relación conflictual puede provenir de la posición que puedan ocupar las administraciones en los denominados contratos especiales que, por tener el carácter de administrativos, comprometen la voluntad de distintas administraciones en el marco de sus competencias.

En el ejemplo de la cesión del derecho de superficie sobre una parcela para la construcción de un colegio concertado, la competencia en materia educativa, aun cuando no se atribuye expresamente a las entidades locales, de conformidad con el artículo 25.2 n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL) les corresponde participar en la creación y construcción de centros docentes.

Del mismo modo, las Administraciones educativas podrán convocar concursos públicos para la construcción y gestión de centros concertados sobre suelo público

---

55 Vid. la STS, Sec. 7a, 15/3/2012, RC 2462/2009, anula una Sentencia del TSJ de Madrid al considerar que, tras el traspaso de funciones y servicios operado del INSALUD a la Comunidad Autónoma de La Rioja, el pago de la cantidad reclamada por la contratista en la instancia con ocasión del modificación de un contrato de obras debe imputarse a la Administración autonómica.

dotacional, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 116.8 de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa<sup>56</sup>.

### 5.3.1. LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO COMO INSTITUCIÓN MEDIADORA INTERADMINISTRATIVA

La concurrencia de varios departamentos ministeriales en un mismo contrato administrativo viene reflejada en el artículo 316.5 del citado Real Decreto Legislativo 3/2011, al establecer lo siguiente: *“Excepcionalmente, cuando el contrato resulte de interés para varios departamentos ministeriales y, por razones de economía y eficacia, la tramitación del expediente deba efectuarse por un único órgano de contratación, los demás departamentos interesados podrán contribuir a su financiación, en los términos que se establezcan reglamentariamente y con respeto a la normativa presupuestaria, en la forma que se determine en convenios o protocolos de actuación”*.

En este contexto, el órgano natural de mediación para resolver los conflictos que puedan surgir en la constitución, preparación, ejecución o interpretación de un contrato interadministrativo es la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado o instituciones similares de las Comunidades Autónomas<sup>57</sup>.

Así, el artículo 324.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se refiere a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado como el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos, agencias y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa, destinado a promover la adopción de las normas o medidas de carácter general que considere procedentes para la mejora del sistema de contratación en sus aspectos administrativos, técnicos y económicos. Igualmente, la Junta podrá exponer directamente a los órganos de contratación o formular con carácter general las recomendaciones pertinentes.

La facultad por parte de la Junta Consultiva de Contratación de realizar informes, propuestas, recomendaciones, asesoramiento a órganos de contratación y

---

56 El supuesto que sirve de ejemplo como contrato administrativo especial es el referido a la Cesión del derecho de superficie sobre una parcela para la construcción de un colegio concertado: *“La competencia en materia educativa no se atribuye expresamente a las entidades locales, ahora bien de conformidad con el artículo 25.2 n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL) les corresponde participar en la creación y construcción de centros docentes. También la Ley Orgánica 2/2006, de 2 de mayo, de Educación, les impone colaborar con la administración educativa para la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes”* (Dictamen 226/10, de 21 de julio).

57 Las comunidades autónomas también pueden disponer de órganos consultivos de contratación. Así. Vid. el artículo 325. Órganos consultivos en materia de contratación de las Comunidades Autónomas: *“Los órganos consultivos en materia de contratación que creen las Comunidades Autónomas ejercerán su competencia en su respectivo ámbito territorial, en relación con la contratación de las Administraciones autonómicas, de los organismos y entidades dependientes o vinculados a las mismas y, de establecerse así en sus normas reguladoras, de las entidades locales incluidas en el mismo, sin perjuicio de las competencias de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado”*.

asistencia a empresas y distintas entidades privadas<sup>58</sup>, le confieren una contrastada función mediadora destinada a resolver las cuestiones prejudiciales, interpretativas o de aplicación derivadas de este marco contractual, pudiendo ejercer una función preventiva de un posible conflicto o resolutoria en el supuesto de que la discrepancia entre las administraciones implicadas ponga en peligro la eficacia del contrato administrativo.

Prueba de ello, es la eficacia de su intervención en supuestos tales como los planteados por la Tesorería General de la Seguridad Social solicitando conocer el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su función mediadora, sobre la posibilidad que se contraten de manera conjunta o separada, actividades vinculadas a contratos de obras, suministros o de servicios cuando existe una pluralidad de contratos de interés común para varias instituciones públicas<sup>59</sup>.

Como vemos la casuística es interminable en este contexto y, por ello, la mediación encuentra en el principio de libertad de pactos su máxima expresión para desenvolverse en este campo en el que la prerrogativa y la potestad pública, deben ceder al uso de instrumentos basados en la consensualidad, como actividad propia y legítima de las administraciones públicas en su relación de servicio a los intereses generales que proclama el artículo 103.1 de la Constitución.

Como ejemplo paradigmático de las posibilidades de mediación en este ámbito contractual, debe citarse la proposición no de Ley 55/2016 de la Asamblea de Madrid, que en su sesión ordinaria celebrada el día 9 de junio de 2016, aprobó iniciar y mantener campañas de información sobre la mediación administrativa como forma de resolución de conflictos alternativa y complementaria a los tribunales de justicia, incluyendo entre otros sistemas, campañas públicas, información en los servicios de atención al ciudadano, madrid.org, 012 y en centros oficiales<sup>60</sup>.

Se acordó también que, en todos los contratos públicos de la Comunidad de Madrid se establezca una cláusula de remisión a mediación para la interpretación de los mismos y la solución de las controversias que pudieran surgir en su desarrollo, así como derivar a mediación los asuntos en que el órgano de Consumadrid no pueda actuar por no estar alguna de las partes adherida al sistema y, además, estatuir, en cumplimiento con lo previsto en el artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, un sistema de mediación, con autorización a la Abo-

58 Vid. la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto refundido aprobado por Real Decreto 2/2000, de 16 de Junio; Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre; Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

59 Informe 56/11, de 1 de marzo de 2012. Consulta sobre contratación separada de obras, servicios y suministros comunes en inmuebles compartidos de la Seguridad Social. En este supuesto se planteaba si dentro de la Ley de Contratos del Sector Público, una institución pública podría asumir la financiación completa de un expediente y su tramitación como único órgano de contratación, al tiempo que otra institución asumiese la de otro u otros contratos, hasta completar cada una de ellas el importe de la financiación que le correspondiera, cuando en un inmueble de titularidad pública existan una pluralidad de contratos de interés común para varias instituciones públicas y o privadas que compartan su uso, y se prevea la suscripción reglamentaria de acuerdos o protocolos de actuación previos que determinen fórmulas de participación en la financiación y asegurar las contribuciones, distintas a la fórmula, que consiste en la puesta a disposición del órgano de contratación, contrato a contrato, de aportaciones de distinta procedencia.

60 BOLETÍN OFICIAL DE LA ASAMBLEA DE MADRID / Núm. 65 / 16 de junio de 2016. RGEP.2664 del Pleno.

gacia de la Comunidad de Madrid a intentar la transacción en materias susceptibles de ello, en controversias en las que sea parte la Administración autonómica, con la finalidad de reducir la litigiosidad en los órganos contencioso-administrativos.

#### 5.4. LA MEDIACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO SANCIONADOR

La mediación en el ámbito sancionador administrativo no ha tenido aun el suficiente respaldo doctrinal y científico, lo que no quiere decir que en algunas áreas del Derecho público, como ha sucedido en el ámbito penitenciario, no se hayan obtenido importantes avances, teniendo en cuenta la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad<sup>61</sup>.

Las Administraciones Públicas se presentan como sujetos activos y responsables de las infracciones administrativas y, por ello, pueden imponerse sanciones, tanto a las personas físicas, como a las jurídicas.

De ahí que el Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo y en la línea de la práctica habitual de las Administraciones Públicas,<sup>62</sup> haya

61 BELANDO GARÍN destaca que, “En el supuesto de los centros penitenciarios la mediación es si cabe más interesante. No sólo permite terminar con conflictos que probablemente concluirían de forma violenta, sino que sirven decididamente a la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad (art. 25 CE). Esta función de la mediación no ha pasado desapercibida para las propias instituciones penitenciarias algunas de las cuales han realizado programas de mediación, con un éxito bastante elevado. La práctica en estos casos se encuentra avalada por unos preceptos legales y reglamentarios vagos y ciertamente imprecisos, pero que han servido para dar cobertura a estos programas. La mediación ha tenido entrada a través de dos vías. En primer lugar, en el caso de sanciones de aislamiento, el art. 255 del reglamento penitenciario permite suspender la medida “cuando las circunstancias lo aconsejen”. En segundo lugar y al margen del aislamiento, la mediación puede ser la causa por la que la Junta de Tratamiento decida reducir la sanción en aras de la reinserción o reeducación” (art. 42.6 LGP)” (BELANDO GARÍN, B., “La mediación administrativa: una realidad jurídica”, p. 5).

62 Vid. STS 19 de diciembre de 1996: “La Delegación Territorial de Junta de Castilla y León en Palencia ha notificado a la Asociación Nacional para la Protección y el Bienestar de los Animales (ANPBA) la resolución del expediente sancionador incoado contra el Ayuntamiento de Astudillo en relación con un “toro enmaromado” que tuvo lugar durante las fiestas del pueblo en 2007. Tanto ANPBA como el Cuartel de la Guardia Civil de Astudillo interpusieron denuncia por estos presuntos hechos. La Junta ha notificado a ANPBA que “el expediente sancionador ha concluido con la imposición de una sanción de 3600 euros”. 20-07-2007 - MDO/EFE El consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) ha acordado sancionar con 1.000 euros al Ayuntamiento de Brea de Tajo (Madrid) por ofrecer a sus 460 vecinos televisión de cable sin tener licencia, según la resolución que ha publicado el organismo regulador en su web. 21.07.10 - La Consejería de Medio Ambiente del Principado de Asturias ha sancionado al Ayuntamiento de Langreo con el pago de una multa de 600 euros por realizar vertidos contaminantes al río Montes, un afluente del río Nalón. 19 de noviembre de 2009. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha sancionado al Ayuntamiento de Málaga con una falta grave por el uso indebido de las cámaras de videovigilancia instaladas en diversas vías del Centro Histórico de la ciudad, según anunció ayer la portavoz del equipo de gobierno, Carolina España, quien aclaró que el Ayuntamiento ha decidido recurrir la sanción con la presentación de un contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional. 27-02-2009.- La Confederación Hidrográfica del Tajo ha vuelto a sancionar al Ayuntamiento de Velilla de San Antonio por el empleo ilegal de aguas subterráneas desde cuatro pozos que esta Administración mantiene abiertos en la localidad. Las sanciones suman 24.000 euros y son el resultado de las denuncias interpuestas en agosto de 2007 por la Asociación Ecologista del Jarama “El Soto”. 22 de noviembre de 2010.- El Ayuntamiento de Moraleja, sancionado por verter aguas sin depurar Medio Ambiente le multa con 1.000 euros y le insta a legalizar los fluidos.11.10.10.- Sancionan al Ayuntamiento de Alhaurín el Grande por el accidente de la escuela taller El proyecto de obra carecía de Plan de Seguridad y Salud y el contrato del arquitecto que supervisaba la obra estaba en fraude de Ley. Resultaron heridos siete alumnos, dos de ellos de carácter muy grave”.

declarado que la “construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de la ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos” (STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2º).

Si bien, hay un criterio general de atribuir responsabilidad de la administración pública en las infracciones administrativas y de que no hay actualmente zonas exentas que impidan hacer efectiva la potestad sancionadora<sup>63</sup>, lo cierto es que en materia presupuestaria, la doctrina judicial ha mantenido un criterio restrictivo al considerar que, al pretender imponer una sanción pecuniaria a una administración, “se está intentado restar del erario público para que revierta nuevamente al erario público”<sup>64</sup>.

Precisamente ese contraste entre la posibilidad de sancionar o no a las administraciones públicas como consecuencia de la finalidad esencialmente pública de la Administración<sup>65</sup>, y el hecho de que la jurisprudencia aluda a otros cauces para evitar que la Administración deba permanecer inerte ante una infracción administrativa, nos lleva a concebir la mediación interadministrativa como medio de ponderación en la utilización de las sanciones, cuando el supuesto infractor es una Administración Pública.<sup>66</sup>

Ahora bien, la mediación sancionadora en este ámbito interadministrativo toma como centro de imputación de la responsabilidad a la administración pública a través de la culpa *in vigilando* y la infracción cometida por la autoridad que tiene encomendada la representación de la autoridad pública, pero será precisamente a través de la mediación donde con mayor facilidad, las administraciones encuentren un espacio para el diálogo, el cual se circunscribe a discutir los distintos estándares que rigen el funcionamiento de cada administración, cuya articulación deberá realizarse atendiendo a la naturaleza de la actividad administrativa, a las circunstancias concretas del caso y a la realidad cultural, económica y social de cada momento<sup>67</sup>.

63 No hay exención en materia de costas, orden público, aguas, actividades clasificadas, medio ambiente, relaciones laborales, seguridad social, tributario, etc.

64 Y sigue diciendo la Sentencia TSJ Andalucía de 30 de marzo de 1993 que, “(...) con ello se contravendría la finalidad aflictiva que con la imposición de una multa se pretende, pues no se conseguiría el efecto de detrimento y menoscabo que se lograría respecto a de un patrimonio privado cuando es una persona no pública la que sufre las consecuencias de su actuar ilícito, y, por otra, se estaría consolidando una situación de mero trasvase de fondos entre patrimonios que tienen un denominador común, pues de ambos de predica su carácter de públicos”.

65 A juicio de VERA JURADO, “(...) En otros casos ni siquiera se han utilizado estos argumentos presupuestarios y el simple hecho de que la entidad pública tenga, como es obvio por otra parte, “una finalidad esencialmente pública, excluye la posibilidad de imponerle una sanción. Este es el caso, por ejemplo, de la STS de 4 de marzo de 1985 que establece la posibilidad de imponer una sanción a un patronato provincial de la vivienda que comete vicios de construcción en viviendas de protección oficial y ello “por cuanto la finalidad del patronato es esencialmente pública o cuasi pública, sin beneficio o lucro con carácter privado (...). En el mismo sentido se podría destacar la Sentencia de 23 de enero de 1986” (VERA JURADO, D.J., “Las sanciones entre Administraciones públicas”, *Justicia Administrativa. Derecho Administrativo Sancionador*, N.º. Extra 1, 2001, p. 63).

66 Ésta es la respuesta a la que se ha llegado a través de la sentencia TS de 3 de julio de 1997, al indicar que, “es evidente que la Confederación hidrográfica del Júcar podía haber tramitado el procedimiento sancionador ya que bastantes motivos había para ello por parte del Ayuntamiento. No estimó conveniente hacerlo al tratarse de una entidad pública y a lo largo de tantos años trató de solucionar el problema a través del diálogo, sin conseguir el cese de los vertidos ni la instalación de la depuradora (...)”.

67 Vid. VERA JURADO, D.J., “Las sanciones entre Administraciones públicas...”, *op cit.*, p.65.

Lo anterior, junto con la imposibilidad de que la administración pueda utilizar la vía de los recursos administrativos, hace que la mediación interadministrativa siga los mismos presupuestos que dan acogida a este sistema de resolución de conflictos.

Ahora bien, no solo basta que se den las anteriores condiciones para permitir la mediación sancionadora interadministrativa. Lo más importante es que podamos aceptar que la potestad sancionadora pueda derivarse a la mediación y aquí está el elemento central del debate que nos lleva a fijar los límites que se derivan del *ius puniendi* de la administración, y las dificultades que conlleva acercarse al terreno negocial, el ejercicio de ese derecho punitivo que tiene su encaje en el principio de tipicidad y el principio de legalidad, en el marco de lo dispuesto en el artículo 25 de la CE<sup>68</sup>.

Si bien puede inferirse del citado artículo 25 de la CE que el principio de legalidad en materia punitiva se refiere a la legalidad penal y a la administrativa al afirmar que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, el Tribunal Constitucional, al confirmar la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración en STC 77/1983, ya indicaba que al tratarse de ilícitos de gravedad menor, era razonable no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia, dejando a la Administración la facultad de encargarse del aparato represivo en este tipo de ilícitos, facilitando una mayor inmediación de la autoridad sancionadora de los hechos sancionados.

La potestad sancionadora de la Administración obedece fundamentalmente a razones organizativas y funcionales que difícilmente pueden solucionarse con otras alternativas, y lo cierto es que, si bien el artículo 25.2 atribuye a las penas la finalidad de “*reeducación y reinserción social*”, las sanciones administrativas buscan una finalidad represiva más pragmática de restablecer el orden jurídico infringido.

De este pragmatismo podemos extraer conclusiones interesantes para introducir la mediación sancionadora interadministrativa teniendo en cuenta su apoderamiento a través de la terminación convencional del procedimiento administrativo, según establece el artículo 86 de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Aun cuando, no se conocen experiencias en este ámbito específico y algunos autores solo reconocen la mediación en el ámbito sancionador como método preventivo antes del inicio de un expediente administrativo para lograr acuerdos sólidos que eviten problemas de cara al futuro<sup>69</sup>, es lo cierto que algunos conflictos relacionados con comportamientos ilícitos por parte de alguna administración pública, pueden ser ventilados del mismo modo en que así se realiza en el marco de la

---

68 La doctrina penalista y el Tribunal Constitucional declararon de aplicación a las sanciones administrativas los principios que rigen en el orden penal. Vid. la STC 18/1981 que señala: “(...) *Ha de recordarse que los principios inspiradores del derecho penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal como refleja la propia constitución*”.

69 CHOZAS ALONSO, J.M., “El ámbito de la mediación, como mecanismo de autocomposición de las partes en la resolución de conflictos en la Universidad Complutense de Madrid”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 170 Abril - Junio 2015, pp. 337-369.

defensa de la competencia, cuya Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, ha incorporado en su artículo 52 la terminación convencional<sup>70</sup>.

Por su parte, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>71</sup>, atribuye a dicho organismo el ejercicio de la potestad de inspección y sanción<sup>72</sup> y podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.

En el ámbito sancionador entre Administraciones Públicas se trataría de una forma atípica de finalización del expediente sancionador, en la que una Administración resuelve poner fin al procedimiento sancionador haciendo vinculantes unos compromisos que puedan ser ofrecidos voluntariamente por la administración presuntamente infractora, sin necesidad de que se produzca una declaración sobre la acreditación de la infracción, ni consiguientemente, se imponga una sanción, pues esa es, definitivamente, la finalidad a la que se dirige nuestra doctrina y tribunales.

El objeto de la terminación convencional es doble. Por un lado, se busca lograr un restablecimiento rápido de las actuaciones que han puesto en riesgo las conductas infractoras detectadas, mediante unos compromisos que resuelvan los problemas que afecten a cada competencia, salvaguardando el bienestar de los posibles afectados y el interés público.

70 Artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: “1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público. 2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento. 3. La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesto previsto en el artículo 50.4”.

71 La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se regirá por lo dispuesto en esta Ley, en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en la legislación especial de los mercados y sectores sometidos a su supervisión a que hacen referencia los artículos 6 a 11 de esta Ley y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su Disposición adicional décima, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y por el resto del ordenamiento jurídico.

72 Artículo 29. Potestad sancionadora: “1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título IV de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en el Título VI de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, en el Título VIII de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en el Título X de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, en el Título VI de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, en el título VII de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, y en el Título VII de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. 2. Para el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo. 3. El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se regirá por lo establecido en esta Ley en las leyes mencionadas en el apartado 1, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo. En concreto, el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia se regirá por las disposiciones específicas previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio. 4. La resolución del procedimiento pondrá fin a la vía administrativa y contra ella podrá interponerse recurso contencioso-administrativo”.

Por otro lado, permite cumplir con el principio de eficacia administrativa, posibilitando una utilización más adecuada de los medios disponibles, al facilitar una reducción de los trámites de instrucción y un acortamiento de los plazos de resolución del expediente sancionador en el que se acuerda la terminación convencional<sup>73</sup>.

Los compromisos que pueden dar lugar a la terminación convencional de un expediente sancionador podrán ser de comportamiento o estructurales, así como una mezcla de ambos tipos. Por ejemplo, compromisos de modificación de una conducta, de terminación de acuerdos, de eliminación de cláusulas de acuerdos, contratos o estatutos, de no intervención en algunas actividades que puedan vulnerar el principio de competencia, etc.

En definitiva, las expectativas de la mediación en este campo son amplias y seguramente fructíferas, la resistencia que pueda haberse experimentado al afirmar que no resulta posible mediar en el ámbito sancionador ha quedado debilitada con las experiencias advertidas en otros campos de actuación, y es que, como ha señalado nuestra doctrina judicial, *“la finalidad de tutela del interés público en juego se satisface mejor mediante compromisos firmes sin sanción que con sanción sin compromisos firmes”*<sup>74</sup>.

## 5.5. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL CONTENCIOSA ENTRE ADMINISTRACIONES

Las perspectivas de la mediación contencioso-administrativa son realmente considerables para los conflictos interadministrativos, habida cuenta de que al sustanciarse al margen de propio proceso, permite una mayor flexibilidad en la comprensión del conflicto, así como atender a las distintas variables que ofrece una solución negociada.

Debe recordarse que el artículo 44 de la LJCA suprime el recurso administrativo de los conflictos interadministrativos y que, al margen de que en el propio convenio se haya pactado recurrir a la mediación o al arbitraje para resolver los

73 Vid. “Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores”. Disponible en página web: [http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/LEYES/DEFENSA\\_COMPETENCIA/IA8\\_terminaci%C3%B3n\\_%20convencional.htm](http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/LEYES/DEFENSA_COMPETENCIA/IA8_terminaci%C3%B3n_%20convencional.htm)

74 “(...) Y por ello, consideramos que la actuación impugnada se ajusta a la finalidad del instituto de la terminación convencional, a diferencia de la solución pretendida por la Administración que supondría excluir tales compromisos paccionados y proseguir un incierto procedimiento sancionador” STSJ GAL 423/2016, Rec. Núm. 340/214 de 27 enero. Vid. tb otras sentencias: 1) STS del 24 de septiembre de 2015 (rec. 725/2013): “La terminación convencional del expediente sancionador ha de responder a una concreta y precisa finalidad que realmente la justifique tras la consideración de las circunstancias concurrentes, los intereses públicos implicados y la asunción de compromisos por parte de los presuntos infractores que sirvan para resolver los efectos sobre la competencia”. 2) SAN 108/2016, de 26 de enero (Rec. 164/2013) “Ciertamente la terminación convencional del procedimiento sancionador pone de relieve, al igual que en Derecho Penal existen las sentencias de conformidad, la disponibilidad que el Estado tiene sobre el ejercicio de la potestad sancionadora”. 3) STS 4126/2015, de 5 de octubre (rec. 3250/2012) “(...) la introducción de fórmulas o técnicas de terminación convencional de un procedimiento, que favorecen la comunitarización de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos, está sujeta a límites, en la medida que los acuerdos procedimentales no pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico, y deben ajustarse formalmente a las reglas procedimentales establecidas legalmente y dirigirse al logro de un fin de interés general determinando por la disposición legal que atribuye la potestad de acordar”.

conflictos de interpretación o aplicación de los mismos, lo cierto es que, puedan existir otros terceros entes administrativos no comprometidos por el convenio que se sientan perjudicados por el mismo o que entiendan que el convenio o los actos derivados del mismo infringen el ordenamiento jurídico.

Por ello, en virtud del requerimiento potestativo que introduce el precitado artículo 44 de la LJCA, puede incorporarse una mediación extraprocésal o preprocésal, que permita resolver el conflicto y evitar acudir a la jurisdicción, pues esa es la finalidad a la que tiende un precepto de esta naturaleza frente al deber de agotar los medios de solución que procedan, sin que en último término, y agotados esos instrumentos que propicien el acuerdo, les esté vedado el acudir a los Tribunales para obtener una solución definitiva al conflicto.

En este contexto, el principio constitucional de reserva de jurisdicción, que imposibilita la atribución al poder ejecutivo de funciones jurisdiccionales, no impide, sin embargo, que la comunidad instituya fórmulas o técnicas, como la mediación, que contribuya a resolver los conflictos que oponen a las Administraciones Públicas.

Por ello, la mediación intrajudicial en este orden jurisdiccional se muestra como un mecanismo de solución complementario de controversias, teniendo en cuenta los siguientes caracteres que constituyen su carta de naturaleza:

- 1) Sustituye la posible resolución judicial por la que hayan acordado las partes a través de una base de propuesta realizada por el mediador. No se trata de una justicia transaccional o de reparto equivalente de intereses, sino de alcanzar un acuerdo consensuado manteniendo un equilibrio entre las garantías de los derechos públicos y privados en juego.
- 2) Evita los efectos nocivos de una justicia tardía o la meramente cautelar que no satisface plenamente el derecho constitucional de tutela judicial efectiva. No obstante, debe reconocerse a la mediación su propia sustantividad, con un valor material admitido social y jurídicamente a través de muchas disciplinas.
- 3) La mediación reduce la proliferación de recursos innecesarios y ofrece una fórmula menos costosa y más rápida de resolución de numerosos conflictos.
- 4) Con la mediación administrativa en este orden procesal se postulan nuevas estrategias participativas para hacer frente a procesos judiciales de difícil concreción, cuya respuesta en el marco de una sentencia, no responde, en algunos casos, a las expectativas de las partes procesales.
- 5) Si bien es cierto que el artículo 117.3 de la CE atribuye, en exclusiva, al Poder Judicial, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como forma de resolver conflictos intersubjetivos de intereses, sin embargo,

también lo es que juzgar no es la única solución posible para resolver conflictos entre la Administración y los ciudadanos.

En este contexto, el artículo 77 de la LJCA posibilita la mediación intrajudicial y, en esta sede procesal, las finalidades de la mediación administrativa se centran más en resolver el litigio que el conflicto, habida cuenta de que lo que se pretende, según prevé el artículo 44 de la misma norma procesal, es que se derogue la disposición, anule o revoque el acto, se haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada la administración<sup>75</sup>.

Por ello, bien podría obedecer a que la fiscalización judicial viene a ser estéril en los supuestos materiales en que la actuación administrativa no se ha realizado desde la información, cooperación o colaboración, dado que la resolución judicial no vendrá a tiempo para solventar los problemas que, en las materias necesitadas de concertación interadministrativa, requieren inmediatez.

Los mecanismos y el sistema de mediación intrajudicial están funcionando a través de distintos proyectos piloto en algunos juzgados de lo contencioso-administrativo y, aunque hasta ahora la experiencia ha atendido únicamente a los conflictos entre la administración y los sujetos privados, el procedimiento que rige este sistema de resolución de conflictos resulta equiparable a las controversias interadministrativas, por lo que no se descarta que durante la realización de dichos proyectos puedan resolverse por mediación intrajudicial algunos de los procesos judiciales que enfrentan a las distintas administraciones<sup>76</sup>.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Primero.- A través de estas páginas hemos podido apreciar la importancia y las posibilidades de la mediación interadministrativa como técnica y procedimiento óptimo para resolver conflictos jurídicos o de intereses entre las propias Administraciones Públicas.

---

75 Artículo 44 de la LJCA: "1. En los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada. Cuando la Administración contratante, el contratista o terceros pretendan recurrir las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público interpondrán el recurso directamente y sin necesidad de previo requerimiento o recurso administrativo.

2. El requerimiento deberá dirigirse al órgano competente mediante escrito razonado que concretará la disposición, acto, actuación o inactividad, y deberá producirse en el plazo de dos meses contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad.

3. El requerimiento se entenderá rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara.

4. Queda a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local".

76 Vid. CARBALLO MARTÍNEZ, G., "La mediación administrativa y judicial", en VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Practicum de Mediación...*, op. cit.

Segundo.- El camino recorrido y las dificultades superadas desde su elaboración conceptual, doctrinal y científica hasta su realización práctica, han permitido dotar a la mediación administrativa de una solidez argumental que encaja con precisión en el régimen jurídico-administrativo en el que se desenvuelve.

Tercero.- Los esfuerzos realizados para la puesta en escena de la mediación administrativa por parte del Consejo de Europa, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, las Administraciones públicas, Organizaciones no gubernamentales, las Universidades o los Colegios profesionales, son el reflejo de la necesidad social de cambiar algunas estructuras o modelos jurídico-administrativos, aun aferrados a conceptos o dogmas del derecho administrativo que se consideraban inmutables y que, como señala NIETO GARCÍA, hoy en día pueden ser caparazones de moluscos que se extinguieron hace tiempo<sup>77</sup>.

Cuarto.- Las competencias de las distintas Administraciones Públicas en las materias en que ejercen sus atribuciones deben de coexistir con aquellas otras cuyo ejercicio puede condicionarlas. Por ello, la inevitable concurrencia de títulos competenciales en un mismo espacio físico, obliga a buscar fórmulas como la mediación interadministrativa que permitan su concreta integración.

Quinto.- La mediación interadministrativa permite: a) Anticiparse al conflicto mismo, b) Determinar el grado de complejidad del conflicto, simplificándolo, c) Potenciar la armonización de intereses como mecanismo útil para la resolución de conflictos y d) Articular un dispositivo procedimental que facilite la aceptación consensuada y pacífica de las decisiones.

Sexto.- El artículo 44 de la Ley jurisdiccional ha previsto un mecanismo de concertación y entendimiento entre Administraciones Públicas para evitar litigios, conforme al clima de coordinación que es principio general de las relaciones entre todas ellas. La jurisprudencia afirma que la exégesis de este precepto ofrece como alternativa un procedimiento de resolución de conflictos interadministrativos, de donde puede colegirse razonablemente que la mediación puede ocupar una posición privilegiada.

Séptimo.- La naturaleza contractual de los convenios interadministrativos permite afirmar que en el marco del principio de libertad consensual en que se desenvuelven, la mediación interadministrativa tiene su razón de ser, desde el momento en que deban de resolverse a través del diálogo las discrepancias que puedan surgir en la

77 Y sigue afirmando que, "(...) la inmutabilidad de lo abstracto es una tentación para la comodidad, cuando no a la pereza, olvidándose así del sabio consejo de Santi Romano: *Glissez, mortels, n'appuyez pas...-cada periodo histórico construye su propio derecho, condenado a muerto cuando perezca aquél, y, sin embargo, hay un núcleo que permanece inalterable por debajo de sus manifestaciones episódicas (...)* el Derecho administrativo no es más que un episodio de una constante milenaria: la lucha del individuo y de las colectividades contra las extralimitaciones de un poder que él mismo ha engendrado y aceptado". NIETO GARCÍA, A., "El derecho como límite del poder en la Edad Media", *Revista de administración pública*, núm. 91, 1980, pp. 7-74. Extraído del Volumen presentado por NIETO GARCÍA, A., *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1983, p. 1042.

interpretación o seguimiento de los mismos, así como en los distintos sistemas de contratación administrativa.

Octavo.- La facultad por parte de la Junta Consultiva de Contratación de realizar informes, propuestas, recomendaciones, asesoramiento a órganos de contratación y asistencia a empresas y distintas entidades privadas<sup>78</sup>, le confieren una contrastada función mediadora destinada a resolver las cuestiones prejudiciales, interpretativas o de aplicación derivadas de este marco contractual, pudiendo ejercer una función preventiva de un posible conflicto o resolutive en el supuesto de que la discrepancia entre las administraciones implicadas ponga en peligro la eficacia del contrato administrativo.

Noveno.- Hay que aprovechar las estructuras ya creadas y las potencialidades existentes de la mediación a través de los órganos mixtos de vigilancia y control para resolver los problemas de interpretación y cumplimiento de los convenios interadministrativos, por lo que, partiendo de la cláusula de “*terminación convencional*” contenida en el artículo 88 de la LPC que le sirve de apoderamiento, la mediación podrá incluirse formalmente en las distintas estipulaciones, protocolos, actas de constitución y reglamentos de organización de las Comisiones, Conferencias, Consejos y otros órganos cooperadores con las administraciones públicas, quedando plasmada su utilización como vía complementaria o equivalente de prevención y de resolución de conflictos tanto en los correspondientes convenios de colaboración que en cada especialidad se suscriban, como en los que se refieran a la contratación administrativa.

Décimo.- Aun cuando no se conocen experiencias formales de mediación en el ámbito sancionador entre administraciones públicas y algunos autores solo reconocen este tipo de mediación como método preventivo antes del inicio de un expediente administrativo sancionador o disciplinario para lograr acuerdos sólidos que eviten problemas de cara al futuro, es lo cierto que algunos conflictos relacionados con comportamientos ilícitos por parte de alguna administración pública, podrían ser ventilados del mismo modo en que así se realiza en el marco de la defensa de la competencia, cuya Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, ha incorporado en su artículo 52 la terminación convencional.

Undécimo.- Si bien contamos con instrumentos jurídicos para la aplicación de la mediación en el régimen jurídico-administrativo, sólo podrá alcanzarse su plenitud una vez que se integre en nuestro derecho positivo a través de una ley especial que defina su concepto, explique su contenido, establezca el objeto y los límites de su aplicación y por último, justifique su utilidad.

---

78 Vid. la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto refundido aprobado por Real Decreto 2/2000, de 16 de Junio; Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre; Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Una apuesta por la mediación administrativa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 3/2014.
- BELANDO GARÍN, B., “La mediación en el régimen disciplinario: la mediación escolar y la penitenciaria”, *Revista de administración pública*, N° 189, 2012,.
- BELANDO GARÍN, B., “La mediación en supuestos de responsabilidad administrativa” *Diario La Ley*, N° 8666, 2015.
- CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa y judicial”, en VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dir.), *Practicum de Mediación*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013.
- CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- CHOZAS ALONSO, J.M., “El ámbito de la mediación, como mecanismo de autocomposición de las partes en la resolución de conflictos en la Univesidad Complutense de Madrid”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 170 Abril-Junio 2015.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “El impacto de la crisis económica sobre el método jurídico administrativo”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.), *Crisis económica y crisis del estado del bienestar. El papel del derecho administrativo*, Reus, Madrid, 2013.
- FRANZIUS, C., “Funktionen des Verwaltungsrechts”, *“Steuerungsparadigma” der Neuen Rechtswissenschaft Verwaltung*, 2006, 39 (3).
- GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, C., “La Resolución de conflictos derivados de un convenio interadministrativo local”, *VLEX-371080*.
- MORELL OCAÑA, L., “Una teoría de la cooperación”, *Documentación administrativa*, núm. 240, 1994, (ejemplar dedicado a: “Administración y Constitución: El principio de cooperación”).
- NIETO GARCÍA, A., *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1983.
- NIETO GARCÍA, A., “El derecho como límite del poder en la Edad Media”, *Revista de administración pública*, núm. 91, 1980.
- NIETO GARCÍA, A., *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.
- PAREJO ALFONSO, L.J., “Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas”, *RAP*, núm.174, 2007.
- PAREJO ALFONSO, L.J., “Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España”, *Global Law Press*, Sevilla, 2012.
- PAREJO ALFONSO, L.J., “Problemas actuales del Derecho Administrativo”, en RUÍZ OJEDA, A.L. (Coord.), *El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luís Morell Ocaña*, Iustel, Madrid, 2010.

RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J.A., “Conflicto interadministrativo en la expropiación urgente: incomparecencia del Alcalde al levantamiento de acta previa a la ocupación”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 16, 1993.

SANZ RUBIALES, I., *El contencioso-administrativo: litigios entre administraciones públicas territoriales*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

VERA JURADO, D.J., “Las sanciones entre Administraciones públicas”, *Justicia Administrativa. Derecho Administrativo Sancionador*, N°. Extra 1, 2001.



# **LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

*Ana González-Moro Méndez*  
Procuradora de los Tribunales. Mediadora



## 1. INTRODUCCIÓN

Las experiencias de mediación que actualmente se están desarrollando en otros sectores a lo largo de la geografía española, acrecientan el interés por la aplicación de esta técnica de resolución de conflictos en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, interés del que han surgido numerosos estudios y proyectos pilotos realizados con la colaboración del Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y algunas Administraciones Autonómicas.

Las objeciones que pudieran plantearse frente al reconocimiento y efectividad de la puesta en práctica de la mediación, teniendo en cuenta los límites derivados de las potestades administrativas, podrían erosionarse en favor de este mecanismo de resolución de conflictos, que permite crear lazos de comunicación y de diálogo, ofreciendo soluciones imaginativas –en el marco de una nueva cultura de paz– que pudieran operar con normalidad en las relaciones jurídico-administrativas.

Desde esta perspectiva, una institución como la mediación, está llamada a tener con el paso del tiempo una importante función y, con esta visión, este trabajo va dirigido a estudiar y profundizar en la figura de la mediación administrativa, como sistema alternativo de resolución de conflictos entre los Poderes Públicos y los ciudadanos.

El Estado social y democrático de Derecho en que se ha organizado la sociedad actual, ha de asumir como parámetro esencial de su actuación, la creación de las condiciones necesarias para que cada ciudadano pueda desarrollarse en libertad e igualdad. La configuración democrática del Estado de Derecho supone que la participación de los ciudadanos en sociedad y en la vida pública no sea simplemente una aspiración o deseo, sino un compromiso que los poderes públicos han de promover permanentemente conforme establece el artículo 9.2 de nuestra Constitución<sup>1</sup>(en adelante, CE). Esta participación podría ser el sustrato legitimador de la mediación administrativa, dado que se trata de un derecho fundamental que como señala el

1 Artículo 9 de la CE. "1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

artículo 23 de la CE<sup>2</sup> faculta a los ciudadanos –directamente o por medio de representantes– para intervenir en los asuntos públicos, lo que también conlleva implícitamente participar activa y directamente en la resolución de sus conflictos con el poder público a través de un diálogo recíproco y transformador.

También en los artículos 103 y 105 de la CE<sup>3</sup> se pueden encontrar presupuestos que permiten dotar de legitimidad y eficacia a la mediación administrativa, en la medida en que, a nuestro juicio, se muestra como un vehículo eficaz, corrector y cooperador de una actividad administrativa que debe servir con objetividad los intereses generales.

La transformación de la Administración Pública –en su evolución desde una concepción de estructura decimonónica, jerárquica y vertical, hacia una organización más horizontal, integradora y participativa– constituye mucho más que una realidad. En este sentido, debe tratar de relacionarse con los ciudadanos, sino en un plano de igualdad estricta, sí tratando de llevar a cabo un acercamiento más humanizador, transversal y multidisciplinar, que es lo que está demandando la sociedad del siglo XXI. Lo que implicaría al mismo tiempo, la obligación de buscar las mejores condiciones para que todos y cada uno de los ciudadanos puedan ejercer de manera óptima y eficiente sus derechos fundamentales.

Siguiendo a RODRÍGUEZ-ARANA<sup>4</sup>, entendemos que en este contexto de elevación de la condición jurídica del ciudadano y “rebajamiento” del estatuto jurídico de la Administración Pública –llamada por la Constitución a servir a los intereses generales– una institución como la mediación puede ser un traje a medida de la relación Administración/administrado, en el sentido de que determinados asuntos públicos puedan ventilarse y gestionarse más allá de los estrechos márgenes del procedimiento y los recursos administrativos, todo ello sin menoscabo de los principios de legalidad y discrecionalidad.

Según CARBALLO MARTÍNEZ<sup>5</sup> la heterogénea casuística de situaciones conflictivas en las que puede encontrarse el ciudadano, refleja que la Administración tiene

3. *La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”.

2 Artículo 23 de la CE. “1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

3 Artículo 103 de la CE. “1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley”.

Artículo 105 de la CE. “La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

4 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, Oleiros (A Coruña), 2010, pp. 237-253.

5 CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, Enero 2013, pp. 261-279, monográfico “Arbitraje y Mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades”.

una presencia excesiva en la vida pública de las personas, tanto en relación a su cometido de asegurar el bienestar a través de la calidad y eficiencia en la gestión de los servicios públicos, como respecto a una intervención variada que combina actos de prerrogativa de distinta naturaleza, generando efectos de carácter substantivo en las situaciones jurídicas de los ciudadanos.

La tensión entre servicio público y deberes públicos ciudadanos, junto con la difícil tarea de ponderar derechos e intereses, conduce con frecuencia a un acusado nivel de conflictividad en nuestro sistema de garantías, convirtiéndose el orden contencioso-administrativo en el “hábitat natural” en el que los ciudadanos dirimen sus discrepancias. A pesar de ello, aún resulta difícil combatir en sede judicial el fenómeno del silencio administrativo negativo, el de la propia inactividad de la administración, las llamadas situaciones de hecho, las resoluciones estereotipadas de los recursos, la falta de motivación y de transparencia o, en definitiva, las distintas versiones que la potestad discrecional encarna como alternativa a una concurrencia de decisiones posibles desde la perspectiva del Derecho<sup>6</sup>.

Pese a la aparente indiferencia jurídica de estas disfunciones, una más depurada visión acerca de las garantías de los derechos de los ciudadanos, nos lleva a considerar que estos fenómenos pueden ser analizados a través de otros mecanismos de resolución de conflictos complementarios al proceso. Y ello porque los poderes públicos, en cualquier actividad que tienen encomendada, deben responder a las exigencias que impone el deber de buena administración, cuyo concepto ha sido elevado a la categoría de derecho fundamental en nuestro acervo comunitario<sup>7</sup>.

En este contexto, la mediación puede integrarse en el sistema de justicia administrativa, completando esos espacios deficitarios y aportando nuevas respuestas creativas con el fin de dar satisfacción a las reclamaciones de los ciudadanos. No se trata de una figura de moda y sin fundamento, pues sabemos que se viene utilizando desde hace años en países de nuestro entorno con resultados positivos; sólo necesita un mayor desarrollo normativo y el necesario respaldo institucional<sup>8</sup>.

La ausencia de mecanismos de autocomposición y las dificultades que ofrece el proceso judicial para facilitar soluciones imaginativas en el marco de la justicia rogada, nos conectan con una cierta “*inmunidad*” de la Administración. Esta idea está en relación, asimismo, con una cierta falta de reconocimiento de unos estándares adecuados de calidad en los servicios públicos, así como con unos procedimientos de actuación poco ágiles y transparentes y en ocasiones desprovistos de suficiente motivación. Desde esta perspectiva podemos entender que la participación

6 Como señala la exposición de motivos de la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa, “*El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad*”.

7 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/01), artículo 41, derecho a una buena administración: “*1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable*”.

8 Pese a la oposición velada por parte de algunos sectores a estos equivalentes jurisdiccionales, el legislador ya había sembrado en España la semilla de la mediación convencional e impugnatoria en leyes tan importantes como la Ley de Procedimiento Administrativo Común y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Artículos. 88 y 107 de la LRJAP y PAC y 77 de la LJCA.

ciudadana no ha sido suficientemente desarrollada en los términos que propone el artículo 23.1 de nuestra Constitución<sup>9</sup>.

El interesado, en relación a la Administración, se convierte en un sujeto a quien puede abrumar la excesiva concurrencia normativa que acompaña al Derecho administrativo y al que le resultará difícil defenderse de una imputación de responsabilidad o de cualquier actuación de los poderes públicos, una vez que la maquinaria administrativa haya comenzado a funcionar<sup>10</sup>.

En el marco de un procedimiento administrativo reglado, resulta muy difícil gestionar las emociones, las posiciones, los intereses y las necesidades de quien puede encontrarse desbordado intentando buscar pruebas para su defensa, frente a una Administración que, formada por técnicos expertos de indudable reconocimiento profesional, desarrolla sus funciones a través de un sistema de regulación jurídica basado en estrategias de gestión mecanizadas, que deja poco margen de maniobra para otras interacciones en la comunicación y en el diálogo interpersonal.

A la pregunta sobre si es posible que la mediación conviva en un mundo de jerarquía normativa, en un mundo de organización tan vertical como el de la Administración Pública, debe responderse que sí. Los supuestos reales de existencia de negociaciones, convenios, pactos y acuerdos de ciudadanos con la Administración, así parecen indicarlo. Eso sí, adaptándose a la función de servicio objetivo al interés general que debe caracterizar toda actuación de las Administraciones Públicas, actuación que debe estar vinculada –según dispone el artículo 9 de la Constitución– a la promoción de la participación de los ciudadanos.

Llegados a este punto, frente a las dificultades que existen para que el ciudadano y la Administración se desenvuelvan en un plano de horizontalidad, la mediación puede ofrecer espacios de encuentro para que los conflictos se resuelvan en el marco de la legalidad y de la equidad –dado que es un mecanismo dirigido esencialmente a reforzar la confianza del ciudadano en la Administración– teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento no jurisdiccional basado en la voluntariedad y buena fe de las partes.

Este carácter de la mediación permite no solo resolver conflictos del pasado, sino sentar las bases de acuerdos sólidos y estables que eviten problemas de cara al futuro, siendo su carácter dinámico y evolutivo lo que singulariza a esta figura frente a otros medios de resolución de conflictos que, por su propia naturaleza, acostumbra a ser estáticos e inmutables.

---

9 MASUCCI expresa que con la mediación se trata de superar la antigua herencia de la cultura de la litigiosidad judicial que se concilia mal con una nueva cultura que entiende el recurso al juez como la última de las “chances” disponibles cuando todas las demás se han revelado inadecuadas o impracticables. Su objetivo es superar una exasperada lógica pan-procesalista que no ve medios fiables de resolución de los litigios fuera de las garantías del proceso. *Vid.* MASUCCI, A., “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo, esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”, *Revista de Administración Pública*, número 178, enero-abril 2009, Madrid.

10 En este contexto, recordando el comienzo de todos los procedimientos disciplinarios o sancionadores que incoan las administraciones públicas, se aprecia que, junto con la posible adopción de medidas preventivas o cautelares, la administración inicia dichos procedimientos para evaluar situaciones que pueden terminar en una suspensión de empleo y sueldo, en la retirada del carnet de conducir, en la cancelación de una subvención, en una expulsión de la universidad, en la demolición de una vivienda, en el corte de suministro eléctrico, en la derivación de responsabilidad a la vía penal, expulsión o repatriación, etc.

La mediación administrativa se puede integrar en el escenario procesal litigioso, cumpliendo una función tuitiva y revisora de la actuación administrativa. Para la efectividad de esa integración se necesitaría previamente proporcionar una mayor agilidad al procedimiento contencioso-administrativo, flexibilizando formalidades, solemnidades y trámites predeterminados legalmente. Se trata de una fórmula que permite encontrar soluciones consensuadas mediante una percepción más directa de los intereses concretos que subyacen detrás de las posiciones jurídicas de las partes en conflicto.

En este sentido, la mediación sirve para modular y conciliar, en cada momento, los fines que le son propios a la Administración pública, con las necesidades y reclamaciones de los administrados, intentando dar satisfacción a las mismas evitando la utilización de medios discriminatorios o amparados en razones meramente subjetivas. En definitiva, velando para que la satisfacción del interés particular, conjugado con la finalidad del interés público, solo pueda materializarse con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

En este contexto, a la hora de adoptar medidas restrictivas de los derechos individuales, adquiere una especial relevancia la aplicación de los principios de transparencia y de proporcionalidad, así como el principio de equidad como elemento corrector del rigor en la aplicación de la norma, a fin de evitar consecuencias injustas y de difícil reparación para las personas.

En definitiva, la mediación sirve para crear e instaurar nuevas formas de comunicación y de diálogo, ofreciendo alternativas diferentes e imaginativas en el marco de un nuevo escenario de armonía y cultura de paz, que debe manifestarse con normalidad en las relaciones jurídico-administrativas<sup>11</sup>.

## 2. MARCO TEÓRICO

### 2.1. CONCEPTO GENERAL DE MEDIACIÓN

La mediación es un sistema de gestión y resolución de conflictos en el que las dos partes enfrentadas recurren “*voluntariamente*” a una tercera persona “*imparcial*”, el mediador, a efectos de llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas.

Siguiendo a DE ARMAS HERNÁNDEZ<sup>12</sup> podemos entender la mediación como un método extrajudicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas.

Es un mecanismo creativo, porque mueve a la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de las partes, y no implica tener que ceñirse estrictamente al dictado literal de las normas o a un estrecho margen de interpretación, sino que opta por criterios flexibles y adaptables, siempre dentro del respeto a la legalidad vigente.

11 CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal” ..., *op. cit.*, pp. 261-279.

12 DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., *La mediación en la resolución de conflictos*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2003, pp. 125-135.

Además, la solución no es impuesta por terceras personas, como en el caso de los jueces o árbitros, sino que es creada a iniciativa y satisfacción de las partes.

La mediación se caracteriza por emplear métodos de negociación cooperativa, en la medida que promueve una solución en la que las partes implicadas ganan u obtienen un beneficio, y no sólo una de ellas.

Por eso se la considera una vía no adversarial, porque intenta evitar la postura antagonica de “*ganador-perdedor*”, apostando por el binomio “*ganador-ganador*”. Por este motivo, también es un modelo ideal para el tipo de conflicto en el que las partes enfrentadas deban o deseen continuar la relación.

Para que la mediación sea posible es necesario que las partes estén motivadas, y voluntariamente acuerden cooperar con el mediador para resolver su disputa, así como respetarse mutuamente durante y después del proceso, y respetar los acuerdos que se hayan alcanzado y comprometido a cumplir, pues la reflexión sobre la mediación ayuda a todos a entender el conflicto.

La mediación como estrategia de resolución de conflictos supone un modo más evolucionado de gestionar diferencias, e implica una conducta orientada hacia actitudes positivas que podemos situar entre el compromiso y la colaboración.

La comunicación es un elemento esencial en la resolución de conflictos, de hecho, podríamos definir el proceso de mediación como el consistente en dotar a las partes en disputa de unos recursos comunicativos de calidad para que puedan solucionar sus diferencias. A lo largo del desarrollo de la mediación, las partes hablan de reproches, posturas, opiniones, deseos, necesidades, sentimientos. Los mediadores deben ayudarles a que se expresen de forma positiva y constructiva y a que se escuchen, de tal manera que la comunicación que establezcan pueda ayudarles a resolver la situación problemática que están viviendo.

En la raíz de gran parte de los conflictos podemos encontrar una mala comunicación. Cuando una persona malinterpreta lo que la otra ha querido decir y reacciona defendiéndose ante lo que considera una ofensa, aumenta la tensión del conflicto y nos encontramos más lejos de solucionarlo. Por el contrario, cuando las dos personas en conflicto establecen una comunicación eficaz y clara, pueden descubrir que realmente no existía un problema o que era pequeño y de fácil solución. Incluso en el caso de que el problema fuera importante, una comunicación de calidad puede ayudar a las partes a que trabajen juntas para encontrar soluciones que satisfagan a ambos.

Por lo tanto, podemos concluir que la comunicación es un elemento importante en los conflictos, porque, en primer lugar, una comunicación de calidad es una herramienta necesaria para llegar a la base de los conflictos y encontrar soluciones satisfactorias para las partes; y, en segundo lugar, una mala comunicación puede ser en sí misma la causa de los conflictos.

El gran aporte de la mediación al conflicto es la sustitución de la concepción tradicional de “*ganar-perder*” en las disputas, por “*ganar-ganar*”, pues este cambio de concepción no sólo afecta a los resultados, sino también al desarrollo mismo, ya que modifica la actitud de las partes. Lo interesante de este proceso es que descubre la importancia de los intereses en las disputas, y con un buen análisis en cada una de las partes, se puede llegar a elaborar una solución que satisfaga a ambas.

La mediación se basa en la actuación neutral, imparcial y sin ningún poder de decisión del mediador, el cual actúa como catalizador en un proceso de negociación, ayudando a las partes a centrarse preferentemente en el presente, con el objetivo de lograr una solución “*satisfactoria*” a la disputa y que sean las propias partes las que lleguen a un acuerdo válido, satisfactorio y duradero<sup>13</sup>.

En definitiva, la mediación es un medio autocompositivo de resolución de controversias, en el cual las partes voluntariamente se ayudan de un tercero neutral e imparcial (mediador) que conduce, informa u orienta hacia la consecución de un acuerdo –que se puede lograr o no– en un clima de respeto, compromiso y buena fe.

La mediación, entendida como se acaba de describir, tiene sus manifestaciones más numerosas fundamentalmente en el ámbito del derecho privado, el ámbito familiar o laboral. Esto es así en la mayoría de los sistemas jurídicos. Sin embargo, y a pesar de su trayectoria mucho más corta, no hay que desmerecer su potencial como medio de resolución de conflictos de naturaleza administrativa<sup>14</sup>.

## 2.2. DIFERENCIACIÓN DE FIGURAS AFINES

Estamos ante un sistema de gestión y, en su caso, de resolución de conflictos, que se configura como un método no adversarial, alternativo y complementario a la vía judicial, en el que las propias partes en conflicto intentan llegar a un acuerdo, ayudados y auxiliados por un tercero que facilita y favorece un pacto, mediante la recíproca y equilibrada cesión de parte de sus pretensiones, hasta confluir en un interés común satisfactorio para ambas, y que están dispuestas a cumplir voluntariamente.

Según GARCÍA VICARIO<sup>15</sup>, la mediación se configura así como un sistema de resolución de conflictos de los denominados autocompositivos, al igual que la transacción y la conciliación, donde son las partes las que establecen el acuerdo, frente a sistemas heterocompositivos, como el arbitraje o el proceso judicial, donde es un tercero el que impone la solución, resultando interesante diferenciar y deslindar brevemente tales figuras.

### 2.2.1. TRANSACCIÓN

Es una técnica amigable de resolución de conflictos en la que el acuerdo se alcanza tras concesiones recíprocas de las partes, como medio para poner fin a la situación controvertida. La solución del conflicto viene dada por las propias partes, sin la intervención de ningún tercero que favorezca o facilite el acuerdo, a diferencia de lo que acontece con la mediación.

13 DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., *La mediación en la resolución de conflictos...*, op. cit., pp. 125-135.

14 VV.AA., *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2011, pp. 797-824.

15 GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de Resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista jurídica de Castilla y León*, número 29, enero 2013, pp. 155-176.

### 2.2.2. CONCILIACIÓN

Es un mecanismo autocompositivo en el que interviene un tercero, que no decide nunca, sino que resuelven las partes, y pueden evitar el inicio de un pleito o poner fin a uno ya comenzado. En el primer caso, la conciliación es preprocesal y tiene naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria, se puede realizar por Juez de Paz o Letrado de la Administración de Justicia. La conciliación intraprocésal, se realiza ante el juez que conoce del proceso, su finalidad es poner fin al mismo mediante el Auto que recoge el acuerdo al que llegan las partes. La diferencia esencial radica en el “*papel*” del “*tercero*”. Mientras en la conciliación adopta una posición “pasiva” –al limitarse a acercar a las partes, situándolas en un plano de negociación– en la mediación su intervención es más activa, intensa y facilitadora, por cuanto el mediador contribuye activamente a la resolución del conflicto, concretando posiciones, favoreciendo el acercamiento de las partes e incluso incentivando acuerdos.

### 2.2.3. ARBITRAJE

Se trata de un sistema heterocompositivo en el que las partes someten la decisión del conflicto a una tercera persona –árbitro– o a órganos o entidades que no forman parte del poder judicial, cuya decisión –laudo– tiene fuerza vinculante y eficacia equivalente a la fuerza de cosa juzgada, sin perjuicio de que sea admisible someter su validez o nulidad –exclusivamente por motivos tasados– al pronunciamiento de los Tribunales. Desde esta perspectiva, el arbitraje se convierte en un “*equivalente jurisdiccional*”. El árbitro impone la solución privada del conflicto.

### 2.2.4. PREMEDIACIÓN

Constituye una fase previa a la mediación propiamente dicha. Se trata de una actividad de los jueces y Letrados de la Administración de justicia cuando exhortan o derivan a las partes dentro de un procedimiento judicial a hacer uso de la mediación, con posibilidad de suspender el curso del proceso. En estos casos el juez o el Letrado de la Administración de justicia no es el mediador, sino el ordenante de que el litigio sea sometido a mediación y será el mediador, como tercero ajeno a la controversia, partiendo de una posición neutral, el que ayudará a las partes a aproximar posiciones y a proponer acuerdos<sup>16</sup>.

16 GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de Resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa” ..., *op. cit.*, pp. 155-176.

### 2.3. MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

La mediación administrativa como institución que promueve el diálogo civilizado, enriquecedor y directo entre los ciudadanos y la Administración para la resolución de sus controversias, debe servir para introducir en la práctica de las Administraciones Públicas los paradigmas de racionalidad, objetividad, transparencia, motivación y eficiencia, siguiendo como dijimos antes, un criterio de “buena Administración”.

En este sentido, según CARBALLO MARTÍNEZ<sup>17</sup> debe considerarse que la mediación en el ámbito contencioso-administrativo constituye un elemento de dinamización de la actividad de los Tribunales Contencioso-Administrativos, al facilitar su labor de resolver satisfactoriamente los litigios entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas.

Igualmente, constituye un instrumento de modernización de la Administración de Justicia, toda vez que la instauración de procedimientos sustitutivos de la vía judicial, que impliquen un coste menor, puede contribuir a disminuir el atasco de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Supone un método que implica un reconocimiento personal y emocional de las partes, que da satisfacción a sus necesidades y circunstancias particulares, lo que se va a traducir en una mayor implicación a la hora del cumplimiento de los acuerdos alcanzados.

Entre sus caracteres se pueden destacar en primer lugar, el acuerdo alcanzado por las partes es homologado por el Juez dando lugar a la finalización del procedimiento. No se trata de una justicia transaccional o de reparto proporcional de intereses, sino de alcanzar un acuerdo consensuado manteniendo un equilibrio entre las garantías de los derechos públicos y privados en juego.

En segundo lugar, evita los efectos nocivos de una Justicia tardía –por ello en ocasiones inaplicable– que no satisface plenamente el derecho constitucional de tutela judicial efectiva.

En tercer lugar, la mediación reduce la proliferación de recursos innecesarios y ofrece una fórmula poco costosa y rápida de resolución de numerosos conflictos.

En cuarto lugar, la mediación permite no solo resolver conflictos del pasado sino proponer acuerdos que eviten problemas de cara al futuro.

Entre los objetivos de la mediación administrativa pueden destacarse: el de ofrecer un mayor equilibrio entre los derechos e intereses públicos y privados en juego; conseguir una alternativa a las dificultades que le son propias a la jurisdicción: la complejidad del acceso a la misma, la intervención necesaria del letrado, las dilaciones en la tramitación, el gran incremento que ha habido de litigios en los últimos años, los costes y formalidades del proceso; trabajar en la transformación de la relación Administración-ciudadano para buscar fórmulas flexibles que permitan que el ejercicio de la potestad administrativa se pueda también ejercer mediante la comunicación entre las partes y la introducción por ellas de aspectos subjetivos y emocionales que suelen quedar al margen del procedimiento formal; responsabilizar a los ciudadanos de la necesidad de conjugar sus intereses privados con los fines pú-

17 CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal” ..., *op. cit.*, pp. 261-279.

blicos, concienciar a éstos en la corresponsabilidad a la hora de gestionar los asuntos públicos; y, por último, conseguir una mayor comprensibilidad de todo el proceso para ambas partes.

Siguiendo a GARCÍA VICARIO entendemos que el principio constitucional de que el control jurisdiccional de las Administraciones Públicas se atribuye en exclusiva al Poder Judicial (artículos 106 y 117 de la CE), no excluye la posibilidad de instituir formulas o técnicas, como la mediación, que contribuyan a resolver los conflictos que enfrentan a los ciudadanos con las Administraciones Públicas.

En otras palabras, la Justicia, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, no solo puede lograrse a través de la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado –que corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales– sino que también puede ser alcanzada a través de mecanismos de autocomposición de intereses que eviten el recurso a la Administración de Justicia.

Estamos, por tanto, ante un modo de resolver conflictos compatible con la vía judicial, y consecuentemente, pueden coordinarse ambos sistemas para la mejor gestión y resolución del conflicto. No olvidemos que la principal función del Derecho, del proceso y del Poder Judicial es la de pacificar conflictos que surgen en el seno de la vida en sociedad, y a este fin debe ir orientada la actividad jurisdiccional.

El favorecimiento de métodos alternativos de solución de conflictos no supone una externalización de la función jurisdiccional, pues no se trata de suplantar a la Administración de Justicia, sino de complementarla, propiciando que los propios interesados alcancen un acuerdo por cauces amigables en aquellos casos en que, dada la índole de la materia, ello sea posible.

No es tanto una alternativa a la Justicia, como una Justicia alternativa, por cuanto el impulso de mecanismos como la mediación obedece y se enmarca en una nueva concepción del acceso a la Justicia. Se intenta lograr con ello una mayor agilidad en la solución de los litigios, un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia y lo que es más importante, una mayor satisfacción y confianza de la ciudadanía<sup>18</sup>.

La mediación aquí analizada pretende modular e interpretar en cada momento los fines que le son propios a la Administración pública, integrando un equilibrio entre el interés general con la buena gobernanza. Se trata de cubrir la necesidad de la sociedad actual de instituciones que promuevan la confianza, satisfacción e interés de los ciudadanos, escuchando y reconociendo sus necesidades, emociones, diferencias e inquietudes, todo ello sin olvidar los intereses públicos.

### 3. DERECHO COMPARADO

Cada vez es más relevante el interés que suscitan las iniciativas que se han ido abriendo camino progresivamente, en el sentido de dar cada vez más preponderancia a los medios alternativos de solución de controversias, conocidos en general por sus siglas en inglés ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

<sup>18</sup> GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de Resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa” ..., *op. cit.*, pp. 155-176.

En el Derecho comparado, se ha observado en los últimos tiempos una tendencia creciente a la introducción de este medio de resolución de conflictos en el Derecho administrativo<sup>19</sup>.

### 3.1. ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos (en adelante, EEUU) se inicia este camino con la aprobación de la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1990 (ADRA) que incluía varias técnicas como el arbitraje, la mediación y la negociación. Esta ley fue reformada posteriormente por la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996.

La introducción de técnicas de mediación en el Derecho administrativo norteamericano ha sido especialmente intensa en materia ambiental, particularmente en materia de sanciones.

Estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos se llevan a cabo con la intervención de los *Administratives Judges*, que contrariamente a lo que se podría pensar, no son jueces insertados en el Poder Judicial sino que se trata de jueces administrativos, y que remiten a las partes a la posibilidad de utilizar de manera explícita los medios alternativos dentro del ámbito del ADRA de 1996, y entre estos, la mediación.

La experiencia europea no escapa a esta tendencia. También en nuestro entorno más cercano se aprecia un incremento del recurso a instrumentos alternativos para la resolución de conflictos y, en particular a la mediación.

### 3.2. FRANCIA

El procedimiento de mediación queda excluido cuando entran en juego potestades administrativas, ya sean regladas, ya sean discrecionales, admitiéndose, por el contrario, en supuestos tales como cuando el litigio se refiere a un contrato administrativo o cuando lo que se reclama es una responsabilidad patrimonial de la Administración. No obstante, el propio Consejo de Estado empieza a contemplar la posibilidad de acuerdos –conformes a la legalidad– que puedan referirse al ejercicio de potestades discrecionales<sup>20</sup>.

Una de las peculiaridades del sistema francés es que su desarrollo transcurre ante específicos órganos administrativos –“*Comités Consultivos*”– para la resolución amigable de problemas, integrados por magistrados, funcionarios administrativos y expertos en materia de contratación pública.

El juez está autorizado para poner en práctica las soluciones que sean más adecuadas para favorecer una rápida solución del litigio de forma consensuada. Esta labor de mediación puede hacerse en la pieza principal del proceso y en el trámite de medidas cautelares.

19 Vv.AA., *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña...*, *op. cit.*, pp. 797-824.

20 MASUCCI, A., “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo, esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa” ..., *op. cit.*, pp. 9-35.

Si la mediación tiene éxito, las partes pueden limitarse a comunicarlo al juez para que ponga fin al proceso, o bien pedirle al magistrado que lo transforme en una resolución judicial, es decir, opera como una auténtica transacción judicial<sup>21</sup>.

### 3.3. REINO UNIDO

Existen limitaciones para el uso de estas técnicas alternativas a la justicia tradicional, especialmente, cuando se trata de derechos y libertades civiles y sobre temas de abuso del poder administrativo. Sí se admiten esas técnicas cuando de lo que se trata es de resolver cuestiones fácticas complejas.

El sistema inglés, tiene una serie de peculiaridades entre las que cabe destacar que el juez no puede participar directamente en el sistema de mediación, ni puede siquiera designar mediador, si bien predetermina de antemano el procedimiento de mediación, con el objeto de que los derechos de las partes queden garantizados. El juez no solo tiene la obligación de animar a las partes a usar este procedimiento de mediación, sino que tiene que facilitarlas si ve posibilidades de éxito.

En el caso de que una de las partes rechace acudir a mediación injustificadamente, el juez tiene la posibilidad de imponerle las costas del proceso, aun cuando éste le haya sido favorable. El acuerdo alcanzado tiene, en el derecho inglés, el valor de un contrato<sup>22</sup>.

### 3.4. ALEMANIA

En Alemania un alto porcentaje de los asuntos contenciosos-administrativos referidos a cuestiones tributarias y urbanísticas se resuelven por mediación, es decir, que una vez iniciado el proceso, la Administración y el ciudadano, o persona jurídica en conflicto, alcanzan un acuerdo que pone fin a la controversia.

Puede acudir a mediación cuando estén en juego el ejercicio de actividades administrativas discrecionales y, también, en algunas ocasiones, cuando se trate de potestades regladas.

En la experiencia alemana, coexisten dos figuras. En primer lugar, la mediación en sentido estricto, en el que el mediador es un tercero que se caracteriza por su imparcialidad, carece de potestades decisorias y su función principal es la de allanar las diferencias entre las partes que surjan en el curso de la negociación. La labor del mediador no supone ejercicio de potestades públicas, siendo su actividad de derecho privado. Una cuestión importante es que, una vez llegado al acuerdo, el particular no puede acudir a la vía jurisdiccional para mantener su pretensión original. En segundo lugar –aun cuando no se trate propiamente de mediación–, cabe destacar la conciliación intrajudicial llevada a cabo por el propio juez que conoce del

21 GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de Resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa” ..., *op. cit.*, pp. 155-176.

22 GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de Resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa” ..., *op. cit.*, pp. 155-176.

proceso<sup>23</sup>. La técnica de conciliación intrajudicial se basa, en esencia, en la emisión de juicios provisionales sobre las cuestiones jurídicas que son planteadas por las partes, de tal forma que éstas pueden conocer al inicio del proceso cuál es la opinión provisional del tribunal sobre dichas cuestiones y valorar si les conviene continuar con el proceso, porque advierten puntos débiles en la argumentación del tribunal, o, en cambio, llegar a un acuerdo<sup>24</sup>.

#### 4. MARCO LEGAL

La mediación en el derecho administrativo presenta algunas particularidades respecto a los caracteres generales de la mediación en materia civil y mercantil<sup>25</sup>, que es una de las más extensamente tratadas desde el punto de vista normativo, doctrinal y de práctica jurídica.

En este sentido, en relación a la normativa europea, hay que partir del hecho que la mediación en materia administrativa se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 52/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (artículo 1.2). Hoy en día transpuesta a la normativa nacional a través de Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que excluye expresamente la mediación en el ámbito administrativo (artículo 2), especificándose en el apartado II del Preámbulo, que las exclusiones previstas en esa norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren, sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes, de lo que se infiere su no prohibición.

De todas formas, sus principios inspiradores los podemos encontrar en la Recomendación del Comité de Ministros R (86)-12, del Consejo de Europa, sobre las medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los tribunales y, en especial, la Recomendación RE (2001) 9 del Comité de Ministros de los estados miembros, sobre los modos alternativos de regulación de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas.

Pese a las referidas exclusiones, hemos de recurrir a la señalada normativa, como instituto inspirador de previsiones que puedan ser extrapolables al ámbito contencioso-administrativo.

Consecuentemente, nos encontramos en la actualidad con una normativa a nivel estatal de mediación para asuntos civiles y mercantiles y, con un sistema al-

23 Comunicación del Magistrado Don LUIS HELMUTH MOYA MEYER, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Canarias, bajo el Título "La conciliación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Los juicios provisionales" –*Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 231-240—en la que da a conocer las técnicas de conciliación que observó durante una estancia en el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín (*Verwaltungsgericht* Berlín), en concreto en la sección 13ª, presidida por el Profesor ORTLOFF, la cual tiene asignados por reparto asuntos relativos al Derecho Urbanístico. En esa sección aproximadamente un 75% de los casos terminan mediante un acuerdo entre las partes.

24 GARCÍA VICARIO, M.C., "La mediación como sistema alternativo y complementario de Resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa" ..., *op. cit.*, pp. 155-176.

25 Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En el artículo 2 excluye expresamente la mediación en el ámbito administrativo, a efectos de su regulación en norma específica.

ternativo de resolución de controversias, que se va abriendo paso poco a poco en el proceso penal y de menores. Desde esta perspectiva cabe plantearse si tal figura tiene encaje en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (en adelante, LRJCA) en la sección novena del Capítulo I, Título IV (artículos 74 a 77) bajo la rúbrica “*Otros modos de terminación del procedimiento*” contempla el desistimiento, el allanamiento, la satisfacción extraprocésal y la transacción judicial enmarcada en un incidente de conciliación judicial, por la cual las partes llegan a un acuerdo sobre materias disponibles que ponen fin al proceso con efectos de cosa juzgada. El acuerdo ha de ser homologado por el juez o tribunal mediante auto, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo del interés público o de terceros<sup>26</sup>.

En realidad, la posibilidad que brinda el artículo 77 de la LRJCA es una réplica, en sede procesal de la terminación convencional del procedimiento administrativo, previsto en los artículos 86 y 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

En este marco legal, no debemos de olvidar que la regulación específica de nuestra Ley Jurisdiccional ha de complementarse con la prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) que resulta aplicable supletoriamente en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Primera.

## 5. ÁMBITO MATERIAL

### 5.1. DISPONIBILIDAD: ARTÍCULO 77 DE LA LJCA

La mediación es un instrumento autocompositivo de carácter consensual. En consecuencia, la utilización del procedimiento de mediación implica o presupone la posibilidad jurídica de negociar la solución del litigio o, al menos, alguno de sus aspectos. Esto puede implicar cierta problemática en su aplicación a litigios entre particulares y la Administración Pública, puesto que ésta se encuentra vinculada a los principios de supremacía y sometimiento a la ley. Asimismo, las normas de derecho administrativo tutelan intereses de carácter público, que se sustraen del poder

26 Artículo 77.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: “*En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.*”

2. *El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo soliciten y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.*

3. *Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros”.*

de disposición de las partes en conflicto y limitan, o en último extremo podrían excluir, el espacio para encontrar una solución acordada<sup>27</sup>.

De lo anterior se infiere que quizás en el ámbito del derecho administrativo hay determinadas áreas donde puede ser complicado llegar a esta solución negociada.

Sin embargo, ello no implica necesariamente que sea impracticable, sino que deben individualizarse aquellas áreas o supuestos en los que existe un espacio para la negociación entre las partes y, en consecuencia, sea más factible la utilización del procedimiento de mediación.

A modo de ejemplo, la Recomendación RE (2001) 9 del Consejo de Europa establece que los métodos ADR en derecho administrativo deberían ser admitidos bien de una manera general, bien en determinados tipos de litigios considerados especialmente adecuados, citando en particular aquellos relativos a actos administrativos individuales, contratos, responsabilidad patrimonial y reclamaciones pecuniarias.

La mediación en el proceso contencioso-administrativo, tiene unas características y connotaciones propias, derivadas en particular de los sujetos del proceso –la Administración y los sujetos privados– y de su distinta supremacía jurídica, ya que la vinculación de la Administración a los principios de supremacía y sometimiento a la ley pueden limitar y llegar a excluir el espacio para encontrar soluciones acordadas.

En derecho común, se excluye la transacción en materias de orden público y la doctrina civilista considera no susceptible de transacción cualquier cuestión regulada por normas imperativas. Ahora bien, mientras en el derecho privado por mucha extensión que se dé a las normas de orden público, siempre queda un amplio campo donde se desenvuelve la autonomía de la voluntad, en el derecho administrativo, una concepción tan extensa del orden público dificultaría la posibilidad de acudir a técnicas de mediación, toda vez que se caracteriza, precisamente, por la abundancia de normas de derecho necesario.

Un escrupuloso respeto a la tutela judicial efectiva, lleva a entender que sólo será posible someter a mediación asuntos sobre los que los recurrentes tengan plena disponibilidad y cuya resolución no se proyecte directamente sobre la esfera jurídica amparada por el derecho de terceros ajenos. Ello determina, por un lado, la imposibilidad de someter a mediación impugnaciones directas de reglamentos, actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas, y cualquier asunto relativo a materias legalmente abiertas a la acción pública.

Pueden calificarse como no disponibles, y por tanto materias no susceptibles de sometimiento a mediación, las estrictamente regladas y las relativas al ejercicio unilateral de potestades administrativas en las que no es posible una determinación convencional del contenido del acto de la Administración<sup>28</sup>.

Sí cabría la mediación en asuntos relativos al ámbito de actuación de la discrecionalidad administrativa, donde se podrían aplicar mecanismos de solución de conflictos autocompositivos.

27 MASUCCI, A., “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo, esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa” ..., *op. cit.*, pp. 9-35.

28 GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de Resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa” ..., *op. cit.*, pp. 155-176.

## 5.2. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE MEDIACIÓN

La mediación puede desplegar su eficacia en una diversidad de materias en las que interviene la Administración en relación con los ciudadanos, tanto en la fijación de los hechos controvertidos en el ejercicio de las potestades regladas, como en los ámbitos de discrecionalidad administrativa. No obstante, la prioridad de su uso debe establecerse en función de criterios de valoración basados en la oportunidad y, esencialmente, contando con el más ponderado criterio del juez a la hora de acordar el recibimiento del pleito a mediación.

A modo de ejemplo y sin excluir otras competencias, se pueden enumerar, entre otras: en primer lugar, los litigios que versen sobre reclamación de cantidad –como la fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, valores, compensaciones o rescates–, responsabilidad patrimonial, expropiación forzosa, derecho tributario<sup>29</sup>, rectificación de datos catastrales y, materia de personal –cuestiones tales como valoración de méritos o adjudicación de plazas en ejecución de sentencia–.

En segundo lugar, pueden destacarse los conflictos en la ejecución e interpretación de contratos de derecho público y privado, convenios, concesiones, reintegro de ayudas y subvenciones públicas, procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones.

En tercer lugar, cabe señalar la legislación urbanística, medio ambiente y ordenación del territorio, así como la concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación.

En cuarto lugar, otras materias susceptibles de ser derivadas a mediación pueden ser las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas –por ejemplo, cuestiones medioambientales como exceso de ruidos–, la inactividad de la administración, la vía de hecho y el silencio administrativo; la ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración –por ejemplo, en determinados aspectos de derecho sancionador, como la graduación de la sanción en el grado mínimo–; la ejecución de sentencias<sup>30</sup>, etc.

## 6. MODELOS DE MEDIADOR PARA EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

Existe diversidad de opiniones a la hora de establecer la figura idónea para ejercer la función de mediador.

Entendemos, de acuerdo con CARBALLO MARTÍNEZ<sup>31</sup>, que el tercero imparcial no debe ser el propio juez o magistrado que ha de resolver la causa, y sí un mediador expresamente autorizado o designado por la autoridad judicial, que trate de buscar

29 Por ejemplo en materia de comprobación de valores a efectos de determinación de la base imponible el acuerdo sería posible no en cuanto a la cuantía de la deuda tributaria, sino en cuanto a los hechos económicos conducentes a la determinación de esa deuda tributaria.

30 CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal” ..., *op. cit.*, pp. 276-277.

31 CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal” ..., *op. cit.*, p. 275.

una solución al conflicto en sede jurisdiccional y cuyo resultado, en el caso de ser aceptado a través de una voluntad consensuada por las partes procesales, conduzca a la finalización espontánea del conflicto y, consecuentemente, del proceso, una vez convalidado en sede judicial.

Una de las claves del éxito de esta institución recae en que está basada en el principio de imparcialidad y neutralidad del mediador, así como en el respeto a la confidencialidad entre las partes. No se niega que cabe el riesgo de caer en la tendencia natural a la desconfianza, cuando la figura de mediador, recae en la misma persona a quien también se encomienda la tarea de resolver de manera imperativa el conflicto, cuando no ha sido posible alcanzar el acuerdo entre las partes.

Desde esta perspectiva, no parece apropiado que sea el juez del proceso el que lleve a cabo personalmente la mediación, sin perjuicio de que pueda invitar y animar a las partes al uso de este sistema de resolución de conflictos. Ello se enmarca dentro de lo que se viene denominando actividad premediadora, esto es, disponer favorablemente a las partes para que el litigio se resuelva por el uso de medios pacíficos y consensuados. Si las partes aceptan voluntariamente, el juez deriva a las mismas al procedimiento de mediación, suspendiendo temporalmente el proceso judicial.

En este sentido, el mediador debe ser ajeno al problema y adoptar una posición neutral. En el mejor de los ánimos, será conveniente buscar la ayuda de un mediador experto en la materia, teniendo para ello en consideración el criterio del órgano jurisdiccional.

Entendemos así, que la mediación debe llevarse a cabo por terceras personas o entidades ajenas, que pueden ser profesionales o gabinetes especializados privados o insertados en organismos de la Administración, no vinculados a la concreta Administración que es parte en el proceso, y sin ningún tipo de relación o dependencia jerárquica de la misma. Este es el modelo de mediador que, en el ámbito civil, ha consagrado la Ley 5/2012.

En línea discrepante ROJAS POZO—juez en su día destinado en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 1 de Badajoz— sostiene que la mediación podría ser llevada a cabo por el propio juez o tribunal que conoce del proceso. En efecto, el referido autor defiende, desde su propia experiencia, la figura del juez mediador, y concluye que la mediación en esta jurisdicción no sólo es posible —que no se trata de “*un invento de algún juez iluminado*”—, sino que supone el cumplimiento del mandato dispuesto en el artículo 77 de la LRJCA<sup>32</sup>.

Se erigen, dentro de esta concepción, otras voces —FERNÁNDEZ DE BENITO, MOYA<sup>33</sup>— que estiman que tienen cabida otros sujetos diferentes al propio juez que conoce del asunto, y que resultaría preferible, entendiéndolo en este contexto que este juez no sería propiamente el mediador, sino el ordenante. Entre las referidas opiniones, se considera que el juez responsable de conocer el proceso no es la persona idónea para llevar a cabo una mediación entre las partes, y este inconveniente se

32 ROJAS POZO, C., “La mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 154, 2009, pp. 257-266.

33 FERNÁNDEZ DE BENITO, M.J., “La Mediación intrajudicial”, *Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 154, 2009, pp. 267-283 y MOYA MEYER, L.H., “Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso-administrativo”, *Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 154, 2009, pp. 247-256.

puede solventar si estas tareas se encargan a un juez ajeno, que no interviene en el conflicto. Para ello se apuntan tres soluciones diferentes: una primera consistiría en la instauración de la figura del juez liberado de funciones jurisdiccionales, dedicado de una manera exclusiva a la mediación. En estos supuestos, la sección del órgano judicial que conoce el proceso derivaría los casos por iniciativa propia (consultadas las partes), o por iniciativa de las partes. De acuerdo con la segunda solución propuesta, la mediación la llevaría a cabo un juez de otra sección diferente a aquella que conoce el asunto, o un juez de otro de los órganos unipersonales del partido judicial. Por último, la tercera de las soluciones consistiría en atribuir funciones mediadoras a los Letrados de la Administración de justicia. A nuestro juicio esta opción no es la más acertada, pues la mediación es un proceso regido por unas características propias, entre las que se incluye especialmente la confidencialidad, que debe ser facilitado por profesionales especializados; orientados a la resolución de los conflictos a través de técnicas y métodos específicos de comunicación, sin potestad para decidir sobre ellos, ajenos e imparciales al objeto o cuestión debatida, y así lo deben percibir las partes. Esto que se describe, no casa muy bien con la figura del juez-magistrado cuyas funciones propias se enmarcan dentro de la potestad y autoridad judicial.

El mediador debe ofrecer a las partes una sensación de confianza, respeto y seguridad en el proceso, por lo que, deberá acreditar los conocimientos necesarios y una adecuada formación para garantizar la eficacia de la mediación, para lo cual es conveniente que exista un registro de mediadores administrativos y de instituciones de mediación. Asimismo, debe facilitar la comunicación entre las partes y velará para que dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. Se trata de una conducta proactiva tendente a lograr el acercamiento entre las partes, sin que pueda existir ningún interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

La aceptación de la mediación implica que el mediador ha de cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hiciere, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causare. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, contra la institución de mediación que corresponda, con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra el mediador.

## **7. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA**

En toda resolución que inste llevar a cabo un proceso de mediación deberá figurar con claridad el objeto del asunto sometido y, en todo caso, deberá contener: expresa referencia a los principios rectores de la mediación; la posibilidad de que las partes acudan a una primera diligencia informativa con el mediador o mediadores que designen; y la necesaria previsión de que sean las partes quienes acudan de manera personal y voluntaria a las sesiones de mediación (acompañadas o no de su asesor legal), así como, por parte de la Administración, también el técnico en virtud de cuyo informe o actuación se hubiera llegado al acuerdo impugnado. Asimismo, deberá reflejar la expresa consignación de que mientras duren las conversaciones el procedimiento o el pleito principal quedará suspendido, sin que sean computables

plazos de prescripción o caducidad; así como, las prevenciones necesarias sobre las consecuencias inherentes al incumplimiento de los principios de buena fe y reciprocidad, incluido el apercibimiento sobre imposición de costas.

En cuanto a los principios informadores de la mediación cabe destacar que, en primer lugar, la mediación debe ser voluntaria y libre. Sin embargo, debe valorarse la posibilidad de exigir la obligación de participar al menos en las sesiones informativas, dado que la voluntariedad derivada de la mediación reside en que no pueda imponerse ninguna decisión a ninguna de las partes, pero sí es posible incorporar, a través de la norma correspondiente, el hecho de que se convoque a las partes a un procedimiento de mediación, como garantía de los ciudadanos a un proceso alternativo a la vía administrativa o judicial.

En segundo lugar, la imparcialidad y la neutralidad constituyen requisitos más que necesarios, toda vez que en el procedimiento de mediación se debe garantizar la equidistancia del mediador hacia las partes, sin que éste pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas. Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, sin que puedan producirse injerencias o imposiciones por parte del mediador, incompatibles con el deber de objetividad y neutralidad.

En tercer lugar cabe destacar la confidencialidad. Es un elemento básico, y debe extenderse al mediador y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. En este sentido, ni los mediadores, ni las personas que participen en el procedimiento de mediación estarán obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial sobre datos obtenidos o relacionados con aquel.

Por último, en cuarto lugar, las partes en conflicto deberán actuar conforme a los principios de buena fe, confianza legítima y respeto mutuo.

Por lo que respecta a las partes intervinientes en la mediación, podrán elegir libremente su nivel y grado de intervención en el marco del procedimiento de mediación.

Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad, teniendo en cuenta la autoridad que representa.

Igualmente, el mediador velará porque las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados.

El procedimiento de mediación puede terminar con un acuerdo que deberá ser firmado por las partes –y en su caso sus representantes legales– y el mediador. El acuerdo de mediación solo afecta a situaciones jurídicas individuales. Ello no puede suponer la creación de derechos o privilegios subjetivos por la vía del pacto bilateral, cuando tampoco se podrían otorgar por la vía del acto unilateral. El acuerdo alcanzado no podrá ser utilizado como término comparativo a los efectos de infracción del artículo 14 de la CE, que recoge el principio de igualdad entre todos los ciudadanos.

Asimismo, el procedimiento de mediación debe ajustarse al principio de legalidad de la Administración. Debe tener en cuenta criterios maximizados de interpre-

tación de la norma, en el sentido más favorable a los derechos que se ventilen en el procedimiento correspondiente. Por ello, sin perjuicio de que al mediador administrativo le está vedado dirigir o resolver mediaciones ilegales o contrarias a derecho, lo esencial es que deberá guiarse por unos estándares éticos de comportamiento en los que prime el respeto a las partes intervinientes y, el uso de modelos de conducta que generen una fuente de valor extrapolable a la actuación y organización en la Administración, en pro de la calidad y eficiencia de los servicios públicos<sup>34</sup>.

## 8. FASES EN QUE PUEDE SER UTILIZADA

En la esfera del proceso contencioso-administrativo, y una vez inmersos en el procedimiento judicial, la terminación convencional del mismo a través de una mediación, encajaría, a nuestro juicio, en la posibilidad que ofrece el artículo 77, que prevé la posibilidad de alcanzar acuerdos, una vez ya se ha formulado la demanda y la contestación.

Supletoriamente, la LEC en su artículo 19 incluye, entre las facultades procesales de las partes, el derecho de disposición de los litigantes sobre el proceso, con singular referencia a la transacción judicial y la mediación en el apartado 2, refiriéndose, asimismo, a la suspensión del proceso en el apartado 4, que será acordada por el Letrado de la Administración de justicia mediante decreto siempre que no perjudique el interés general o a un tercero.

De igual modo, cabe destacar que el apartado 3 del artículo 19 de la LEC<sup>35</sup> previene que los actos a que se refieren los apartados anteriores, podrán realizarse en cualquier momento de la primera instancia, de los recursos o de la ejecución de sentencia. Y ello, a diferencia de lo preceptuado en el artículo 77 de la LRJCA, que circunscribe temporalmente la transacción judicial al trámite posterior de formulación de demanda y contestación, sin perjuicio de admitir el acuerdo que se alcance posteriormente, siempre que tenga lugar en cualquier momento anterior al día en que el proceso haya sido declarado concluso para sentencia.

La regulación contenida en la LEC resulta aplicable al proceso contencioso-administrativo y, por tanto, tales actos de disposición podrán tener lugar en cualquier momento de la instancia o recursos y en ejecución de sentencia. Así, debe destacarse

34 CARBALLO MARTÍNEZ, G., "La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal" ..., *op. cit.*, p. 279.

35 Artículo 19 de la Ley 7/2000, de 8 de enero de Enjuiciamiento Civil. Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión: "1. 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.

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.

3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia.

4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días".

al efecto el Auto del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2008 (recurso 2523/2005) que aplicando el artículo 19.3 de la LEC, afirma que las partes pueden transigir sobre el objeto del recurso en cualquier momento de la primera instancia o en los recursos, admitiendo igualmente que las partes puedan solicitar la suspensión del proceso en cualquier momento, incluso en fase de recurso de casación<sup>36</sup>.

A este respecto, algunas voces cuestionan la necesidad de esperar al momento de la demanda y la contestación. MOYA MEYER<sup>37</sup> entiende que la previsión del artículo 77 tiene justificación en muchos casos, pero a veces el juez puede haberse instruido sobre la controversia en un momento anterior a la demanda con ocasión, por ejemplo, de haber conocido las medidas cautelares, y en estos supuestos no tiene sentido esperar a una fase posterior para acercar posiciones.

Según ROJAS POZO<sup>38</sup>, algunas experiencias demuestran que el momento más adecuado para iniciar las negociaciones en el procedimiento ordinario no es el inmediatamente posterior a la contestación a la demanda y antes del siguiente trámite –el auto admitiendo el recurso a prueba– sino que es más recomendable hacerlo una vez que se haya propuesto la prueba, dado que se llevará a cabo con más libertad porque las partes no podrán aprovechar lo allí ocurrido para proponer pruebas posteriores.

Hay que advertir en este punto que, a pesar que el artículo 77 esté enmarcado entre las normas que rigen el proceso contencioso administrativo ordinario, esto no significa que esta posibilidad esté excluida del procedimiento abreviado, entre otras razones por la previsión del artículo 78.2 LJCA en el sentido que le son aplicables *“las normas generales de esta ley, en aquello que este capítulo no dispone”*.

En este marco, se recomienda llevar a cabo el intento mediador una vez que la Administración haya remitido el expediente administrativo (que a estos efectos sirve como contestación). A pesar de que no existe inconveniente para realizar la mediación dentro del juicio, resulta más práctico realizarla en un momento anterior al mismo, puesto que una de las finalidades perseguidas con la mediación es abreviar los trámites, y es frecuente que el señalamiento del juicio se realice para una fecha muy posterior a la remisión del expediente administrativo.

FERNÁNDEZ DE BENITO<sup>39</sup>, siguiendo esta línea, sugiere que tan pronto como el juez de lo contencioso administrativo tenga la oportunidad de valorar el conflicto que se plantea en el recurso, ponga en conocimiento de las partes, mediante auto razonado, los motivos que le impelen a aconsejar a las partes que intenten llevar a cabo una mediación, centrando en el auto los hechos debatibles, las normas aplicables y las consecuencias previsibles, así como el tiempo límite previsto.

También sería posible la mediación en fase de ejecución de sentencia.

Por lo que respecta a las dificultades que, en el orden competencial, puedan presentarse para que el representante de la administración adopte acuerdos en la

36 GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de Resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa” ..., *op. cit.*, pp. 155-176.

37 MOYA MEYER, L.H., “Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso-administrativo” ..., *op. cit.*, pp. 247-256.

38 ROJAS POZO, C., “La mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa” ..., *op. cit.*, pp. 257-266.

39 FERNÁNDEZ DE BENITO, M.J., “La Mediación intrajudicial” ..., *op. cit.*, pp. 267-283.

fase final de la mediación, se trata de encontrar fórmulas que permitan que el titular de la competencia administrativa pueda participar directamente en el proceso de mediación y comprometer su voluntad administrativa a través de una manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento, sin necesidad de pasar necesariamente, por los trámites de elaboración de informes previos o testimonios de los servicios jurídicos. En suma, se deben arbitrar mecanismos ágiles para la adopción de acuerdos administrativos que autoricen a los representantes legales de la Administración para allanarse o transigir en sede judicial<sup>40</sup>.

## 9. LÍMITES AL ACUERDO ALCANZADO

En caso de llegar a un acuerdo, el juez debe dictar un auto declarando terminado el procedimiento, asegurándose –en lo que constituye la encomienda de una inequívoca labor de control sustantivo– de que se han respetado los límites que impone el artículo 77 de la LJCA.

En cuanto a los límites formales, las posibilidades de transigir reconocidas a la Administración están sometidas a determinadas pautas o requisitos ciertamente rigurosos. Así, en el ámbito estatal, se requiere la aprobación por el Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado en pleno (artículo 7.3 de la LGP), requisito asimismo exigible, con las debidas modulaciones, tanto para las Comunidades Autónomas (acuerdo del Consejo de Gobierno con dictamen previo del órgano consultivo autonómico) como para las Corporaciones Locales (acuerdo del Pleno). Es por ello que se estima necesario flexibilizar tales exigencias con el fin de favorecer la posibilidad de llegar a soluciones consensuadas.

Además encontramos otros límites materiales que en este orden jurisdiccional se concretan en la vinculación de la Administración al principio de legalidad que, junto con el de objetividad y servicio a los intereses generales, presiden la actuación de las Administraciones Públicas (artículos 9.1 y 103 de la CE). A estos se ha de sumar el de igualdad de trato para todos los ciudadanos (artículos 9.2 y 14 de la CE), así como el de indisponibilidad de los actos reglados; principios todos ellos que se sobreponen, en el derecho público, al general de autonomía de la voluntad por el que se rige el derecho privado.

Todo procedimiento de mediación en el que intervenga la Administración debe conjugar la voluntad de dar solución al conflicto planteado con el mandato constitucional de que su actuación vaya dirigida a atender los intereses generales. Debe prestarse especial atención para que no se utilice esta vía como medio para el reconocimiento de derechos o situaciones jurídicas individualizadas que supongan un trato más favorable o una preferencia respecto de aquellos.

El Consejo de Estado, cuyos dictámenes son preceptivos en la materia, ha declarado en reiteradas ocasiones que son presupuestos de toda transacción administrativa la existencia de una previa relación jurídica incierta, litigiosa o susceptible

<sup>40</sup> CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal” ..., *op. cit.*, p. 274.

de serlo; la decisión de ambas partes de realizar concesiones recíprocas y, con ellas, sustituir el conflicto por una relación cierta, esto es, no sometida a discusión.

No obstante, al margen de estas consideraciones, lo cierto es que las leyes permiten reconocer, en determinadas circunstancias, un margen de “*transaccionabilidad*” o “*transigibilidad*” a la Administración, que tampoco puede ser ignorado, bien se refiera –como a veces se ha sostenido– a los componentes discrecionales del ejercicio de las potestades administrativas, bien trascienda a los referidos elementos.

Desde esta perspectiva, la reserva jurisdiccional y el control que compete a los órganos judiciales debe concretarse, primeramente, en garantizar el cumplimiento de los elementos reglados del acuerdo transaccional, entre los que destacan los requisitos de forma, esto es, la competencia del órgano que transige y el procedimiento de adopción del acto. En segundo lugar, debe concretarse en verificar si concurre realmente la causa legitimadora de una determinada transacción, rechazando la validez de esta cuando aquella no existiera o encubriera otros fines desviados, valorando la razonabilidad de la transacción y la proporcionalidad entre las concesiones recíprocas de ambas partes. Por último, en tercer lugar, debe plasmarse en el rechazo las transacciones que perjudiquen o afecten negativamente a intereses de terceros, incluidas otras Administraciones, que no hayan prestado su consentimiento, debiendo valorar no solo los intereses directos, sino también los indirectos y los difusos, cuando el objeto de la transacción exceda de los límites del mero remedio a una situación subjetiva determinada<sup>41</sup>.

## 10. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto y analizado anteriormente sobre la mediación en el ámbito administrativo, y específicamente sobre su aplicación en la jurisdicción contencioso-administrativa, se pueden extraer las conclusiones que a continuación se relacionan.

En primer lugar, la mediación administrativa puede contribuir a generar una nueva forma de entender las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos. Podría configurarse como un cauce facilitador y vehículo de expresión de estas nuevas maneras de relacionarse en la sociedad del siglo XXI, la cual demanda una interrelación con los poderes públicos de carácter más horizontal, integrador, transversal y multidisciplinar, en la que se promueva una participación más efectiva de todos sus integrantes conforme postula el artículo 9 de nuestra CE. En definitiva, la mediación puede no sólo dar voz a una Administración más “*humanizada*” y transparente, sino también contribuir a instaurar unas relaciones de mayor calidad y cercanía hacia los ciudadanos. Es por ello que podemos encuadrar la mediación como un elemento integrador del concepto de “*buena administración*” reconocido como derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

41 GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de Resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa” ..., *op. cit.*, p. 170.

En segundo lugar, se trata de una opción que, aún con limitaciones, resulta factible y realista, aspecto éste constatable en el marco del derecho comparado y en restantes órdenes jurisdiccionales. Tanto desde un punto de vista formal como material, hemos visto que no habría grandes dificultades para su implantación, siempre respetando el sometimiento expreso de la Administración a la Ley y a la salvaguarda de los intereses generales.

En tercer lugar, la mediación puede ser una herramienta de gran potencial en la resolución de conflictos en el ámbito administrativo, que contribuya a solventar las problemáticas surgidas entre el ciudadano y la Administración. A mayores, puede ayudar a solucionar problemas históricos como la sobrecarga de los juzgados administrativos, los costes elevados de los procesos y las demoras temporales en la resolución de los litigios. Y no podemos perder de vista el componente emocional, en cuanto a la atención y satisfacción de legítimos intereses y justas reivindicaciones de los ciudadanos, así como la mayor implicación de éstos en el voluntario cumplimiento de los acuerdos alcanzados.

En cuarto lugar, la mediación permite no sólo resolver conflictos del pasado sino proponer acuerdos que eviten problemas de cara al futuro, contribuyendo de esta manera a la pacificación y armonía social, así como a la instauración progresiva de una cultura de paz que impregne la actuación administrativa y social.

En quinto lugar, aun siendo posible, dentro de las limitaciones de la normativa actual, utilizar la mediación como sistema alternativo para la resolución de conflictos, se entiende que sería necesario un desarrollo de ciertas normas generales del procedimiento administrativo y del proceso contencioso-administrativo, para ampliar el marco jurídico de esta institución y dotar de mayor seguridad a todos los operadores jurídicos a la hora de recurrir a la misma, lo que tendría como consecuencia positiva una implantación más extensa y beneficiosa de esta figura.

En sexto lugar, el panorama actual a nivel judicial, político, institucional y social es proclive a la instauración de estos sistemas alternativos de resolución de conflictos. Serían necesarias quizás más medidas de formación, divulgación, difusión, elaboración y aplicación de guías y proyectos e implantación de programas pilotos, en tanto no se elabore a nivel estatal una ley específica que desarrolle la mediación en el ámbito propio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, teniendo en cuenta las dificultades de orden legal y práctico que se pueden encontrar en el desarrollo del proceso de implementación de la mediación en este orden jurisdiccional, es necesario, como punto de partida, constituir una comisión de trabajo formada por especialistas de reconocido prestigio en las distintas áreas administrativas sobre las que puede interactuar la mediación. Y ello para establecer una hoja de ruta que permita clarificar los objetivos de la mediación, los concretos supuestos de aplicación, y, en definitiva, crear las condiciones necesarias para garantizar el buen funcionamiento de dicha institución.

En este marco, y dentro del seno de la vocalía delegada para la mediación del Consejo General del Poder Judicial, se ha constituido un grupo de trabajo para el estudio de la implantación de un proyecto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa, y se ha elaborado un protocolo de actuación, como paso previo

a la puesta en marcha de un proyecto piloto a desarrollar en los órganos judiciales y tribunales que se estimen convenientes<sup>42</sup>.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO GARCÍA, E., “La mediación: una alternativa administrativa en la resolución de conflictos”, *Revista de Ciencias administrativas y financieras de la Seguridad Social*, volumen 5, número 2, 1997.
- CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 29, Enero 2013, monográfico “Arbitraje y Mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades”.
- CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., *La mediación en la resolución de conflictos*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2003.
- FERNÁNDEZ DE BENITO, M.J., “La mediación intrajudicial”, *Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 154, 2009.
- GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de Resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista jurídica de Castilla y León*, número 29, enero 2013.
- MARTÍ MINGARRO, L., “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 29, Enero 2013, monográfico “Arbitraje y Mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades”.
- MASUCCI, A., “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo, esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”, *Revista de Administración Pública*, número 178, enero-abril 2009.
- MOYA MEYER, L.H., “Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso-administrativo”, *Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 154, 2009.
- PÉREZ MORENO, A., “Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, número 37, primer trimestre del año 2000.
- RIPOL-MILLET, A. y RUBIOL, G., *El acogimiento familiar*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990.
- RIPOL-MILLET, A., *Familias, trabajo social y mediación*, Paidós, Barcelona, 2001.
- RIPOL-MILLET, A., *Separació i divorci: La mediació familiar*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1997.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, Oleiros (A Coruña), 2010.

---

42 Actualmente se está desarrollando dicho proyecto en Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Canarias.

- ROJAS POZO, C., “La mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, número 154, 2009.
- ROZENBLUM, S., *Mediación en la escuela*, Aique Grupo Editor, Buenos Aires, 1998.
- SUARES, M., *Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 1996.
- VV.AA., *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2011.

# **EL ACUERDO MEDIADO COMO TÍTULO EJECUTIVO**

María Jesús García Torres  
Abogada. Mediadora



## 1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo está constituido por el análisis de la configuración como título ejecutivo del que preferimos denominar, junto con parte de la doctrina, como “acuerdo mediado”<sup>1</sup>. Esta expresión nos parece más descriptiva que la utilizada por el legislador de “acuerdo de mediación”, para referirse al acuerdo logrado por las partes mediante un procedimiento de mediación. Además, con ella se le diferencia claramente de otras figuras contractuales, como el contrato de prestación de servicios que se suscribe entre el mediador y las partes o el propio “compromiso de mediación”, es decir, el pacto por el cual las partes acuerdan, en un contrato previo a la mediación, resolver sus diferencias a través de ésta. A pesar de la preferencia indicada, a lo largo del trabajo utilizaremos en ocasiones la denominación de “acuerdo de mediación” al ser ésta la denominación legal.

Antes de entrar en el análisis del acuerdo mediado en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM), veremos de forma breve como se había configurado en el ámbito de la Comunidad Europea y a lo largo del proceso legislativo español. De esta forma, se podrán observar las distintas posiciones en cuanto a su naturaleza y eficacia jurídica.

En el análisis de la LM nos centramos en el momento de cierre del procedimiento de mediación. Dentro de esta fase, diferenciamos tres momentos, integrados cada uno de ellos por el acta final del procedimiento, el acuerdo mediado y el

---

1 GARCÍA VILLALUENGA utiliza la expresión “negocio jurídico mediado” para referirse al acuerdo que eventualmente puede resultar del proceso de mediación, diferenciándolo del “contrato de mediación” con el que identifica el contrato de prestación de servicios suscrito entre el mediador y las partes en conflicto (GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006, pp. 461 y ss.). En esa misma obra, la autora entiende que son asimilables el “negocio jurídico mediado” y la transacción. En esta línea, BLANCO CARRASCO utiliza la misma expresión para referirse al acuerdo obtenido por mediación (BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Reus, Madrid, 2009, pp. 156 y ss.). Por otro lado, TAMAYO HAYA emplea de forma indistinta las expresiones “acuerdo por mediación”, “acuerdo transaccional resultante de una mediación” o, siguiendo a las anteriores autoras citadas, “negocio jurídico mediado” y, además, entiende que la actual LM hace un uso inadecuado de la expresión “acuerdo de mediación”, debido a un error de traducción al español de la Directiva (TAMAYO HAYA, S., “Artículo 23. El acuerdo de mediación”, en GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012, pp. 278 y ss.).

acuerdo mediado como título ejecutivo. A continuación, analizamos la naturaleza, características y eficacia del acuerdo mediado y terminamos con el estudio de su configuración como título ejecutivo.

## 2. EL ACUERDO MEDIADO COMO TÍTULO EJECUTIVO HASTA LA LEY 5/2012

Al abordar la configuración del acuerdo mediado en el ámbito de la Comunidad Europea, es preciso citar dos documentos fundamentales. Por un lado, un documento de estudio sin alcance normativo, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de la Comisión de las Comunidades Europeas (en adelante, el Libro Verde). Y, por otro lado, 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.

Resulta interesante destacar las propuestas contenidas en el Libro Verde, en cuanto constituye el punto de partida de la posterior regulación de la mediación por el legislador europeo. En este documento, se hace una recapitulación de la situación existente en la Unión Europea en relación con la mediación. Además en él, se plantean una serie de cuestiones de orden jurídico y se inicia una amplia consulta con el objetivo de preparar las medidas concretas que conviniera adoptar. Entre estas cuestiones de orden jurídico, y referidas a los elementos determinantes de los procesos de ADR<sup>2</sup>, figuran las relativas a la “*validez de los consentimientos y la eficacia de los acuerdos derivados de ADR*”. A su vez, se distingue, por un lado, entre las ADR aplicadas por un juez o confiadas por éste a un tercero –las que se celebran en el marco de procedimientos judiciales– y, por otro, las ADR a las que recurren las propias partes en conflicto al margen de cualquier procedimiento judicial –las convencionales–.

En relación con la validez del consentimiento se destaca en el Libro Verde la necesidad de que se alcance un “verdadero acuerdo”, un acuerdo que refleje la voluntad real de las partes, donde sean plenamente conscientes del alcance del mismo y de la renuncia que puede suponer a sus expectativas iniciales. Solo de esta manera, señala, se alcanzará la “*verdadera solución del conflicto y la consiguiente pacificación social*”<sup>3</sup>. Y, por lo que se refiere al “*alcance o eficacia del acuerdo*”<sup>4</sup>, en este Libro se considera que el acuerdo mediado constituye una transacción y que, para que tenga eficacia internacional como título ejecutivo, debe constar en documento público “*auténtico*”<sup>5</sup>.

El segundo documento de necesaria referencia es la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta norma, cuyo ámbito de aplicación se

2 Siglas con las que se denomina universalmente a las “Alternative Dispute Resolution”. Se usan también las siglas MARC (Métodos Alternativos de Resolución de Controversias) o MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos).

3 *Vid.* punto (83).

4 *Vid.* punto (85).

5 Así se exigía en el Convenio de Bruselas de 1968 (art. 50) y se exige en el Reglamento “Bruselas I” que lo sustituye (art. 57.3).

limita a los conflictos transfronterizos, dedica el artículo 6 –en el que se siguen las propuestas del Libro Verde– a la regulación de la eficacia del acuerdo mediado como título ejecutivo.

En el apartado 1 de este precepto se dispone que *“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”*. A su vez, en el apartado 2 se prevén las formas en las que el acuerdo puede adquirir carácter ejecutivo, señalando que *“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”*.

En estos dos documentos europeos mencionados queda patente el interés, el deseo y hasta la necesidad de que los acuerdos alcanzados a través de la mediación tengan carácter ejecutivo. Asimismo, no hay dudas de que el principio de voluntariedad, esencial en el procedimiento de mediación, alcanza a la decisión de dotar de fuerza ejecutiva a los acuerdos. Se deja también meridianamente claro que, en sí mismo, al acuerdo alcanzado a través de la mediación no se le reconoce carácter ejecutivo, sino que tiene que ser un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente los que doten dichos acuerdos de fuerza ejecutiva.

Ya en nuestro país, ante la necesidad de efectuar la transposición de la Directiva de 2008, en el año 2010 se elabora un primer Anteproyecto de Ley de Mediación civil y mercantil. En este Anteproyecto se regulaba la naturaleza jurídica del acuerdo mediado, su eficacia y su configuración como título ejecutivo de forma distinta a la regulación contenida en la vigente LM.

Por un lado, por lo que se refiere a su naturaleza jurídica, se asimilaba el acuerdo mediado a la transacción y se planteaba la correspondiente modificación de los artículos 1809 y 1816 del Código Civil (en adelante, CC) para incluirlo. Y, por otra parte, en cuanto a su eficacia, se le otorgaba al acuerdo mediado efectos de cosa juzgada entre las partes y se le dotaba de la misma fuerza ejecutiva que los laudos arbitrales y las resoluciones procesales firmes. De la configuración del acuerdo mediado como título ejecutivo destacamos tres aspectos del Anteproyecto<sup>6</sup>. En primer lugar, el reconocimiento de eficacia ejecutiva al acuerdo mediado, por sí mismo, sin necesidad de la existencia de documento público alguno. En segundo lugar, el diseño de tres títulos ejecutivos: de una parte, dos títulos extrajudiciales, el acuerdo mediado firmado por el mediador y el acuerdo mediado formalizado en escritura pública; de otra parte, un título ejecutivo judicial constituido por el auto de homologación del acuerdo mediado dictado por el Juez una vez iniciado el proceso judicial. Y, en tercer lugar, la diferenciación de tres fases hasta llegar al título ejecutivo.

Así las cosas, la primera de estas tres fases consistía en la elaboración del acta final de la mediación, en la que se debían reflejar los acuerdos alcanzados de forma

6 Vid. Capítulo V del Anteproyecto.

clara y comprensible, que se firmaría por las partes y el mediador y se ordenaba la entrega de un ejemplar original a cada una de ellas. La segunda estaba integrada por la formalización del acuerdo mediado, es decir, el documento por el que se le da forma jurídica a los acuerdos adoptados y reflejados en el acta final y que debe recogerlos fielmente, cuya redacción se encarga a las partes o a sus representantes –no al mediador–, que deberá firmarse por todas ellas y presentarse al mediador en el plazo máximo de diez días desde la firma del acta final. La última de estas fases se refiere a la formación del título ejecutivo y estaba integrada por la comprobación por el mediador de la adecuación de aquel documento a los acuerdos reflejados en el acta final y a la legalidad y, si procede, por su firma en presencia de las partes o sus representantes. De este acuerdo debía entregarse un ejemplar original a cada una de las partes, reservándose otro al mediador para su conservación. Asimismo, se regulaba la posibilidad de que, transcurrido el plazo de diez días sin que se presentara el acuerdo al mediador o sin que, por cualquier otra causa, se procediera a su firma por éste, las partes pudieran solicitar su elevación a escritura pública.

El Anteproyecto fue informado por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) y por el Consejo de Estado. Ambos Organismos criticaron la regulación del acuerdo mediado como título ejecutivo por sí mismo, sin mayores formalidades. Así, el CGPJ proponía “*la configuración de un procedimiento de homologación preceptivo y uniforme para todos los casos de mediación, sobrevenga ésta o no tras haberse iniciado un proceso judicial*”<sup>7</sup>. Por su parte, el Consejo de Estado propugnaba el otorgamiento de “*algún documento público*”<sup>8</sup>, distinto de la homologación judicial.

Así las cosas, se elabora por el gobierno del partido socialista, el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles y se presenta en el Congreso de los Diputados. En este texto, a pesar de los informes efectuados, se conservaba la esencia del Anteproyecto con ligeros retoques. No obstante, este Proyecto no llega a ser tramitado por la disolución de las Cortes en otoño de 2011 seguida del proceso electoral en el que resultó vencedor el Partido Popular.

Dentro de la doctrina procesalista hubo críticas positivas y negativas a la regulación del Anteproyecto de 2010 y del Proyecto de Ley de Mediación de 2011. Estas críticas iban dirigidas, en gran parte, hacia la configuración del acuerdo alcanzado en mediación como título ejecutivo *per se*, sin mayores formalidades<sup>9</sup>.

7 Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 19 de mayo de 2010, p. 85.

8 Vid. Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2010, p. 30.

9 Como defensora del Anteproyecto, BARONA VILAR aplaudía su elaboración en cuanto suponía ya la voluntad política de conformar un modelo de mediación que permitía perfilar los elementos esenciales de la misma y especialmente que determinaba sus efectos jurídicos más allá de un contrato (BARONA VILAR, S., “Las ADR en la justicia del Siglo XXI, en especial la mediación”, *RUCN (Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte)*, Vol. 18, nº 1, 2011, p. 185). No obstante, otra parte de la doctrina no acababa de aceptar la configuración del nuevo título ejecutivo. En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS realiza una dura crítica a la regulación de la mediación del Proyecto de 2011 en general y, concretamente, al diseño y clasificación del acuerdo alcanzado en una mediación extraprocésal dentro de los títulos ejecutivos numerados en el art. 517.2 LEC, junto con las resoluciones arbitrales y con sus mismos efectos (DE LA OLIVA SANTOS, A., “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”, *Revista OTROSÍ*, nº 8, oct-dic. 2011, p. 12). TORRES ESCAMEZ va también en esta línea crítica (TORRES ESCAMEZ, S., “Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo

Con la excusa de haber superado el plazo de transposición de la Directiva 2008/52/CE, que había finalizado el 21 de mayo de 2011, el nuevo ejecutivo decide dotar de una regulación normativa a la mediación en el ámbito civil y mercantil mediante el recurso al Real Decreto-ley<sup>10</sup> y elabora el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo. El proyecto legislativo derivado del indicado texto fue aprobado por el Congreso de los Diputados el 28 de junio de 2012 y constituye la vigente LM.

### 3. CIERRE DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN LA LEY 5/2012

#### 3.1. ACTA FINAL, ACUERDO MEDIADO Y ACUERDO MEDIADO COMO TÍTULO EJECUTIVO

El procedimiento de mediación termina con la formalización del acta final y será a partir de ese momento, cuando las partes pueden formalizar o no el acuerdo de mediación. Este constituye el documento por el que se le da forma jurídica a los pactos alcanzados en ese procedimiento, que constan en esa acta final. Además, las partes tienen la posibilidad de decidir dotar o no al acuerdo de fuerza ejecutiva<sup>11</sup>.

Nuestra LM contempla en el artículo 22 la terminación del procedimiento, en el artículo 23 la regulación del acuerdo de mediación y en el Título V –artículos 25 a 27– la ejecución de los acuerdos, dedicándose, en concreto, el artículo 25 a la formalización del título ejecutivo.

En la regulación actual no se le encomienda al mediador la firma del acuerdo de mediación<sup>12</sup>, sino que le corresponde exclusivamente a las partes o a sus representantes, si esa es su voluntad. Además, les compete la decisión de dotar o no a dicho acuerdo de fuerza ejecutiva mediante su elevación a escritura pública o bien su homologación o aprobación judicial. Por otra parte, no queda claro ahora quién debe redactar el acuerdo, pues al suprimirse el requisito de que las partes debían presentar el acuerdo al mediador y exigirse que “*del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación*”, parece que tendría que ser el mediador la persona que redactase el acuerdo.

---

del documento privado de mediación”, *El Notario del Siglo XXI*, julio-agosto, 2011, n° 38; TAMAYO HAYA, S., “Artículo 25. Formalización del título ejecutivo”, en GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., p. 343).

10 Recurso previsto en el artículo 86.1 de la CE, únicamente para los casos de extraordinaria y urgente necesidad.

11 Para abordar la diferenciación entre “acta final” y “acuerdo de mediación” se puede acudir a la siguiente bibliografía: TAMAYO HAYA, S., “Artículo 22. Terminación del Procedimiento”, en GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Codir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., p. 272; GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., p. 497; BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., p. 206; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M., “La mediación en asuntos civiles”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (Dir.), *La Mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, p. 130; GISBERT POMATA, M. y Díez RIaza, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Aranzadi, S.A., Navarra, 2014, p. 158.

12 A diferencia de lo que sucedía en el anterior Proyecto de 2011 y en el Real Decreto-ley 5/2012.

Asimismo, en la vigente norma pasa a ser el Notario o el Juez, si se ha iniciado un proceso judicial, los encargados de controlar la legalidad de dicho acuerdo<sup>13</sup>.

El artículo 22.3 de la LM es rotundo al disponer que “*El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos adoptados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas (...)*”. A este respecto, es preciso diferenciar, por un lado, estos acuerdos o pactos que, de existir, se reflejarán en el acta final y que serán redactados, al igual que el resto del acta, por el mediador y, por otro lado, el acuerdo de mediación que, como documento formal, se regula en el artículo 23.

A pesar de la imprecisión de la LM, entendemos que la labor de redacción del acuerdo mediado compete a las partes, así como también atañe, en exclusiva, a ellas o a sus representantes su firma. De este acuerdo se entregará un ejemplar a cada parte, reservándose otro el mediador para su conservación. Únicamente de él se predica su carácter vinculante y las partes pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo, extremos sobre los que el mediador debe informar a las partes.

En definitiva, el acuerdo mediado, que puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación, pertenece exclusivamente a las partes, correspondiéndoles a ellas la decisión libre sobre su redacción, su suscripción y la configuración como título ejecutivo. En relación con este acuerdo, las únicas funciones que la LM le asigna al mediador son: la entrega de un ejemplar a cada una de las partes, la conservación de otro ejemplar y la información a las partes de su carácter vinculante y de la posibilidad que tienen de instar su elevación a escritura pública al objeto de configurarlo como título ejecutivo.

De haber facilitado esta última información a las partes, aunque no lo diga expresamente la Ley, se entiende que debe dejarse constancia en la propia acta final –último documento firmado por las partes y por el mediador– o bien en un acta complementaria al acta final. Así pues, aun cuando de una lectura superficial del artículo 23 de la LM pudiera pensarse que el mediador o mediadores son completamente ajenos al acuerdo mediado, consideramos que ello no es así. Si el mediador tiene que conservar un ejemplar y tiene que informar a las partes de su carácter vinculante y de la posibilidad de instar su elevación a escritura pública, deberá realizar una primera labor de comprobación de que el acuerdo mediado fue el alcanzado en el procedimiento de mediación desarrollado conforme a la ley, y ello aunque ya no se exija ahora la firma del mediador en el acuerdo<sup>14</sup>.

13 Función que estaba encomendada en el anterior Proyecto y Anteproyecto al mediador y que suscitó las críticas generalizadas de la doctrina, entre otras cuestiones, por la falta de preparación jurídica del mediador y por no tener la consideración de “autoridad”.

14 Lo que no queda clara en la regulación vigente es la necesidad de que el acta final tenga que ser previa al acuerdo mediado, al haberse suprimido el plazo de “revocabilidad” contemplado en los anteriores proyectos y que se computaba precisamente desde la firma del acta final. A este respecto, GISBERT POMATA considera que la redacción del acta final debe ser posterior a la redacción y firma del acuerdo de mediación (GISBERT POMATA, M. y DIEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación...*, op. cit., pp. 226 y ss.); BARONA VILAR entiende que “*es importante que conste, junto con el acta final del procedimiento de mediación, el documento que acredite la recepción de la copia -del acuerdo- por las partes (cada una de ellas)*” (BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de*

El “acuerdo de mediación” redactado y firmado por las partes en los términos establecidos en el artículo 23 de la LM es el acuerdo que resulta vinculante, no siéndolo los pactos recogidos en el acta final<sup>15</sup> que, a lo sumo, serán considerados como tratos preliminares o declaraciones de intenciones de carácter precontractual carentes de obligatoriedad para las partes.

### 3.2. NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS Y EFICACIA DEL ACUERDO MEDIADO

El acuerdo mediado es un negocio jurídico formal y debe estar documentado a través del documento privado clásico en forma escrita o bien a través de cualquier otro soporte, siempre que quede constancia de las personas intervinientes, de su contenido y firmas, en los términos exigidos por el artículo 23 mencionado<sup>16</sup>. Esta cuestión constituye un requisito *ad substantiam*, esto es, un requisito esencial para su propia existencia, no siendo posible un acuerdo mediado verbal<sup>17</sup>. Si bien no lo indica así expresamente este precepto, entendemos que ello se deduce de la redacción del mismo y de las exigencias que establece en cuanto a su contenido, firma, entrega a las partes, conservación y posibilidad de elevación a escritura pública.

En los números 1 y 2 del citado precepto se contempla el contenido y los requisitos esenciales de validez del acuerdo. Así, deberá versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación, debiendo constar en el mismo:

---

*Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 450). En opinión de SANTOS VIJANDE, el segundo inciso del artículo 22.3 de la LM “autoriza a plantearse la posibilidad de que el acta pueda reflejar un acuerdo adoptado en el seno de la mediación –podría ocurrir que las partes hubiesen llegado a un acuerdo, incluso firmado, y que el mediador así lo confirme en el acta-, pero ésta no resulte ratificada por una de las partes, y no sólo por falta de correspondencia con lo pactado –el acta puede ser errónea-, sino porque la parte no desee ratificar el acuerdo... Esto conduciría a atribuir al acta una suerte de valor constitutivo de lo pactado –hasta la ratificación del acta, la parte podría volverse atrás y frustrar la mediación en principio fructífera...; por el contrario, si el acta tuviera un valor meramente declarativo, la falta de firma de una de las partes no condicionaría la validez del acuerdo a que se hubiera llegado con su correspondiente firma en un momento precedente...”. Además, ante esa situación, y para evitar al menos en parte la falta de precisión normativa, propone realizar en unidad de acto la firma del acuerdo y del acta de la sesión final (SANTOS VIJANDE, J.M., “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1, 2013, p. 23, nota 15).

15 Vid. SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2007 (FJ 2). En esta Sentencia se priva de cualquier eficacia jurídica a los pactos recogidos en el acta final, diferenciándolos de lo que pudiera ser el acuerdo mediado vinculante y del convenio regulador.

16 Ampliación formal derivada de la lógica adaptación a las nuevas tecnologías y de la posibilidad de la mediación por medios electrónicos regulada en el artículo 24 de la LM.

17 La doctrina no es unánime en esta consideración. Entienden que ello es así LORCA NAVARRETE (LORCA NAVARRETE, A.M., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012, p. 185); TAMAYO HAYA sigue a este autor (TAMAYO HAYA, S., “Comentario al artículo 22. Terminación del procedimiento”, en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., p. 297). En sentido contrario, CASTILLEJO MANZANARES considera que los acuerdos, con base en el principio de libertad de forma de los negocios jurídicos que rige nuestro ordenamiento jurídico, serán eficaces, cualquiera que sea su forma de celebración, siempre que concurren las condiciones esenciales para su validez y existencia. Por tanto, para que se forme el negocio jurídico de forma válida y eficaz, se hace preciso que concurren los requisitos esenciales del tipo negocial del que se trate, así pues, la capacidad para emitir la declaración de voluntad, consentimiento, objeto y causa (CASTILLEJO MANZANARES, R., “Artículo 23. El acuerdo de mediación”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 241).

la identidad y domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume, la declaración de que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de la Ley, la identificación del mediador o mediadores intervinientes y, en su caso, de la institución de mediación en la que se ha desarrollado el procedimiento. Además, como se puso de manifiesto *supra*, el acuerdo deberá firmarse por las partes o por sus representantes.

El acuerdo mediado que verse sobre materias disponibles y que reúna los requisitos establecidos en este precepto es vinculante para las partes, quienes podrán instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo. Por lo tanto, la regulación vigente deja a la voluntad de las partes la decisión de si el acuerdo mediado va a tener únicamente eficacia contractual o, además, se le dota de eficacia jurisdiccional y se le configura como título ejecutivo, ya sea mediante su elevación a escritura pública, en el caso de mediación pre-procesal, o porque deciden solicitar la aprobación u homologación judicial o arbitral, en el supuesto de que se hubiera iniciado un procedimiento de esa clase.

La LM se ocupa de regular el aspecto jurídico del acuerdo mediado<sup>18</sup> y lo configura como un negocio jurídico singular, distinto de cualquier categoría contractual existente, e incluso puede constituir su contenido la voluntad de las partes de otorgar otro negocio jurídico, negocio que no se perfeccionará con el acuerdo mediado, sino que deberá ser objeto de contratación o concertación posterior.

Aunque el acuerdo mediado comparte con la transacción la finalidad de evitar la provocación de un pleito o poner término al que ya se había iniciado, no siempre constituirá una transacción en los términos en que la misma viene definida en el art. 1809 del CC<sup>19</sup>, según el cual “*la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado*”. Aún para el supuesto de que se adopte una interpretación amplia de este contrato, para que exista transacción será necesario que existan recíprocas concesiones<sup>20</sup> por parte de los interesados, aunque

18 La mediación, como metodología, es en gran parte ajena al Derecho, con elementos incorporados de otras ciencias sociales, como la psicología y la teoría social de la gestión positiva de los conflictos, por lo que, en muchos casos, los acuerdos que se generen, también serán de una naturaleza mixta y pueden contener elementos extrajurídicos, manifestaciones de voluntad, expresiones de propósitos, menciones o intervenciones de terceras personas.

19 En sentido similar, CASTILLEJO MANZANARES, R., “Artículo 23. El acuerdo de mediación”..., *op. cit.*, p. 241. Parece de otra opinión TAMAYO HAYA, para la que el acuerdo de mediación constituye un contrato de transacción definido en el artículo 1809 CC. Decimos parece porque, no obstante realizar esta afirmación inicial tajante, no deja de reconocer finalmente esta autora que “*ello no supone una identificación absoluta entre ambas figuras. Transacción y acuerdo de mediación no siempre coinciden: puede haber transacciones que no se alcancen en el seno de un procedimiento de mediación, y mediaciones que no finalicen con la firma de una transacción entre las partes*” (TAMAYO HAYA, S., “Comentarios al artículo 23. El acuerdo de mediación”, en GARCIA VILLALUENGA L. y ROGEL VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012...*, *op. cit.*, pp. 287 y 289).

20 Según la Jurisprudencia, el contrato de transacción está integrado por tres elementos: 1º La *res dubia* o derecho discutido que comporta una relación jurídica incierta (o a menos incierta subjetivamente para las partes, aunque objetivamente no haya fundamento para la duda), susceptible de provocar litigios, se haya iniciado o no proceso judicial o arbitral; 2º La intención de las partes de sustituir la relación dudosa por una relación cierta e incontestable; 3º Las recíprocas concesiones por parte de los interesados, para resolver la controversia. Este requisito esencial no exige la paridad en los sacrificios o concesiones, porque el móvil de la solución de conflictos puede determinar desigualdad en las concesiones, y aunque si una de las partes no da, promete o cede su derecho, existiría una mera renuncia de la otra, no obstante, las prestaciones

no se exija la paridad entre las mismas. No son necesarias, sin embargo, recíprocas prestaciones para que exista acuerdo mediado, este puede contener únicamente obligaciones para una parte. Por lo tanto, resulta errónea la equiparación entre acuerdo mediado y transacción, en tanto el acuerdo mediado tiene un alcance más amplio que la transacción<sup>21</sup>.

Desaparece de la actual regulación cualquier asimilación de efectos entre el acuerdo mediado y los actos jurisdiccionales, a excepción de lo relativo a los trámites de la ejecución judicial de uno –siempre que se configure como título ejecutivo– y de otros. De forma acertada, se abandona la pretensión de atribuir al acuerdo mediado los efectos de cosa juzgada, como si de una sentencia judicial firme se tratase<sup>22</sup> y, en consecuencia, la previsión de que únicamente podría ser atacado a través de su anulación por defectos procedimentales o a través de la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) para las sentencias firmes.

En este sentido, la actual regulación remarca el carácter negocial o contractual del acuerdo mediado, como fruto de la voluntad de las partes y en el número 4 del artículo 23 dispone que “*contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos*”. Esto supone la aplicación de las reglas generales sobre cumplimiento, resolución, eficacia e ineficacia de los contratos o negocio jurídico que se celebre, siendo impugnabile por los medios legales generales previstos para los mismos<sup>23</sup>.

El hecho de que la LM diga que el acuerdo mediado es vinculante para las partes no supone sino reafirmar la norma general del artículo 1091 del CC, según la

pueden ser sacrificios de orden moral y no han de tener necesariamente contenido patrimonial. Vid. SAP de Madrid, 16 de noviembre de 2004 y STS, Sala Primera, 17 de julio de 2008.

- 21 Esta no constituye, como acertadamente informó el CGPJ en relación con el Anteproyecto de 2010, el único punto de llegada de la mediación, ni el acuerdo mediado tiene que adoptar necesariamente la forma de un contrato de transacción, aunque puede hacerlo. Ni en la actual regulación ni en los Proyectos previos a la misma, se efectúa una equiparación entre ambas figuras. A lo sumo, como ya hemos adelantado, en el Anteproyecto de 2010 se planteaba la reforma del artículo 1809 del CC, y se proponía añadir un segundo párrafo al mismo con el fin de atribuir al acuerdo mediado los efectos de transacción. Este planteamiento resultaba incoherente con la regulación que del acuerdo se realizaba en el texto del Anteproyecto, al establecer para el mismo sus propios efectos, incluso ejecutivos, y no fue reproducido en el texto del Proyecto presentado a las Cortes.
- 22 En el Anteproyecto de 2010 y Proyecto de 2011 se configuraba el efecto de cosa juzgada del acuerdo mediado y la equiparación del mismo con la sentencia judicial o el laudo arbitral como un gran logro legislativo con el fin hacer de la mediación un auténtico cauce complementario de resolución de conflictos.
- 23 La Jurisprudencia del TS determina la posibilidad de impugnar por las mismas causas que los contratos, incluso la transacción judicial y los acuerdos alcanzados en acto de conciliación. En la STS de 5 de abril de 2010 se afirma que la homologación judicial de la transacción no modifica su naturaleza consensual. Por lo tanto, “*es susceptible de impugnación por vicios del consentimiento. La aplicación de la excepción de cosa juzgada no implica que sea invulnerable. La transacción judicial tiene una naturaleza dual ya que manteniendo su carácter sustantivo, la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso con el efecto de hacer posible su ejecución como si se tratara de una sentencia firme (artículos 1816 del CC y 517 de la LEC). En esta circunstancia radica la diferencia entre transacción judicial y extrajudicial, ya que esta última no puede ser ejecutada forzosamente si no se obtiene con carácter previo un pronunciamiento judicial sobre su existencia y eficacia que sirva de título ejecutivo. La homologación judicial no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto, aunque la transacción judicial pueda hacerse efectiva por la vía de apremio, el artículo 1817 no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento (STS de 26 de enero de 1993). De modo semejante, cabe ejercitar contra el acto de conciliación con avenencia que es susceptible de ejecución, la acción de nulidad mediante el juicio declarativo que corresponda*”.

cual “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*” y la obligación establecida también de forma general, de que las partes vienen forzadas no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, tal como se prevé en el artículo 1258 del CC.

### 3.3. LA CONFIGURACIÓN DEL ACUERDO MEDIADO COMO TÍTULO EJECUTIVO

En palabras de MARTÍN DIZ<sup>24</sup>, “*el objetivo de la mediación consiste en que el ciudadano como partícipe y gestor de la solución autocompositiva de su litigio la sienta, además de suya y propia, lícita, ecuaníme, adecuada, y por tanto justa. Si esto se produce, no nos cabe duda de que la eficacia del acuerdo será máxima, sus compromisos intocables, su fisonomía casi perfecta. Aún así, aún presente el convencimiento de las partes en lo apropiado del acuerdo obtenido, múltiples factores pueden desencadenar su incumplimiento y hacer tambalear su eficacia*”. Esta circunstancia coloca a la mediación, en cuanto sistema extraprocésal de solución de controversias, en desventaja en relación con los sistemas heterocompositivos, tales como el proceso o el arbitraje. De ahí, que parezca conveniente regular el modo de conseguir que el acuerdo mediado tenga fuerza ejecutiva para evitar que en los casos de incumplimientos totales o parciales, los acuerdos se conviertan en papel mojado, sin más posibilidad para las partes cumplidoras que acudir a los procedimientos judiciales declarativos, al procedimiento monitorio, en el caso de reunirse los requisitos necesarios, o, si así lo deciden, al arbitraje.

Antes de que se hubiera desarrollado en España ningún proyecto de regulación general y estatal de la mediación, este autor proponía establecer en nuestro país, como forma de otorgar directamente ejecutoriedad al acuerdo obtenido en mediación y de manera análoga a lo que sucede en Ecuador, un sistema oficial e institucional de solución de conflictos bajo la tutela de la Administración de Justicia. En su opinión, así se aseguraría “*una mínima y exigible calidad en la mediación, una formación y profesionalización adecuada de los mediadores y, una accesibilidad operativa, simple y casi automática a la ejecución forzosa de los acuerdos obtenidos en mediación*”<sup>25</sup>. Pero lo cierto es que esta propuesta no tuvo acogida en ninguno de los proyectos legislativos, ni en la vigente LM.

Como se ha descrito en la primera parte de este trabajo, fue constante desde los primeros estudios preparatorios de una regulación europea sobre la mediación, la idea de la necesidad de dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. En este extremo, las diferencias entre el Anteproyecto de 2010 y el RDL de 2012 se situaron exclusivamente en las formalidades necesarias para alcanzar dicha eficacia. No obstante, en la LM se abandona definitivamente la

24 MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 130.

25 MARTÍN DIZ, F., *La mediación: ..., op. cit.*, p. 131.

idea de configurar el acuerdo obtenido a través de un procedimiento de mediación extraprocésal, como título ejecutivo por sí mismo y sin mayores formalidades que su reflejo documental<sup>26</sup> –a través de documento privado– y se pasa a exigir su formalización en escritura pública para que pueda alcanzar eficacia ejecutiva. Esta exigencia constituye una de las principales novedades de la actual regulación respecto al anterior proyecto legislativo. Se opta pues, por el control notarial de la legalidad del acuerdo obtenido a través de la mediación en lugar de configurar un sistema de homologación judicial, como se proponía desde el CGPJ.

No faltan voces críticas de la regulación contenida en la LM. Así, MAGRO SERVET, considera necesario introducir reformas en la misma para que, entre otros aspectos, el acuerdo mediado sea título ejecutivo por sí mismo sin necesidad de elevarlo a escritura pública. Este autor opina que debe suprimirse la exigencia de que se eleve a escritura pública el acuerdo mediado porque supone un gasto superfluo y el coste de la mediación es una de las piezas clave del sistema<sup>27</sup>.

### 3.3.1. REGULACIÓN LEGAL

En el Preámbulo de la LM se configura como corolario de la regulación de la mediación, “*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*”. Según se indica en este texto, “*en la regulación del acuerdo de mediación radica el tercer eje de la mediación, que es la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio*”.

Se destaca pues, la importancia de que el acuerdo tenga eficacia ejecutiva, aunque sea a través de la protocolización notarial u homologación judicial, cuestión que se puede compartir. Sin embargo, lo que no se entiende, si se analiza el articulado referido al acuerdo y su carácter ejecutivo, es que se hable de una desjuridificación de la mediación cuando toda la regulación es jurídica, desde la elaboración, su configuración como título ejecutivo y los requisitos para su ejecución. Sólo se puede comprender desde la óptica de que las partes son libres de adoptar los acuerdos que tengan por conveniente, pero siempre en el marco de materias disponibles para las mismas.

Después de la mención que se hace, en el párrafo segundo del artículo 23.3, de la obligación del mediador de informar a las partes de que pueden instar la elevación del acuerdo alcanzado a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como

26 El Consejo General de la Abogacía criticaba el cambio operado en este sentido por el Real Decreto-ley de 2012, defendiendo la conveniencia, en aras a la eficacia de la mediación, de que el acuerdo obtenido a través de la misma fuera título ejecutivo sin necesidad de protocolización notarial u homologación judicial (CGPJ, “Informe 3/2012 al Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Informes 2012 de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 59 y 60).

27 MAGRO SERVET, V., “Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España”, <http://www.laleydigital.es>; en sentido similar se pronuncia este autor en “Análisis sobre medidas necesarias de desarrollo legal y reglamentario de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil para el éxito del sistema”, <http://www.laleydigital.es>.

un título ejecutivo, la LM dedica el Título V a la “Ejecución de los acuerdos”, en el que se incluye el art. 25 –“Formalización del título ejecutivo”–, el art. 26 –“Tribunal competente para la ejecución”– y el art. 27 –“Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos”–. En relación con esto, deben también tenerse presentes las modificaciones de la LEC, operadas a través de los números quince a veinticuatro de la Disposición final tercera, para adaptarla a los nuevos títulos ejecutivos.

En el primero de estos preceptos<sup>28</sup> se configuran dos títulos ejecutivos en función del tipo de mediación efectuada<sup>29</sup>. Por un lado, un título ejecutivo contractual y extraprocesal, consistente en la escritura pública de protocolización del acuerdo alcanzado en mediación –único título ejecutivo que se podrá obtener en el caso de mediación pre-procesal, entendida como aquella mediación desarrollada sin haberse iniciado y estar pendiente un proceso judicial o arbitral– (artículo 25.1 y 2). Y, por otro, un título ejecutivo judicial, consistente en el auto de homologación judicial del acuerdo mediado, cuando estemos en una mediación “intrajudicial”, esto es, una mediación desarrollada después de iniciado un proceso judicial (artículo 25.4 en relación con el artículo 206.1.2ª de la LEC).

Se olvida el legislador de hacer una mención a un tercer título ejecutivo que sería el laudo de homologación arbitral del acuerdo mediado. Esta omisión no impide su existencia al estar regulado de forma general el laudo por acuerdo de las partes en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA).

28 Este artículo 25, dedicado a la “Formalización del título ejecutivo”, señala que “1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. 2. 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. 3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. 4. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

29 BARONA VILAR habla de dos posibilidades de conformar la mediación: “Out-of-Court” o “court-annexed-mediation”: “En el primer caso el procedimiento de mediación se inicia y desarrolla sin dependencia alguna de un proceso judicial que se hubiere iniciado sobre el mismo objeto de discusión, mientras que en el segundo la mediación se halla vinculada a la existencia de un proceso judicial, del que se deriva, tras la explicación y justificación de la conveniencia de la misma por el órgano jurisdiccional” (BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio...*, op. cit., pp. 490 y ss.); CASTILLEJO MANZANARES diferencia entre “mediación extrajudicial” y “mediación intrajudicial” en función a que el procedimiento de mediación tenga lugar “fuera del proceso judicial, con efectos en él, o bien una vez instado éste” (CASTILLEJO MANZANARES, R., “Artículo 25. Formalización del título ejecutivo”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, op. cit., p. 261; También se pronuncia en el mismo sentido esta autora en CASTILLEJO MANZANARES, R., “La desaparición de la voluntariedad como principio esencial de la mediación con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*. La Ley, Madrid, 2013, p. 548).

### 3.3.2. LA ESCRITURA PÚBLICA DE PROTOCOLIZACIÓN DEL ACUERDO MEDIADO COMO TÍTULO EJECUTIVO

#### A) INTERVENCIÓN DE LAS PARTES

La primera cuestión destacable de la regulación legal es que a través de la misma se ha llevado a cabo el principio de autonomía de la voluntad de las partes hasta el último trámite derivado del procedimiento de mediación, esto es, la elevación a documento público del acuerdo alcanzado y la elaboración con ello de un título ejecutivo. Las partes son las que deciden si quieren elevar los acuerdos a documento público. No existe ningún inconveniente para tratar este extremo como un tema más en la mediación. Si las partes deciden que constituyan únicamente un negocio jurídico privado entre ellas, le resultaría de aplicación las normas generales de los contratos, como ya se ha analizado. En cualquier caso, la decisión de otorgar la escritura pública debe ser adoptada de consenso por la partes<sup>30</sup>, debiendo ser ellas, como únicas protagonistas de este trámite, las que acudan al notario a dichos efectos.

De los términos utilizados en la Ley y de la propia normativa notarial se infiere que tendrán que ser todas las partes, físicas o jurídicas, o en el caso de fallecimiento o extinción, sus causahabientes o sucesores, las que acudan al notario personalmente o representadas con poder suficiente a juicio del notario, a otorgar el instrumento público. Así, dispone el segundo párrafo del artículo 23.3 de la LM que “*El mediador informará a las partes... de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo*”. De la misma forma, el artículo 25.1, párrafo primero, insiste en que “*Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado...*” y reitera, en el párrafo segundo, que “*El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario...*”.

La regulación de la escritura pública que realiza la legislación notarial, impide que pueda ser una o alguna de las partes las que pretendan obtener ese título ejecutivo si no cuentan con la colaboración y el consentimiento de todas. Basta que una sola de las partes no acuda al notario, o acuda pero manifieste oponerse al otorgamiento, para que este sea imposible. Ello se debe a que la escritura pública es el documento reservado por la legislación notarial para las “*declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases*”<sup>31</sup>. Además, el notario debe “*dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes*”, tal como se contempla en el artículo 17 bis.2.a) de la Ley del Notariado.

30 La exigencia legal de nueva anuencia de las partes para el otorgamiento de escritura pública constituye la crítica fundamental de SANTOS VIJANDE a la regulación del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012, (SANTOS VIJANDE, J.M., “Tratamiento procesal de la mediación...”, *op. cit.*, pp. 24 y ss.).

31 Tal como prevé el artículo 17.1 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 y artículo 144 del Reglamento Notarial (Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado).

Los artículos 145 y 147 del Reglamento Notarial desarrollan la disposición legal y, así, en el primero de ellos se dispone que *“La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes”*. Más explícito resulta el segundo de estos preceptos cuando determina que *“El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el art. 17 bis de la Ley del Notariado”*, obligación que incluso se extiende a los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado<sup>32</sup>.

En relación con la actuación de las partes en una escritura de elevación a público de documento privado, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN) de 16 de noviembre de 2011<sup>33</sup> reproduce la posición adoptada por ese mismo Centro Directivo en Resolución de 9 de mayo de 1988, e indica que *“lo que han de hacer las partes en la escritura pública es reconocer solemnemente el acto o contrato tal como ocurrió, con todas sus circunstancias, entre ellas la de la fecha”*. Será pues necesaria la comparecencia y ratificación de todas las partes en la forma vista. Solo así la actuación del notario otorgará autenticidad y certeza a la fecha que, respecto de terceros, se contará desde la elevación a público del documento<sup>34</sup>, a quienes son los intervinientes en el documento y a las manifestaciones de estos, que constituyen elementos indispensables de autenticidad requeridos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para que el documento pueda tener eficacia internacional.

De nada servirá, a efectos de obtener la escritura pública, el que las partes adopten acuerdos del tipo *“cualquiera de las partes puede compeler a las otras a otorgar escritura pública”* o que *“consienten expresamente a que cualquiera de ellas, previa comunicación a la otra, puede pedir la elevación de los acuerdos a escritura pública sin necesidad de que comparezca ante el notario la destinataria de la comunicación”*. Ello, salvo, en este último caso, que el consentimiento se hubiere otorgado a través de otro documento público con el correspondiente apoderamiento y que este fuera considerado suficiente por el notario<sup>35</sup>. Por lo tanto, con pactos del estilo indicado, a lo sumo lo que se podrá lograr es exigir el cumplimiento de dicha obligación a través de un procedimiento judicial declarativo, pretensión que de no haberse pactado, no podrá exigirse judicialmente, toda vez que el acuerdo de me-

32 *Vid.* en este sentido, la STS de 26 de enero de 1996, en la que se considera lo dispuesto en el artículo 147 del Reglamento Notarial como una muestra evidente de la función asesora y de adecuación que corresponde al notario.

33 BOE de 19 de enero de 2012. Es el caso de un contrato privado de compraventa a otorgar, de una parte, por los herederos, al haber fallecido el vendedor.

34 Téngase en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1227 del CC *“La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio”*.

35 De otra opinión es GISBERT POMATA (GISBERT POMATA, M., *El contrato de mediación...*, *op. cit.*, pp. 251 y ss.).

diación no es ninguno de los contratos que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1280 del CC, deben constar en documento público<sup>36</sup>.

## B) LA ACTUACIÓN DEL NOTARIO

En el número 2 del artículo 25 de la LM se asignan al notario dos actuaciones fundamentales: por un lado, verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la LM, a cuyo fin las partes deberán aportarle el acuerdo y las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento y, por otro, verificar que el contenido del acuerdo no es contrario a Derecho.

En cuanto al primer cometido, el notario deberá constatar y dar fe de que el acuerdo ha sido redactado y suscrito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la LM, esto es, que en el acuerdo constan todas las circunstancias exigidas en dicho precepto<sup>37</sup>. Pero, además deberá dar fe, mediante la confrontación del acuerdo y las actas de las sesiones constitutiva y final, de que se trata realmente de un acuerdo obtenido a través de un procedimiento de mediación desarrollado conforme a las previsiones de la LM. Este extremo resulta fundamental para que pueda hablarse de acuerdo mediado, de ahí que vaya a resultar de gran importancia el contenido de las actas, al tener que permitir estas la constatación del cumplimiento exacto de las prescripciones legales.

Por lo que respecta al segundo, al notario le corresponde, además, la función de verificar que el contenido del acuerdo es conforme a Derecho, esto es, se le encomienda el “*control de la legalidad*” del acuerdo. Se le asigna con ello una tarea que no tiene atribuida en la legislación notarial, al haber sido anuladas por el Tribunal Supremo<sup>38</sup> las modificaciones que se introdujeron en los respectivos artículos del Reglamento Notarial por el RD 45/2007, de 19 de enero, modificaciones con las que se atribuían dichas funciones al notario por vía reglamentaria.

Este control o juicio de legalidad, o adecuación a derecho, es un control amplio, material y no meramente formal, es, por tanto, una constatación de que el documento resulta plenamente conforme al ordenamiento jurídico<sup>39</sup>. Así, en función de ese control de legalidad, según la DGRN<sup>40</sup>, el notario debe realizar las siguientes tareas: asesorar de forma imparcial para que las partes presten su consentimiento

36 En otro sentido se pronuncia SOLER PASCUAL (SOLER PASCUAL, L.A., “La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública. Problemática”, *Práctica de Tribunales, Revista especializada en Derecho Procesal Civil y Mercantil*, noviembre 2012, p. 75).

37 La identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume, la indicación de que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de la Ley, el mediador o mediadores que hayan intervenido y, en su caso, la institución de mediación en que se haya desarrollado la mediación.

38 Vid. STS de 20 de mayo de 2008. Deja establecido el Tribunal Supremo que el pretendido control de legalidad que se contenía como función notarial en la redacción que se daba al artículo 145 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, no estaba regulado en la Ley del Notariado y por lo tanto, debía anularse al regularse a través de un reglamento materias reservadas a la Ley.

39 STC de 11 de noviembre de 1999.

40 RDGRN de 28 de febrero de 2007, BOE nº 62 de 13 de marzo de 2007. Resolución anterior a la anulación por el TS de la redacción del art. 145 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, dada por el RD 45/2007, de 19 de enero.

debidamente informado; explorar la voluntad de las partes para, siguiendo sus instrucciones, conformarla y que la ratifiquen como suya; controlar la regularidad del negocio; realizar una valoración de los fines perseguidos por si estos fuesen simulados o fraudulentos; vigilar el cumplimiento de las normas con especial tutela de los intereses generales y públicos; y autorizar el documento con arreglo a la forma prevista por las leyes<sup>41</sup>.

Cuando el notario aprecie la existencia de algún defecto en el acuerdo mediado, deberá advertirlo a las partes para que estas procedan, de ser posible, a la subsanación. Si el defecto fuera meramente formal y faltara algún requisito o mención obligatoria del acuerdo mediado, en base al artículo 23 de la LM, entendemos que las partes podrán proceder a subsanarlo y llevarlo de nuevo al notario, o bien proceder a su subsanación a través del propio instrumento público. En cualquier caso, con la corrección no se puede afectar el contenido de los pactos o acuerdos adoptados, que deberá coincidir con el reflejado en el acta final del procedimiento de mediación. De lo contrario, no se podría hablar de acuerdo alcanzado a través de la mediación, sino de otro acuerdo distinto, al que le resultaría de aplicación las normas procesales reguladoras de la escritura pública como título ejecutivo. Si fuera necesario tocar el contenido de los pactos para adecuarlos a la legalidad, según el juicio notarial, las partes tendrían que volver a mediación si quisieran obtener el título ejecutivo.

Un aspecto que no se ha regulado de forma suficientemente explícita en la Ley es la relativa a la consecuencia de que el notario entienda que el acuerdo no es conforme a Derecho. Ante esta situación, según la legislación notarial vigente tras la STS de 20 de mayo de 2008, el notario lo único que podría hacer sería “*excusar su ministerio*”, es decir, hacer en el otorgamiento del instrumento público la reserva y advertencia que considerara oportuna en relación con el defecto observado. Ahora bien, lo que no podría hacer es “*denegar su ministerio*”, esto es, negarse a otorgar la escritura pública, porque esta consecuencia no está prevista en la Ley del Notariado.

No obstante, ningún inconveniente existe en que dicha consecuencia sea determinada por cualquier otra Ley, como podría ser la propia LM. La duda que plantea este texto legal es si esa consecuencia puede deducirse de su redacción al disponer en el número 2 del artículo 25 que el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que el contenido del acuerdo no es contrario a Derecho, “*para llevar a cabo la elevación a escritura pública*”. Parece que esta expresión autoriza la denegación del otorgamiento de la escritura pública por el notario, pero no estaría de más que un efecto semejante fuera regulado con mayor precisión<sup>42</sup>.

Tampoco se regula en la LM la posibilidad de interponer algún recurso por los interesados ante la DGRN, a fin de obtener la elevación a público del acuerdo mediado, cuando no estén conformes con la calificación negativa del notario. Por lo

41 Según los términos utilizados por la RDGRN de 21 de diciembre de 2007, el notario “*debe indagar la verdadera voluntad de los otorgantes y controlar la regularidad formal y material de dicho acto o negocio jurídico -en sus elementos esenciales, naturales y accidentales-, de modo que se asegure que no sean contrarios a las leyes o al orden público, así como el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos y necesarios para su plena validez y eficacia*” (RDGRN de 21 de diciembre de 2007, Resolución al igual que la anteriormente citada previa a la STS de 20 de mayo de 2008 por el que se anulaban determinados preceptos del RD 45/2007, de 19 de enero).

42 En el mismo sentido se manifiesta HERRERO PEREZAGUA (HERRERO PEREZAGUA, J.F., “Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo”, <http://www.aranzadigital.es>, p. 5).

tanto, la última decisión sobre si finalmente se dispone de un título ejecutivo queda en manos del notario sin posibilidad de recurso alguno.

### C) ASPECTOS PROCESALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DEL ACUERDO MEDIADO COMO TÍTULO EJECUTIVO

Para analizar de forma completa el significado y alcance de la escritura pública del acuerdo mediado como título ejecutivo, resulta necesario tener presentes las modificaciones introducidas, por la Disposición final tercera de la LM, en los preceptos dedicados a la ejecución forzosa de la LEC, para incluir el acuerdo mediado dentro de los títulos que dan derecho al despacho de ejecución.

El número quince de esta Disposición final incluye una nueva redacción al número 2º del artículo 517.2 de la LEC. Este precepto pasa a tener la siguiente redacción: “*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*”. Sitúa pues, el acuerdo mediado al lado de las resoluciones arbitrales, con lo que se deja claro, ya desde este momento, la intención del legislador de equiparar la eficacia ejecutiva de los mismos<sup>43</sup>.

Con las restantes modificaciones que se introducen se produce la equiparación de la eficacia ejecutiva del acuerdo mediado con las resoluciones procesales y arbitrales, incluso sin reparar, en ocasiones, que la distinta naturaleza entre una resolución judicial o arbitral y un acuerdo mediado, requeriría una mayor adaptación del concreto precepto.

Así, en virtud del número dieciséis de la Disposición final, el artículo 518 de la LEC equipara el plazo de caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial, o resolución arbitral o acuerdo de mediación. Sin embargo, no se adapta el cómputo del plazo de caducidad a la naturaleza del acuerdo mediado y establece, únicamente, que la acción ejecutiva “*caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución*”. Se deberá interpretar que, en el supuesto de tratarse de un acuerdo mediado, el plazo habrá de contarse desde el día siguiente al del otorgamiento de la escritura pública, pues es con este con el que alcanza eficacia ejecutiva o, en caso de no coincidir, desde que se produzca el vencimiento del plazo establecido en el acuerdo mediado para el cumplimiento de la prestación<sup>44</sup>. Similar descoordinación se produce en la nueva redacción que el número diecinueve da al artículo 548 de la LEC, en relación con el plazo de espera de la ejecución de “*resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación*”, al señalar que no se despachará ejecución dentro de los veinte días posteriores a que la “*firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado*”. La expresión no tiene sentido, toda vez que no hay notificación del acuerdo y debería señalarse como *dies a quo* el mismo señalado para el anterior

43 Se equipara, a estos efectos, el arbitraje y la mediación, en cuanto métodos de solución de conflictos alternativos al proceso judicial y ello a pesar de la distinta naturaleza de los mismos.

44 MARTÍN PASTOR, J., “Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa”, *Práctica de Tribunales, Revista Especializada de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, nov. 2012, p. 38; GIBERT POMATA, M. y DIAZ RIAZA, S., *El contrato de mediación...*, op. cit., p. 276.

supuesto, es decir, el día siguiente al del otorgamiento de la escritura pública o del momento en que se produzca el vencimiento del plazo establecido en el acuerdo mediado para el cumplimiento de la prestación.

Resulta también defectuosa la redacción que el número veintitrés da al apartado 3 del artículo 576 de la LEC. En este precepto se amplía el devengo de intereses de la mora procesal a los acuerdos de mediación que impongan el pago de cantidad líquida. El defecto se produce al remitirse a lo regulado en los párrafos anteriores que no resultan aplicables al acuerdo mediado extraprocésal ya que, en este caso, no existe ninguna sentencia o resolución que condene al pago de cantidad de dinero líquida. Habrá que entender que, en el caso del acuerdo mediado, los intereses previstos en ese artículo<sup>45</sup> se devengarán desde la firma del acuerdo o desde el vencimiento del plazo establecido en el acuerdo para el pago, de producirse este con posterioridad.

La ubicación de los títulos ejecutivos derivados del acuerdo mediado en los números 2º y 3º del artículo 517.2 de la LEC, tiene como efecto directo que los mismos quedan al margen de las exigencias establecidas en el artículo 520 de la LEC para la ejecución de los títulos contractuales y ello a pesar de que no se modifica su título y, por lo tanto, sigue refiriéndose a la acción ejecutiva basada en títulos “*no judiciales ni arbitrales*”<sup>46</sup>.

La LEC, antes de las modificaciones operadas por la LM, distinguía a efectos de la oposición a la ejecución por el ejecutado, entre los títulos ejecutivos consistentes en resoluciones procesales y arbitrales, por un lado, y los títulos ejecutivos extraprocésales o contractuales, por otro. Se regula la oposición a la ejecución por el ejecutado en el caso de títulos consistentes en resoluciones procesales y arbitrales en el artículo 556 y dedica el artículo 557 a la oposición a la ejecución fundada en títulos “*no judiciales ni arbitrales*”. Las posibilidades de defensa y alegación permitidas al ejecutado son significativamente mayores tratándose de títulos extraprocésales que las permitidas si el título aportado consistiera en una resolución procesal o arbitral. El número veintiuno de la Disposición final tercera citada, modifica la redacción del artículo 556 de la LEC para situar en el mismo los acuerdos de mediación al lado de los títulos consistentes en resoluciones procesales o arbitrales.

Por su parte, la modificación introducida por el número veinte en el artículo 550 de la LEC, que prevé los documentos que han de acompañarse a la demanda ejecutiva, consiste en exigir que cuando el título sea un acuerdo de mediación elevado a escritura pública, deberá acompañarse, además del propio título, copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento<sup>47</sup>.

45 Se refiere al interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto o por disposición especial de la ley.

46 A pesar del título, en el contenido del artículo 520 de la LEC queda claro que el mismo no resulta aplicable a los títulos ejecutivos derivados del acuerdo mediado, pues cuando se trate de los títulos ejecutivos de los números 4º, 5º, 6º y 7º del artículo 517.2, “*sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros*”. Así, por primera vez y, a diferencia de lo que sucede con el resto de escrituras públicas, se podrá despachar ejecución de la escritura de elevación a público del acuerdo mediado aunque contenga obligaciones distintas a la entrega de cantidad determinada. Se despachará ejecución aún en el supuesto de que contenga obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa distinta de dinero.

47 Esto tenía sentido en el Proyecto de 2011 en la medida que en éste al acuerdo mediado se le otorgaba el valor de título ejecutivo sin necesidad de escritura pública y se dejaba al Juez de la ejecución el control de su

Finalizamos este breve análisis con unas consideraciones sobre la competencia para la ejecución de los acuerdos mediados configurados como títulos ejecutivos. El artículo 26 de la LM regula el “Tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación” y distingue entre los “acuerdos resultado de una mediación iniciada con un proceso en curso” (párrafo 1º) y acuerdos “formalizados tras un procedimiento de mediación” (párrafo 2º), con una redacción, una vez más, confusa y errónea, desde el mismo título del precepto hasta su último párrafo.

En cuanto al título, porque al hablar del “Tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación”, pareciera que todos los acuerdos de mediación son títulos ejecutivos cuando ya sabemos que eso no es así. Por otra parte, de la redacción pudiera inferirse que solo existe procedimiento de mediación en el supuesto contemplado en el párrafo 2º y no cuando estuviera pendiente un proceso judicial o arbitral, cuando lo correcto es que el procedimiento de mediación debe existir en todo caso. En realidad, el artículo que se analiza se ocupa de establecer el tribunal competente para la ejecución del auto de homologación del acuerdo mediado y el tribunal competente para la ejecución de la escritura pública de protocolización del acuerdo.

El párrafo 2º del artículo 26 resulta además impreciso, en cuanto contempla, en general, que resulta competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, “de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, sin aludir en ningún momento a los Juzgados de lo Mercantil. En este sentido, entendemos que deberán tenerse en cuenta las atribuciones competenciales exclusivas que, por razón de la especialidad de las materias, efectúa la LOPJ. Además, cuando el contenido del acuerdo verse sobre alguna de las materias a que se refiere el artículo 86 *ter* de este texto legal será competente para la ejecución del acuerdo mediado el Juzgado de lo Mercantil<sup>48</sup>.

### 3.3.3. EL TÍTULO EJECUTIVO JUDICIAL: EL AUTO DE HOMOLOGACIÓN O APROBACIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO MEDIADO

El número 4 del artículo 25 de la LM regula el título ejecutivo judicial, consistente en el auto de homologación que las partes podrán solicitar del tribunal que esté conociendo del proceso. Se trata pues, del título que se podrá obtener, si esa es la voluntad de las partes, cuando estas hubieran llegado a un acuerdo tras una mediación desarrollada una vez iniciado un proceso judicial. En este caso, se aplica al acuerdo mediado el mismo régimen de homologación judicial que la LEC prevé con carácter general para toda transacción o acuerdo judicial. A estos efectos, por las disposiciones finales de la LM se han introducido las modificaciones necesarias en

---

legalidad, no parece que sea necesaria ni coherente en el sistema diseñado por la vigente LM en el que dicho control de legalidad se atribuye al notario.

48 En el mismo sentido se pronuncia SOLER PASCUAL (SOLER PASCUAL, L.A., “La ejecución del acuerdo de mediación...”, *op. cit.*, pp. 76 y ss.).

la LEC para reflejar de forma expresa dentro del proceso civil, la homologación del acuerdo mediado.

El apartado uno de la Disposición final tercera da nueva redacción al artículo 19.1 de la LEC, en donde se regula el derecho de disposición de los litigantes sobre el objeto del juicio, para introducir en el mismo la facultad de los mismos de “*someterse a mediación*”. Así, pasa a prever que “*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*”.

Lo dispuesto en los siguientes apartados de este precepto, que en nada se ven afectados por la LM, resultan plenamente aplicables al acuerdo alcanzado a través de mediación. De esta manera, si las partes desean que el acuerdo alcanzado tenga la eficacia de una transacción judicial, podrán presentarlo al tribunal para su homologación, procediéndose a la misma por dicho tribunal cuando el acuerdo no esté prohibido por la ley o existan limitaciones legales por razones de interés general o en beneficio de tercero (artículo 19.2). Los actos referidos en los apartados anteriores “*podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia*” (artículo 19.3) y, como se dispone en el número 4 de ese mismo artículo, “*las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días*”.

La resolución que se dicte para homologar o aprobar el acuerdo mediado tiene que ser un auto por exigirlo así la regla 2ª del art. 206.1 de la LEC, según la redacción dada al mismo por el número seis de la Disposición final tercera de la LM.

En cuanto título ejecutivo, el auto de homologación del acuerdo mediado quedaría incluido en el número 3º del artículo 517.2 de la LEC, en virtud del cual, tendrán aparejada ejecución “*las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso...*”<sup>49</sup>. Entendemos que, la expresión “*acuerdos logrados en el proceso*”, no puede ser interpretada en el sentido de incluir en ella solo los acuerdos alcanzados en sede judicial, sino que resulta igualmente aplicable a los que se hayan obtenido fuera de la sede del tribunal y llevados al proceso iniciado por las partes, para su homologación o aprobación judicial al amparo del artículo 19 de la LEC. En este último supuesto se encontrará la totalidad de los acuerdos alcanzados a través de un procedimiento de mediación<sup>50</sup>.

49 En este sentido se pronuncia la mayoría de la doctrina. *Vid.* por todos, TAMAYO HAYA, S., “Artículo 25..., *op. cit.*, p. 356; GISBERT POMATA, M. y DIEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación...*, *op. cit.*, p. 260; LÓPEZ JARA, M., “Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *La Ley*, nº 7857, mayo 2012, p. 1; MARTÍN PASTOR, J., “Efectos de la Ley 5/2012...”, *op. cit.*, p. 37; PARDO IRANZO, V., “Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación ¿qué normas aplicamos?”, *Aranzadigital.es*, p. 2.

50 En sentido contrario se pronuncia CASTILLEJO MANZANARES, para la que “*el acuerdo alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, pudiendo las partes solicitar del Tribunal su homologación, se ejecutará por la vía del artículo 517.2.9º LEC*” (CASTILLEJO MANZANARES, R., “La desaparición de la voluntariedad...”, *op. cit.*, p. 554).

Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen estos acuerdos o transacciones constituirán igualmente títulos ejecutivos del artículo 517.2.3º y son dichas resoluciones judiciales las que convierten los acuerdos y transacciones en origen extrajudiciales en judiciales<sup>51</sup>. Todo ello, sin perjuicio de que dichas transacciones y acuerdos judiciales, que siguen conservando su naturaleza contractual, además de procesal, puedan ser impugnados a través del procedimiento correspondiente por las mismas causas que los contratos.

El procedimiento para la ejecución del auto de homologación del acuerdo mediado es el mismo que ya estaba regulado en la LEC, sin que haya sufrido variación alguna y, el mismo que se ha analizado, en su momento, para la ejecución de la escritura pública de protocolización del acuerdo mediado. Solo haremos una mención especial a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 26 de la LM, donde se regula, como ya se ha avanzado, con una redacción errónea y confusa, el tribunal competente para la ejecución del auto de homologación judicial de los acuerdos mediados. Este párrafo primero señala textualmente que *“la ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo”*. Con esta redacción parece que la única forma de finalizar el proceso, cuando se ha llegado a un acuerdo a través de la mediación, fuera mediante el auto de homologación del acuerdo, cuando en rigor ello no es así<sup>52</sup>. Por lo demás, no aporta nada novedoso este precepto, al atribuir la competencia para la ejecución del auto de homologación judicial del acuerdo mediado al tribunal que homologó el acuerdo, de forma similar a lo establecido para la jurisdicción civil en el artículo 545 de la LEC.

### 3.3.4. EL LAUDO ARBITRAL POR ACUERDO DE LAS PARTES

Ya se ha avanzado que la LM no menciona como título ejecutivo el laudo arbitral por acuerdo de las partes. A pesar de esa omisión, si una vez iniciado un procedimiento de arbitraje, las partes hubieran alcanzado un acuerdo a través de una mediación desarrollada fuera del arbitraje, podrán presentar dicho acuerdo al árbitro para que este, si no aprecia motivos para oponerse, lo haga constar en forma de laudo.

La posibilidad del laudo por acuerdo de las partes, con carácter general, está prevista en el artículo 36 de la LA. Como se indica en el número 2 de este precepto, el laudo que recoja el acuerdo de las partes, tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo. Para la ejecución del laudo, en caso de incumplimiento, habrá que acudir a los tribunales de justicia. Como título ejecutivo quedará incluido en el número 2º del

51 En el mismo sentido se pronuncia, entre otros, SAN CRISTÓBAL REALES. Para esta autora, *“la transacción procesal se produce por la homologación judicial del acuerdo una vez iniciado el juicio, que adoptará forma de auto, y tiene fuerza ejecutiva (arts. 19.2 y 517.2.3º). Por tanto, se trata en principio de una transacción extraprocésal, es decir, realizada por las partes fuera del proceso y sin la presencia judicial, pero que se homologa por el juez que está conociendo del asunto”* (SAN CRISTOBAL REALES, S., “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIV, 2011, p. 291).

52 Las partes, de no interesarles dicha homologación, pueden poner fin al proceso de otras formas, como podría ser a través de las figuras del desistimiento del juicio por el demandante, del artículo 20 de la LEC o, de la solicitud de terminación del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto, prevista en el artículo 22 de la LEC.

artículo 517.2 de la LEC y se aplicarán las normas procesales que para la ejecución de las resoluciones arbitrales se prevén en esta Ley.

#### 4. CONCLUSIONES

1. Utilizamos en este trabajo la expresión “acuerdo mediado” para nombrar el negocio jurídico consistente en el acuerdo alcanzado por las partes a través de un procedimiento de mediación. Con esta expresión se describe, de forma más exacta que con el término legal de “acuerdo de mediación”, al negocio jurídico mencionado. Además, con ella se evitan confusiones con otros negocios jurídicos, tales como el contrato de prestación de servicios que se celebre entre mediador y partes o el compromiso de mediación por el cual las partes acuerdan con carácter previo a la mediación, resolver sus diferencias a través de ésta.

2. Tanto en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil como en la Directiva de 2008, se constata la importancia que tiene el acuerdo mediado dentro del procedimiento de mediación. En relación con este acuerdo, por una parte, se destaca la necesidad de garantizar la validez del consentimiento, esto es, de alcanzar un “*verdadero acuerdo informado*”. Y, por otra parte, ambos textos consideran esencial que los acuerdos alcanzados puedan tener carácter ejecutivo y vinculan la eficacia ejecutiva a su formalización en documento público “*auténtico*”.

3. La vigente LM resalta el carácter negocial o contractual del acuerdo mediado como fruto de la voluntad de las partes y regula la posibilidad de dotarlo de carácter ejecutivo. En cuanto negocio jurídico se configura, por un lado, como negocio jurídico formal al exigirse, como requisito necesario para su propia existencia, que el mismo esté documentado. Por otro lado, se dispone como un negocio jurídico singular, distinto de cualquier otra categoría contractual.

4. Por la LM se crean dos títulos ejecutivos derivados del acuerdo mediado: un título ejecutivo contractual y extraprocésal, consistente en la escritura pública de protocolización del acuerdo alcanzado en mediación. Y, un título ejecutivo judicial, consistente en el Auto de homologación del acuerdo mediado por el Juez que esté conociendo del litigio. Se podrá obtener este título cuando estemos en una mediación “judicial”, también denominada “intrajudicial”, esto es, una mediación desarrollada después de iniciado un proceso judicial.

A los dos títulos ejecutivos recogidos en la LM, podría añadirse el laudo arbitral por acuerdo de las partes, previsto con carácter general, para cualquier tipo de acuerdo, en el artículo 36 de la LA. Como título ejecutivo, el laudo quedaría incluido dentro del apartado 2º del artículo 517.2 de la LEC y, en su ejecución, se aplicarían las normas procesales previstas para la ejecución de resoluciones arbitrales en la LEC.

5. La necesidad de otorgar carácter ejecutivo al acuerdo mediado extraprocésal es compartida por la vigente LM y el frustrado Proyecto legislativo de 2011. Las diferencias entre una y otra se centran en la configuración del nuevo tipo negocial y en la distinta forma en que se entiende que puede alcanzarse eficacia ejecutiva. Mientras en el Proyecto de 2011 se configuraba el acuerdo mediado como título ejecutivo por sí mismo y sin la intervención de agentes externos a la mediación, en la LM, para lograr el título ejecutivo extraprocésal, es necesario elevar el acuerdo a escritura pública, con lo que aparece un nuevo agente, el notario. De ese modo, al atribuirse al notario la elaboración del título ejecutivo, la labor del mediador finaliza con la entrega del acuerdo a las partes con la información a las mismas de su carácter vinculante y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como título ejecutivo.

6. En relación con el título ejecutivo extraprocésal, la LM ha llevado el principio de autonomía de la voluntad de las partes hasta el último trámite derivado del procedimiento de mediación, esto es, la elevación a documento público del acuerdo alcanzado. Solo con la voluntad común de las partes se podrá obtener la escritura pública del acuerdo mediado. Deben ser todas las partes, bien de forma personal, bien representadas con poder suficiente a juicio del notario, las que acudan a otorgar el instrumento público a cuyo efecto deberán reconocer el acuerdo con todas sus circunstancias.

7. La escritura pública será otorgada por el notario previa verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos por la LM y de que su contenido no es contrario al Derecho. El contenido de las actas de las sesiones constitutiva y final debe permitir al fedatario público la constatación del cumplimiento de las prescripciones legales. El notario no otorgará la escritura pública si aprecia la existencia de algún defecto en el acuerdo mediado. En este caso, advertirá a las partes del defecto para que procedan a su subsanación si ello fuera posible. Si el defecto fuera meramente formal y faltara algún requisito o mención obligatoria del acuerdo mediado, según lo dispuesto en el artículo 23 de la LM, las partes podrán proceder a subsanarlo y llevarlo de nuevo al notario o bien, proceder a su subsanación a través del propio instrumento público. Si el defecto apreciado afectara al contenido de los pactos o acuerdos adoptados, las partes tendrían que volver a mediación para intentar adecuarlos a la legalidad, según las indicaciones del notario.

8. La escritura pública del acuerdo mediado se sitúa como título ejecutivo en el número 2º del artículo 517.2 de la LEC, al lado de las resoluciones arbitrales. Para su ejecución, se seguirán los trámites establecidos por dicha Ley para la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales firmes y no la tramitación que resultaría conforme con su naturaleza contractual. Por primera vez, se equipara la ejecución de un título ejecutivo convencional a un título ejecutivo judicial, con lo que se le diferencia de la ejecución del resto de escrituras públicas.

9. Para obtener el título ejecutivo judicial, las partes deberán presentar el acuerdo mediado al Juez que esté conociendo del litigio y ratificarlo en su presencia. Como título ejecutivo quedaría incluido en el número 3º del artículo 517.2 de la LEC, integrado en las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso. En su ejecución, se seguirán los mismos trámites previstos para la ejecución del resto de resoluciones judiciales.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILAR, S., “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *RDUCN*, vol. 18, nº 1, 2011, (versión on-line).
- BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Reus, Madrid, 2009.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M., “La mediación en asuntos civiles”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (Dir.) y CARABANTE MUNTADA, J.M. (Coord.), *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Universidad Complutense de Madrid, 2010.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “Artículo 23. El acuerdo de mediación”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “Artículo 25. Formalización del título ejecutivo”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “La desaparición de la voluntariedad como principio esencial de la mediación con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) y TORRADO TARRÍO, C. (Coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Madrid, 2013.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., “Mediación y justicia: síntomas patológicos”, *Revista Otrosí*, nº 8, oct.-dic. 2011.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006.
- GISBERT POMATA, M. y DíEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Thomson Reuters, Navarra, 2014.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., “Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo”, *Aranzadidigital.es* (BIB 2012/1141).
- LORCA NAVARRETE, A.M., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles, Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012.
- MAGRO SERVET, V., “Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España”, <http://www.laleydigital.es>.

- MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.
- MARTÍN PASTOR, J., “Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa”, *Práctica de Tribunales, Revista especializada de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, nov. 2012.
- PARDO IRANZO, V., “Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación ¿qué normas aplicamos?”, *Aranzadidigital.es*.
- SAN CRISTOBAL REALES, S., “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV, 2011.
- SANTOS VIJANDE, J.M., “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1, 2013.
- SOLER PASCUAL, L.A., “La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública. Problemática”, *Práctica de Tribunales, Revista especializada de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, nov. 2012.
- TAMAYO HAYA, S., “Artículo 22. Terminación del procedimiento”, en GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012.
- TAMAYO HAYA, S., “Artículo 23. El acuerdo de mediación”, en GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012.
- TAMAYO HAYA, S., “Artículo 25. Formalización del título ejecutivo”, en GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012.
- TORRES ESCAMEZ, S., “Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo del documento privado de mediación)”, *El Notario del Siglo XXI*, julio-agosto, nº 38, 2011.



# **LA SESIÓN INFORMATIVA EN LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL ¿VOLUNTARIA U OBLIGATORIA?**

*Almudena Valiño Ces*  
Profesora de Derecho Procesal  
Universidad de Santiago de Compostela



## 1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito europeo se ha mantenido desde hace tiempo un interés por impulsar y promover los métodos y procedimientos no judiciales ni jurisdiccionales, *id est*, las ADR, a fin de asegurar un mejor acceso a la Justicia, como parte de la política de la Unión Europea dirigida a determinar un espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>1</sup>.

Se produce, pues, una expansión de estas alternativas, en concreto de la mediación, en la mayor parte de los países. Ésta aparece como una institución que, en la actualidad, se erige como una pieza esencial del modelo de Justicia del siglo XXI, toda vez que constituye un procedimiento que posibilita gestionar el conflicto surgido, en algunas ocasiones evitándolo y en otras, solventando las diferencias planteadas entre las partes, ya sea total o parcialmente<sup>2</sup>.

En este contexto se publica la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>3</sup> que, más allá de los objetivos previstos en su preámbulo, conlleva el impulso final para la consideración, y el reconocimiento por los operadores jurídicos, como un instrumento eficaz para la resolución de controversias, cuando éstas afecten a derechos subjetivos de naturaleza disponible. En definitiva, se establece como una herramienta más para la gestión y resolución de conflictos que pueden tener trascendencia jurídica, pudiendo evitar, así, la excesiva judicialización de los mismos.

Y tanto es así, que en España se viene practicando la mediación desde principios de los años 90 y, posteriormente, la implicación de muchos juzgados a través de experiencias pilotos ha sido determinante para acercar la mediación a la sociedad. Buena prueba de ello es que de estas experiencias se desprende que la mediación

---

1 Así se define expresamente en el Considerando 5 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.

2 BARONA VILAR, S., *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. 65-68.

3 En adelante, LM. Esta Ley lleva a cabo una ordenación general de la mediación en el ámbito del derecho privado y en el marco de las directrices comunitarias, establecidas en 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.

constituye no solo un recurso útil y eficaz, sino también un método complementario para nuestro sistema judicial.

En la tarea de potenciar el uso de la mediación, el legislador lleva a cabo su reconocimiento en la legislación procesal civil, de acuerdo con la posibilidad que ofrece a las partes de disponer del objeto del proceso, y permitiendo acceder a ella, incluso una vez iniciada la vía judicial<sup>4</sup>. Este reconocimiento se materializa en un procedimiento de mediación que cuenta con diversas fases, contempladas expresamente en la LM, y ello a pesar de su predicada flexibilidad y a no disponer de una estructura formal, rígida y predeterminada.

En este sentido, tras una solicitud de inicio<sup>5</sup>, las partes tendrán la posibilidad de acudir a una primera sesión informativa y si, tras ella, éstas deciden iniciar el procedimiento de mediación *stricto sensu*, dispondrán de un plazo de quince días para proceder a la firma del acta de la sesión constitutiva. A continuación, se daría comienzo a las sesiones de mediación que se precisen, donde el mediador tratará de gestionar, de forma constructiva, el conflicto entre las partes a fin de ir eliminando las diferencias entre las mismas y conseguir el acuerdo<sup>6</sup> que resuelva la controversia.

Ahora bien, cuando nos encontramos en una mediación intrajudicial, y por la trascendencia que presenta ese primer contacto de las partes con la mediación, es menester abordar y analizar la sesión informativa.

## 2. SESIÓN INFORMATIVA

### 2.1. CONCEPTO Y ASPECTOS GENERALES

La sesión informativa o “premediación” es aquella en la que el mediador o mediadores atienden a las partes en conflicto, conjunta o individualmente, y les explican, de un modo simple y claro, en qué consiste el procedimiento de mediación, les describen el papel del mediador, los principios inspiradores y las normas que regirán su desarrollo, así como les resuelven todas las dudas que les pudieran surgir<sup>7</sup>.

4 La LM, a través de su Disposición final tercera, realiza una importante modificación de la LEC que supone la incorporación de la mediación a las normas procedimentales civiles.

Vid. VALIÑO CES, A., “La mediación intrajudicial: la derivación al procedimiento de mediación y la importancia de la sesión informativa”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) y ALONSO SALGADO, C., *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela (SPIC), Santiago de Compostela, 2017 (en prensa).

5 Esta solicitud puede llevarse a cabo por ambas partes de mutuo acuerdo, por una de ellas en cumplimiento de una cláusula de sumisión expresa firmada por las mismas, o bien por sugerencia del órgano jurisdiccional que esté conociendo del proceso, si la mediación se inicia una vez comenzado éste.

6 Respecto al acuerdo final de la mediación, se deberá informar a las partes de su potestad de dotarlo de carácter ejecutivo. Para ello, deberán acudir a un notario a fin de que éste proceda a la elevación a escritura pública del acuerdo alcanzado, o bien solicitar del juez su homologación, si dicho acuerdo tuvo lugar en el seno de una mediación producida por derivación del propio órgano jurisdiccional.

7 A la hora de determinar quién es conveniente que participe en esta premediación, en muchos casos, resulta interesante que las partes acudan a esta sesión informativa acompañadas de sus letrados. Esto no solo genera confianza en ellas, sino que, además, fomenta el conocimiento, por estos profesionales, de la mediación como método complementario de resolución de conflictos, lo que facilitará el procedimiento e incrementará las posibilidades de lograr un acuerdo beneficioso para todas las partes. Ahora bien, el papel

Se debe tener en cuenta que, en la mayor parte de los casos, esta sesión informativa constituirá ese primer acercamiento de los sujetos con este sistema alternativo de resolución de conflictos. Por ello, mediante esta exposición, la persona mediadora deberá “conquistar” a las partes para participar en la mediación, haciéndoles ver los beneficios de resolver su disputa sin someterla a la decisión de un tercero que nada tiene que ver con ellas. Y para conseguirlo, el mediador deberá esforzarse en generar un ambiente adecuado con el propósito de suscitar la confianza en él y en el procedimiento de mediación.

La experiencia viene demostrando que el modo más efectivo para aproximar la mediación a quienes acuden al sistema judicial para resolver sus controversias es la que se lleva a cabo, de forma personal, por el propio mediador o por persona capacitada para ello, mediante la denominada sesión informativa. Por consiguiente, se ha de emplear un discurso y lenguaje que cale en las partes, que atraiga su atención y los envuelva, a fin de captar su voluntariedad e implicarlos en el procedimiento de mediación<sup>8</sup>. Y esto es así, porque se constata que reciben la información en medio de una gran carga, tensión o distanciamiento entre las partes y, a veces, entre sus letrados.

Asimismo, junto a un buen discurso de la persona mediadora y para que las partes se sientan cómodas, es importante ser muy cuidadoso con el espacio escogido para el desarrollo de esta sesión informativa<sup>9</sup>. Por tanto, es crucial que se cree un entorno neutral, aunque tenga lugar dentro de un espacio judicial, pues ello coadyuvará a generar confianza en las personas implicadas en el conflicto<sup>10</sup>. De este modo, cuanto más alto sea el clima de confianza, las partes se expresarán mejor y se mostrarán más receptivas a la hora de recibir la información necesaria para que puedan conocer el procedimiento en el que van a participar y cuál será su intervención en el mismo<sup>11</sup>.

Como ya se mencionó *supra*, esta sesión –iniciada tras la solicitud de la mediación por cualquiera de los medios habilitados al efecto– se dirige a que el mediador aporte información a las partes acerca de los principios y fines de la mediación, de las ventajas que pueden obtener, del papel que desempeña el mediador o

---

de los letrados a lo largo de la mediación es diferente. Éstos no intervienen de forma directa, empero sí pueden ser, y así se facilitará por los mediadores, consultados por las partes en todas las cuestiones necesarias y, además, participarán activamente en la homologación judicial de los acuerdos si ésta fuera precisa.

8 UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. y PEÑA YÁÑEZ, M<sup>a</sup>.A., “El Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial de los juzgados de familia de Málaga”, *Revista de Mediación*, vol. 7, N<sup>o</sup> 1, 2014, pp. 24-35.

9 Las personas mediadoras deben elegir con especial cuidado la sala, los colores, así como el mobiliario, es decir, el entorno ha de estar dispuesto de manera que favorezca una buena comunicación verbal y no verbal entre las partes y entre éstas y los mediadores. Otro elemento relevante es la elección de la mesa y el modo de disponer los asientos. Para ello, con carácter previo a la entrada en la sala de las partes, es preciso que los mediadores hayan dispuesto tantos asientos como personas vayan a intervenir.

10 En esta misma línea, BERNAL SAMPER señala que es imprescindible crear un buen ambiente, no sólo físico sino también desde un punto de vista emocional, que permita la perfecta interrelación entre las partes y el mediador, tratando de rebajar en lo posible el tono emocional y crear, así, un clima de confianza de quien acude a la sesión, tanto con el procedimiento, como con la persona mediadora (BERNAL SAMPER, T., *La mediación: una solución a los conflictos de pareja*, Ed. Colex (3<sup>a</sup> ed.), Madrid, 2006, p. 155).

11 En base a esta idea, es indispensable que el mediador presente una actitud amable, flexible y comprensiva, lejos de todo juicio, y que propicie que la primera impresión que las partes se lleven del mediador haga fluir la interacción entre ellas y éste, y las partes entre sí, que constituya el inicio del camino que las partes van a recorrer con la ayuda del equipo mediador.

de algunas características básicas sobre el procedimiento a desarrollar, así como de la eficacia de los acuerdos a alcanzar, en su caso.

Los aspectos generales de cómo ha de transcurrir la sesión informativa, los prevé el legislador en el artículo 17 de la LM, bajo la rúbrica “Información y sesiones informativas”<sup>12</sup>. Este precepto contempla unas reglas de referencia que, además de carecer de carácter imperativo, posibilitan integrar los contenidos propios de la información<sup>13</sup>.

Por consiguiente, lo que se pretende es perfilar unas líneas generales inspiradas siempre en dos principios esenciales: por un lado, la flexibilidad en todo el procedimiento de mediación y, por otro, la autonomía de la voluntad a la hora de configurar el mismo, tanto en los contenidos, como en la forma.

## 2.2. CONTENIDO DE LA SESIÓN INFORMATIVA

Cuando ambas partes acuden a la sesión informativa, ésta podrá desarrollarse cumpliendo la finalidad pretendida que será la de “informar a las partes”. A este respecto, en el párrafo segundo del artículo 17.1 de la LM se regula, de forma no exhaustiva, toda aquella información que debe proporcionar la persona mediadora, a fin de dotar a las partes de suficientes elementos de juicio para que puedan decidir si someten o no su controversia a mediación.

Además de mencionar las cuestiones generales de este método, otras regulaciones de carácter autonómico referencian, muy adecuadamente, aspectos tales como “la garantía plena de sus derechos procesales”<sup>14</sup>, “las condiciones de acceso a la mediación gratuita”<sup>15</sup> o la “posibilidad que asiste a las partes de recabar el consejo jurídico de un abogado”<sup>16</sup>, entre otros.

El contenido de esa información se centrará fundamentalmente, según el precepto citado<sup>17</sup>, en los siguientes aspectos:

- 12 Este precepto señala lo siguiente: “1. Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial. En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.  
2. Las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apartado 1”.
- 13 Esta idea se tiene en cuenta sin perjuicio de la especificación en cada procedimiento y con los diversos mediadores y/o instituciones de mediación o, incluso, de acuerdo con quienes sean los sujetos que van a intervenir como partes en la mediación y su capacidad para configurar las reglas del juego.
- 14 Artículo 12 de la Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar.
- 15 Vid. Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar, la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias o la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.
- 16 Artículo 18 de la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha.
- 17 Se expondrán los eventuales motivos que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia, así como de las características de la mediación –voluntariedad, igualdad de las partes, im-

- Qué es la mediación, para qué sirve o cuáles son sus características esenciales. Esta información se refiere a la difusión general de esta institución y, en especial, hacia aquellas personas que son las partes afectadas por el conflicto que se presenta en mediación. Asimismo, se explicará la organización del procedimiento de mediación, con una exposición de las fases que van a desarrollarse.
- En su caso, el mediador deberá poner en conocimiento de las partes las eventuales causas que puedan concurrir y que pudieran generar una sospecha de parcialidad. De este modo, el mediador podría abstenerse de intervenir como mediador en un procedimiento si estimase que concurren determinadas circunstancias que pueden influir en su labor.
- La persona mediadora también puede informar a las partes de la posible duración del procedimiento prevista, de ser el caso, en las reglas de conformación del mismo de las instituciones de mediación<sup>18</sup>.
- Debe informarse, igualmente, sobre el efecto que produce el hecho de no firmar el acta de la sesión constitutiva de la mediación, fase que se desarrollará tras la fase de información. Se considera un elemento temporal de referencia fundamental, porque a partir de aquí se entenderá iniciado el procedimiento de mediación.
- Otro aspecto del que se debe informar a las partes es el coste de la mediación. Incluso, en este momento, parece razonable explicar que para el buen desarrollo de la mediación es recomendable, y así se determina por el legislador en el artículo 15 de la LM, realizar la provisión de fondos en el plazo fijado, pues ello facilitará el pago de los costes de mediación al término del procedimiento.
- Asimismo, es esencial que las partes conozcan el tipo de procedimiento ante el que se encuentran para poder explicarles cuáles van a ser las consecuencias de realizar la mediación de principio a fin o, por el contrario, de abandonarla en algún momento de su desarrollo. Y especialmente relevante es comunicar que este procedimiento puede finalizar mediante un acuerdo entre las partes<sup>19</sup>, debiendo advertirles cuáles son los efectos jurídicos derivados del acuerdo y la posibilidad de que éste se pueda elevar, ante notario, a escritura pública –si no existe pendiente proceso judicial–

---

parcialidad y neutralidad del mediador y que todo el procedimiento será confidencialidad–. Asimismo, se informará acerca de su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como de la facultad de dar por terminada la mediación en cualquier momento, las consecuencias jurídicas del acuerdo o el plazo para firmar el acta constitutiva.

18 Si no sucediese así, la duración será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, tal como señala el artículo 20 de la LM.

19 Es importante hacer hincapié en el hecho de que el acuerdo es un acuerdo de voluntades y no una resolución y, por ello, no conlleva imposición alguna para las partes.

o solicitar del tribunal su homologación –si el acuerdo se alcanzó en un procedimiento de mediación desarrollado después de iniciar un proceso judicial–.

### 3. CARÁCTER VOLUNTARIO U OBLIGATORIO DE LA SESIÓN INFORMATIVA

#### 3.1. CUESTIONES GENERALES

A decir verdad, la mediación, como instituto con entidad propia, no forma parte de la cultura jurídica del sistema de justicia español. Buena prueba de ello es que, aun cuando ha recibido un decidido impulso por parte del legislador, lo cierto es que todavía no se recurre a este mecanismo en muchos de los supuestos en los que resultaría viable. Y es que, en efecto, existe aún en nuestra conciencia colectiva la idea de concebir unidimensionalmente las controversias. Así, la referida cultura jurídica –fundamentada en una más que discutible base de naturaleza adversarial– hace que, ante el surgimiento de un conflicto, la disputa ritualizada a través del proceso se convierta no ya en una opción preferente, sino en la única posibilidad.

Es en este marco, en el que cabe situar las disposiciones, tanto de la LEC, como de la LM, relativas a la sesión informativa de la mediación. Y ello en la consideración de que únicamente combatiendo el desconocimiento que padece la mediación en nuestro país, se podrá modificar paulatinamente la señalada cultura jurídica adversarial<sup>20</sup>. Sólo incorporando la mediación al imaginario de posibilidades se hace efectiva la libertad de los ciudadanos a escoger la forma de solventar sus controversias.

#### 3.2. ¿DEBE EXTENDERSE LA VOLUNTARIEDAD DE LA MEDIACIÓN A LA SESIÓN INFORMATIVA?

La doctrina no resulta pacífica en cuanto al carácter voluntario de la sesión informativa. A juicio de LAUROBA, BARRAL, TARABAL y VIOLA<sup>21</sup>“(…) *la voluntariedad no se contradice con la posibilidad de obligar a las partes a acudir a una sesión informativa, o con la fijación de medidas que induzcan a demandar la mediación, siempre que no se impida el acceso a la tutela judicial*”, toda vez que “(…) *se ha constatado la*

20 Se confirma la necesidad de que la sesión informativa se realice correctamente, por ello no es suficiente con hacer saber a las partes la existencia de la mediación como una posible vía de solución de conflictos sin más. En este sentido, el mediador en la citada sesión debe de poner en conocimiento de las partes cuál es su función, el objeto de la mediación y qué ventajas detenta ésta frente al proceso contencioso en la resolución de su conflicto. Sólo de este modo las partes podrán tener elementos de juicio suficientes para valorar la conveniencia de optar por la mediación o por la vía judicial (CARRETERO MORALES, E., “Comentarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2011, p. 30).

21 LAUROBA, M<sup>a</sup>. E., BARRAL, I., TARABAL, J. y VIOLA, I., “La construcción institucional y jurídica de la mediación”, en CASANOVAS, P., MAGRE, J. y LAUROBA, M<sup>a</sup>. E. (Dirs.), *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*,

convicción por parte de todos los grupos de trabajo sobre la bondad de obligar a asistir a las sesiones informativas, si bien discrepan respecto de si hay que atribuir efectos negativos a la incomparecencia. En cualquier caso, creemos que si se fija el carácter obligatorio de las sesiones hay que determinar las consecuencias en caso de incumplimiento<sup>22</sup>. En buena lógica, la preferencia de estos autores por la obligatoriedad de la sesión informativa, les lleva a entender que sería preciso concretar los efectos que se derivarían de la negativa a acudir de las partes<sup>23</sup>.

En esta misma línea, BARONA VILAR<sup>24</sup> sostiene que la sesión informativa no tendría porque inspirarse en la voluntariedad, toda vez que en ella, tal como se desprende del primer párrafo del artículo 17 de la LM<sup>25</sup>, no concurre la confidencialidad<sup>26</sup>. De esta forma, se podría concebir la asistencia a la misma como preceptiva, no influyendo en el procedimiento de mediación propiamente dicho<sup>27</sup>.

PÉREZ MORIONES<sup>28</sup> se pronuncia en el mismo sentido, pues, tal como asegura, “en el sistema de sesión informativa obligatoria, una vez que se ha celebrado dicha sesión y si las partes se encuentran interesadas en continuar, deben empezar un proceso separado para mediar”. Por tanto, considera que la obligatoriedad de la sesión informativa no afectaría al procedimiento de mediación porque entiende que la primera debe darse separadamente del segundo<sup>29</sup>.

Ahora bien, a pesar de esta tendencia a considerar obligatoria la sesión informativa, también se aboga por la voluntariedad de la misma. Buena prueba de ello

---

Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011, p. 839.

- 22 En esta misma línea reflexiva, GALEOTE MUÑOZ entiende que “la característica de la voluntariedad es consustancial a la aceptación del resultado de la mediación, pero no respecto de la derivación a una sesión informativa” (GALEOTE MUÑOZ, M<sup>a</sup>. P., “La necesidad de un método profesional de mediación: la importancia de la intervención del abogado en el proceso”, *IE Working Paper Derecho*, 15 de abril de 2005, p. 2).
- 23 En el mismo sentido se dirige SOLETO MUÑOZ, en tanto señala que, de determinarse la obligatoriedad de asistencia a esta sesión, se debería contemplar consecuencias al incumplimiento. Así, una multa podría ser admisible, aunque dudosa constitucionalmente. Esto es así puesto que a la hora de determinar la obligatoriedad para las partes de la asistencia a la sesión informativa, aparece como inconveniente la exigencia constitucional de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Por ello, el hecho de establecer la obligatoriedad de la sesión informativa genera el problema de combinar ambos intereses (SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación vinculada a los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 257).
- 24 BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España...*, op.cit., pp. 389 y 390.
- 25 El 1º párrafo del art. 17.1 de la LM prevé la falta de confidencialidad acerca de la información de qué parte o partes no han asistido a la sesión, lo que aviva la división entre procedimiento de mediación *stricto sensu* y sesión informativa.
- 26 Esta idea viene respaldada por UTRERA GUTIÉRREZ, quien señala que en la sesión informativa no operan en plenitud todos los principios informadores de la mediación, sirva como ejemplo la falta de confidencialidad en cuanto a la información de las partes que no asistieron a la sesión (UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia”, *Diario La Ley*, núm. 7996, Sección Tribuna, 8 de enero de 2013).
- 27 A este respecto, en palabras de TORRADO TARRÍO, “conviene subrayar el acertado proceder del legislador al deslindar, de forma perentoria, esta primera sesión informativa del inicio del procedimiento de mediación propiamente dicho” (TORRADO TARRÍO, C., “Comentarios al Artículo 17 de la Ley 5/2012 de mediación”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 197 y 198).
- 28 PÉREZ MORIONES, A., “En torno a la paradoja de la mediación”, *Diario La Ley*, N° 8316, Sección Doctrina, 22 de Mayo de 2014, Ref. D-164, Editorial LA LEY.
- 29 En sentido contrario se manifiesta SOLETO MUÑOZ, quien entiende que la sesión informativa ha de celebrarse de forma continuada al procedimiento de mediación (SOLETO MUÑOZ, H., “El proceso de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, op.cit., p. 228).

es la modificación realizada en el artículo 414.1 *in fine* de la LEC por la Disposición final tercera de la LM<sup>30</sup>. Ésta se refiere a la introducción de la invitación a las partes a que alcancen un acuerdo que ponga fin al proceso, a través de un procedimiento de mediación, “*instándolas a que asistan a una sesión informativa*”. Se considera loable esta previsión novedosa que, tal como prevé la propia Exposición de motivos de la LM, “*dentro del respecto a la voluntad de las partes, trata de promover la mediación y las soluciones amistosas de los litigios*”.

En base a esta idea, se infiere que la facultad del tribunal para invitar a los litigantes a alcanzar un acuerdo se dispone de forma potestativa<sup>31</sup>, por lo que su ejercicio queda a la consideración del tribunal<sup>32</sup>.

A este respecto, COLOMER HERNÁNDEZ<sup>33</sup> asegura que “*la invitación al acuerdo o al sometimiento a mediación tiene carácter facultativo para las partes, y nunca naturaleza imperativa*”, por más que el tribunal pueda considerar que, en atención al objeto procesal que se ventila y a los derechos en conflicto, la mejor solución para poner fin a la controversia sea autocompositiva. Y es que, en efecto, ante la duda de la vinculación de los litigantes por las invitaciones que se les realicen, la respuesta puede ser claramente negativa, pues las partes no se encuentran sujetas ni por la invitación al acuerdo ni por la invitación a que se sometan a un procedimiento de mediación.

Por último, también se ha entendido que no es posible que el Juez pueda obligar a las partes a acudir a la sesión informativa, pues no hay disposición legal alguna que lo faculte para ello. Así, TORRES OSORIO<sup>34</sup> manifiesta que el Juez “*podrá recomendar, informar, etc. pero no podría dictar Auto ordenando que las partes vayan a la sesión informativa*”<sup>35</sup>.

30 La decisión del órgano jurisdiccional acerca de si considera adecuado invitar a las partes para que logren un acuerdo depende, por disposición expresa de la Ley, de un elemento objetivo: el concreto objeto procesal que se esté debatiendo. Por tanto, la invitación al acuerdo del tribunal deberá ser ejercitada en aquellos supuestos en que, a juicio del juzgador y una vez atendido el objeto procesal en juego, pueda haber alguna posibilidad de que realmente se pueda llegar a conseguir un acuerdo que ponga fin a la disputa.

31 A pesar de esta concepción, en base a este precepto de la LEC, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS ha querido entrever un supuesto de mediación obligatoria, aun cuando cabe argumentar que no podría ser de este modo, pues la mediación no es preceptiva, si bien, tal vez, pudiera serlo la citada sesión informativa debido al empleo del término “instar” (MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “Consideraciones sobre la normativa española de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Actualidad Civil*, Nº 21, Sección A Fondo, Diciembre 2012, p. 2083, tomo 2, Editorial LA LEY).

32 Del carácter potestativo de la mediación para lograr un acuerdo, se infiere el motivo por cual el legislador previó en su reforma que el tribunal, al informar a las partes, pueda instarlas a que asistan a una sesión informativa acerca de este método. En este sentido, la relevancia de asistir a esa sesión informativa se encuentra ligada al deber de las partes de dar cuenta al inicio de las sesiones de audiencia previa acerca de la subsistencia o no del conflicto por haber alcanzado un acuerdo que le ponga fin. De tal forma, cuando el tribunal haya procedido a informar a las partes de su posibilidad de lograr un acuerdo que dé por terminada la disputa y haya instado a que asistieran a una sesión informativa sobre la mediación, las partes quedarán conminadas a expresar los motivos de la no utilización de la mediación.

33 COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Comentarios a la Disposición final tercera apartado Diez de la Ley 5/2012 de mediación”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley 5/2012...*, *op.cit.*, pp. 380-384.

34 TORRES OSORIO, E., *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ediciones Universidad de Salamanca (eBook electrónico), Salamanca, 2014, pp. 412 y ss.

35 Se entiende que disponer la obligación de asistencia a la sesión informativa, actualmente, podría infringir el artículo 24.1 de la CE. Una dificultad que presenta el determinar la obligatoriedad para las partes de la asistencia a la sesión informativa es la exigencia constitucional de garantizar el derecho a la tutela judicial

## 4. CONCLUSIONES

En virtud del principio dispositivo, las partes pueden disponer del objeto del proceso para acudir a mediación, permitiendo la suspensión del mismo. Sin embargo, también se contempla el deber de los juzgados de informar a las partes de la posibilidad de recurrir a mediación, incluso, se permite que el juez invite a las partes a conocer este sistema de resolución de conflictos mediante una sesión informativa.

Por lo que respecta a la naturaleza de esta sesión informativa, la doctrina no resulta pacífica. De la LEC y de la LM no se infiere el carácter preceptivo de la misma, pero se puede considerar que el hecho de acudir a una sesión informativa obligatoria judicialmente no significa eludir el principio de voluntariedad. Y ello, porque una vez informadas las partes, éstas deciden, de forma voluntaria, acerca de la aceptación o no de participar en la mediación, o incluso cualquiera de ellas puede poner fin a la misma e instar la reanudación del proceso judicial.

En definitiva, el principio de voluntariedad de la mediación no es incompatible con la obligatoriedad de la asistencia a una primera sesión informativa, pues se podría entender que ésta no altera el carácter voluntario del proceso de mediación.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILAR, S., *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.
- BERNAL SAMPER, T., *La mediación: una solución a los conflictos de pareja*, Ed. Colex (3ª ed.), Madrid, 2006.
- CARRETERO MORALES, E., “Comentarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2011.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Comentarios a la Disposición final tercera apartado Diez de la Ley 5/2012 de mediación”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GALEOTE MUÑOZ, M<sup>a</sup>. P., “La necesidad de un método profesional de mediación: la importancia de la intervención del abogado en el proceso”, *IE Working Paper Derecho*, 15 de abril de 2005.
- LAUROBA, M<sup>a</sup>. E., BARRAL, I., TARABAL, J. y VIOLA, I., “La construcción institucional y jurídica de la mediación”, en CASANOVAS, P., MAGRE, J. y LAUROBA, M<sup>a</sup>. E. (Dir.), *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “Consideraciones sobre la normativa española de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Actualidad Civil*, N<sup>o</sup> 21, Sección A Fondo, Diciembre 2012, p. 2083, tomo 2, Editorial LA LEY.

---

efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Por ello, el hecho de establecer el carácter preceptivo de la sesión informativa genera el problema de combinar ambos intereses.

- PÉREZ MORIONES, A., “En torno a la paradoja de la mediación”, *Diario La Ley*, Nº 8316, Sección Doctrina, 22 de Mayo de 2014, Ref. D-164, Editorial LA LEY.
- SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación vinculada a los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- SOLETO MUÑOZ, H., “El proceso de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- TORRADO TARRÍO, C., “Comentarios al Artículo 17 de la Ley 5/2012 de mediación”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- TORRES OSORIO, E., *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ediciones Universidad de Salamanca (eBook electrónico), Salamanca, 2014.
- UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia”, *Diario La Ley*, núm. 7996, Sección Tribuna, 8 de enero de 2013.
- UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. y PEÑA YÁÑEZ, M<sup>a</sup>. A., “El Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial de los juzgados de familia de Málaga”, *Revista de Mediación*, vol. 7, Nº 1, 2014.

# **ORGANIZACIONES INNOVADORAS: INSERTANDO LA MEDIACIÓN COMO PROYECTO DE I+D+I**

**Gloria Novel Martí**

Doctora en Mediación

Directora del Observatorio de Mediación de la Universidad de Barcelona



*La única cosa que es  
constante, es el cambio  
(Heráclito)*

## 1. INTRODUCCIÓN

La Innovación, desarrollo e investigación, habitualmente conocido como I+D+I, es un concepto de reciente aparición y utilizado en contextos tanto de la empresa pública como privada, ampliando el anterior concepto de Investigación y desarrollo (I+D).

Los tres conceptos está íntimamente interrelacionados, se retroalimentan, potencian y producen resultados estratégicos que revierten no solo en el mundo del conocimiento sino también en el de la productividad, buenas prácticas, cultura organizacional, formas de gestión e imagen de la organización.

Es por ello que las organizaciones -en el marco de los países modernos- potencian las actividades de I+D+I a través de políticas de apoyo (subvenciones, becas de investigación, ayudas, etc.), debido a que un alto nivel de I+D+I implica una mayor fortaleza de los productos, procesos o servicios que ofrecen y que se diferencian positivamente de los de su competencia.

Además el concepto de I+D+I, va ligado también al desarrollo de programas o proyectos potencialmente generadores de avances sociales, mejora de la calidad de vida, mejora del medio ambiente, de la salud, etc., lo cual justifica también su interés, ya que suele producir avances en el corto, medio y largo plazo de tiempo, que dan respuesta a las necesidades de la población.

Hoy en día, una organización que se precie de ser “inteligente”, concepto desarrollado por SENGE<sup>1</sup>, busca desarrollar programas de I+D+I, en un proceso continuado de mejora y cambio hacia la excelencia.

---

1 SENGE, P., *La Quinta Disciplina*, Granica, Buenos Aires, 2006.

Y en estos contextos, la mediación como recurso precisamente para este fin, ha demostrado su eficacia en el mundo de las “organizaciones inteligentes” que prevén, innovan, actúan, evalúan y mejoran<sup>2</sup>.

Las llamadas “organizaciones inteligentes” surgen de la necesidad de fomentar la participación y con ello propuestas e ideas nuevas con las cuales enfrentar los desafíos actuales. La adaptabilidad y el aprendizaje, son términos que juegan un papel importante en este tipo de organizaciones.

Estamos de acuerdo en que “*las organizaciones que cobrarán relevancia en el futuro serán las que descubran cómo aprovechar el entusiasmo y la capacidad de aprendizaje de la gente en todos los niveles de la organización*”<sup>3</sup>.

La nueva dinámica genera individuos inteligentes, grupos inteligentes y, por consiguiente, organizaciones, procesos y resultados inteligentes. Y todo ello en el contexto del cambio continuo, de la interacción intensiva, de las relaciones significativas y de los procesos desarrollados en situaciones de máxima interdependencia en el trabajo.

En este mundo cambiante y dinámico las personas que allí trabajan “*deben prepararse irremediable y necesariamente para el cambio*”<sup>4</sup>, desarrollando el talento óptimo para la negociación colaborativa, trabajo en equipo, gestión positiva de las diferencias o conflictos y construcción de espacios de diálogo y consenso<sup>5</sup>, siendo la mediación el mejor recurso para acompañar en este proceso de mejora individual, grupal y organizacional.

## 2. LA MEDIACIÓN VISTA COMO UN PRODUCTO DE I+D+I

La innovación es más que ingenio y la mediación es más que la gestión de conflictos entre partes. El conocimiento es el activo sobre el que actúan primordialmente los procesos de innovación y es a través de las relaciones interpersonales que este conocimiento se intercambia, se combina y circula con fluidez y sostenidamente. Es por ello que las relaciones y las personas son la piedra angular, el eje alrededor del cual transcurre cualquier proceso de innovación, de desarrollo y de investigación.

La mediación combina el arte y la ciencia, con sistemas de intervención que ayudan a las personas en la construcción de espacios de diálogos pacíficos, colaborativos, productivos y eficientes, así como con la ampliación del saber científico a través de la innovación permanente, el desarrollo de nuevos programas/proyectos, así como investigación aplicada.

---

2 NOVEL MARTÍ, G., *Mediación Organizacional: Desarrollando un modelo de éxito compartido*, Reus, Madrid, 2010.

3 SENGE, P., *La Quinta Disciplina...*, op. cit.

4 O'CONNOR, S., *The majesty of the law: Reflections of a Supreme Court Justice*, Random House Mondadori, Nueva York, 2004.

5 ROBERTS, T., “An effective mediation strategy to minimize the impact of change”, *Strategic HR Review*, Vol. 12 (6), 2013, pp. 317-321.

Cualquier intervención mediadora o cualquier programa de mediación aplicado a organizaciones, es un proyecto de I+D+I, si se enfoca desde su vertiente propia como materia transdisciplinar, transversal y multidimensional<sup>6</sup>.

La mediación en si misma ya tiene un componente de innovación en el sentido de transgresión de la forma tradicional de enfocar las relaciones, el liderazgo, el conflicto y su gestión. En mediación solemos hacer lo contrario de lo que ha venido siendo normal: Incluimos sensibilidades y diferencias en lugar de excluir personas tenidas por “problemáticas”; aseguramos la confidencialidad evitando así alimentar el conflicto y procurando cuidado a las personas implicadas; creamos un espacio seguro y de confianza para que la comunicación sea honesta, leal, fluida y pacífica; negociamos desde los inicios con las personas implicadas en la mediación, modos de comportamiento que eviten ampliar el conflicto a terceras personas como suele suceder en los grupos humanos en disputa; planteamos un enfoque apreciativo (apreciar lo que si hay) en lugar de depreciativo (enfocarse en el defecto o en lo que no hay presente), tratamos el tema desde el presente y enfocándolo al futuro, evitando la tentación de estar anclados en el pasado, etc.

Además, la mediación aplicada a las organizaciones plantea una ampliación del concepto tradicional y de los ámbitos de intervención, siendo un mecanismo potenciador de los recursos de las personas, de los grupos y de la propia organización.

Cuando hablamos del concepto tradicional de la mediación, nos referimos a que hasta hace relativamente poco, se hablaba de la mediación como “Proceso” en el que se utiliza una metodología concreta, que se aplica en la gestión de conflictos y que así aislada, se aplica básicamente en la gestión de conflictos familiares y comunitarios<sup>7</sup>.

Sin embargo, al aplicar la mediación a las organizaciones quedó patente que solamente resolver, no era la cuestión. Lo importante es prevenir y mas aún rehabilitar los sistemas, subsistemas o elementos dañados a causa del conflicto sin resolver.

Hemos confirmado a través de las experiencias desarrolladas a lo largo de los últimos 10 años, que la mediación va más allá de ser -exclusivamente- un sistema alternativo para la gestión de controversias. Por el contrario, tiene un sentido mucho más amplio y su aplicabilidad ha trascendido las fronteras o límites tradicionales.

Así, entendemos la mediación como un recurso para la mejora y el cambio que insertado en la estructura de la organización, proporciona un nuevo modelo y estilo de ser y hacer en el mundo organizativo<sup>8</sup>.

Este enfoque supone una aportación de gran utilidad sobre todo en organizaciones y/o comunidades o grupos necesitados de cambios estructurales o bien con un interés claro en la innovación, en el desarrollo y en crear una marca positiva dis-

---

6 NOVEL MARTÍ, G., “La Transdisciplinariedad y la multidimensionalidad de la Mediación”, en GORJÓN, F. y PESQUEIRA, J. (Edit.), *La ciencia de la Mediación*, Cap. 9, Tirant lo Blanch Internacional, México, 2015.

7 NOVEL MARTÍ, G., “Mediación organizacional”, en GARCÍA, L., TOMILLO, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dirs.), *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI: Mediación*, tomo I, Reus, Madrid, 2010, pp. 301-314.

8 NOVEL MARTÍ, G., *Mediación Organizacional: Desarrollando un modelo de éxito compartido...*, op. cit.; NOVEL MARTÍ, G., “Mediación organizacional”..., op. cit.; NOVEL MARTÍ, G., *Mediación en Salud: Un nuevo paradigma cultural en organizaciones que cuidan*, Reus, Madrid, 2012.

tintiva de cultura de paz y usando el término de DILTS<sup>9</sup>, de organización inteligente que aprende y produce aprendizajes de valor.

Aplicar este enfoque significa introducir el paradigma de la cultura de la mediación en la estructura total de la organización, con un enfoque sistémico que produce y acompaña el cambio y la mejora hacia la excelencia<sup>10</sup>.

Implica utilizar distintas metodologías mediadoras, lo que denominamos “Sistemas de mediación”<sup>11</sup>, combinadas y dirigidas a fortalecer a todas y cada una de las partes y componentes de la organización o grupo, para que el “todo” asuma y co-gestione el cambio positivo deseado. Y para ello, es necesario utilizar estrategias –desde el enfoque sistémico- dirigidas, tanto a la “microgestión”, como a la “macrogestión” del conflicto, para que el impacto sea total y se produzcan los cambios y mejoras deseadas<sup>12</sup>.

Este enfoque de la mediación, lo recomendamos decididamente “*para producir un cambio sustancial en la cultura de la estructura de que se trate y sobre todo, porque aporta nuevos horizontes conceptuales y profesionales a la ciencia de la mediación, vista no solo como un recurso para gestionar conflictos individuales y grupales, sino también como un recurso extraordinario para producir el cambio social hacia una sociedad más justa, más solidaria, más bondadosa y más pacífica*”<sup>13</sup>.

Y por supuesto, si hablamos de insertar una nueva cultura, de crear algo nuevo, diferente, cambiar o transmutar valores, visión y procesos, *estamos hablando de “Innovación”*. Si hablamos de desarrollar nuevos recursos para implantar en la organización total, produciendo cambios estructurales, *estamos hablando de “Desarrollo”*, de proyectos, de conocimientos y de nuevas prácticas. Y si estamos tratando con casuística, con datos cuanti-cualitativos, con registros, con protocolos, con bases de datos y producción de resultados, que nos permitan el análisis, publicación y generalización, *estamos hablando de “Investigación”*. Estamos, definitivamente, refiriéndonos a la capacidad y a la realidad de la existencia de proyectos de mediación que son de I+D+I.

### 3. LA MEDIACIÓN COMO MODELO PARA LIDERAR LA MEJORA Y EL CAMBIO

A continuación presentamos, a modo de ejemplo, dos casos en los que se está aplicando un proyecto global de mediación como I+D+I. Uno de ellos es el del Consorcio Sanitario de Terrassa, en Barcelona (España), *que constituye un caso de éxito con 11 años de experiencia* y una amplia casuística, lo cual nos permite investigar continuamente acerca del conflicto, las personas afectadas y su gestión a través de

9 DILTS, R., *Liderazgo creativo. PNL. Para forjar un mundo al que las personas desean pertenecer*, Urano, Barcelona, 1998 (Última edición, actualmente en formato PDF).

10 NOVEL MARTÍ, G., *Mediación en Salud: ..., op. cit.*

11 NOVEL MARTÍ, G., *Mediación Organizacional: Desarrollando un modelo de éxito compartido...*, *op. cit.*; NOVEL MARTÍ, G., “Mediación organizacional”..., *op. cit.*; NOVEL, G., “Mediation Systems in Complex organizations”, en POBLET, M., GABARRÓ, S., GALERA, N. y TEODORO, E. (Eds.), *Courts and Mediation: New Paths for Justice*, European Press Academic Publishing, Italy, USA, UK, 2011 (pp. 193-202).

12 FARRE, S., *Gestión de Conflictos: Taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, Ariel, Barcelona, 2004.

13 NOVEL MARTÍ, G., “La Transdisciplinariedad y la multidimensionalidad de la Mediación”..., *op. cit.*

los sistemas de mediación aplicados. Este modelo puede ser visto como un *ejemplo de mejora* de una organización innovadora que apuesta por ir más allá de lo tradicional a pesar de los buenos resultados anteriormente existentes.

El segundo caso, es el de la Universidad de Guayaquil (Ecuador) donde se está aplicando la mediación como *recurso para acompañar el cambio desde el año 2014*, en una situación particularmente necesitada. En este caso no tenemos casuística suficiente para discutir o presentar, pero lo describimos como un modelo diseñado a medida para una organización en proceso de cambio estructural que puede ser aplicado a otras organizaciones de características similares.

### 3.1. EL CASO DEL CONSORCIO SANITARIO DE TERRASSA

El Consorcio Sanitario de Terrassa (CST), ubicado en la provincia de Barcelona (España es pionero en el mundo en utilizar la mediación como modelo para liderar el cambio).

Tiene una plantilla media de 2.100 trabajadores y dispone de 7 centros de atención primaria, un centro de atención especializada (Hospital de Terrassa), y un centro sociosanitario y de atención a las dependencias, además de un hospital de día para pacientes de Alzheimer, una unidad asistencial de medicina del deporte (CAR) y de una Unidad de Hospitalización Penitenciaria.

El marco legislativo en el que se apoya este proyecto es el que puede observarse en el siguiente cuadro. Cabe decir que la legislación chilena se tuvo en cuenta por ser el primer antecedente de este tipo, en el mundo sanitario, si bien solamente se dirige a la solución de controversias con usuarios (pacientes, familia) del sistema:

- **LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES**, aprobada en España, que pretende articular una ordenación general de la mediación, aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, sin perjuicio de las disposiciones aprobadas por las Comunidades Autónomas.
- **LEYES DE MEDIACIÓN** aprobadas en el marco de las Comunidades Autónomas, en nuestro caso, en Cataluña.
- **LEY 19.966 DE CHILE, POR DAÑOS EN SALUD**, que es una experiencia legislativa pionera a nivel internacional, dirigida a establecer norma sobre esta materia concreta de mediación en situaciones de demandas de los *usuarios del sistema sanitario* tanto público como privado.

Figura 1: Marco Legal y Filosófico que impulsa la mediación en España y en Salud

El proceso de cambio generado en el Consorci Sanitari de Terrassa (CST) durante los últimos 10 años, ha comportado su transformación en una organización sanitaria integral, que ha refundado su modelo asistencial, con todas las implicaciones que se derivan a nivel de reordenación de estructuras, procesos, toma de decisiones, participación de los profesionales, papel de los directivos, etc.

Este proceso de transformación del CST que, como se ha apuntado, ha supuesto un cambio de modelo asistencial (con una apuesta decidida por los equipos clínicos multi e interdisciplinarios y por la continuidad asistencial), ha sido posible gracias a múltiples elementos que han jugado un papel relevante. Y entre ellos, la organización se ha dotado de un nuevo recurso -la mediación-, que ha contribuido a facilitar el proceso de cambio, poniendo al servicio de los profesionales y usuarios un conjunto de mecanismos para afrontar los inevitables conflictos que afloran cotidianamente en cualquier organización. El resultado final ha sido una evolución evidente de la cultura del consenso en la organización y la percepción mayoritaria de que ésta dispone de un recurso neutral, sólido, válido y activable en cualquier momento<sup>14</sup>.

En efecto, en esta organización hemos insertado la mediación para la construcción de una “*Organización del Tercer Lado*”<sup>15</sup> en toda la estructura organizativa, implantando *sistemas de mediación* (que más adelante se describen), promoviendo el cambio, la innovación, la transferencia de conocimientos y la investigación en mediación.

Este proyecto se inició con una etapa formativa de mediadores (con un Máster de la Universidad de Barcelona) en octubre de 2014, abriéndose la Unidad de Mediación Sanitaria (UMS) en octubre de 2005, como un proyecto piloto que incluía tres dispositivos más de este tipo. En la actualidad, la UMS del CST esta gestionada por el Observatorio de Mediación de la Universidad de Barcelona, mediante convenios anuales de colaboración.

En el siglo XXI, una organización exitosa no solo se adelanta o gestiona el cambio de manera positiva, sino que “*ella misma lo produce para avanzar hacia la innovación, el desarrollo, la excelencia y el éxito*”<sup>16</sup>. Ahora bien, la innovación y por lo tanto el cambio van inexorablemente unidos a ciertas resistencias propias de la condición humana. Por ello, es fundamental la implicación y cuidado de las personas que van a discutir, apoyar o no, implementar y evaluar estos cambios.

Y aquí es donde entra con fuerza el concepto propuesto de “*Organización del Tercer Lado*”, que supone un cambio cultural de los paradigmas anteriormente existentes. Podemos definirla como “*una organización inteligente que aprende, que gestiona positivamente el consenso y que resuelve las diferencias y/o conflictos a través del diálogo pacífico y productivo, aplicando “sistemas de mediación” y cuidando al mismo tiempo a las personas que allí trabajan y se relacionan*”<sup>17</sup>.

Este tipo de organización se caracteriza porque usa el poder de las partes para la deconstrucción de los conflictos, utilizando una perspectiva mediadora para ges-

14 NOVEL, G., POCH, M. y DAVI, S., “La mediación organizacional: Un modelo para la construcción del Tercer lado”, en CASANOVAS, P., MAGRE, J. y LAUROBA, M<sup>a</sup> E. (Dir.), *Libro Blanco de Mediación en Cataluña*, Anexo 4 (1.015-1.026), Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2010.

15 Concepto que utiliza URY al hablar de las organizaciones que utilizan sistemas de prevención y gestión del conflicto a través de la mediación (URY, W., *Alcanzar la paz: Diez caminos para resolver conflictos, en la casa, el trabajo y el mundo*, Paidós, Barcelona, 2000).

16 NOVEL MARTÍ, G., *Mediación Organizacional: Desarrollando un modelo de éxito compartido...*, op. cit.

17 NOVEL MARTÍ, G., “Sistemas de mediación en organizaciones de salud: Un caso de éxito”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. y TORRADO TARRÍO, C. (Dir.), *La Mediación: Nuevas realidades, nuevos retos*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 651-687.

tionar las diferencias. Asimismo, pone énfasis y recursos para instaurar procesos de diálogo pacífico y por lo tanto no violento, para la mejora del ambiente laboral y las relaciones entre las personas. Además, enfoca su interés en que las personas que allí trabajan se sientan reconocidas, incluidas, motivadas y comprometidas con los valores y objetivos de la organización. Finalmente, una organización de este tipo apuesta por procesos sistematizados de educación para la paz, para que puedan ser replicados en todos los ámbitos en que se relacionan las personas<sup>18</sup>.

El rasgo diferencial de este Consorcio es un equipo de gerencia altamente proactivo e innovador, que ha sabido transmitir este espíritu de mejora y cambio constante y el amor por el “trabajo bien hecho” a todos los directivos de la organización, así como a sus profesionales y trabajadores, lo cual impregna el trabajo cotidiano y el modo de responder a las innovaciones y cambios. Desde aquí, nuestro reconocimiento y agradecimiento por estos 10 años de trabajo ilusionado y conjunto. Es como trabajar con amigos: Un auténtico regalo.

### 3.1.1. FILOSOFÍA Y COMPONENTES DEL PROYECTO

El modelo diseñado contiene cuatro elementos que le distinguen y muestran su filosofía de fondo que marca todos los itinerarios del proyecto: Elemento cultural, ideológico, social y técnico. A continuación puede observarse de manera resumida este enfoque:



Figura 2: Proyecto de Mediación en Organizaciones de Salud: Misión y Visión

Desde esta visión de crear un proyecto que va más allá de lo tradicional y con un enfoque claramente *dirigido a crear valor añadido*, se creó un plan de implementación con los siguientes componentes:

18 NOVEL MARTÍ, G., “Los conflictos en las organizaciones de salud: La mediación como puente de oro para la mejora y el cambio”, en VINYAMATA, E. (Dir.), *Causas, repercusiones y soluciones a los conflictos en las empresas*, Editorial UOC, Barcelona, 2013.

## A) COMPONENTES DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO

Con un enfoque docente y clínico que ha permitido crear nuevos dispositivos y sistemas de transferencia de conocimiento con criterios de calidad y sostenibilidad, tales como:

- Introducción de la figura de Mediadores inter pares, *como Sistema de Atención Primaria del conflicto*, con mediadores internos en los propios equipos que son los que actúan en primera instancia y derivan al servicio de atención especializada (el Servicio de Mediación) los casos que requieren una intervención por parte de mediadores profesionales.
- Creación de la Unidad de Mediación Sanitaria (UMS), *como sistema de atención especializada del conflicto*, donde se tratan los conflictos de alta intensidad, de gran dimensión, de gran impacto y cronificados. Dado que la UMS forma parte de un proyecto de I+D+I, con criterios de responsabilidad social, dispone de un sistema de control de calidad como:
  - *Registros, formularios y documentos* necesarios para el buen funcionamiento de la Unidad.
  - *Reglamento de la UMS, protocolo para la gestión de casos y código ético.*
  - *Sistema de recogida de datos* para obtener información de los usuarios del servicio, del conflicto tratado y del resultado de las intervenciones realizadas.
  - *Sistemas protocolizados de derivación mutua* con otros servicios que también tratan el conflicto desde otras perspectivas (recursos humanos, servicio de atención al paciente y familia, etc.), con la finalidad de crear sinergias, potenciar las buenas prácticas y conseguir mejores resultados trabajando colaborativamente.
  - *Encuestas de satisfacción del servicio*, para conocer la opinión respecto al servicio prestado, a la unidad como estructura física y otros datos necesarios para la mejora continuada. Los de que disponemos en lo relativo a la satisfacción de los usuarios del servicio, en el periodo 2005-2014, nos muestran que el 83,3% valoran el recurso de mediación muy positivamente.
- Transferencia de conocimiento a toda la organización, con formación específica para grupos diana, de riesgo y vulnerables, así como formación general a toda la organización. En este sentido:

- *Se han formado 25 mediadores inter pares* que sirven de facilitadores de diálogos en sus equipos de trabajo. Cada año se incorporan más formaciones de este tipo y se realizan jornadas de actualización con los ya formados.
  - *El 85% de los directivos y el 70% de los mandos intermedios*, han sido formados en “Técnicas de negociación de Harvard”, con una formación específica de 32 horas.
  - *El 70% de los mandos intermedios*, han sido formados en “Habilidades mediadoras y técnicas de gestión del conflicto y de construcción de consenso”.
  - *El 100% de los trabajadores de la institución*, han asistido a talleres de formación en actividades de corta duración, para la difusión e impregnación de la cultura de la mediación. Hasta el año 2014, se han realizado 132 talleres de formación, con una asistencia de 2.640 personas.
- Se dispone de un sistema estable de Prácticas avanzadas de mediación organizacional, a través de convenios con distintas Universidades y empresas, siendo considerada una *unidad formativa de alto nivel*. En estos momentos participa activamente en el “Máster de Mediación Profesional: Prácticas avanzadas”, organizado por el Observatorio de Mediación y la Facultad de Derecho, de la Universidad de Barcelona (España).
  - Se realiza Formación en empresa, a través de talleres continuados dirigidos a los trabajadores y profesionales de manera sostenida y continuada. Especialmente a destacar el módulo de prevención y gestión del conflicto a través de prácticas colaborativas y consenso, que se realiza a todos los residentes médicos, enfermeras, psicólogos y farmacéuticos del Consorcio, al inicio de su actividad laboral en la institución. Esta formación además de dotar de herramientas y recursos prácticos para el trabajo, introduce a los profesionales de nueva incorporación, en la filosofía de diálogo y consenso, implantada en la organización.
  - Desarrollo de otros sistemas integrados de inserción de la mediación como recurso, en la organización así como de visibilización interna y externa, tales como:
    - *Cláusulas de mediación* en documentos de uso interno, (usuarios y trabajadores) y externo (convenios y contratos).
    - *Presencia* en la Web, memorias anuales, comunicaciones internas, programas de radio y televisión del ámbito de influencia, etc.

- *Oferta de servicios a otras instituciones* sanitarias de la zona con las que se tienen acuerdos de colaboración.

## B) COMPONENTES DE INVESTIGACIÓN

Como se ha comentado, desde los inicios, este proyecto se planteó con criterios de responsabilidad social y desde una perspectiva de I+D+I, dado que se trataba de una innovación única en el sector, diseñándose desde el principio elementos de control de calidad y evaluación continuada. Algunos de los resultados de que disponemos (que han sido publicados y difundidos en actividades científicas nacionales e internacionales) y que son el fruto de la innovación, el desarrollo e investigación, son los siguientes:

- Uso de nuevas metodologías mediadoras para aumentar la eficacia y el ámbito de acción de la mediación tradicional. Desde esta premisa hemos diseñado los “*sistemas de mediación*” que están siendo probados, aplicados y estandarizados para futuras intervenciones, en base a los resultados. Esto significa ir mas allá del proceso de gestión de conflictos tradicional y en el marco de la transdisciplinariedad y transversalidad que caracteriza a la mediación<sup>19</sup>, crear conocimiento mediador con un abanico amplio de intervenciones que se dirigen al fomento de la salud relacional, a la prevención del conflicto, a su gestión, así como a la rehabilitación de las estructuras que hayan podido quedar dañadas por el conflicto sin resolver positivamente en las organizaciones. Las intervenciones que en estos momentos han sido ya probadas y que ofrecemos en nuestra cartera de servicios son las siguientes:
  - Intervenciones diagnósticas, para determinar el mapa del conflicto y la mejor intervención a aplicar. Habitualmente el diagnóstico del conflicto es el paso previo a cualquier tipo de intervención y suele hacerse siempre sea de modo formal (como finalidad de la intervención y resultado de una solicitud en este sentido) o informal (como paso previo a la intervención y por decisión de los mediadores).
  - Asesoramiento para la prevención y gestión del conflicto, *como intervención preventiva y curativa*, con un alto componente educador y dirigido tanto a directivos como a personas individuales que deseen mejorar sus habilidades de afrontamiento individual en situaciones de diferencias o conflictos.
  - Apoyo estratégico para la mejora y el cambio, *como intervención preventiva y de fomento de la salud relacional y laboral*, para asesorar a líderes de proyectos, departamentos u organizaciones en nuevas líneas

19 NOVEL MARTÍ, G., “La Transdisciplinariedad y la multidimensionalidad de la Mediación”..., *op. cit.*

de trabajo a desarrollar y, en general, para la mejora de la comunicación y políticas internas institucionales, en el marco de la cultura mediadora.

- Coaching directivo y de equipos, en conflictos, como *intervención rehabilitadora*, para acompañar los procesos de cambio producidos por las intervenciones mediadoras, haciéndolos sostenibles a largo plazo, así como para ayudar a mejorar las habilidades personales de liderazgo y trabajo en equipo.
  - Formación en habilidades y competencias mediadoras, como *intervención básicamente preventiva, y de promoción y fomento de la salud relacional*, con la finalidad de ayudar a mejorar el estilo relacional de las personas, dar a conocer las posibilidades de la mediación y transmitir valores de cultura de paz a aplicar en las organizaciones. Un aspecto interesante de la formación como intervención mediadora es cuando se utiliza para “gestionar indirectamente el núcleo del conflicto”, lo cual nos ha demostrado su utilidad, en situaciones en las que el grupo o el equipo no tiene la voluntad de resolver pero si la necesidad de actuar. En estos casos la denominamos “*formación curativa*” para diferenciarla de la formación tradicional antes mencionada<sup>20</sup>.
  - Procesos de mediación, como *intervención curativa o de tratamiento del conflicto*, que permite a las partes en conflicto y con la ayuda de los/as mediadores/as, tratar con un enfoque colaborativo los problemas derivados del conflicto para llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.
  - *Técnicas para la construcción de espacios de diálogo y de consenso grupal, como intervención preventiva y de fomento de la salud relacional*, de tal manera que faciliten el compromiso, la motivación, la participación, la inclusión y la colaboración, en las decisiones de mejora y/o de cambio de las organizaciones y equipos. Asimismo, son útiles para trabajar el conflicto de modo indirecto, *intervención curativa*, cuando el núcleo del mismo no puede ser tratado directamente, por ejemplo, por falta de voluntad de entrar en un proceso formal.
- Disponemos de una casuística, resultado de la recogida exhaustiva de datos en estos 10 años, que nos explica qué ocurre con las personas y equipos en situación de conflicto real o potencial y cómo ayudarles a ser mas costo-eficientes y a trabajar en espacios saludables y felices. Véase a

20 NOVEL MARTÍ, G., “Sistemas de mediación en organizaciones de salud: Un caso de éxito”..., *op. cit.*, pp. 651-687.

continuación el cuadro de resultados de intervenciones en el Consorcio Sanitario de Terrassa<sup>21</sup>:

UMS DEL CONSORCIO SANITARIO DE TERRASSA (BARCELONA) CASUÍSTICA AÑOS: OCTUBRE 2005 – DICIEMBRE 2015	
Nº DE CASOS.....	173
PERSONAS IMPLICADAS EN LA GESTIÓN DE CONFLICTOS .....	778
▪ ASESORAMIENTOS .....	48
▪ PROCESOS DE MEDIACIÓN .....	39
▫ Porcentaje de acuerdos .....	84,62 %
▪ COACHING .....	45
▫ Coaching individual .....	32
▫ Coaching de equipos .....	2
▫ Coaching mandos intermedios .....	7
▫ Coaching directivo .....	4
▪ INTERVENCIONES DIAGNÓSTICAS .....	8
▪ APOYO ESTRATÉGICO PARA LA MEJORA Y EL CAMBIO .....	9
▪ GRUPOS DE CONSENSO .....	24
▫ Consensos preventivos .....	7
▫ Consensos curativos .....	17
▪ FORMACIÓN .....	146
▫ Formación preventiva (Dato recogido desde el año 2012) ...	52
▫ Formación curativa (Desde el año 2012) .....	10
ACTIVIDADES DE DIFUSIÓN .....	67
IMPACTO TOTAL en número de personas .....	4.920

Tabla 1: Tipos de intervenciones realizadas en el CST. Años 2005-2014

Para mejor comprensión de este cuadro (y del siguiente) presentamos algunas aclaraciones:

- El porcentaje de acuerdos, hace referencia a acuerdos totales y parciales. Si sumáramos los casos cerrados sin acuerdos firmados, aunque con cambios positivos expresados y demostrados, el resultado de éxito de la mediación, es del 94%.
- Las actividades de formación se contabilizan aparte por tratarse –en principio- de una intervención preventiva y por lo tanto no indica existencia de conflicto entre las personas y equipos. Ahora bien, como resultado del ánimo continuo de investigar nuevos modos de intervenir exitosamente y de manera personalizada según las necesidades existentes, se introdujo desde el año 2012, el concepto de formación curativa y preventiva, en función de la finalidad que persigue.
- Los grupos de consenso los consideramos intervención porque, aunque en ocasiones se realicen en modo preventivo, siempre responden a situaciones de dificultad y/o vulnerabilidad al conflicto activo. Como ocurre en la formación, desde el año 2012, hemos empezado a diferenciar los

21 ODM, Observatorio de Mediación de la Universidad de Barcelona, Informe de Actividades 2005-2014. ODM-Universidad de Barcelona (documento interno del ODM que contiene datos y registros de actividades y resultados de intervenciones de mediación), 2014.

consensos en los que las partes están ya en conflicto activo (tratando indirectamente el núcleo del conflicto) de los que lo podrían estar potencialmente si no se interviniera.

- El impacto total es un dato procedente de sumar el número de personas que han estado en intervenciones, en la formación y en actividades de difusión realizadas.

Nuestra experiencia global en el campo de la mediación organizacional es más amplia, aunque nuestra actividad principal se ha ido desarrollando en el CST, por disponer allí de un servicio estabilizado. Véase a continuación, la experiencia de nuestro equipo en las organizaciones:

MEDIACION EN ORGANIZACIONES CASUÍSTICA AÑOS: OCTUBRE 2005 – DICIEMBRE 2015	
<b>Nº DE CASOS</b> .....	<b>266</b>
<b>PERSONAS IMPLICADAS EN LA GESTIÓN DE CONFLICTOS</b> .....	<b>1285</b>
▪ <b>ASESORAMIENTO</b> .....	<b>92</b>
▪ <b>PROCESOS DE MEDIACIÓN</b> .....	<b>67</b>
▫ Porcentaje de acuerdos .....	<b>77,65 %</b>
▪ <b>COACHING</b> .....	<b>54</b>
▫ Coaching individual .....	<b>37</b>
▫ Coaching de equipos .....	<b>2</b>
▫ Coaching mandos intermedios .....	<b>7</b>
▫ Coaching directivo .....	<b>8</b>
▪ <b>INTERVENCIONES DIAGNÓSTICAS</b> .....	<b>13</b>
▪ <b>APOYO ESTRATÉGICO PARA LA MEJORA Y EL CAMBIO</b> .....	<b>9</b>
▪ <b>GRUPOS DE CONSENSO</b> .....	<b>31</b>
▫ Consensos preventivos .....	<b>8</b>
▫ Consensos curativos .....	<b>23</b>
▪ <b>FORMACIÓN</b> .....	<b>251</b>
▫ Formación preventiva (Desde el año 2012) .....	<b>57</b>
▫ Formación curativa (Desde el año 2012) .....	<b>12</b>
<b>ACTIVIDADES DE DIFUSIÓN</b> .....	<b>278</b>

Tabla 2: Tipos de intervenciones realizadas en organizaciones. Años 2005-2014

En este caso, ocurre como en el anterior en lo que a conceptos utilizados se refiere. Solamente añadir que en caso del porcentaje de acuerdos, si sumáramos los casos cerrados sin acuerdos firmados, aunque con cambios positivos expresados y demostrados, el resultado de éxito de la mediación, es del 93,11%.

Estos datos dan idea de la magnitud del proyecto del CST así como de la experiencia desarrollada en el mundo del conflicto organizacional y su gestión (con 1.170 unidades de estudio y sus respectivas variables e indicadores asociados), que nos permite poder trabajar en el análisis de datos de manera continuada para producir, innovación desarrollo e investigación aplicada.

Desde el Observatorio de Mediación de la Universidad de Barcelona, creado el año 2006 a raíz del éxito del proyecto de mediación sanitaria, se impulsan estudios, diseño de protocolos, sistematización de nuevas prácticas, difusión de resultados, publicaciones, asesoramientos técnicos, mediaciones en la Universidad de Barcelona y otras intervenciones mediadores, etc., trabajando en absoluta sinergia con

la Unidad de Mediación del CST, en equipos interdisciplinarios, retroalimentando el sistema de modo continuado y sostenido.

### 3.2. EL CASO DE LA UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL (ECUADOR)

A continuación se presenta otro proyecto de I+D+I que se está desarrollando en la Universidad de Guayaquil (en adelante UG) y que consiste en el desarrollo de un “Programa de Mediación y Cultura de Paz”, presentado al FCI-2014 (Fondo Competitivo de Investigación) de la Universidad, que fue aprobado y dotado de presupuesto propio para su desarrollo a lo largo del año 2014-2015.

La UG, fundada en 1867 y llamada coloquialmente como “la estatal”, es una gran organización que cuenta con 17 Facultades que ofertan 31 carreras de pregrado, 7 a nivel tecnológico con diferentes especializaciones y 8 carreras cortas, de uno y dos años; cuenta con 6 Extensiones Universitarias en la Costa, y provincia de Galápagos, 14 centros de estudios a distancias, 5 Institutos Superiores de Postgrado y 18 Institutos de Investigaciones. Se calcula que tiene alrededor de 70.000 estudiantes y un número importante de profesores actualmente difícil de determinar por los cambios y contrataciones continuas que se está produciendo.

La mediación y la gestión alternativa de conflictos está ampliamente legislada en Ecuador, constituyendo un marco legal y filosófico idóneo para su implantación, tal y como puede observarse en el siguiente cuadro:

- ▶ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.
- ▶ **PLAN NACIONAL DEL BUEN VIVIR 2013-2017**, Secretaría General de Planificación y Desarrollo, República del Ecuador: Consejo Nacional de Planificación, 2013.
- ▶ **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**, Registro Oficial Suplemento 58 de 12-jul-2005, Última modificación: 24-nov-2011.
- ▶ **LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN**, publicada en el Registro Oficial No. 532, de 25 de febrero de 2005, codificada en Registro Oficial No. 417, de 14 de diciembre de 2006.

*Figura 3: Marco Legal y Filosófico que impulsa la mediación en Ecuador*

Así pues, existe ya la sensibilidad y la necesidad, así como el marco impulsor para impulsar una cultura de paz en Ecuador a todos los niveles. De otro lado, hay un fenómeno a destacar que consiste en que la UG está en un momento de cambio profundo, a través de un proceso de intervención estatal, para promover cambios estructurales, mejorando la praxis académica, aumentando el nivel investigador, en un enfoque dirigido el cambio y la excelencia<sup>22</sup>.

22 NOVEL MARTÍ, G., “Construcción de Cultura de Paz en la Universidad de Guayaquil: La mediación como recurso para la mejora y el cambio”, *UG-Revista Universidad de Guayaquil*, Enero-Abril, n.º. 1019, 2014, pp. 17-28.

Esta es una excelente situación para introducir la mediación como recurso porque unos cambios tan profundos y propuestos desde la máxima autoridad, el estado, crean una clara vulnerabilidad al conflicto y al mismo tiempo, porque no se podría producir un cambio radical como se propone, sin resolver las cuestiones anteriores (conflictos) que forman parte de la misma estructura. Además nos queda claro que en estos procesos es imprescindible sumar sensibilidades y crear consensos profundos que aseguren el cambio deseado y su sostenibilidad<sup>23</sup>.

De modo que enfrentamos este reto como una oportunidad para crear un modelo que sirva para el presente así como para ser replicado en otros procesos similares, constituyendo un referente a nivel nacional, regional e internacional.

La posibilidad de traducir un sueño en realidad, en nuestro caso, ha venido dada por la decisión de las autoridades de la Universidad de Guayaquil que lo hicieron posible, en un primer momento. Pero también, por la colaboración permanente de los equipos rectorales posteriores que han seguido apostando por la mediación, así como las autoridades académicas y profesores de las Facultades de Jurisprudencia, la Escuela de Sociología, Ciencias Administrativas, Sociología, Ciencias Químicas, Ciencias Matemáticas y Físicas, Ciencias Médicas y Psicología que forman parte del Grupo de Investigación y Promotor. También agradecemos el apoyo de la Dirección de Investigación y Postgrados Académicos de la UG (DIPA), que nos ha permitido iniciar la etapa previa, formando en mediación a profesores y alumnos de la UG, y dándonos una beca para la puesta en marcha de este proyecto, a través el Fondo Competitivo de Investigación que gestiona. Finalmente, decir que si esta iniciativa está siendo una realidad es gracias a la dedicación, ilusión y profesionalidad de nuestro equipo de investigadores (profesores, asistentes y alumnos), del grupo asesor y de los consultores del proyecto. A todos ellos, un agradecimiento infinito.

### **3.2.1. PROGRAMA DE MEDIACION Y CULTURA DE PAZ EN LA UG: COMPONENTES**

A partir de nuestra experiencia y de las peculiaridades de la UG se diseñó un modelo aplicado a la realidad y necesidades de esta Universidad, con el objetivo de insertar la mediación como recurso para la mejora y el cambio organizacional.

Este “Programa de Mediación y Cultura de Paz”, consta de tres proyectos, tal y como puede observarse en la siguiente figura, estando en la actualidad el primero de ellos en funcionamiento (Creación del SMUG) y ya con un sub-proyecto en marcha (INNOVA) que más adelante se describe.

---

23 NOVEL MARTÍ, G., “La mediación como modelo para liderar el cambio”, *FSL: Revista Técnica de Prevención de Riesgos Laborales y Seguridad y Salud en el Trabajo*. MC Mutual, 2014, pp. 8-10.

### Un proyecto para el Buen Vivir de la comunidad

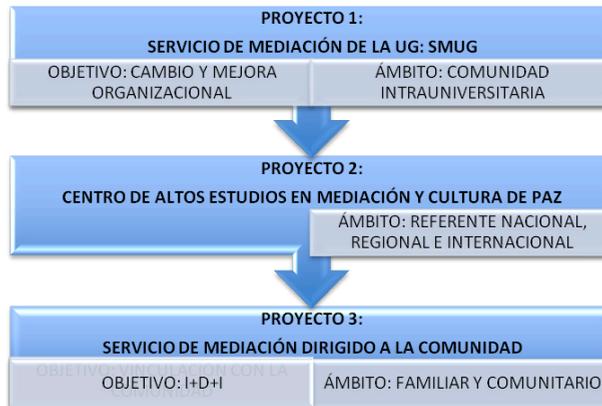


Figura 4: Contenido del Programa de Mediación y Cultura de Paz en la UG.

Puede observarse cómo estos tres proyectos se articulan y complementan, para crear un sistema dotado de una estructura completa, que actúa a distintos niveles, de modo simultáneo con los siguientes componentes:

#### A) COMPONENTES DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO

Se introduce la mediación como un nuevo recurso que acompaña y ayuda en el cambio estructural de la UG, con un enfoque formativo y clínico que nos permite crear nuevos dispositivos y sistemas de transferencia de conocimientos, con criterios de calidad y sostenibilidad tales como:

- **Introducción de la figura de Mediadores Interpares, como Sistema de Atención Primaria del conflicto,** con mediadores internos en los propios departamentos universitarios, que son los que actúan en primera instancia y derivan al servicio de atención especializada (el Servicio de Mediación de la UG) los casos que requieren una intervención por parte de mediadores expertos.
- **Creación del Servicio de Mediación de la Universidad de Guayaquil: SMUG, como Unidad de Atención especializada del conflicto,** con una cartera de servicios amplia de *sistemas de mediación* para el fomento de la salud relacional, la prevención y gestión de conflictos, así como para la rehabilitación de las estructuras grupales u organizacionales que lo requieran. Además de realizar esta atención especializada, se pretende que en el SMUG se realice investigación aplicada y se diseñen nuevos modos

de intervención como innovación sostenida. Asimismo, se diseñan *sistemas de control de calidad de los procesos y evaluación, ya que como en el proyecto anterior, el SMUG forma parte de un proyecto de I+D+I, con criterios de responsabilidad social:*

- *Registros, formularios y documentos necesarios para el buen funcionamiento del Servicio.*
  - *Reglamento del SMUG.*
  - *Protocolo para la gestión de casos.*
  - *Código ético.*
  - *Sistema de recogida de datos para obtener información de los usuarios, del conflicto y resultado de las intervenciones realizadas.*
  - *Sistemas protocolizados de derivación mutua con otros servicios que también tratan el conflicto desde otras perspectivas.*
  - *Encuestas de satisfacción del servicio, para conocer la opinión respecto al servicio prestado, a la unidad como estructura física y otros datos necesarios para la mejora continuada.*
- **Creación de Oficinas de Mediación (OFMED)**, que se irán abriendo paulatinamente en cada Facultad, Escuela e Instituto de la UG, donde trabajarán los mediadores inter pares y los mediadores en cartera de la UG, que son profesionales formados y especializados, que no forman parte del equipo estable del SMUG pero intervienen a instancias de éste, cuando la situación (por perfil de las partes o conflicto) lo requiere. Inicialmente se abren seis, una en cada carrera de las que participan en el Proyecto INNOVA, que a continuación se describe.
  - **Diseño y puesta en marcha de los “Proyectos Piloto Innova”**, que constituyen un producto del trabajo que se está realizando desde el SMUG y que tienen como objetivo probar un modelo sistémico de inserción de la cultura de la mediación, para promover espacios saludables, pacíficos y efectivos, en el marco de la educación universitaria. Estos proyectos se iniciarán en la Escuela de Sociología (que pertenece a la Facultad de Jurisprudencia) y en la Facultad de Ciencias Médicas (que incluye enfermería, obstetricia, medicina y tecnologías médicas), dado que solicitaron ser los primeros en participar en este proyecto de mediación. El desarrollo de estos proyectos INNOVA se realizará en tres etapas (diagnóstica, de intervención y evaluación), a lo largo del año 2015, finalizando con un informe que recogerá una propuesta de modelo a replicar en otras facultades, es-

cuelas e institutos de la UG, así como a otras Universidades del país y organizaciones en general.

Al finalizar este proceso de inserción de la mediación en toda la estructura organizacional de estas carreras, esperamos confirmar que las personas cuando sienten que pueden confiar están dispuestas a los cambios, que las sensibilidades y opiniones diferentes suman si son respetadas desde los inicios, que juntos podemos más que por separado. Que la calidad y los resultados es algo importante y que las personas, también. Y que la mediación aporta un valor agregado a otros enfoques, porque acompaña el cambio de manera proactiva, creativa y consensuada.

- **Transferencia de conocimiento** a toda la organización, con formación específica para grupos diana, de riesgo y vulnerables, así como formación general a toda la organización. En este sentido:
  - Se han formado *50 mediadores inter pares* (profesores, personal de administración y servicios, así como alumnos) y se está preparando otra segunda formación para otro grupo de 50 personas. Su función será la de actuar en sus departamentos, lugares de trabajo o de estudio, como facilitadores de dialogo.
  - Se está en proceso de formar a *10 mediadores especializados en organizaciones*, a través del presupuesto del FCI-2014, beca que fue concedida en el año 2014, como antes se mencionó. De éstos, 6 trabajarán de manera estable en el SMUG y el resto forma parte de la cartera de mediadores de la UG, que se inicia este año.
  - Se están realizando numerosas *jornadas de encuentro y sesiones formativas* de corta duración para sensibilizar y difundir la cultura de paz y de mediación.
  - *Se está diseñando un sistema de transferencia de conocimientos de prevención y gestión de conflictos y mediación a todos los integrantes de la comunidad universitaria* que pertenecen a las facultades y escuelas implicadas en el proyecto piloto, INNOVA (grupos diana, líderes estudiantiles, directores de proyectos y de departamentos universitarios, personal de administración y servicios, autoridades, etc.).
  - Asimismo se realizan periódicamente *sesiones de difusión en la Universidad*, para crear alianzas y difundir el proyecto, dirigidas a todas las personas que trabajan y se relacionan en la UG.
  - Cuando se ponga en funcionamiento el tercer proyecto (servicios de Mediación en la comunidad) esta transferencia de conocimiento

se llevará también a la comunidad, por lo que la UG será la institución pública de referencia en temas de mediación comunitaria y organizacional.

## B) COMPONENTES DE INVESTIGACIÓN

Como ya hemos reiterado este programa se ha planteado como un proyecto de I+D+I, por lo que desde sus inicios se está trabajando con este enfoque. Algunos de los productos en los que estamos trabajando desde esta perspectiva son los siguientes:

- **Diseño de una base de datos** para poder obtener información y disponer de variables e indicadores que nos permitan recabar información de valor, obtener datos, realizar informes, estudios e investigaciones.
- **Diagnóstico del clima en la UG y percepción de conflictos existentes**, estimulando la participación de todos los integrantes de las carreras que participan en el Proyecto INNOVA, para iniciar las intervenciones desde el SMUG, de modo que responda a las necesidades actuales y prioritarias, al tiempo que generar espacios de diálogo e interacción proactiva.
- **Diseño y planificación de un Centro de Altos Estudios en mediación y Cultura de Paz**, como referente en I+D+I, desde donde se impulsará la investigación de modo sostenido, trabajando en red con el de la Universidad de Barcelona, que como antes hemos visto, dispone ya de experiencia para prestar este tipo de apoyo (existen ya convenios de colaboración firmados y suficiente casuística para realizar investigaciones comparadas en el campo de la prevención y gestión de conflictos en organizaciones, a través de la mediación).
- **Se han iniciado publicaciones y participación en actividades científicas**, en los encuentros, jornadas y congresos nacionales e internacionales de mediación, esperando que en breve podamos aportar resultados cuantitativos para su discusión y publicación.
- Se ha creado una **Red Internacional** para el desarrollo de la Mediación y Cultura de Paz, denominada INNOVAM, que integra 13 Universidades y que está en continua expansión, con convenios y encuentros para la colaboración en proyectos conjuntos de I+D+I.

## 4. CONCLUSIONES

Nuestra experiencia en este campo y especialmente la que hemos obtenido en las instituciones antes mencionadas, así como sus excelentes resultados, nos avalan para proponer que en cualquier proceso de cambio organizacional, sobre todo cuando son las instituciones públicas las que lo impulsan, se inserte este modelo como eje vertebrador del cambio propuesto.

Introducir la mediación en las organizaciones supone apostar por un modelo de optimización racional y eficiente que crea las mejores condiciones, mejora la calidad en el trabajo, potencia la satisfacción de todas las personas que allí trabajan y se relacionan, previene los conflictos y/o produce una gestión rápida y eficaz neutralizando los costes asociados, optimiza el clima laboral y sobre todo las oportunidades de trabajo en equipos de alto rendimiento.

En estos contextos de innovación, utilizar la mediación como recurso ha demostrado su validez en la realidad de las organizaciones porque:

- ✓ Potencia la responsabilización de las personas.
- ✓ Proporciona un sistema de apoyo activo a los directivos.
- ✓ Promueve habilidades para el tratamiento positivo de las diferencias y la gestión precoz del conflicto.
- ✓ Disminuye la probabilidad de aparición de nuevos conflictos.
- ✓ Produce aprendizajes de valor y de impacto transformador.
- ✓ Neutraliza “la cultura de la demanda y la queja”.
- ✓ Proporciona información acerca del valor agregado que la empresa ofrece.
- ✓ Promueve la construcción de cultura de paz en las organizaciones.
- ✓ Disminuye drásticamente los costes asociados al conflicto.

Y existe algo realmente importante a destacar. Una organización que inserte este nuevo paradigma en la estructura de su propia organización o de las instituciones que de ella dependen, demuestra su interés activo en trabajar a favor del diálogo, de la paz, de la concordia, del trabajo bien hecho, del interés por el cuidado a las personas, además de asegurar el éxito en los procesos, de la eficiencia y de la eficacia. Todo ello propio de las organizaciones innovadoras y vanguardistas del siglo XXI.

## 5. AGRADECIMIENTOS

Deseamos agradecer a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (Senescyt), de Ecuador, que con su apoyo, ha facilitado la dedicación de la investigadora firmante de este capítulo, para que pueda aportar su experiencia en la inserción de sistemas de mediación en organizaciones complejas, diseñar el proyecto, asesorar al Grupo Promotor de mediación y dirigir el equipo de investigación.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- DILTS, R., *Liderazgo creativo. PNL. Para forjar un mundo al que las personas desean pertenecer*, Urano, Barcelona, 1998 (Última edición, actualmente en formato PDF).
- FARRE, S., *Gestión de Conflictos: Taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, Ariel, Barcelona, 2004.
- NOVEL MARTÍ, G., “Sistemas de mediación en organizaciones complejas: El caso de la salud”, en *Materiales del Libro Blanco de Mediación en Cataluña*, Vol I, Cap. 22, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Centre d'estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2009.
- NOVEL MARTÍ, G., *Mediación Organizacional: Desarrollando un modelo de éxito compartido*, Reus, Madrid, 2010.
- NOVEL MARTÍ, G., “Mediación organizacional”, en GARCÍA, L., TOMILLO, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dirs.), *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI: Mediación*, tomo I, Reus, Madrid, 2010.
- NOVEL, G., POCH, M. y DAVI, S., “La mediación organizacional: Un modelo para la construcción del Tercer lado”, en CASANOVAS, P., MAGRE, J. y LAUROBA, M<sup>a</sup> E. (Dirs.), *Libro Blanco de Mediación en Cataluña*, Anexo 4 (1.015-1.026), Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2010.
- NOVEL, G., “Mediation Systems in Complex organizations”, en POBLET, M., GABARRÓ, S., GALERA, N. y TEODORO, E. (Eds.), *Courts and Mediation: New Paths for Justice*, European Press Academic Publishing, Italy, USA, UK, 2011.
- NOVEL MARTÍ, G., *Mediación en Salud: Un nuevo paradigma cultural en organizaciones que cuidan*, Reus, Madrid, 2012.
- NOVEL MARTÍ, G., “Sistemas de mediación en organizaciones de salud: Un caso de éxito”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. y TORRADO TARRÍO, C. (Dirs.), *La Mediación: Nuevas realidades, nuevos retos*, La Ley, Madrid, 2013
- NOVEL MARTÍ, G., “Los conflictos en las organizaciones de salud: La mediación como puente de oro para la mejora y el cambio”, en VINYAMATA, E. (Dir.), *Causas, repercusiones y soluciones a los conflictos en las empresas*, Editorial UOC, Barcelona, 2013.
- NOVEL MARTÍ, G., “Construcción de Cultura de Paz en la Universidad de Guayaquil: La mediación como recurso para la mejora y el cambio”, *UG-Revista Universidad de Guayaquil*, Enero-Abril, n°. 1019, 2014.

- NOVEL MARTÍ, G., “La mediación como modelo para liderar el cambio”, *FSL: Revista Técnica de Prevención de Riesgos Laborales y Seguridad y Salud en el Trabajo*. MC Mutual, 2014.
- NOVEL MARTÍ, G., “La Transdisciplinariedad y la multidimensionalidad de la Mediación”, en GORJÓN, F. y PESQUEIRA, J. (Edit.), *La ciencia de la Mediación*, Cap. 9, Tirant lo Blanch Internacional, México, 2015.
- O’CONNOR, S., *The majesty of the law: Reflections of a Supreme Court Justice*, Random House Mondadori, Nueva York, 2004.
- ODM, Observatorio de Mediación de la Universidad de Barcelona, Informe de Actividades 2005-2014. ODM-Universidad de Barcelona (documento interno del ODM que contiene datos y registros de actividades y resultados de intervenciones de mediación), 2014.
- SENGE, P., *La Quinta Disciplina*, Granica, Buenos Aires, 2006.
- ROBERTS, T., “An effective mediation strategy to minimize the impact of change”, *Strategic HR Review*, Vol. 12 (6), 2013.
- URY, W., *Alcanzar la paz: Diez caminos para resolver conflictos, en la casa, el trabajo y el mundo*, Paidós, Barcelona, 2000.

# LA MEDIACIÓN COMO ACTIVO EMPRESARIAL

Pilar Paz García

Abogada. Mediadora

Elena Miranda Osset

Procuradora. Mediadora



# 1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN

## 1.1. EL CONFLICTO: MANIFESTACIÓN Y TRANSFORMACIÓN

Antes de abordar la cuestión objeto de estudio, que se analizará en el apartado 2, es preciso realizar un breve análisis de la teoría del conflicto para contextualizar el punto de partida que motivó el presente trabajo.

El conflicto es intrínseco a las relaciones humanas. En este sentido se han manifestado autores como VINYAMATA CAMP, que define el conflicto como *“Confrontación de intereses, percepciones o actitudes entre dos o más partes. Esta confrontación no debería interpretarse de manera negativa, ya que los conflictos poseen aspectos positivos que permiten un desarrollo que beneficie a todas las partes implicadas. Cuando los conflictos comportan perjuicios para alguna o todas la diversas partes afectadas, se puede concluir que el conflicto en cuestión se encuentra deficientemente gestionado y que eso podría conducir a enfrentamientos perniciosos”*<sup>1</sup>. De acuerdo con el mismo autor, puede definirse también como una *“lucha, desacuerdo, incompatibilidad aparente, confrontación de intereses, percepciones o actitudes hostiles entre dos o más partes”* y, además, afirma que *“El conflicto es connatural con la vida misma, está en relación directa con el esfuerzo por vivir. Los conflictos se relacionan con la satisfacción de las necesidades, se encuentra en relación con procesos de estrés y sensaciones de temor y con el desarrollo de la acción que puede llevar o no hacia comportamientos agresivos y violentos (...)”*<sup>2</sup>.

Otro autor, con gran trayectoria en la conflictología, FISAS ARMENGOL, lo define como *“un proceso interactivo que se da en un contexto determinado. Es una construcción social, una creación humana, diferenciada de la violencia (puede haber conflictos sin violencia, aunque no violencia sin conflicto), que puede ser positivo o*

---

1 VINYAMATA CAMP, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación, negociación*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 137.

2 VINYAMATA CAMP, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos:...*, op. cit., p. 137.

*negativo según cómo se aborde y termine, con posibilidades de ser conducido, transformado y superado (...)*<sup>3</sup>.

Se pueden mencionar otras muchas definiciones de conflicto de autores destacados como ARON, FREUND, SUÁRES, HOROWITZ, CASCÓN, de las que podemos extraer características como su permanente evolución y la percepción de incompatibilidad entre las posiciones de las partes en un primer momento<sup>4</sup>.

Podemos afirmar que todas las definiciones tienen algo en común: todas ellas se articulan sobre la idea de contraposición a alguien o respecto de algo. Es por ello que consideramos, coincidiendo con todos los estudiosos en la materia, que el conflicto es inherente a las relaciones humanas, en cualquiera de sus manifestaciones o clasificaciones (ámbito familiar, escolar, laboral, empresarial, social, organizacional, intergrupual, internacional, etc.), aún cuando difieran en la forma de expresión y grado. Por tanto, los conflictos no deben ser clasificados como positivos o negativos, toda vez que ello no hace sino generar una falsa impresión, cuando lo relevante es afirmar su existencia.

Debe quedar claro que los conflictos, en sí mismos, no afectan o cambian las cosas negativamente o de forma destructiva, pues, de hecho, también lo hacen de manera positiva o constructiva.

Lo que define el conflicto es la divergencia, es la contraposición de necesidades e intereses, es la disputa por recursos, de cualquier naturaleza. Por ello es importante precisar que en el conflicto se requiere pues, la presencia de una incompatibilidad (de conductas o comportamientos) entre individuos o grupos. Las causas de los conflictos son muy diversas, sin que éstas sean determinantes en su definición, pudiendo señalar algunas a modo de ejemplo: necesidades, posiciones y objetivos, percepciones, intereses, conciencia, valores, cultura, etc.

En muchas ocasiones –realmente en la mayoría– tendemos a personificar los conflictos, esto es, en lugar de afrontar el problema común (sujeto y sujeto *versus* el problema), comenzamos a considerar que el otro sujeto es el problema (sujeto *versus* sujeto) y, de forma inconsciente, al sentirnos amenazados, se enmascara la discusión o negociación y el análisis de los asuntos sustanciales objeto de divergencia, por las generalizaciones y los estereotipos, produciéndose un distanciamiento entre las personas implicadas. Además, la mayoría de las veces los sujetos no aceptan los conflictos en los que se ven inmersas, pues no les agradan ciertas consecuencias negativas que intuyen inevitables, tales como el descontento, la frustración, el malestar,

3 FISAS ARMENGOL, V., *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria-Ediciones UNESCO, Barcelona, 1998, pp. 29, 30, 185 y 186.

4 Por motivos de extensión no se pueden reproducir en el texto principal algunas definiciones que consideramos de interés y que se mencionan a continuación:

ENTELMAN, R.F., *Teoría de conflictos: Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 173, “El conflicto es un proceso dinámico, sujeto a la permanente alteración de todos sus elementos. A medida que se desarrolla su devenir cambian las percepciones y las actitudes de los actores que, en consecuencia, modifican sus conductas, toman nuevas decisiones estratégicas sobre el uso de los recursos que integran su poder y, a menudo, llegan a ampliar, reducir, separar o fusionar sus objetivos”.

Tal y como referencia NOVEL MARTÍ, G. *Mediación Organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Reus, Madrid, 2010, p. 18, “Marínés Suárez (2005) considera que ‘El conflicto es un proceso interaccional, que como tal nace, crece, se desarrolla y puede a veces transformarse, desaparecer y/o disolverse, y otras veces permanecer estacionario; que se co-construye recíprocamente entre dos o más partes, entendiendo por partes a personas, grupos grandes o pequeños, en cualquier combinación’”.

el desgaste de energías, la ruptura de relaciones, la sensación de caos y la violencia, entre otras manifestaciones que traen aparejados los conflictos cuando se desbordan los límites de la convivencia social.

De aquí, se puede concluir que el problema no es que los conflictos existan –ya que éstos son inevitables y parte esencial de la vida social– sino la forma que adopta y su desarrollo en el tiempo.

Se hace imprescindible pues, tener la disposición de convivir con ellos y buscar su manejo racional a partir de reglas de convivencia claras y comprensivas para su gestión pacífica.

Ello no obstante, como señala LEDERACH<sup>5</sup>, una vez el conflicto es percibido por los sujetos, se producen cambios sustanciales en nuestras relaciones. En primer lugar, existe una tendencia a que se anule la facultad de razonar, provocando, de este modo, que se distorsionen las percepciones, y se comienza a construir la idea del enemigo, y se bloquea la comunicación, emergiendo los prototipos o tópicos, los efectos halo y los prejuicios.

El conflicto comporta, por tanto, no pocos costes, particularmente en lo relativo a lo afectivo y en lo emocional, cuestión ésta que exige repensar su gestión desde parámetros creativos.

Así pues, ante un conflicto el objetivo debe ser transformarlo, entendiendo por “transformación” la forma de visualizarlo y responder ante él.

Continuando con el mismo autor y compartiendo su criterio, nuestro objetivo ante un conflicto deberá ser “transformarlo”.

No existe una definición única de transformación del conflicto, sin embargo, acogemos la que LEDERACH<sup>6</sup> propone: “*La transformación del conflicto es una forma de visualizar y responder al ir y venir de los conflictos sociales como oportunidades que nos da la vida para crear procesos de cambio constructivo que reduzcan la violencia e incrementen la justicia en la interacción directa y en las estructuras sociales, y respondan a los problemas de la vida real en las relaciones humanas*”.

De esta definición se puede inferir que la transformación del conflicto descansa en dos premisas fundamentales:

Por un lado, aceptar que el conflicto es un fenómeno normal y dinámico dentro del contexto social y, por otro, a pesar de su potencial carácter destructivo, el conflicto tiene, a su vez, el potencial para generar cambios sociales constructivos. Dependiendo del manejo que se le dé, el conflicto tendrá efectos negativos o positivos para las partes involucradas en él, como ya anticipábamos *supra*, al recoger la definición de conflicto de FISAS ARMENGOL.

Es por ello que se puede atribuir al conflicto dos finalidades fundamentales. En primer lugar, considerar el conflicto como oportunidad de crecimiento y un motor de cambio que da respuesta a las necesidades humanas; y en segundo lugar, determinar cómo transformar el conflicto de un ciclo destructivo a uno constructivo.

5 LEDERACH, J.P., *Construyendo la Paz. Reconciliación sostenible en sociedades divididas*, Bakeaz/Gernika Gogoratuz, 1998, pp. 65 y ss.

6 LEDERACH, J.P., *The Little book of conflict transformation*, P.A. Good Books, 2003, pp. 3 y ss. LEDERACH, J.P., “Conflict transformation. Beyond intractability”, en <http://www.beyondintractability.org/essay/transformation>.

En este debate sobre la transformación del conflicto FISAS ARMENGOL contribuye indicando que *“abordar el conflicto, aproximarnos a él para modificarlo, significa antes que nada reconocerlo, no ocultarlo”* y afirma que *“transformar el conflicto significa trascender los objetivos de las partes en conflicto, definiendo otros objetivos, agitando y no dejándolo reposar, no acomodándose a los discursos inmovilistas”*. *“Cuando el conflicto se transforma es conducido por el camino de la paz”*<sup>7</sup>.

El referido autor apela a la creatividad humana; no impone modelos preestablecidos, por el contrario cada comunidad debe mirar a sus propios recursos y procesos y generar sus propias dinámicas de acuerdo a su contexto y necesidades. Se pretende así, empoderar a las personas y trascender el conflicto a través de su transformación, con base en el diálogo y la no violencia para que todos los actores puedan alcanzar su objetivo.

La transformación debe basarse en el diálogo y la no-violencia. La transformación del conflicto empodera a las personas.

En este contexto, se ha acreditado que la mediación y/o la metodología ADR constituyen un mecanismo eficaz para la transformación del conflicto.

La mediación es un proceso confidencial, flexible y voluntario en el que una persona imparcial experta en una serie de herramientas de comunicación, análisis y estrategias, coopera activamente en aras de que las partes de un conflicto lo transformen mediante el diálogo, para que alcancen, en su caso, un acuerdo.

La mediación, que se nuclea en torno al protagonismo de las partes en conflicto, se fundamenta en principios tales como la profesionalidad (formación y dominio de técnicas), imparcialidad (o multipartialidad), neutralidad, voluntariedad, confidencialidad y flexibilidad.

Inspirados en estos mismos principios –y en la cultura de paz– existen otras intervenciones o variantes de la “matriz mediación” que se pueden considerar igualmente útiles en determinados casos para transformar los conflictos, como son las ADR (*Alternative Dispute Resolution*) o métodos o técnicas de resolución alternativa de conflictos (RAC), que tienen como objetivo la resolución de conflictos sin confrontación, que incluyen la negociación, conciliación y el arbitraje.

Ante una “*controversia*” (palabra muy común en el lenguaje popular, con el que se define todo conflicto, por sencillo o complejo que sea, y que lleva implícita diferencias esenciales que separan a las personas) son las personas afectadas las que deciden cómo afrontarlo y, por tanto, si quieren transformarlo o no. En el caso de que decidan no transformarlo, u opten por una postura evitativa, o simplemente carezcan de formación o habilidades para reconocer el conflicto y sus diferentes alternativas ante él, serán ellos mismos los que de forma indiscutible y directa sufrirán y asumirán sus consecuencias (y su entorno, en su caso).

7 FISAS ARMENGOL, V., *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria-Ediciones Unesco, Barcelona, 1998, pp. 188 y 233.

## 1.2. EL CONFLICTO EN LA EMPRESA

En lógica con lo acabado de señalar, cabe destacar que uno de los ámbitos más intensos de relación entre las personas es el laboral. Actualmente, de conformidad con algunos estudios, entre el 20% y el 30%<sup>8</sup> de nuestra vida transcurre en el lugar de trabajo. Es, por tanto, un ámbito en el que las relaciones humanas son muy intensas, y en muchos casos sometidas a procesos de presión y exigencias elevadas.

Todas las empresas<sup>9</sup> tienen como objetivo común el ser productivas, esto es, ser rentables. Y ello por una cuestión de sostenibilidad, en la lógica coste-eficiencia, y con la premisa de que cuanta más ganancia se genere, mejor.

Asimismo, cada empresa tiene su propia cultura empresarial, que identifica su forma de ser y pone de manifiesto su propio carácter definido con conciencia por los directivos/dueños o bien aprendida por el paso de los años del quehacer diario (formas de actuación ante los problemas, oportunidades de gestión, adaptación a los cambios, requerimientos de orden exterior e interior, etc.) que es interiorizada en forma de creencias y talentos colectivos que se transmiten y se enseñan a los nuevos miembros como una manera de pensar, vivir y actuar. Se expresa en el sentido de pertenencia, en la capacidad flexible de consensuar metas comunes, en la gestión integral de la empresa con sus objetivos estratégicos y criterios de evaluación de la medida de los resultados, en la forma que decide la propia empresa. El lenguaje y las categorías conceptuales propios de cada cultura empresarial u organización, son esenciales para fijar o consensuar los límites de la identidad como grupo y establecer las reglas de juego en las relaciones con las personas que pertenecen al mismo.

Las organizaciones intentan plasmar en sus misiones el conjunto de creencias sólidas que sirven de premisas a todas sus políticas y acciones.

La cultura empresarial conducida desde el liderazgo, define la identidad perseguida y opera como factor de adaptación y transformación del entorno exterior y el desarrollo de los mecanismos internos para enfocar la gestión de forma propia y diferencial de otras empresas, así como la integración de sus procesos internos para su adecuación y supervivencia.

Uno de los factores más importantes del éxito empresarial es la invariable adhesión de todo el cuerpo social a dichas creencias.

Si una organización quiere estar a la altura de los desafíos que le plantea un mundo en proceso de cambio, debe hallarse preparada para cambiar en sí misma todo lo que sea preciso a lo largo de su historia empresarial.

Esta filosofía de empresa tiene mucho más peso que los recursos técnicos o económicos, ya que éstos, aún siendo esenciales para el éxito, son menos trascendentales que la firmeza con que las personas que integran la organización creen en sus valores básicos y los cumplen, haciéndolos suyos.

8 Porcentajes obtenidos de estudios realizados por la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo (*Eurofound*), por el *European Industrial Relations Observatory* (EIRO) y de otros estudios de carácter privado consultados en páginas web citadas en la bibliografía.

9 Entendiendo por empresas cualquier unidad de negocio de carácter mercantil, ya sea persona física (profesional autónomo) o jurídica (sociedades de capital – anónimas o limitadas-, comunidad de bienes, sociedad civil en los casos en que proceda) que desarrolle actividades profesionales, preste servicios o comercialice productos, con ánimo de lucro, contando para ello con personal contratado por cuenta ajena.

Los equipos directivos y mandos en sus respectivos niveles tienen la responsabilidad de introducir, comunicar y movilizar a sus colectivos en la vivencia efectiva de los mismos, y a los demás miembros de la empresa, la responsabilidad de aplicar los contenidos de los mismos en su quehacer diario, si bien, en muchos casos esta cultura empresarial no es transmitida de una forma transparente y/o eficaz, o colisiona con los propios valores de los trabajadores, siendo una fuente más de conflicto. Por otra parte, cada vez es más frecuente que el trabajo se realice en equipo, siendo esta forma de trabajar una característica de la cultura empresarial. Hace unos veinte años, cuando compañías como Toyota, Volvo y otras introdujeron equipos en sus procesos de producción, el hecho fue una gran noticia porque nadie más lo había hecho o estaba haciendo. En la actualidad, la tendencia y la realidad empresarial es totalmente la opuesta, llegando a causar extrañeza que en algunas organizaciones no se trabaje en equipo, siendo ese hecho, noticia.

Debemos distinguir entre “trabajo en grupo” y “trabajo en equipo”.

Siguiendo a autores como GIBSON, IVANCEVICH y DONNELLY<sup>10</sup>, un grupo desde el punto de vista de la interacción puede definirse como “*Un cierto número de personas que se comunican entre sí con cierta frecuencia durante un lapso dado, y que son un número suficientemente reducido para que cada persona pueda comunicarse con cada una de las demás, no de segunda mano y a través de otros, sino directamente*”.

Sin embargo, el equipo puede definirse como un grupo reducido de personas, con alto grado de organización y orientado hacia el logro de una meta común. En él, los individuos tienen roles interdependientes, cuyo aporte facilita la tarea de los demás y la propia, llegándose a la satisfacción de cada uno de los miembros conjuntamente con el logro de la meta global.

Según DAVIS y NEWSTROM<sup>11</sup> “*Existe trabajo en equipo cuando los miembros de un equipo de tarea conocen sus objetivos, contribuyen responsable y entusiastamente a su tarea, y se brindan apoyo mutuo. Son cuando menos cuatro los ingredientes que contribuyen al desarrollo del trabajo de equipo: ambiente sustentador, habilidades adecuadas para los requisitos de roles, objetivos de orden superior y recompensa de equipo*” afirmando que “*un equipo de tareas (trabajo) es un grupo cooperativo pequeño que tiene contacto habitual y que realiza acciones coordinadas*”.

La ventaja del *trabajo en equipo* es la sinergia que se crea en el *equipo de trabajo*, que puede considerarse como la esencia de esta forma de trabajar, en la que la productividad alcanzada por un equipo eficiente debe ser superior a la alcanzada por la suma de las productividades individuales de sus miembros. Debe existir una convergencia simultánea de la energía individual para la realización del todo.

Cuando los componentes de un grupo conocen sus objetivos, contribuyen con entusiasmo, responsabilidad y con un sentimiento de mutua dependencia que los lleva a apoyarse recíprocamente para el logro de las tareas, se puede decir que ese grupo está realizando un “trabajo de equipo”.

10 DONNELLY J.H., GIBSON J.L. e IVANCEVICH, J.M., *Organizaciones: Comportamiento, estructura, procesos*, Mc Graw Hill/ Irwin, Madrid, 1996, pp. 137 y ss.

11 DAVIS, K. y NEWSTROM, J.W., *Comportamiento humano en el trabajo*, Mc Graw Hill, México D.F., 2003, pp. 372 y 373.

Para la verdadera constitución de un equipo con características sinérgicas, es preciso superar actitudes individualistas, de manera que supongan una cultura en que el desempeño colectivo obtenga una actuación preponderante en el logro de las metas establecidas. Para ello, se requieren cambios culturales, filosóficos, estructurales, de comportamiento y de modelos de gestión. Los equipos pueden tener elementos multifuncionales, es decir, sus miembros provienen de distintos departamentos y cumplen diversas funciones en el seno de la compañía o, en su defecto, pueden responder a un sólo alero funcional dentro de las especialidades que la organización posee.

No obstante lo anterior, tanto el trabajo en equipo, como en grupo, implica intensidad, coordinación, comunicación, corresponsabilidad, etc., produciéndose con facilidad, entre sus miembros, conflictos.

En el ámbito organizacional, existen dos formas de conflictos en función de los efectos que puede producir en una organización.

En primer lugar, el conflicto funcional, que es aquel que genera desarrollo cuando se soluciona, ya que ambas partes están de acuerdo en el objetivo a resolver, aunque los medios que cada una utilizaría, sean diferentes. Promueve, por tanto, la creatividad, la autocrítica y la puesta en común de alternativas.

Para que un conflicto sea constructivo o funcional las partes que intervienen en él deben reconocer que el cambio entre las personas puede darse, han de pensar que el conflicto no puede permanecer, han de creer que su visión sobre lo que ha provocado el conflicto, pudiera ser incompleta (con lo que es imprescindible escuchar la forma de ver el conflicto por la otra. En este sentido el conflicto implica aprendizaje, experiencia, cuestionamiento, cambio, empatía, pensamiento alternativo) y han de tener la voluntad de encontrar una solución que cubra las expectativas de ambos, que conforme y sume ambas posturas.

En segundo lugar, el conflicto disfuncional, que podemos definir como aquél que provoca un negativo funcionamiento de las relaciones entre las personas y que no produce ningún desarrollo cuando se soluciona, impidiendo que la organización alcance sus objetivos. Provocado por la mala comunicación, falta de franqueza y confianza, u otras múltiples causas, imposibilita llegar a cubrir las necesidades del personal de la empresa.

La conflictividad laboral tiene algunos detonantes que pueden encontrarse en cualquier organización, sobre todo si los órganos de dirección y en su caso, y paradójicamente, algunos departamentos de Recursos Humanos –presionados por los departamentos financieros y la cuenta de resultados– no son conscientes o “no se les permite ser conscientes” de que el factor humano y la gestión de la individualidad son algunas de las cosas más importantes a la hora de lograr cumplir los objetivos del conjunto.

Algunas de estas causas de los conflictos organizacionales pueden ser: los rumores, la poca transparencia en la política de promoción y desarrollo profesional, desigualdades retributivas y opacidad en los sistemas de retribución, resistencia al cambio, falta de coordinación, deficiente política de comunicación, deficiente formación de los empleados en determinadas habilidades de comunicación, etc.

Sentadas estas bases, procede retomar la pregunta que nos formulábamos en el apartado 1.1 *in fine*, en una empresa u organización empresarial, ante un problema o controversia ¿deben ser las personas afectadas las que decidan cómo afrontarlo, y si quieren transformarlo o no? Asimismo, en el caso de que decidan no transformarlo, u opten por una postura evitativa, o simplemente, si carecen de formación o habilidades para reconocer el conflicto y sus diferentes alternativas ante él, ¿serán ellos mismos, de forma exclusiva, los que sufrirán o asumirán sus consecuencias?, ¿resultará afectada la empresa u organización empresarial?, ¿deberá la empresa establecer unas pautas de solución, puesto que existe certeza en la existencia de conflictos en su ámbito?, ¿será la mediación una herramienta eficaz ante un conflicto empresarial?

## 2. OBJETO DE ESTUDIO

El objeto del presente trabajo se concreta en estudiar cuatro cuestiones, que ya quedaron apuntadas con las preguntas que se formularon en el apartado anterior y que se analizan a continuación. En primer lugar se plantea la duda de conocer si la propia empresa –como espacio de relación intensa de personas, y por ello proclive a la generación de conflictos– puede resultar perjudicada, en términos de rentabilidad, ante la falta de gestión de conflictos generados entre sus trabajadores. En segundo lugar, y enlazando con la cuestión anterior, resulta interesante determinar si la empresa u organización tiene responsabilidad u obligación en establecer algún tipo de previsión respecto a los mecanismos a utilizar en la gestión de los conflictos que surjan en el seno de la empresa. En tercer lugar, cabe pronunciarse sobre si la mediación puede dar cobertura a las necesidades que puede tener la empresa ante las situaciones planteadas en los puntos anteriores. Y por último, valorar si la mediación podría ser considerada como un activo empresarial.

## 3. METODOLOGÍA DE TRABAJO

En el presente estudio se ha empleado el método prospectivo, que comporta la sucesión de unas determinadas fases: pre-prospectiva, la fase de reclutamiento y generación, quedando pendiente, para el cierre del ciclo prospectivo –y a disposición de las empresas para su implantación– la fase de acción y renovación.

En efecto, en el punto de partida –fase pre-prospectiva–, definimos nuestros objetivos y diseñamos la metodología. En la fase de reclutamiento, para analizar con rigor las cuestiones que sometemos a estudio, se consideró imprescindible la opinión de las propias empresas, para obtener información directamente de ellas. Por ello, se confeccionó un cuestionario que se remitió a empresas de diferentes tamaños, sectores y comunidades para que procediesen a su contestación.

Recibidas las contestaciones, se procedió al registro de los datos y a su verificación, valoración e interpretación, confrontando para ello, los resultados del análisis con los de las hipótesis formuladas que se vienen a señalar *supra*.

## 4. CUESTIONARIO REMITIDO A LAS EMPRESAS

Dentro de la metodología seguida para el presente estudio, anteriormente definida, se hizo necesaria la edición de un documento en el que se plasmaron las preguntas que se consideraron imprescindibles para poder analizar los temas de interés.

Por ello, se reproduce el cuestionario que fue remitido a las diferentes organizaciones empresariales para el muestreo de datos. Si bien el número de empresas que remitieron la respuesta al cuestionario no permite extrapolar los resultados a la generalidad del mundo empresarial, lo cierto es que los datos sirven para obtener indicios que resultan más que significativos ya que nos dan una primera información sobre las cuestiones planteadas<sup>12</sup>.

Con carácter previo a la formulación de preguntas, se explicaba la finalidad y objeto del mismo, así como una serie de información de intendencia (nombre de la empresa –opcional–, número de empleados, ámbito de actividad –pudiendo especificar su zona geográfica– y sector de actividad). También se solicitaba autorización para la publicación de la contestación, que en algunos casos se prestó.

A continuación, procedemos a reproducir las preguntas formuladas en el cuestionario empleado para el presente estudio:

- 1.- En relación a las personas que trabajan en su empresa, o potencialmente podrían trabajar en su empresa, ¿cuáles son las cualidades que usted más valora en los trabajadores a nivel personal? Numere del 1 al 17, de mayor a menor importancia.

Capacidad de resolución y consecución de objetivos.

Capacidad de comunicación.

Lealtad y compromiso con la empresa.

Acatamiento de decisiones tomadas por puestos jerárquicamente superiores sin cuestionamiento.

Alto nivel de rendimiento y productividad.

Optimismo.

Creatividad.

Necesidad de supervisión de las tareas encomendadas.

Rapidez en la toma de decisiones.

---

12 Se indica igualmente que algunas empresas nos contactaron para informar que no iban a contestar el cuestionario por cuestiones de política de empresa, si bien, estaban interesadas en las conclusiones.

Capacidad de gestión de conflictos.

Asunción positiva de errores propios.

Capacidad de control y gestión en situaciones de presión/estrés.

Compañerismo.

Liderazgo.

Entusiasmo.

Profesionalidad.

Experiencia.

2.- De las características anteriores, cuáles cree que serían las tres cualidades que debería reunir un trabajador para afrontar de forma positiva una situación de presión/estrés en la empresa (disminución drástica de la rentabilidad, incumplimiento de objetivos establecidos, falta de motivación generalizada dentro de la empresa) de cara a solventar la misma?

3.- ¿Considera que sus empleados aceptarían de forma positiva cambios (de cualquier índole) en la empresa que les pudieran afectar?

- Sí, más de un 75% estarían cualificados para aceptarlos de forma positiva.

- Sí, más de un 50% estarían cualificados para aceptarlos de forma positiva.

- No, considero que sólo estarían cualificados para aceptarlos de forma positiva menos de un 50%.

- No, considero que sólo estarían cualificados para aceptarlos de forma positiva menos de un 25%.

- No, considero que sólo estarían cualificados para aceptarlos de forma positiva menos de un 10%.

4.- ¿Considera que tiene incidencia en la productividad de los trabajadores, y por tanto, de la empresa, una situación de cambio, o de conflicto?

- Sí

- No.
  - A veces sí.
  - A veces no.
- 5.- En caso de haber contestado afirmativamente la pregunta anterior (sí/a veces sí), ¿qué incidencia/consecuencia tiene o cree que puede tener en su empresa un conflicto interno grave mal gestionado entre su personal?
- Baja productividad.
  - Baja laboral/despidos/indemnizaciones.
  - Rotación de personal.
  - Deterioro en las relaciones interdepartamentales, que dificultan los trabajos entre los diferentes departamentos.
- 6.- ¿Tiene su empresa establecido un protocolo de actuación para dirimir diferencias de criterio, opinión, ideas, etc. en su empresa?
- Sí. Indíquenos cuál:\_\_\_\_\_
  - No.
- 7.- ¿Tiene su empresa establecido un protocolo de actuación para gestión de conflictos?
- Sí. Indíquenos cuál:\_\_\_\_\_
  - No.
- 8.- En su opinión, ¿podrían mejorarse por parte de la empresa las actuaciones para minimizar las consecuencias negativas de un cambio o conflicto?
- Sí. Indicar qué actuaciones y departamento, en su opinión, debería ser el competente para adoptar las medidas oportunas.
  - No.
- 9.- ¿Conoce la mediación, como herramienta de gestión o de resolución de conflictos?
- Sí, aunque no se ha utilizado nunca en mi empresa.

- Sí, se ha utilizado para dirimir conflictos internos.
  - Sí, se ha utilizado para dirimir conflictos externos.
  - No.
- 10.- En caso de contestar negativamente la pregunta 9, ¿considera que sería eficaz la intervención de terceras personas ajenas e imparciales para ayudar a dirimir disputas por posible disparidad de ideas, criterios o posiciones ante una determinada situación en la empresa?
- Sí.
  - No.
  - A veces, dependiendo de las ocasiones.
- 11.- ¿Cree que sería beneficioso para su empresa la utilización de la mediación para la gestión de los conflictos que surjan dentro de la misma entre el personal, y entre éste y la empresa?
- Sí, para fomentar un buen clima de trabajo en la empresa.
  - Sí, para evitar que la posible escalada del conflicto deteriore las relaciones entre el personal de la empresa con una consecuente reducción de la productividad.
  - Sí, para disminuir el grado de insatisfacción, motivación o implicación del personal en la empresa.
  - NS/NC.
- 12.- A nivel externo, en sus relaciones con otras empresas, particulares u organismos con los que tiene relación por su actividad, ¿recurriría a la mediación como fórmula alternativa de gestión o resolución de los conflictos (bien solicitándola usted o bien a solicitud de la otra empresa), a otras más habituales como el sistema judicial o arbitral?
- Sí. ¿Por qué? \_\_\_\_\_
  - No. ¿Por qué? \_\_\_\_\_
  - NS/NC.
- 13.- ¿Le gustaría conocer las características más relevantes de la mediación?

- Sí.

- No.

Si la respuesta es negativa, ha finalizado su cuestionario. Si cambia de idea, estaremos gustosos de atenderles para informales.

Si la respuesta es afirmativa, le indicamos a continuación las características principales y efectos de la mediación:

- Costes medidos, en la mayor parte de los casos menores que acudir a la vía judicial o arbitral.
- Rapidez en la resolución, en la que las partes pueden marcar el tiempo que quieren dedicarle o que necesitan.
- Control del resultado final por las partes implicadas, de manera que éstas tienen, de forma exclusiva, la capacidad de decisión en la resolución del conflicto, sin depender de un tercero que resuelva por ellos.
- Confidencialidad.
- Flexibilidad.
- Continuidad de las relaciones comerciales en el futuro entre las partes en conflicto.
- Mayor colaboración entre los empleados.
- Gestión positiva en los conflictos de los empleados, que devienen en mayor productividad.
- Disminución del grado de insatisfacción del empleado y mejor gestión de la incertidumbre.
- Incremento de la motivación y mayor compromiso de los empleados con la empresa.
- Conversión del conflicto en una oportunidad de negocio.
- Intervención de un mediador (tercero imparcial y neutral) que facilita la comunicación entre ambas partes.

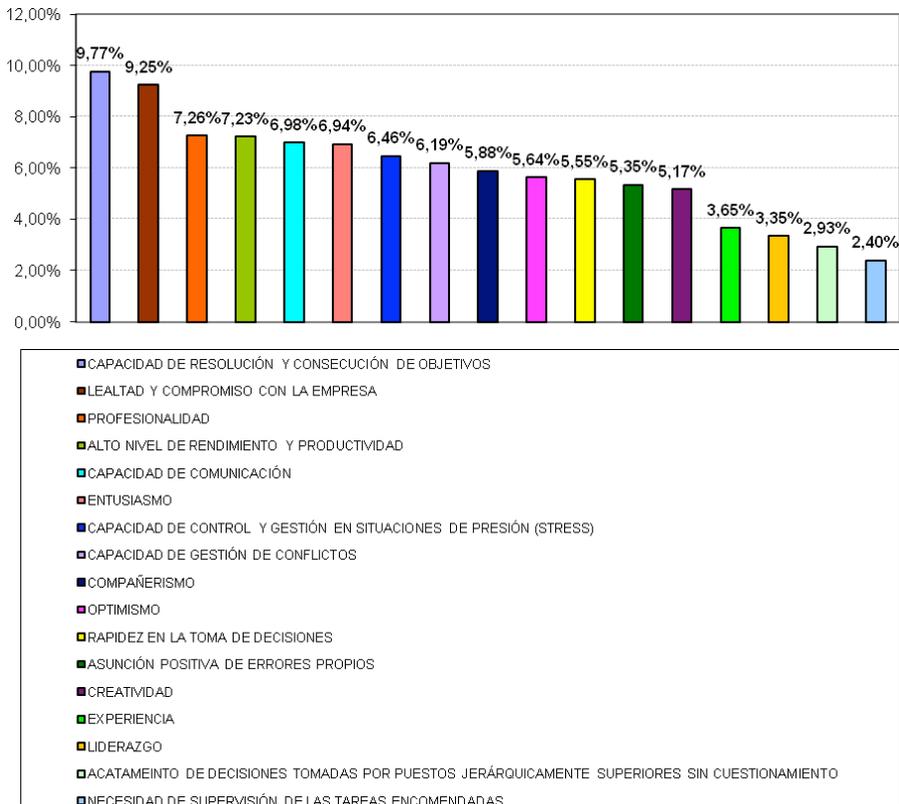
## 5. ANÁLISIS DE LOS DATOS DERIVADOS DE LAS CONTESTACIONES A LOS CUESTIONARIOS

### 5.1. RESULTADOS OBTENIDOS

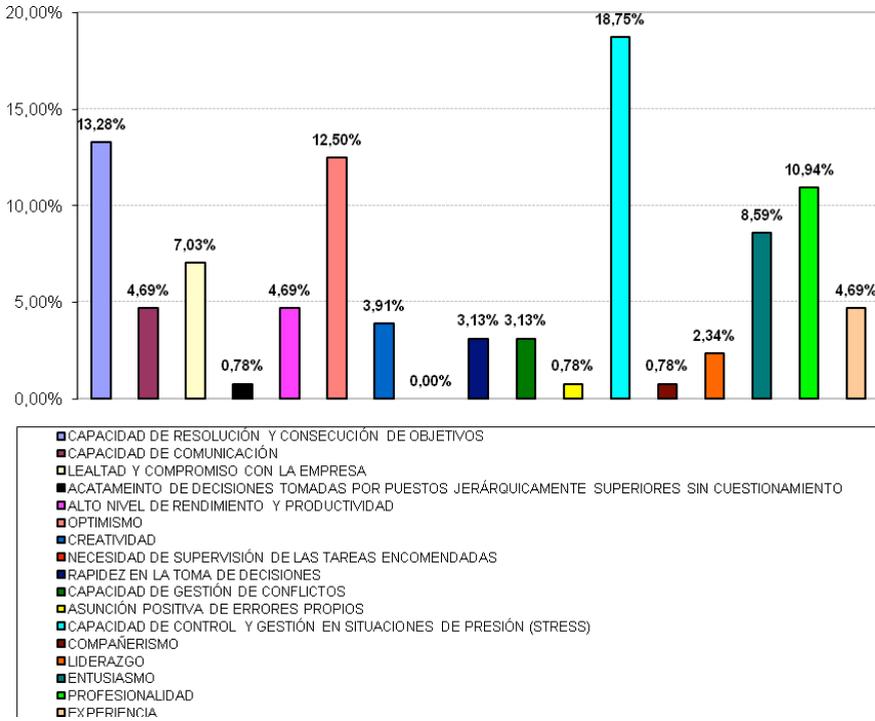
Como se indica en la metodología, tras la recepción de los cuestionarios y registro de sus datos, se procedió a su análisis y consiguiente valoración.

Sin perjuicio del análisis global de los resultados obtenidos y de las conclusiones alcanzadas, se considera de interés compartir el análisis individualizado de cada una de las preguntas contenidas en la encuesta. Por ello, se reproducen a continuación, por el orden en el que se formularon, las cuestiones y las gráficas de resultados obtenidos en cada una de ellas.

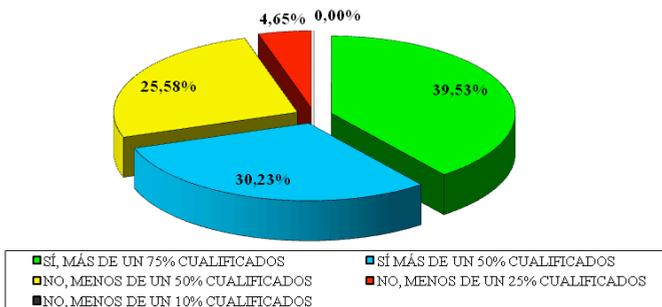
1.- En relación a las personas que trabajan en su empresa, o potencialmente podrían trabajar en su empresa, ¿cuáles son las cualidades que ud. más valora en los trabajadores a nivel personal? Numere del 1 al 17, de mayor a menor importancia.



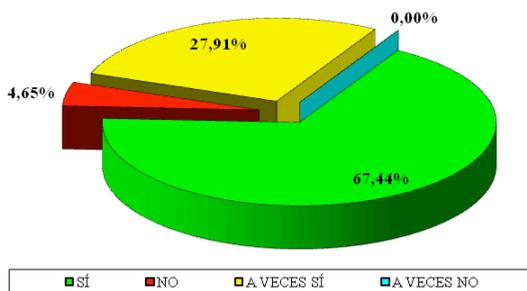
2.- De las características anteriores, cuáles cree que serían las tres cualidades que debería reunir un trabajador para afrontar de forma positiva una situación de presión/estrés en la empresa (disminución drástica de la rentabilidad, incumplimiento de objetivos establecidos, falta de motivación generalizada dentro de la empresa) de cara a solventar la misma.



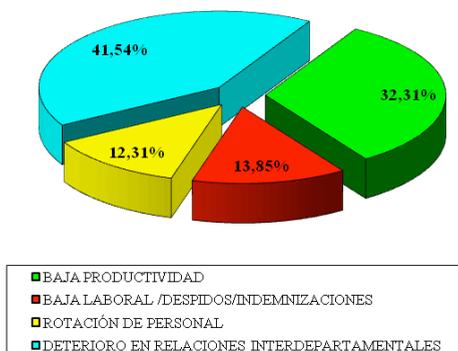
3.- ¿Considera que sus empleados aceptarían de forma positiva cambios (de cualquier índole) en la empresa que les pudieran afectar?



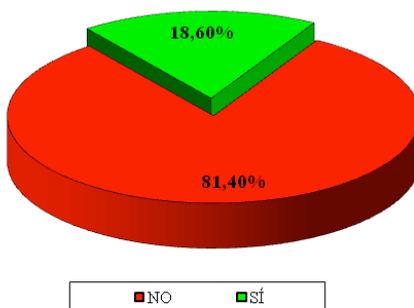
4.- ¿Considera que tiene incidencia en la productividad de los trabajadores, y por tanto, de la empresa, una situación de cambio, o de conflicto?



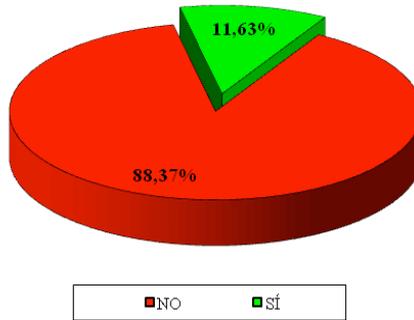
5.- En caso de haber contestado afirmativamente la pregunta anterior (sí/a veces sí), ¿qué incidencia/consecuencia tiene o cree que puede tener en su empresa un conflicto interno grave mal gestionado entre su personal?



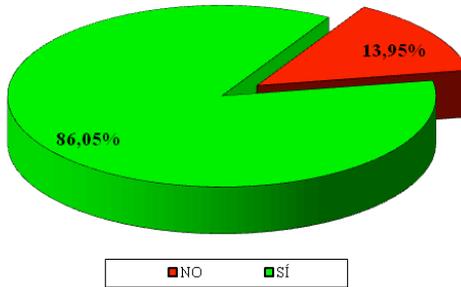
6.- ¿Tiene su empresa establecido un protocolo de actuación para dirimir diferencias de criterio, opinión, ideas etc. en su empresa?



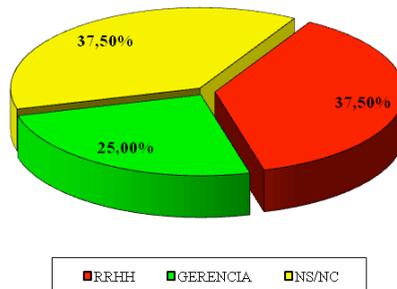
7.- ¿Tiene su empresa establecido un protocolo de actuación para gestión de conflictos?



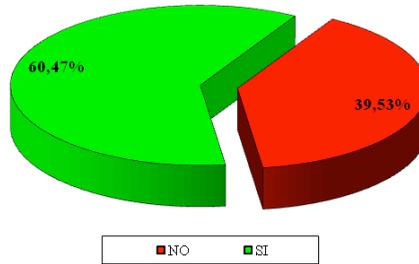
8.- En su opinión, ¿podrían mejorarse por parte de la empresa las actuaciones para minimizar las consecuencias negativas de un cambio o conflicto?



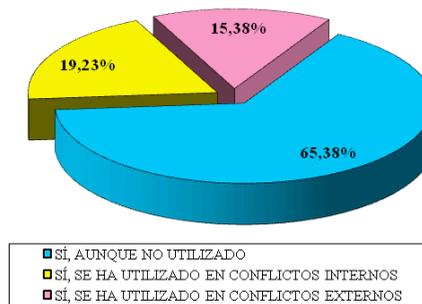
DEPARTAMENTO EN EL QUE SE ECUADRARÍA



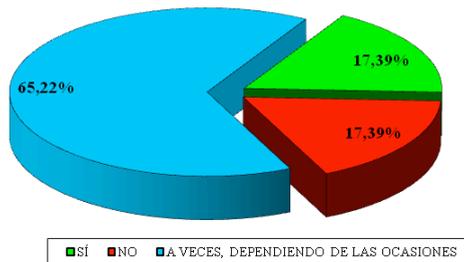
9.- ¿Conoce la mediación, como herramienta de gestión o de resolución de conflictos?



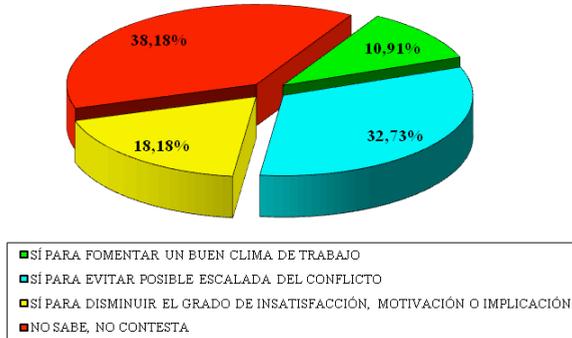
LOS QUE LA CONOCEN



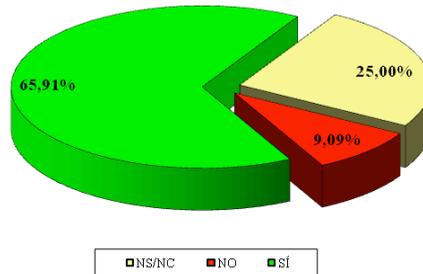
10.- En caso de contestar negativamente la pregunta 9, ¿Considera que sería eficaz la intervención de terceras personas ajenas e imparciales para ayudar a dirimir disputas por posible disparidad de ideas, criterios o posiciones ante una determinada situación en la empresa?



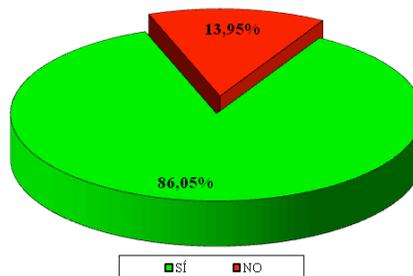
11.- ¿Cree que sería beneficioso para su empresa la utilización de la mediación para la gestión de los conflictos que surjan dentro de la misma entre el personal, y entre éste y la empresa?



12.- A nivel externo, en sus relaciones con otras empresas, particulares u organismos con los que tiene relación por su actividad, ¿recurriría a la mediación como fórmula alternativa de gestión o resolución de los conflictos (bien solicitándola ud. o bien a solicitud de la otra empresa), a otras más habituales como el sistema judicial o arbitral?



13.- ¿Le gustaría conocer las características más relevantes de la mediación?



## 5.2. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS

Un primer bloque de preguntas (de la 1 a la 3), se centró en las cualidades que las empresas valoran en sus trabajadores y la asunción de posibles cambios en la organización empresarial por los mismos. Un segundo bloque (preguntas de la 4 a la 8), fue dirigido a conocer si la incidencia de un cambio o conflicto influye en la productividad de la empresa y si ésta tiene establecido algún protocolo de actuación frente a los mismos. Un último bloque (preguntas de la 9 a la 13), se centró en el conocimiento y uso de la mediación como herramienta para dirimir y gestionar conflictos internos y externos de la empresa.

Dentro del primer bloque, se advierte mucha variedad de criterio en la selección de las cualidades, no obstante prima la capacidad de resolución y consecución de objetivos (9,77%).

Existe bastante coincidencia entre las empresas encuestadas en que la cualidad del empleado más valorada por éstas en situaciones de presión (que, por otra parte, son situaciones cada vez más cotidianas) es la capacidad de control y gestión en situaciones de presión (18,75%), seguida de la capacidad de resolución y consecución de objetivos (13,28%).

Se observa asimismo que la capacidad de comunicación (4,69%) y la capacidad de gestión de conflictos (3,13%) fueron poco valoradas, cuestión ésta que no hace sino causar sorpresa, toda vez que permite colegir que las empresas desvinculan las situaciones de presión de los posibles conflictos internos, y ello, aun cuando como se verá, en no pocas ocasiones, las situaciones de presión se originan en las propias empresas por tirantezas entre los empleados y los departamentos. Por otra parte, el optimismo, el entusiasmo y la lealtad y compromiso con la empresa, exigen que el empleado se encuentre satisfecho con ésta, de modo que esa buena sintonía haga posible que afloren en el mismo, dichas cualidades.

De igual modo, cabe destacar que el 39,53% de las empresas encuestadas consideran que más de un 75% de sus empleados aceptarían de forma positiva cambios que le pudieran afectar, y un 30,23% consideran que más de un 50% de sus empleados lo aceptarían de forma positiva. Un 30,23% (25,58% + 4,65%) de las empresas estiman que menos de un 50% estarían cualificados para aceptar esos cambios.

Los cambios muchas veces se viven como conflictos, de modo que los conflictos podrían producirse por cambios, o bien por diferencias de opinión –de criterio, de luchas de poder, etc.– entre los trabajadores.

Ya dentro del segundo bloque, se pone de manifiesto la contundencia en la respuesta a la pregunta número cuatro, ya que el 67,44 % afirma que una situación de cambio o conflicto tiene incidencia en la productividad y el 27,91% indica que, a veces sí tiene incidencia, lo que en total supone un 95,35%.

A la vista de las contestaciones a la pregunta número cinco, queda claro que la empresa sufre las consecuencias de un conflicto mal gestionado, incidiendo especialmente éstas en el deterioro de las relaciones interdepartamentales y en la baja productividad.

Es sorprendente que casi el 100% de las empresas considere que los conflictos mal gestionados inciden directamente en la disminución de la productividad, en el

deterioro entre los departamentos, en las bajas laborales y despidos y en la constante rotación del personal, y que, sabiéndolo, casi un 90% no haya establecido ningún mecanismo de gestión de los mismos. Además, casi el mismo porcentaje (86,05%) de las empresas encuestadas consideran que podrían mejorar las actuaciones dentro de la empresa para minimizar las consecuencias de dichos conflictos, resultando el Departamento de Recursos Humanos y la propia Gerencia, los más idóneos para llevar a cabo esa mejora.

Más de un 60% de las empresas encuestadas conocían la herramienta de la mediación para la gestión de los conflictos, y sin embargo sorprende que más de un 65% no hayan recurrido a ella, en concreto, algo más de un 19% para dirimir conflictos internos, y tan sólo alrededor de un 15% para dirimirlos a nivel externo. Y ello, especialmente, si se tiene presente que se considera la mediación beneficiosa por más de un 60%, tanto para fomentar un buen clima de trabajo, como para disminuir el grado de insatisfacción o motivación de los trabajadores como para evitar la posible escalada de un conflicto.

Casi un 40% de las empresas encuestadas no conocían la mediación, lo que sería un motivo para la falta de implantación de la misma en nuestra cultura empresarial. A pesar de esto, más de un 80% de ellas consideran que sería beneficioso o podría serlo en ocasiones, la intervención de un tercero imparcial para gestionar o ayudar a dirimir disputas o disparidad de criterios dentro de la empresa.

En muchas de las contestaciones afirmativas dadas por las empresas encuestadas, se expresan como razones para el uso de la mediación –antes que acudir a otras vías– su agilidad, la reducción de costes, “la evitación del sufrimiento”, la posibilidad que ofrece la mediación de tener el control sobre el procedimiento y la confidencialidad (que no ofrece el sistema judicial ni arbitral). Todo ello puede contribuir a permitir la continuidad de las relaciones comerciales entre las partes en conflicto.

Finalmente, un 86,05% de las empresas encuestadas están interesadas en conocer más sobre las peculiaridades de la mediación, e incluso algunas solicitaron las conclusiones del trabajo, aún no habiendo participado en la encuesta por políticas de empresa.

Avalando estas conclusiones, se destacan estudios realizados por diferentes organismos y autores, a nivel mundial o europeo, que validan los resultados obtenidos en las encuestas así como reflexiones y opiniones de mediadores empresariales en ejercicio.

Se destaca un estudio realizado por el Observatorio Cegos<sup>13</sup> a jóvenes trabajadores de entre 20 y 30 años en su relación con el trabajo, en el que se pone de manifiesto que en la actualidad, tanto el estrés como el mal clima laboral, son las principales razones por las que dichos jóvenes podrían abandonar su puesto de trabajo, incluso por encima del incremento salarial insuficiente.

De acuerdo con la autora FEMENIA<sup>14</sup>, los directores y gerentes de las organizaciones empresariales destinan entre un 30% y un 50% de su tiempo a la atención de los conflictos, sin conseguir, además, en la mayor parte de los casos, soluciones eficientes y duraderas.

13 [www.cegos.es](http://www.cegos.es), 2012, consultado el 18 de diciembre de 2014.

14 [www.ganaropciones.com](http://www.ganaropciones.com), 2006, consultado el 20 mayo de 2014.

En esta misma línea, en el estudio realizado por el Observatorio Cegos<sup>15</sup> entre 1.496 directivos de distintas empresas de Francia, Inglaterra, Alemania y España, el 85% de los mismos manifiesta en relación a la gestión de sus propios equipos, que su prioridad es la gestión de los conflictos cotidianos de la empresa. Es decir, entre las distintas tareas que realizan los directivos encuestados, la que más peso tiene y a la que más importancia le otorgan es a la gestión de los conflictos del día a día, alcanzando un 88% en Francia, un 84% en Inglaterra, un 87% en Alemania y un 80% en España.

Por otro lado, según una encuesta realizada en Estados Unidos<sup>16</sup>, los principales inconvenientes que se ven en el uso de la mediación son: la falta de confianza en los mediadores y las dificultades para encontrar mediadores cualificados. Resulta evidente pues, que la mediación precisa de una mayor difusión en nuestro país, así como de una mayor formación de las personas mediadoras, resultando estos dos aspectos, prioritarios para favorecer su utilización.

En este sentido y siguiendo a RUIZ GARCÍA<sup>17</sup>, especialista en mediación empresarial y coautor del libro blanco de la mediación en Cataluña, podemos afirmar que cuando una empresa se encuentra ante un conflicto con un tercero con el que ha establecido algún tipo de relación comercial o empresarial y decide recurrir a la vía judicial para hacer valer sus derechos, lo que se pregunta en la mayor parte de los casos es: cuánto le va a costar, cuánto va a durar el procedimiento y si va a “ganar o perder”. Estas tres preguntas no tienen, *a priori*, contestación posible, ya que dependerá de factores y decisiones propiamente procesales y judiciales que no dependen de las partes.

A través de la mediación se puede centrar el coste de forma más reducida y fija. La extensión de las sesiones de mediación no suele superar las cuarenta y ocho horas y se puede controlar el resultado final, ya que son las propias partes las que llegan a un acuerdo y son ellas las que mejor saben y conocen su situación y lo que les interesa para solucionar su conflicto. Por ello, es fundamental conseguir una participación activa de las partes que acuden a mediación, lo que resulta complejo y, sin duda, la mayor labor del mediador, toda vez que éste no ofrece soluciones, sino que se limita a ayudar a las mismas a que acerquen posturas y encuentren por sí mismas las que más les convengan.

La mediación en la empresa, hace que ésta funcione de forma más eficaz, con ahorros notables de coste y tiempo y sobre todo, convierte el conflicto en oportunidad de negocio. Quiere ello decir, que en el proceso de mediación ha de verse a la otra parte como un “*partner*”, no como un contrario, ya que si se colabora en busca de resultados comunes, son ambas partes las que ganan.

15 [www.cegos.es](http://www.cegos.es), 2011, consultado el 20 de mayo de 2014.

16 Encuesta “*The use of ADR in U.S. Corporation*” realizada por el *Institute on conflict resolution at cornell's School of industrial and Labor Relations*, en colaboración con la *Foundation for the Prevention and Early Resolution of Conflict (PERC)* y *Price Waterhaouse LLP*, realiza a más de quinientas treinta empresas estadounidenses incluidas en la lista de las mil compañías con mayores ingresos de la revista “*Fortune*”. (ADR son las siglas de *Alternative Dispute Resolution* – Resolución alternativa de conflictos), Vv.AA., *Libro blanco de la mediación de Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2008, p. 191.

17 <http://www.diariojuridico.com/juan-antonio-ruiz-abogado-y-mediador-empresarial-la-mediacion-empresarial-convierte-el-conflicto-en-oportunidad-de-negocio-para-las-empresas/>, consultado el 20 de abril de 2014).

Piénsese en aquellos proveedores de empresas con los que por cualquier razón no se quiera o pueda dejar de mantener la relación comercial existente. En el caso de que surgiera un conflicto y se optase por acudir a la vía judicial, la relación, como mínimo, desaparecería. Si por el contrario, se opta por la mediación, la relación comercial puede, no sólo restablecerse, sino ampliarse, fortalecerse y permitir a las partes explorar nuevas vías comerciales.

Para refrendar los argumentos del coste y de tiempo, se resaltan los resultados publicados en 2010 sobre una comparativa elaborada por *ADR Center* de Roma en cooperación con la *European Association of Craft, Small and Medium sized Enterprises* (AEAPME) de Bruselas y la *European Company Lawyers Association* (ECLA) de Bruselas,<sup>18</sup> en donde se recoge la valoración de los costes de tiempo y dinero de un conflicto valorado en 200.000 euros.

La comparativa establece el tiempo empleado en días y el coste total en euros de un procedimiento judicial en relación a un procedimiento de mediación.

Pues bien, según este estudio realizado en veintisiete países europeos, el promedio en días cuando estamos ante un procedimiento judicial es de 697, y cuando ese procedimiento se tramita a través de una mediación, disminuye a 87, casi ocho veces menos. El promedio en relación a los costes en euros es de 25.337 euros si estamos ante un procedimiento judicial, frente a 9.488 euros (casi tres veces menos), cuando el procedimiento utilizado es el de mediación.

Llaman especialmente la atención el caso de Italia, donde un procedimiento judicial tarda un promedio de 2.205 días, frente a uno de mediación donde se estima su duración en 47 días, y el caso de Dinamarca, donde el promedio del coste monetario es de 46.600 euros para el procedimiento judicial, frente a 7.000 en el caso de acudir a uno de mediación.

En cuanto a España, un procedimiento judicial de esta índole costaría un promedio de 30.000 euros, y uno de mediación, 7.667 euros. En cuanto al tiempo en días de un procedimiento judicial en España sería de 730, y el de mediación tan sólo de 74 días.

## 6. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO

### 6.1. EL CONFLICTO INCIDE EN LA RENTABILIDAD DE LA EMPRESA

Las empresas, por un lado, resultan perjudicadas en términos de rentabilidad ante la existencia de un conflicto mal gestionado entre sus trabajadores y, por otro, en el caso del no establecimiento de pautas de actuación para la gestión de los mismos.

A la vista de las contestaciones de las empresas que se vienen analizando, cabe inferir que la existencia de un conflicto mal gestionado (obviado, negado, personalizado, etc.) perjudica a la empresa en términos de rentabilidad.

En este mismo sentido, se puede afirmar que los conflictos mal gestionados conducen a un empeoramiento del clima laboral, y disminuyen los resultados pro-

18 Vv.AA., *Libro blanco de la mediación de Cataluña...*, op. cit., p. 191.

ductivos, provocando una pérdida de tiempo en el intento de encontrar soluciones, contribuyen a la frustración, desmotivación, falta de compromiso del trabajador con la propia empresa, al acoso laboral (*mobbing*) y a la fluctuación elevada del personal a la que, en ocasiones, hay que ir moviendo de un departamento a otro.

En la última encuesta mundial de la consultora americana Gallup<sup>19</sup> efectuada en el 2013 para conocer el compromiso de los empleados en las empresas en las que trabajan, se evidencia que las compañías con empleados con un alto nivel de compromiso hacia la organización reportan un 50% más de ventas y un 27% más de beneficios. En el referido estudio queda patente el vínculo entre el compromiso de los empleados y la cuenta de resultados de las empresas. Un empleado más feliz en su empresa, traslada esta felicidad a los clientes, un empleado satisfecho y motivado con su trabajo, es más productivo y tiende a sufrir menos bajas laborales.

De esta forma, a nuestro juicio, estas situaciones de conflictos disfuncionales podrían evitarse y prevenirse con un sistema para el tratamiento de los conflictos y que éste ha de implementarse en y por la propia empresa.

Por tanto, puede afirmarse que la empresa, aún sin intervenir en el conflicto de manera directa, resulta perjudicada por los conflictos que en su ámbito surjan. Asimismo, se asevera que en la práctica, la empresa tiene un papel pasivo ante el conflicto empresarial.

## 6.2. LA EMPRESA TIENE RESPONSABILIDAD EN EL ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS

La empresa, resulta responsable de establecer unos mecanismos de gestión ante un conflicto que potencialmente pueda generarse en el marco de la misma.

La empresa, como perjudicada por los conflictos que puedan tener sus empleados, tiene la responsabilidad de establecer mecanismos mediante los que pueda paliar o eliminar los efectos negativos que los conflictos le puedan causar, asumiendo un papel activo en su gestión positiva.

En este estudio, se proponen protocolos de actuación por parte de las empresas, que desarrollaremos en el punto siete.

Pero no sólo tiene la responsabilidad, sino que podría llegar a afirmarse que tiene la obligación. Esto último con fundamento en:

Primero: La Resolución 53/243 de la Asamblea General de la ONU de 6 de octubre de 1999, mediante la que se aprobó la Declaración y el programa de acción sobre un cultura de paz, y de la que se destacan los siguientes preceptos: En su artículo 1 define los valores, actitudes, tradiciones y comportamientos que integran la cultura de paz, y en el artículo 2 establece que “*El progreso hacia el pleno desarrollo de una cultura de paz se logra por medio de valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida propios para el fomento de la paz entre las personas, los grupos y las naciones*”. En el artículo 8 se indica que desempeñan una función clave en la promoción de una cultura de paz, entre otros, quienes ejercen funciones directivas en diversos niveles.

<sup>19</sup> [www.gallup.com](http://www.gallup.com), consultado 23 mayo 2014.

En el apartado A.3 del programa de acción se establece que “*la sociedad civil debería participar en los planos local, regional y nacional a fin de ampliar el ámbito de las actividades relativas a una cultura de paz*”, y en el precepto A.8 indica que “*La ejecución eficaz del Programa de acción exige la movilización de recursos, incluidos recursos financieros, por parte de los gobiernos, las organizaciones y los particulares interesados*”.

Tal resolución encuentra su refrendo en la Comunicación 196 de 19 de abril de 2002, que aprueba el Libro Verde sobre modalidades alternativas a la solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil; y en la posterior Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2008/52/CE, de 21 de mayo.

Segundo: La responsabilidad social corporativa (contribución activa y voluntaria a la mejora social, económica y ambiental por parte de las empresas generalmente para mejorar su situación competitiva, prestigio y valor añadido) de la propia empresa, tan en auge en los últimos tiempos y en las que en muchos de sus textos las empresas se comprometen a fomentar el diálogo siendo prioritarios el respeto a la persona y las políticas de cooperación. En estos casos, no podríamos hablar de una obligación exigible como tal por un trabajador, pero sí de una obligación moral de la empresa por una cuestión elemental de coherencia.

Por otro lado, es obvio que a la empresa le preocupa mejorar la rentabilidad de sus trabajadores, y en esa línea se han adoptado políticas muy activas como por ejemplo el *coaching*. Tal y como afirma MONTES PARDO<sup>20</sup>, “*En años recientes, la búsqueda por alcanzar elevada productividad, calidad y competitividad por parte de organizaciones y empresas, ha estado marcada por alcanzar la mejora continua, con el fin de llegar a ser cada vez más eficientes, competitivas y rentables. Esta búsqueda, ocurrida esencialmente en las décadas de los años 90 hasta la fecha, me lleva a referirme al enfoque de liderazgo de más reciente y exitosa aplicación. Se le conoce como Coaching, y surge como respuesta a la ineludible necesidad que tienen las empresas y demás organizaciones, de alcanzar elevada eficacia, mejores resultados y en especial, de aprovechar lo mejor posible el potencial, capacidades, competencias, y el talento, de las personas que en ellas trabajan*”.

No obstante, resulta curioso que en defensa de ese legítimo interés tanpreciado, que es la productividad, sólo se haya actuado en cuidar su mejora (*coaching*) y no en paliar la pérdida provocada por los conflictos.

La pregunta que cabe formularse es, si de la misma forma que el *coaching* se ha introducido en los departamentos de las grandes organizaciones empresariales, concretamente a través de los departamentos de Recursos Humanos (en adelante RRHH), ¿no se podría aplicar o incorporar alguna otra medida o política que tenga por objetivo evitar las pérdidas producidas por los conflictos, gestionando éstos? La respuesta parece clara. Para obtener una mejor y mayor productividad la empresa debería instaurar dos tipos de medidas: i) incentivadoras de la productividad y ii) activas contra las fugas o pérdidas de productividad.

Todo ello nos lleva a pensar en una renovación de la cultura empresarial, esto es, en una organización de las empresas donde se hayan creado unas reglas de comportamiento basadas en el respeto, reconocimiento mutuo, dónde las ideas o necesidades de un trabajador puedan ser canalizadas con independencia del puesto que

20 [www.innovarlagestion.blogspot.com](http://www.innovarlagestion.blogspot.com), 2011, consultado el 11 de junio de 2014.

ocupe y en la que se creen estructuras claras y comprensibles para todos a través de un protocolo de actuación en caso de disparidad de opiniones que explique a cada empleado como se debe comportar en casos conflictivos, invirtiendo tiempo en la formación de los trabajadores en habilidades sociales.

Ello nos lleva a concluir igualmente que, dentro de la organización empresarial, consideramos que el departamento que debería llevar a cabo esta renovación en la cultura empresarial sería el de RRHH, lo que pasaría por un convencimiento de la dirección de las organizaciones y una firme apuesta por este tipo de políticas.

Siguiendo a ULRICH<sup>21</sup>, considerado el padre de la administración moderna de Recursos Humanos y *coaching*, una de las principales funciones de los directores de los departamentos de RRHH, ha de ser la de gestor de cambio: aquella persona con competencias suficientes para impulsar la cultura empresarial propia de cada organización. Estos gestores de cambio provocan que los integrantes de cada empresa puedan comprender cuáles son los beneficios de los posibles cambios que se desarrollen en la organización y qué objetivos se persiguen con los mismos. Previendo los conflictos que inevitablemente vayan a surgir en dicho proceso, han de ser capaces de transformar la resistencia a ese cambio en energía favorable, crear planes de acción con la finalidad de construir relaciones de confianza, poner orden en el caos y despejar la ambigüedad. Y cuando surja el conflicto, deben ofrecer mecanismos que posibiliten su resolución y así, transformar éste en una oportunidad de mejora en las relaciones internas.

Dicho lo anterior, bajo nuestro punto de vista, es claro que los gestores de cambio han de estar formados en técnicas de gestión y resolución de conflictos y, en concreto, en mediación, ya que, como ha quedado demostrado, obviar el conflicto y/o la no gestión del mismo, incide directamente y de forma inequívoca en la cuenta de resultados de las empresas. Y todo ello, porque en la inmensa mayoría de las organizaciones, parece no tenerse en cuenta la fuga o pérdida de productividad que provoca la conflictividad interna y externa que de hecho, se da en las mismas.

Los directivos de RRHH que contestaron al Estudio Delphi RRHH20 de Humannova<sup>22</sup> perciben una profunda transformación en la gestión de la empresa y en la gestión de personas. En este sentido, un 68% de los encuestados consideraron que la función de los profesionales de RRHH es la de agente o gestor del cambio en el sentido anteriormente expuesto, destacando además la coincidencia de ese alto porcentaje en una misma respuesta, ya que la pregunta era abierta, en la que no se sugería ningún tipo de contestación.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar, que uno de los efectos positivos del conflicto es que ayuda a la gestión del cambio, y que uno de los principales roles de los directivos de recursos humanos es, precisamente, ser ese agente del cambio.

21 ULRICH, D., *Recursos Humanos Champions*, Granica, Buenos Aires, 1997, p. 249 y ss.

22 [www.humannova.org](http://www.humannova.org), 2014, consultado el 23 de mayo de 2014.

El método Delphi es un método de prospectiva, que estudia el futuro en lo que se refiere a la evolución de los factores del entorno tecno-socio-económico utilizando de forma sistemática juicios intuitivos emitidos por un grupo de expertos a través de cuestionarios sucesivos en el que ningún experto conoce la identidad de los otros que componen el grupo de debate. Dicho estudio tiene por objeto el estudio de los departamentos de RRHH en el año 2020.

Todo ello nos hace concluir que el departamento de RRHH sería el más idóneo (aunque no el único) para introducir mecanismos de gestión de conflictos formando a su personal en técnicas de mediación.

Por otro lado, actualmente, es muy habitual que sea el departamento de RRHH de las empresas el que se encargue de poner en marcha y asumir las competencias respecto a acciones sociales corporativas de las mismas.

### 6.3. LA MEDIACIÓN ES UNA HERRAMIENTA ÚTIL A LA EMPRESA PARA EVITAR QUEBRANTOS ECONÓMICOS PROVOCADOS POR CONFLICTOS

Por todo lo anteriormente señalado, cabe concluir que la mediación puede dar cobertura a las necesidades de la empresa ante las situaciones de conflicto para evitar quebrantos económicos. Asimismo, su uso en la gestión de los conflictos que puedan surgir a nivel externo con otras organizaciones o personas, reduce considerablemente los costes, tanto temporales como económicos y como ya hemos dicho, el conflicto, se convierte en una oportunidad de negocio.

Se procede a continuación a definir los rasgos fundamentales de la mediación así como sus efectos específicos en el ámbito organizacional, habiendo resultado un método útil y eficaz en la resolución de conflictos en otros ámbitos, como el internacional, el escolar, familiar, comunitario, etc.

Así, la mediación nos permite la intervención de un tercero, imparcial y neutral, que facilita la comunicación entre las partes. La confidencialidad y la voluntariedad se convierten en premisas previas ineludibles por todas las partes y la flexibilidad en el proceso hace que se adapte a las necesidades de las mismas en cada momento. A nivel externo, los costes son medidos (en la mayor parte de los casos, menores que acudir a la vía judicial o arbitral), existe una mayor rapidez en la resolución (en la que las partes pueden marcar el tiempo que quieren dedicarle o que necesitan), el resultado final queda bajo el control único de las partes implicadas (de manera que éstas tienen, de forma exclusiva, la capacidad de decisión en la resolución del conflicto sin depender de un tercero que resuelva por ellos), y supone además la continuidad de las relaciones comerciales en el futuro lo que convierte el conflicto en una oportunidad de negocio. A nivel interno, supondría una mayor colaboración entre los empleados y una gestión positiva de sus propios conflictos, una disminución del grado de insatisfacción del empleado y una mejor gestión de la incertidumbre, todo ello incrementa la motivación y el mayor compromiso de los empleados con la empresa, lo que deviene en un aumento final de la productividad<sup>23</sup>.

23 En el ámbito organizacional-empresarial, destacamos el estudio efectuado para la Confederación de STES-intersindical por Flor Hoyos Alarte e Isabel Viana Orta (Educadoras Sociales) sobre la mediación como instrumento de trabajo, del que nos hacemos eco, HOYOS ALARTE, F. y VIANA ORTA, I., "La mediación como herramienta de trabajo", [http://www.stes.es/salud/La\\_violencia\\_en\\_el\\_trabajo/mediacion.pdf](http://www.stes.es/salud/La_violencia_en_el_trabajo/mediacion.pdf), pp. 195 y 196, consultado el 29 de marzo de 2014: "Si pensamos que la mediación debería ser una técnica conocida por todos en las organizaciones, la consideramos herramienta imprescindible para las personas que desempeñan roles directivos, de coordinación u organización del trabajo. Estas personas tienen responsabilidad de construir equipos coherentes con el proyecto que les ocupa y en el encargo dedican mucho de su tiempo a la resolución de conflictos."

La figura del mediador, profesional especializado, es fundamental, y tiene como función la de servir de puente para que fluya la comunicación entre las personas cuando ésta se ha roto, pero no es sólo eso, el mediador lo es, aún antes de intervenir como tal. Por lo tanto, una persona formada en mediación, que a su vez tenga la capacidad de formar en mediación a otros, podrá escuchar de forma activa, atendiendo al lenguaje verbal y no verbal de los que tiene frente a sí; comprender que la razón está dividida; prevenir la escalada de un conflicto; ponerse en el lugar de otro cuando el conflicto ya haya surgido; tendrá la capacidad de fomentar el liderazgo, de empoderar a las partes, de legitimarlas, “de desaparecer y hacerse invisible” cuando sea necesario y, todo ello, de una forma neutral, imparcial y bajo las premisas de la confidencialidad y la voluntariedad.

Es por ello que la mediación puede dar cobertura a las necesidades que tienen las empresas de establecer mecanismos correctores o paliativos de posibles fugas de productividad que se puedan generar por razón de los conflictos que surjan en la empresa, bien dentro de la misma, o bien en sus relaciones con otras organizaciones y personas.

Pero más aún, el establecimiento de este tipo de políticas, no sólo da cobertura a un riesgo existente e inherente a la propia empresa, sino que podría aportar un valor adicional, convirtiendo a la empresa en una organización del “Tercer Lado”, que es definido por URY como aquél “lado” teóricamente ajeno al conflicto que sufre sus consecuencias, y que puede usar su poder para transformar el conflicto desde los principios mediadores para conseguir la paz<sup>24</sup>.

#### 6.4. LA MEDIACIÓN COMO ACTIVO EMPRESARIAL

En la medida en que la mediación es un instrumento eficaz para paliar y/o evitar las consecuencias negativas del conflicto para la empresa (pérdida de productividad o quebrantos económicos) afirmamos que tiene un valor monetario en sí mismo, por lo que podrá estimarse su monetización (aún con no pocas dificultades) y podrá ser considerado un activo más del balance de una empresa.

---

*No estamos pensando, cuando los imaginamos ocupados en el conflicto, en salvadores, en ‘solucionadores profesionales’ de problemas que descargan de responsabilidad a los que les rodean, y hacen a sus subordinados dependientes y menores de edad. En lo que pensamos realmente es en personas que favorezcan el crecimiento del equipo como equipo, que se comprometan en su desarrollo. Para conseguir este objetivo estos profesionales no pueden eludir la necesidad de implicarse de forma clara, decidida y abierta en abordar los conflictos, en buscar soluciones conjuntas a los problemas y deseablemente creativas (y por qué no, incluso alegres)”.*

*“En la medida que las organizaciones sean menos jerárquicas y las habilidades de los profesionales más especializadas, el consenso irá ganando terreno al autoritarismo. Esa especialización de los profesionales y la valoración de su formación hará posible que la mediación se considere una herramienta utilizable en la organización de equipos del mismo modo que lo son otras técnicas de liderazgo o dirección.*

*La mediación se relaciona mucho con la gestión de los cambios y también con la búsqueda de calidad en las relaciones dentro de las organizaciones.*

*De hecho, aunque sin citarlo específicamente como mediación, los manuales de gestión de recursos humanos hacen referencia a la necesidad de adiestrarse en la capacidad y habilidad de resolver problemas.*

*Es por ello que no podemos dejar de ver el uso de la mediación en las organizaciones como una herramienta de oportunidad y cambio, que implica a todos en la construcción de organizaciones más sanas, más humanas”.*

24 NOVEL MARTÍ, G., *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido...*, op. cit., p. 11.

En este sentido, ya se está estudiando cómo aproximar el valor monetario de la responsabilidad social corporativa, y consideramos que análogicamente se podría aplicar el mismo criterio de evaluación, aún cuando la mediación presenta más elementos objetivos de valoración (como puede ser comparar con ejercicios anteriores en los que no se haya implantado una política de empresa con esta finalidad, siempre y cuando se mantengan el resto de variables), que posibilita considerarla (a la mediación o a la implementación de políticas de empresa inspirada en ésta y en la transformación de los conflictos), como un activo de la empresa, y reduciéndose el problema a la dificultad de su valoración, para lo que habrán de establecerse una normas adecuadas.

## 7. PROPUESTAS DE IMPLANTACIÓN

Ante las conclusiones alcanzadas, sugerimos que en toda organización empresarial se adopten una serie de medidas encaminadas a paliar o eliminar los efectos negativos que puede suponer un conflicto mal gestionado en este ámbito para la empresa, para posibilitar una gestión adecuada del mismo que posibilite su transformación, que pueden consistir en:

### 7.1. POLÍTICA DE EMPRESA

Desarrollar una política de empresa favorecedora del diálogo, de la cooperación y, en definitiva, de la mediación como instrumento prioritario para la gestión de los conflictos, que pueda contener un plan de convivencia, en el que se declaren los principios generales que una empresa u organización se compromete a cumplir, diseñando el modelo de convivencia en nuestra propia empresa.

Puede contenerse dentro de las políticas generales (que es de aplicación en toda la empresa) o bien puede considerarse como una política específica de convivencia, que en todo caso, se complementará con las propias de cada departamento.

Se proponen las siguientes políticas:

De respeto a la persona, a su diversidad y derechos humanos.

La formación a diferentes niveles. Primero: a los integrantes del departamento de RRHH en materia de gestión de conflictos y mediación y a los directores de los diferentes departamentos en habilidades básicas de reconocimiento de conflictos e información básica de la mediación; en algunos casos, posibilitaría la asunción de la función de mediadores inter pares (entre iguales). Segundo: la formación a algunos trabajadores de diferentes departamentos en habilidades básicas de comunicación y mediación para que puedan ser mediadores inter pares.

Deberá existir un plan de difusión activo de la cultura de paz y de la firme decisión de la organización por gestionar los conflictos de forma cooperativa y a través de la mediación.

El establecimiento de la mediación como una herramienta a la que puede acudir cualquier empleado de la organización, mediante una petición en la forma que se establezca.

La habilitación de un lugar donde puedan realizarse las mediaciones. El lugar dispondrá de las exigencias técnicas que deba reunir el local conforme a los criterios de mediadores expertos que se consultarán al efecto.

Interés en incluir en todos los contratos que firme la empresa con terceros una cláusula de sometimiento expreso a la mediación para los casos de disparidad en la interpretación y/o cumplimiento de los contratos.

La petición a todas las empresas con las que se entablen relaciones comerciales del código ético o de las aplicaciones de la responsabilidad social corporativa, teniendo preferencia para entablar dichas relaciones en igualdad de condiciones, con aquéllas que tengan tales documentos y contengan en ellos una apuesta expresa por el diálogo, la cooperación (convivencia y cultura de paz) y que tengan implementado un sistema o protocolo de resolución de conflictos, tanto desde el punto de vista interno como externo.

Y por último, establecer protocolos de actuación para la gestión de los conflictos (tanto internos como externos) que estarán a disposición de los empleados en la intranet o en el lugar que se designe, siendo accesibles *on line* con opción de impresión sin limitación.

## **7.2. PROTOCOLO PARA CONFLICTOS INTERNOS**

### **7.2.1. PAUTAS DE ACTUACIÓN**

El protocolo interno viene a recoger una serie de pautas de actuación que todo empleado deberá tener presente para transformar el conflicto y encaminarlo en una dirección positiva. Entre otras, se sugieren las siguientes: Mantener el diálogo como disciplina, debiendo centrarnos en el problema como algo que hay que resolver, y no en la persona con la que tenemos el conflicto o divergencia. Identificar y especificar los problemas a resolver. Hablar directamente y aclarar la comunicación con empatía y comprensión. RRHH informará acerca de la accesibilidad de todos los trabajadores a la documentación formativa sobre la gestión de conflictos y mediación, y de la existencia de un local o despacho en la propia empresa habilitado a tales fines. Iniciar el protocolo de actuación en el momento en que se detecte la presencia de un conflicto. Habrá total libertad de los trabajadores para informar a RRHH acerca del uso de la sala y del nivel de satisfacción del seguimiento del protocolo.

### **7.2.2. ESTRUCTURACIÓN EN FASES**

Dentro de la referida propuesta deberán diferenciarse las fases que a continuación se relacionan:

La primera fase se iniciará con la detección de un conflicto por cualquier empleado: Si el que lo detecta está en ese conflicto, deberá poner en marcha el protocolo establecido, promoviendo el diálogo y la cooperación con la persona afectada.

Si el que lo detecta no es la persona involucrada, podrá sugerirle a la persona implicada en el conflicto una lectura del protocolo de conflictos internos.

Para promover un diálogo cómodo, acudirán a la sala que especialmente tenga establecida la empresa.

El objetivo de esta fase es que los directamente afectados puedan dialogar, intercambiar percepciones y comprender sus posturas para alcanzar un acuerdo respecto al tema que les inquieta. Si no se alcanza un acuerdo, se iniciará la segunda fase.

El inicio de esta segunda fase posibilita a los empleados implicados, la intervención de un mediador inter pares (con formación específica en gestión de conflictos y mediación, pudiendo pertenecer al departamento de RRHH o, en un momento de mayor implantación, a otro departamento) que pueda ayudarles a transformar el conflicto llegando a un acuerdo.

Los mediadores inter pares vendrán a formar parte de un servicio permanente dentro del organigrama de la empresa, que bajo nuestro punto de vista deberá estar integrado en el departamento de RRHH si éste existiera, ya que son expertos conocedores de la estructura empresarial, y son los responsables de impulsar los cambios de valores y comportamiento entre los trabajadores como ya hemos visto.

En todo caso, es imprescindible que el mediador y, en su caso, la institución de mediación utilizada, guarden una absoluta independencia y neutralidad respecto de las potenciales partes en conflicto. De otra forma, se quebraría la confianza, imprescindible para el éxito de la mediación y los mediadores no se verían legitimados por las partes.

Si no se llegase a un acuerdo, comenzaría la tercera fase.

Esta tercera fase implica la intervención de un mediador externo profesional, con colaboración permanente, que debe guardar una absoluta independencia y neutralidad respecto de las potenciales partes en conflicto.

La mediación podrá celebrarse en los locales del mediador o bien, en el local habilitado por la propia empresa a tal efecto. El objetivo sigue siendo transformar el conflicto, mejorar la convivencia y la comunicación, o incluso poder llegar a un acuerdo.

### **7.3. PROTOCOLO PARA CONFLICTOS EXTERNOS**

#### **7.3.1. PAUTAS DE ACTUACIÓN**

A nuestro juicio, en caso de conflicto con un tercero con el que se haya establecido, en su caso, una relación comercial o empresarial, las empresas deberán disponer de unas pautas de actuación para dirimir la controversia.

A continuación se facilita un modelo que se puede tomar de referencia, pero que, en todo caso, deberá ser adaptado a las necesidades y cultura de cada empresa en particular.

En primer lugar, hay que valorar si estamos ante una empresa con departamento jurídico interno, o por el contrario, nos encontramos ante una empresa donde dichas funciones son derivadas a un asesor jurídico externo.

En segundo lugar, debemos comprobar si existe firmada una cláusula de sometimiento expreso a la mediación con la persona con la que surge el conflicto y con la que mantenemos relaciones comerciales o empresariales.

En tercer lugar, debemos tener en cuenta si con la parte con la que surge el conflicto no mantenemos relación comercial o empresarial alguna.

En cuarto lugar, debemos valorar si en el conflicto existe más de una parte implicada.

Y por último, estimaremos si el conflicto surge con una empresa cuyo domicilio se encuentra en una zona geográfica muy distante, que desaconseje una mediación presencial.

### 7.3.2. ESTRUCTURACIÓN EN FASES

Dentro de la referida propuesta deberán diferenciarse las fases que a continuación se relacionan:

La primera fase sería de detección desde cualquier departamento o por cualquier trabajador de la empresa. Podría detectarse un posible incumplimiento de contrato con la parte o partes con la que se haya establecido una relación empresarial o comercial previa, o caso de no existir contrato, se perciba una posible situación lesiva para nuestros derechos o intereses que pudieran dar lugar a la petición de responsabilidades.

También podría ser detectada una vulneración de algún derecho o interés legítimo aún sin haberse establecido relación comercial o empresarial alguna (piénsese en casos de propiedad intelectual o industrial, por ejemplo).

Detectado el posible conflicto o incompatibilidad, entraríamos en una segunda fase de puesta en contacto con la otra parte.

En este momento, se intentará solventar por la persona que ha detectado el mismo y, de no ser posible, se pondrá en conocimiento del responsable inmediatamente superior que a su vez intentará darle solución. Si ello no fuera posible, se trasladará, en su caso, al departamento jurídico para que analice si dicho comportamiento lesiona intereses de la empresa, incumple el contrato en su caso, o es susceptible de reclamación.

El departamento jurídico remitirá por escrito dicha circunstancia a la parte que se considere haya vulnerado nuestros derechos o intereses o incumplido el contrato si existiera, sea persona física o jurídica. Se observará si pudiera haber intervenido un tercero responsable, al que también deberemos comunicar por escrito la circunstancia antedicha.

En el supuesto de que este departamento no existiera, al gerente o administrador de la empresa o en su caso, la persona que éste designe como receptor de dichas reclamaciones, se pondrá en contacto con la parte o partes implicadas en la forma que estime oportuna, comunicándole la incidencia, queja o reclamación. Simultáneamente y atendiendo a las circunstancias o complejidad del asunto, o simplemente porque así se quiera, se pondrá en conocimiento del asesor jurídico externo de la empresa.

La tercera fase tendría lugar, cuando, tras la puesta en contacto con la otra parte, y una vez examinada la situación por ésta, discrepase con el análisis propuesto, hechos, consecuencias o derechos reclamados, aflorando en este punto el conflicto.

En este momento, se intentará llegar a un acuerdo amistoso entre todas las partes implicadas y caso de no alcanzarse el mismo y continuando las divergencias, pasaríamos a la fase de mediación.

En esta cuarta fase dónde tendría lugar el procedimiento de mediación, debemos diferenciar dos supuestos:

Un primer supuesto para el caso de que exista contrato firmado por todos los implicados con cláusula de sometimiento expreso al procedimiento de mediación si surgiera un conflicto para el que no exista acuerdo amistoso. En este caso, el representante legal de cada empresa articulará la forma de acudir a la mediación y se propondrá un mediador por cada una de las partes implicadas, y de entre los propuestos se intentará el acuerdo en la elección de uno o dos mediadores.

Será el Departamento Jurídico interno o el asesor jurídico externo, los que se encarguen de remitir al mediador o mediadores la documentación que éstos precisen para la preparación de la mediación, siendo facultativa su presencia en la mediación, sin que en la misma puedan intervenir para discutir aspectos propiamente jurídicos.

Un segundo supuesto para el caso de que exista un contrato entre los implicados que no contenga cláusula de sometimiento expreso a la mediación o también, cuando el conflicto se diera con personas con las que no mantenemos relación comercial alguna.

En ambas situaciones, se intentaría llevar a cabo una mediación proponiéndolo por escrito por nuestra empresa.

Si la otra parte acepta la solución por esta vía, se articulará la forma de desarrollo de la misma para cada caso en concreto. En este caso, y para la elección del mediador, se propondrá uno por nuestra empresa y será éste quien se encargue de ponerse en contacto con la otra parte para que tenga lugar la mediación. De no ser aceptado el mediador pero sí la mediación, actuaríamos para la elección de éste como en el supuesto número uno.

En el caso de que la mediación haya de realizarse entre empresas situadas en zonas geográficas muy distantes entre sí, la mediación podrá realizarse de forma no presencial y así evitar costes adicionales, es decir, a través de medios electrónicos, si ambas partes estuvieran de acuerdo en ello.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

### 8.1. REFERENCIAS DOCTRINALES

- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., *Resolución del conflicto*, Mensajero, Vizcaya, 2000.
- BUSCH R. y FOLGUER, J.P., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Granica, Montevideo, 1996.
- CASCÓN SORIANO, P., “Educar en el conflicto y en la convivencia”, *Arbela: Hezkuntza aldizkaira*, nº 39, 2007.
- CASCÓN SORIANO, P., “La mediación”, *Cuadernos de pedagogía*, nº 287, 2000.
- CASCÓN SORIANO, P., *Educar para la paz y la resolución de conflictos*, Cisspraxis, Barcelona, 2000.
- DAVIS, K. y NEWSTROM, J., *Comportamiento humano en el trabajo*, McGraw Hill. México D.F., 2003.
- DONNELLY, J.H., GIBSON, J.L. e IVANCEVICH, J.M., *Organizaciones: Comportamiento, estructura, procesos*, Mc Graw Hill Irwin, Madrid, 1996.
- ENTELMAN, R.F., *Teoría de conflictos: Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- FARRÉ I SALVÀ, S., “La gestión alternativa de conflictos (GAC) y el conflicto estructural y cultural en las empresas y organizaciones: La experiencia de Estados Unidos”, en VINYAMATA CAMP, E. (Coord.), *Tratamiento y transformación de conflictos: métodos y recursos en conflictología*, Ariel, Barcelona, 2003.
- FISAS ARMENGOL, V., *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria – Ediciones Unesco, Barcelona, 1998.
- FISHER R., URY W. y PATTON B., *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1998.
- HOYOS ALARTE, F. y VIANA ORTA, I., “La mediación como herramienta de trabajo”, disponible en [http://www.stes.es/salud/La\\_violencia\\_en\\_el\\_trabajo/mediacion.pdf](http://www.stes.es/salud/La_violencia_en_el_trabajo/mediacion.pdf).
- LEDERACH, J.P., *Construyendo la Paz. Reconciliación sostenible en sociedades divididas*, Bakeaz Gernika Gogoratuz, 1998.
- LEDERACH, J.P., “Conflict transformation Beyond intractability”, BURGESS, G. y BURGESS, H. (Eds.), *Conflict Information Consortium*, University of Colorado, Boulder. Posted, 2003.
- LEDERACH, J.P., *Elementos para la resolución de conflictos*, Serpaj, México, 1989.
- LEDERACH, J.P., *The Little book of conflicto transformation*, P.A. Good Books, 2003.
- NOVEL MARTÍ, G., *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Reus, Madrid, 2010.
- REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2007.
- ULRICH, D., *Recursos Humanos Champions*, Granica, Buenos Aires, 1997.
- URY, W., *Alcanzar la paz: resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2005.

- URY, W., *El poder de un NO positivo. Cómo decir NO y sin embargo llegar al Sí*, Granica, Buenos Aires, 2007.
- VINYAMATA CAMP, E. (Coord.), *Aprender del conflicto: conflictología y educación*, Grao, Barcelona, 2003.
- VINYAMATA CAMP, E., *Conflictología: Teoría y práctica en resolución de conflictos*, Ariel, Barcelona, 2001.
- VINYAMATA CAMP, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación, negociación*, Ariel, Barcelona, 1999.
- VV.AA., *Libro blanco de la mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2008.

## 8.2. RECURSOS EN LA RED

- <https://elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-53/opinion/opinion/3659-la-mediacion-en-el-seno-de-la-empresa-competividad-y-responsabilidad-social-corporativa>.
- <http://www.actibva.com/magazine/empresas/cinco-conflictos-internos-que-pueden-destruir-la-productividad-de-una-empresa>.
- <http://www.losrecursoshumanos.com/contenidos/5611-tipos-de-conflicto-y-formas-de-resolucion.HTML>.
- <http://www.gallup.com/strategicconsulting/es-xm/employeeengagement.aspx?ref=langDrop>.
- <http://www.diariojuridico.com/juan-antonio-ruiz-abogado-y-mediador-empresarialla-mediacion-empresarial-convierte-el-conflicto-en-oportunidad-de-negocio-para-las-empresas/>.
- <http://www.ganaropciones.com> (2006).
- <http://www.cegos.es> (2011 y 2012).
- <http://innovarlagestion.blogspot.com.es/2011/05/liderazgo-eficaz-para-una-sociedad.html>.
- <http://supervenciadirectiva.com/2014/03/10/cual-sera-el-rol-de-rrhh-en-el-2020-gestor-del-cambio/>.
- [http://www.stes.es/salud/La\\_violencia\\_en\\_el\\_trabajo/mediacion.pdf](http://www.stes.es/salud/La_violencia_en_el_trabajo/mediacion.pdf).
- <http://www.usip.org>.
- <http://www.dalila.urg.es/eirene>.
- <http://humannova.org/index.php/es/articulos/innovacion/362-como-sera-el-futuro-de-la-gestion-del-talento-estudio-tendenciasrh20>.
- <http://www.beyondintractability.org/essay/trasnformation>.



# **LA MEDIACIÓN COMO ELEMENTO FACILITADOR DEL PROCESO SUCESORIO EN LA EMPRESA FAMILIAR**

*Alejandra Regueira Iglesias*

Licenciada en Derecho. Mediadora



## 1. INTRODUCCIÓN

Las empresas familiares representan en España el 89% sobre el total del tejido empresarial; el 57,1% del PIB del sector privado y el 67% del empleo Privado. En la Unión Europea se estima que hay 17 millones de empresas familiares que generan 100 millones de empleos. En Galicia, *“Con una facturación de 35.000 millones, equivalentes al 70 por ciento del PIB de Galicia, las empresas familiares gallegas conforman la columna vertebral del tejido empresarial de la comunidad autónoma”*<sup>1</sup>.

Sin embargo, sólo un 2,6% de las empresas familiares superan la cuarta generación; el 7,4% de ellas sobreviven a la tercera y un 44,2% a la segunda generación. Con estos datos no parece aventurado señalar que uno de los obstáculos de este tipo de organizaciones es la sucesión<sup>2</sup>.

A lo largo de este estudio hemos diseñado un protocolo de intervención en Empresas Familiares, en el que la mediación se articula no sólo como elemento facilitador del proceso sucesorio sino también como inductor de cambio. Pretendemos implantar una nueva forma de hacer las cosas, una nueva cultura, en el que los protagonistas son las personas. Es necesario escuchar, entender las preocupaciones, los miedos y las expectativas, de cada uno de los implicados, para así poder ayudar a potenciar sus habilidades y capacidades.

## 2. LA EMPRESA FAMILIAR

### 2.1. DEFINICIÓN DE EMPRESA FAMILIAR

La empresa familiar ha sido una realidad de antiguo y, sin embargo, el concepto es relativamente nuevo. En 2007 la Comisión Europea, consciente de la importancia

---

1 “El poder de la empresa familiar gallega”, noticia del periódico “Faro de Vigo”, extraído de [www.agef.es/AGEFnoticias.php?id\\_noticia=89&categoria\\_noticias=4](http://www.agef.es/AGEFnoticias.php?id_noticia=89&categoria_noticias=4), consulta realizada a 22/01/2015.

2 Ciclo Generacional de la Empresa Familiar. Datos del Instituto de la Empresa Familiar Española, *vid.* [www.iefamiliar.com/web/es/cifras\\_familia.html](http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras_familia.html), consulta realizada a 22/01/2015.

de esta realidad, crea un grupo de expertos con el objeto de ayudar a entender los problemas de este tipo de empresas. Este grupo de trabajo, compuesto por un representante designado por cada uno de los países miembros, junto a tres expertos designados por la Comisión, trabajó intensamente de 2007 a 2009. Entre sus aportaciones cabe destacar la definición oficial de Empresa Familiar.

Desde ese momento, el Instituto de la Empresa Familiar<sup>3</sup>, adopta la referida definición. En este sentido, cabe señalar que este tipo de empresas se caracterizan, en primer lugar, por la propiedad accionarial, toda vez que la mayoría de las acciones con derecho a voto son propiedad de la persona o personas de la familia que fundó o fundaron la compañía. Cabe también que sean propiedad de la persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa, o de sus cónyuges, padres, hijo(s) o herederos directos del hijo(s). Se caracterizan, en segundo lugar, por el control, en tanto que la mayoría de los votos puede ser directa o indirecta. Una tercera característica se advierte en el gobierno de la compañía, pues al menos un representante de la familia o pariente participa en su gestión o gobierno. En cuarto lugar, caracteriza igualmente a las EF, las particularidades en cuanto al derecho a voto, toda vez que las compañías cotizadas se les aplica la definición de empresa familiar si la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social), o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto a los que da derecho el capital social.

A este respecto cabe destacar que una característica típica de las compañías cotizadas es la fragmentación de su propiedad. El mayor accionista (o bloque de accionistas) en muchas ocasiones tiene menos del 50% de los derechos de voto. En dichas compañías un accionista (o bloque de accionistas) puede ejercer influencia decisiva sobre aspectos fundamentales de gobierno corporativo sin tener la mayoría de los votos.

El punto cuarto de la definición, a la que antes se hacía alusión, se refiere a empresas en las que la familia no cuenta con la mayoría de los votos pero que, a través de su participación accionarial, puede ejercer influencia decisiva.

A estas variables cuantificables es preciso añadir un argumento cualitativo que dota a la empresa de un carácter verdaderamente familiar: se trata de situar la continuidad generacional como objetivo estratégico de la empresa, basada en el deseo conjunto de fundadores y sucesores de mantener el control de la propiedad, el gobierno y la gestión de la empresa en manos de la familia<sup>4</sup>.

## 2.2. ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA EMPRESA FAMILIAR

La opción de poder utilizar órganos de gobierno específicos, de forma paralela a los órganos propios de la forma jurídica adoptada –sociedad anónima, sociedad limitada, cooperativa, etc.– constituye una de las particularidades de este tipo de empresas. Con ellos se pretende contribuir a la viabilidad de la sociedad al conjugar criterios empresariales y familiares en su funcionamiento. A este respecto corresponde analizar tanto la Junta de Familia, como el Consejo de Familia.

3 Instituto de la Empresa Familiar, en adelante IFE.

4 Instituto de la Empresa familiar, consulta realizada a 11/01/2015, [www.iefamiliar.com/web/es/ief.html](http://www.iefamiliar.com/web/es/ief.html).

La primera es un órgano estrictamente familiar. Integrado por todos los miembros de la familia que reúnan los requisitos establecidos en el Protocolo Familiar, tiene carácter deliberante e informativo. Son asuntos de su competencia, entre otros, determinar los intereses que tiene la familia en la Empresa; establecer los objetivos que pretende conseguir y fomentar las relaciones entre los miembros de la familia. Destaca por su importancia, su cometido de detectar los posibles problemas que puedan surgir en la familia, susceptibles de tener repercusión en la empresa.

El Consejo de Familia es el órgano de carácter decisorio. Integrado por representantes de todas las ramas y generaciones de la familia –independientemente, de que trabajen o no en la empresa– entre sus principales funciones podrían destacarse: resolver aquellos problemas que se produzcan entre la familia y la empresa; dirigir y organizar la sucesión en la empresa, defender los derechos de aquellos miembros de la familia que no trabajen en la empresa, diseñar, revisar y actualizar el Protocolo Familiar a propuesta del Comité de Seguimiento del mismo, etc.

En cuanto a su funcionamiento, deberán celebrarse reuniones periódicas –previamente establecidas en el Protocolo Familiar–, presididas por el miembro más respetado o el fundador.

Otro instrumento propio de este tipo de organizaciones es el Protocolo Familiar<sup>5</sup>. Se trata de un “*acuerdo o convenio marco*” dotado de cierto carácter “*constituyente*”, en cuyo otorgamiento participan los diferentes miembros de un grupo familiar vinculado a una empresa –eventualmente, junto a otras personas ajenas a la familia pero implicadas de algún modo en la empresa–, y que tiene por objeto ordenar y planificar de manera coherente y eficaz relaciones entre familia y empresa, con el fin de garantizar la continuidad de ésta y su permanencia en el ámbito de control de la familia.

En relación a su estructura, su cuerpo central se compone de acuerdos sobre distintas cuestiones, entre ellas: los pactos relativos a la propiedad de la empresa, a la estructura y funcionamiento de la misma; acuerdos sobre el gobierno y dirección de la empresa, sobre el acceso de los miembros de la familia a los puestos de trabajo o su gestión; pactos relativos a las relaciones económicas entre empresa y familia y a la resolución de conflictos en la familia.

En cuanto a la eficacia de los acuerdos recogidos en el protocolo, se le reconoce la naturaleza de un verdadero contrato, generador de obligaciones para quienes lo firman. Además, pretende erigirse como un instrumento dotado de importante valor moral que, en muchos casos, bastará para asegurar su espontáneo cumplimiento por parte de todos los interesados.

Una de las novedades más importantes introducidas en los últimos tiempos en relación con esta materia, ha sido la promulgación del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, que ha venido a habilitar un nuevo cauce para dotar de eficacia reforzada a los protocolos, mediante el recurso a la publicidad derivada del Registro Mercantil<sup>6</sup>.

5 Protocolo Familiar, en adelante PF.

6 En relación con el proyecto de intervención que aquí se propone, el Protocolo Familiar se configura como un instrumento idóneo para recoger los acuerdos adoptados en el procedimiento de mediación.

Vinculado al PF, el Comité de Seguimiento del Protocolo –formado por miembros del Consejo de Familia– busca solventar las diferencias que puedan surgir en la interpretación del contenido del propio protocolo<sup>7</sup>.

### 2.3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES COMPETITIVAS DE LAS EMPRESAS FAMILIARES

Debido en parte a las singularidades que hemos ido relacionando hasta el momento, las empresas familiares pueden presentar una serie de fortalezas y debilidades frente a aquéllas que no lo son. Entre las primeras cabe destacar el compromiso, el conocimiento y comunicación; la flexibilidad en el trabajo, tiempo y dinero; visión a largo plazo; una cultura estable; rapidez en la toma de decisiones; solapamiento entre propietario y gerente; y confiabilidad y orgullo.

Entre sus debilidades se encuentran: la rigidez a la hora de abordar los permanentes cambios; los conflictos emocionales, frecuentes en este tipo de empresas originadas por la convivencia de dos realidades, la empresarial y la familiar; la confusión de patrimonio de la empresa y familia; los problemas de financiación; los relativos al liderazgo y a la legitimidad; y, por último, la sucesión, el paso de una generación a otra, que es un proceso complejo y que acostumbra a prolongarse en el tiempo.

## 3. LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

### 3.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR SUCESIÓN? LA SUCESIÓN COMO PROCESO

La sucesión entendida como el tránsito entre generaciones es un proceso dinámico durante el cual los roles y tareas del predecesor y el sucesor evolucionan independientemente, en paralelo, hasta que se cruzan y se solapan o empalman. La finalidad de la sucesión es transferir tanto la administración, como la propiedad del negocio a la siguiente generación.

Sin embargo, la sucesión generacional se ha revelado como uno de los problemas más importantes de la empresa familiar. En España, con unos 2,5 millones de empresas familiares, aun cumpliéndose la mejor de las tasas de supervivencia, hay un mínimo de 1.750.000 que estarán en peligro de extinción en los próximos años, debido al primer relevo<sup>8</sup>.

Son tres los posibles impactos derivados del traspaso generacional en la empresa familiar. En primer lugar, la intransigencia o resistencia del fundador a aceptar

7 Vid. de interés, Díez Soto, M., “El protocolo familiar: Naturaleza y eficacia jurídica”, en Sánchez Ruíz, M. (Coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.

8 Guinjoan, M. y Llaurador, J.M., *Una guía para pymes familiares y autónomos. 50 respuestas a 49 dudas sobre la Sucesión*, Fundación Índice, Madrid, 2009, p.14.

su retirada y, por tanto, a traspasar sus poderes al sucesor, sin existir en estos casos un plan para llevar a cabo el proceso de sucesión de forma estudiada y meditada, ni una preparación adecuada del sucesor para su futuro papel de empresario.

En segundo lugar, las tensiones entre el fundador y sus descendientes por la designación del sucesor como líder de la empresa, con el consiguiente deterioro de las relaciones con aquéllos que no sean designados. Y por último, tensiones entre los mismos herederos por la designación del sucesor<sup>9</sup>.

Por tanto, el traspaso generacional no es una cuestión sencilla y su planificación, tampoco. Al aumento de la complejidad en el ámbito empresarial, hay que sumarle también el emocional y familiar. Una de las alternativas que propone un sector de la doctrina<sup>10</sup>, es la planificación estratégica con tiempo suficiente para que todos los implicados puedan asimilar los cambios que conlleva un proceso de esta naturaleza.

### 3.2. AGENTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO

#### 3.2.1. EL EMPRESARIO

El empresario, a lo largo de su trayectoria empresarial, asume diferentes roles: fundador propietario, emprendedor, gerente, director general, *paterfamilias*, etc. En la mayoría de los casos, ha dedicado gran parte de su vida y tiempo a la empresa familiar, por lo que no es de extrañar que, en ocasiones, se resista a pasar el relevo.

Las estrategias que, para demorar el momento de la jubilación, se acostumbran a utilizar, son más que diversas. En buena parte de las ocasiones los empresarios optan por ir dejando transcurrir el tiempo manteniendo en suspenso el nombramiento del sucesor; en otras, las menos, se reconoce abiertamente la intención de no retirarse<sup>11</sup>.

Igualmente variadas son las causas que originan este tipo de resistencias, desde motivaciones propiamente empresariales –temor sobre el futuro de la empresa, dudas sobre el interés o las capacidades de la persona sucesora, etc.– económicas, toda vez que la decisión comporta, habitualmente, una renuncia a su principal fuente de ingresos y de prestigio social, así como otras causas de naturaleza emocional: miedo a lo desconocido, incertidumbre acerca del rol que le corresponderá desempeñar en la nueva etapa de su vida, etc.

#### 3.2.2. EL SUCESOR

Diseñar el perfil ideal del sucesor constituye el primer paso para garantizar el éxito del traspaso generacional y, en función de ello, designar a la persona idónea que se

9 Vid. ARAYA LEANDRO, A., "El Proceso de Sucesión en la Empresa Familiar y su Impacto en la Organización", en *Tec. Empresarial*, volumen 6, número 2, 2012.

10 Entre otros, WARD, LEACH, OLTRA, GALLO, etc.

11 Vid. GUINJOAN, M. y LLAURADOR, J.M., *Una guía para pymes familiares y autónomos. 50 respuestas a 49 dudas sobre la Sucesión*, Fundación Índice, Madrid, 2009.

adapte al referido perfil. Sin embargo, no se puede obviar que, con frecuencia, el deseo del dueño de la empresa es que el candidato sea un miembro de la familia.

A partir de ese momento se desarrollarán las actuaciones necesarias para dotar a esa persona de las capacidades y habilidades necesarias, para garantizar la supervivencia de la empresa y su viabilidad en el futuro. Para ello es preciso confeccionar un plan de formación, tanto teórico, como práctico. Los bloques temáticos básicos incluirán conocimientos generales de gestión y dirección de empresas, habilidades directivas, y también de conocimientos específicos de la empresa: cultura y valores empresariales propios, etc. El aprendizaje práctico, puede adquirirse a través de trabajos desarrollados en otras empresas, o con rodaje interno por distintos ámbitos de la propia empresa. Para el éxito de esta etapa, es necesario la supervisión y el apoyo del empresario o personas de su confianza.

Es probable que la persona elegida para dirigir la empresa necesite superar ciertas dificultades en el proceso. Por un lado, la oposición de aquellas personas que han visto afectadas sus necesidades e intereses con esta elección. Nos referimos, en primer lugar, al propio empresario que puede adoptar al respecto, diversas actitudes: bien de control absoluto, sin permitirle cometer sus propios errores, bien de despreocupación absoluta, generando en el sucesor una sensación de soledad e inseguridad. En segundo lugar, cabe señalar a otros miembros de la familia que aspiraban a la sucesión y que han visto frustradas sus expectativas. En tercer lugar, los directivos de la empresa eventualmente resentidos porque han visto malograda su proyección profesional; los trabajadores resistentes al cambio; accionistas, proveedores, clientes, etc.

En ocasiones, los candidatos deben vencer también dificultades internas, provocadas por sus miedos, sus inseguridades, las peculiaridades de su liderazgo, la imagen que tendrá de la empresa, lo presionado que se sienta, etc.

Otra de las variables a tener en cuenta en torno al sucesor es la existencia de varios candidatos interesados en la dirección de la empresa. Y es que, aun cuando la dinámica de la propia familia –tendente al trato igualitario entre los hijos– puede convertirse en un elemento distorsionador, lo cierto es que resulta fundamental elegir al sucesor teniendo en cuenta criterios fundamentalmente empresariales.

### 3.2.3. LA FAMILIA

Las diferentes etapas del proceso sucesorio necesitan contar con el apoyo de la familia. En la planificación, la participación de la familia, resulta esencial en relación a la evaluación de la conveniencia del plan desde el punto de vista familiar; si la empresa puede seguir representando un motivo de unión entre sus miembros; si por el contrario va a ser el detonante que desencadene la ruptura familiar, etc. Deben valorar, asimismo, cuál es la verdadera predisposición de la familia con relación a la propiedad, y si existe una buena disposición a asumir tareas ejecutivas.

En la fase de preparación del sucesor, el papel de la familia es importante desde la vertiente emocional. Si, por una parte, el empresario y sus directivos deben valorar el progreso de los candidatos con criterios profesionales objetivos, por otra,

debe ser la familia la que preste el apoyo personal y facilite la búsqueda de alternativas para los candidatos excluidos.

En el traspaso de gerencia, el apoyo familiar, tanto al sucesor, como al sucedido, tiene su importancia. Ambos necesitan seguridad: el primero porque deja su puesto al frente de la empresa, y el segundo, porque se halla ante un mar de retos e incertidumbres.

En el momento de la retirada del empresario, la familia debiera volcarse en su apoyo, pues para la mayoría, su nueva situación resultará incómoda y dolorosa. Además, resulta conveniente ofrecer esta cobertura, para así evitar que sucumba a la tentación de reconsiderar cuestiones relativas a la forma en la que su sucesor lleva la gerencia, cuestión ésta, más habitual de lo que pudiera parecer.

### 3.2.4. LA PLANTILLA

Otro de los operadores a tener en cuenta para el éxito de la implantación y consolidación de la nueva dirección de la empresa, es la propia plantilla.

Una reacción común ante cualquier cambio, es la resistencia. Los grupos humanos y sus miembros, una vez ubicados, tienden a mantener el equilibrio de la situación en la que se sienten más seguros. Cualquier signo de cambio –con independencia del hecho mismo de las ventajas o desventajas que eventualmente pueda plantear– es percibido como una amenaza para su posición. Estas resistencias se hacen más evidentes en el colectivo de directivos y empleados más antiguos, fundamentalmente por los lazos que les unen al propietario y a su familia.

Es por esto que contar con su contribución y experiencia, se convierte en la mejor estrategia para vencer las referidas resistencias, máxime todo ello, si se considera que la influencia que sobre el resto de la plantilla acostumbra a mantener este tipo de perfil, puede condicionar la actitud del resto de la organización.

Del mismo modo, resulta aconsejable incluir a la plantilla en el proceso, para así evitar la incertidumbre y, por tanto, los conflictos que pueden llegar a provocar los rumores ante la falta de información; para optimizar el valor añadido que supone el conocimiento de estas personas de los procesos internos, de la empresa y del sector; y, en definitiva, porque la plantilla seguirá trabajando en la empresa tras la sucesión. Los empleados pueden convertirse en un activo en este proceso: no sólo tendrán interés en la continuidad de la empresa, sino que también estarán dispuestos a colaborar de forma activa en su consolidación.

### 3.2.5. CLIENTES Y PROVEEDORES

En este tipo de empresas es frecuente que las relaciones comerciales se fundamenten en la confianza generada en torno a la figura del fundador. Por ello, al igual que se expuso en los apartados anteriores, resulta conveniente anticiparse a las posibles resistencias de clientes y proveedores. Se trata de evitar que los primeros busquen

proveedores alternativos para cubrir sus necesidades, y en el caso de los segundos, que endurezcan las condiciones de pago.

## 4. LA MEDIACIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

La incorporación de la institución de la familia al modelo organizacional de la empresa genera innumerables situaciones problemáticas, principalmente debido a que no existe una separación clara entre los asuntos de la empresa y los de la familia. En la mayor parte de las ocasiones, los conflictos familiares tienen su origen en la empresa y viceversa.

Cada una de estas esferas tiene su propia lógica y sus propios valores. El fin de la empresa es conseguir beneficios a través de una adecuada estructura y una buena dirección, lo que exige una jerarquía basada en la cualificación de las personas. Frente a ello, la familia está fundada en la afectividad, la confianza y la ayuda mutua.

Así las cosas, en la empresa familiar el conflicto organizacional típico de cualquier compañía toma una nueva dimensión, derivada de los lazos de parentesco que agregan factores emocionales a los estrictamente profesionales. En consecuencia, las interrelaciones entre ambas instituciones –familia y empresa– generan problemas y conflictos a los que no sólo hay que poner solución, sino que hay que saber prevenir para, en la medida de lo posible, evitar que se produzcan.

Tal y como se ha señalado, una de las claves para concluir con éxito el proceso sucesorio es la planificación. A nuestro juicio, el consenso de todos aquellas personas y colectivos que forman parte de la organización es, asimismo, otro factor a tener en cuenta. Es por ello que los aspectos emocionales que se generan en estos procesos de traspaso de liderazgo resultan más que fundamentales. El modelo que a continuación se desarrolla, se fundamenta sobre la premisa de la necesidad de que los mediadores conozcan la realidad, tanto empresarial como emocional, propia de las empresas familiares, para así poder afrontar las diferentes intervenciones.

### 4.1. CONCEPTO DE MEDIACIÓN

La mediación puede ser definida como un procedimiento en el que interviene un tercero neutral e imparcial, para ayudar a las partes en conflicto a alcanzar un acuerdo mutuamente aceptable sobre los temas en discrepancia. “*Constituye una experiencia educacional (que consiste en una negociación asistida por un tercer neutral, el mediador, en el que los participantes trabajan de un modo colaborativo en el análisis de un conflicto y en el mejor modo de resolverlo, con pleno poder para ello)*”<sup>12</sup>. En este modelo, el mediador es un planificador creativo. Dirige el proceso en cuanto a la forma, sin tomar decisiones de fondo, toda vez que son las partes las que deciden el modo de gestionar sus diferencias y consensuar acuerdos<sup>13</sup>.

12 Vid. FEMENIA, N., “Mediación, ética y cultura”, *Actualidad psicológica*, Buenos Aires. Año XXI, n° 237.

13 Definición extraída de NOVEL MARTÍ, G., *Mediación Organizacional: Desarrollando un modelo de éxito compartido*, Reus, Madrid, 2010, p. 22.

El procedimiento de mediación se rige por los principios de voluntariedad, confidencialidad, neutralidad, imparcialidad y de buena fe. Posee una serie de características que constituyen su esencia –en contraposición a otros procedimientos como el judicial–; supone un ahorro de tiempo, energía y dinero; se trabaja desde un enfoque a futuro para conseguir acuerdos sostenibles y trata de crear un clima de confianza para trabajar el conflicto<sup>14</sup>.

Se trata de un procedimiento que co-responsabiliza a las personas, tanto en el conflicto, como en búsqueda de la resolución del mismo, desde una perspectiva flexible, toda vez que el mediador debe adaptar sus hipótesis y estrategias a las demandas de los participantes a lo largo de las sesiones.

#### 4.2. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS ORGANIZACIONES

La mediación en el ámbito de las organizaciones se erige como un canal que favorece la expresión de las emociones, permitiendo aclarar los malentendidos y fortalecer y afianzar la comprensión mutua. Brinda un escenario seguro tanto en un sentido físico, como emocional pone a todas las partes alrededor de una mesa, y ello a iniciativa del mediador, de manera que los implicados se sienten a salvo de cualquier sospecha de debilidad; habilita a las personas a tener el control de sus decisiones; re-encuadra los problemas haciéndolos comprensibles y, con ello, abordables; en definitiva, permite la construcción de un terreno común a partir de un enfoque total del conflicto.

Además de todo lo señalado, en la propuesta de mediación que aquí se realiza, la empresa familiar facilita, asimismo, que la sucesión transcurra de forma pacífica, asegurando la continuidad de la misma. De igual modo, sirve para mejorar la comunicación, intentando crear un espacio de lealtad y compromiso –donde las personas se sientan libres para expresar sus temores, expectativas, objetivos e intereses–, en el que se ofrezca la información necesaria para promover la correcta toma de decisiones; favorece las relaciones intrafamiliares; previene conflictos que puedan darse en el ámbito familiar y trascender al ámbito de la empresa; procura, en definitiva, construir una cultura de empresa basada en el consenso, en la colaboración y la creatividad, que pueda traducirse en términos de eficacia y competitividad empresarial.

Para dar satisfacción a las pretensiones que se vienen de relacionar, el modelo propuesto se levanta sobre tres pilares. El primero de ellos conceptualiza el conflicto como algo positivo, esto es, como una *“Confrontación de intereses, percepciones o actitudes entre dos o más personas. Esta confrontación no debería interpretarse de manera negativa, ya que los conflictos tienen aspectos positivos que permiten un desarrollo que beneficia a todas las partes implicadas. Cuando los conflictos comportan perjuicios para alguna o todas las diversas partes afectadas se puede concluir que el*

14 NOVEL MARTÍ, G., *Los programas educativos en la resolución de conflictos en el ámbito sanitario. Propuestas de un modelo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008, p. 32.

*conflicto en cuestión se encuentra deficientemente gestionado y que eso podría conducir a enfrentamientos perniciosos*<sup>15</sup>.

Es por ello que el mediador debe de re-encuadrar el conflicto como una oportunidad de cambio y aprendizaje. En otras palabras, enfocar *“El conflicto como un reto; la incompatibilidad de metas es un desafío tremendo, tanto intelectual como emocionalmente, para las partes involucradas. Así el conflicto puede enfocarse básicamente como una de las fuerzas motivadoras de nuestra existencia, como una causa, una concomitante y una consecuencia del cambio, como un elemento tan necesario para la vida social como el aire para la vida humana”*<sup>16</sup>.

El segundo de los pilares se centra en la figura del mediador, toda vez que con su actitud, capacidad comunicadora y forma de relacionarse, está llamado a convertirse en un agente de transformación y empoderamiento de las personas implicadas en el conflicto. Por ello sus intervenciones deben de estar regidas por una serie de premisas que van más allá del procedimiento de mediación, que se convierten en valores que inspiran la forma de percibir el mundo y a las personas. Entre las referidas premisas<sup>17</sup> cabe señalar, en primer lugar, la idea-axioma de que “El mapa no es el territorio”, toda vez que cada persona, tiene una percepción de la realidad influenciada por numerosos factores que van a condicionar su conducta: educación, entorno, emociones, creencias, valores, etc. Se puede destacar como segunda premisa que *“todas las personas tienen todos los recursos internos que necesitan para producir cambios”*. La actitud del mediador en cada una de sus intervenciones debe de estar presidida por la certeza de que las personas que están inmersas en un conflicto disponen de todo lo necesario para resolverlo. La tercera de las premisas orbita en torno a la idea de que *“las conductas que una persona manifiesta en una situación concreta constituyen la mejor opción de la que dispone en ese momento”*. Por último, cabe destacar en cuarto lugar que *“todo comportamiento tiene una intención positiva”*, de modo que la función de los mediadores debe contribuir a reconocer y legitimar las motivaciones de las personas en conflicto, justamente para que ellas mismas las comprendan y reconozcan.

El tercero de los pilares anunciados viene constituido por la combinación del procedimiento mediador en sentido estricto, con técnicas de otras disciplinas, siempre inspiradas en los principios y metodología de la mediación.

15 VINYAMATA CAMP, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Ariel, Barcelona, 1999.

16 GALTUNG, J., “Conflict as a way of life”, *Essays in Peace Research*, vol. III, Copenhague, 1978, p. 486.

17 Se trata de alguna de los presupuestos de la programación neurolingüística.

## 5. PROPUESTA DE MODELO DE INTERVENCIÓN EN EMPRESAS FAMILIARES

### 5.1. EL MEDIADOR

Cualquier propuesta de modelo de intervención que de tal se precie, debe entrar a analizar la configuración del equipo de mediación. Cabe a este respecto diferenciar dos posibilidades: que, en primer lugar, los mediadores procedan de un servicio externo, sin vinculación con el equipo de consultores; y que, en segundo lugar, los mediadores estén integrados dentro del equipo multidisciplinar de consultores, que colaboran con el empresario en el diseño del plan de sucesión: abogado/a, economista, financiero/a, psicólogo/a, etc. A nuestro juicio, sería conveniente que todos y cada uno de los integrantes del grupo de consultores, tuviesen formación en mediación.

En cualquier caso, en ambas posibilidades, los mediadores deberán actuar en co-mediación, esto es, aquella “(...) mediación en la que hay dos mediadores que trabajan conjuntamente en el mismo momento, espacio y en la misma situación”<sup>18</sup>. En este caso, la intervención se produce en absoluta igualdad, en cuanto a importancia, funciones, operatividad y jerarquía, aun cuando, lo cierto es que los co-mediadores acostumbran a decidir el papel o rol de cada uno en cada sesión de mediación<sup>19</sup>.

Desde el modelo que desde aquí se defiende –y tal como se ha referenciado *supra*–, resulta más que necesario que los mediadores sean conocedores de la tipología de las relaciones y conflictos en las organizaciones y, en concreto, de la empresa familiar. Deberán, asimismo, entrenarse en habilidades de comunicación, capacidad para escuchar activamente, ser formadores, buenos negociadores. Deberán poseer capacidad para empatizar, para persuadir, ser flexibles a la hora de adaptarse a las demandas de las personas implicadas y a la de aplicar las diferentes técnicas. Tendrán que mostrar sensibilidad hacia los valores que las partes viven y defienden, capacidad para identificar y para separar los problemas de las personas<sup>20</sup>.

Especial mención merecen en este tipo de organizaciones los “mediadores naturales”, es decir, aquéllos que de manera informal actúan de moderadores en el ámbito de la empresa y de la familia.

En varios estudios de la Cátedra de la Empresa Familiar, se destaca que el papel de la mujer en las empresas familiares está cambiando, pues están adquiriendo paulatinamente una mayor visibilidad. Entre las aportaciones de la mujer en este ámbito destacan: su labor como promotoras de la igualdad y cooperación entre los miembros de la familia; su rol de líderes emocionales; la transmisión de los valores tanto familiares como empresariales entre las distintas generaciones. Tienen una visión amplia y profunda de las relaciones familia-empresas, actúan como conocedoras de las capacidades y aptitudes de cada una de ellos, como mediadoras entre generaciones, etc. Si bien no hay que obviar que cada vez la participación de la mujer

18 Definición extraída de NOVEL MARTÍ, G., *Mediación Organizacional: Desarrollando un modelo de éxito compartido*, Reus, Madrid, 2010, p. 144.

19 Definición extraída de NOVEL MARTÍ, G., *Mediación Organizacional: ...*, op. cit., p. 144.

20 NOVEL MARTÍ, G., *Mediación Organizacional: ...*, op. cit., p. 136.

en la empresa familiar es mayor, siendo que cada vez más frecuente su intervención en la Dirección de la misma.

## 5.2. EL ESPACIO DE MEDIACIÓN

Para el correcto desarrollo del modelo aquí propuesto, sería conveniente poder contar con una sala dentro de la organización, llamada a albergar todas las intervenciones que tengan que ver con el proceso sucesorio, de modo que, preferiblemente, no se cambiará de ubicación. Durante el tiempo que dure el mismo, si la operativa de la empresa lo permite, esa sala sólo se utilizará para el referido fin. Con ello se pretende que los mediadores “*hagan suyo el espacio*” –personalicen con determinados accesorios que puedan llegar a utilizar de forma estratégica en algunas de las intervenciones–, asegurar la neutralidad y dotar de transparencia todas las actuaciones, evitando así suspicacias.

La sala deberá de estar situada en un lugar de la organización de fácil acceso y que permita salvaguardar la confidencialidad. En este tipo de intervenciones se van a desarrollar tanto sesiones individuales, como más grupales, por lo que sería más que interesante que las dimensiones de la sala fuesen suficientes para poder desarrollar, cómodamente, ambos tipos de reuniones<sup>21</sup>.

## 5.3. TIPOS DE INTERVENCIONES

### 5.3.1. ASESORAMIENTO

El asesoramiento no es, como se sabe, un tipo de mediación. Ello no obstante, la relación viene dada porque el mediador actuará en él a modo de facilitador, empleando para ello algunas de las herramientas de la mediación: escucha activa, observación, lectura corporal, asertividad, empatía, respeto, re-encuadre, etc., así como otras que proceden de diferentes disciplinas como el meta-modelo y chequeo ecológico<sup>22</sup>.

El mediador acompañará al empresario en el diseño del perfil y plan de formación del sucesor para que sea acorde con sus principios, valores y con las necesidades de la organización. Ayudará a abrir el foco en cuanto a los posibles miedos, inseguridades que le puedan afectar a la hora de abordar la sucesión, y a identificar actitudes que obstaculicen la labor y la integración del sucesor. Lo acompañará en la exploración de posibles alternativas una vez pasado el relevo. Colaborará con él en la construcción de puentes al futuro.

En cuanto al sucesor, con las mismas técnicas, el mediador puede ayudar a explorar si quiere formar parte de la empresa y asumir el rol de sucesor; a fomentar

21 Se necesitaría como mínimo, una mesa redonda u ovalada, con sus correspondientes sillas, equipos informáticos con acceso a internet, pizarra o rotafolio, y proyector.

22 Técnica de programación neurolingüística.

el desarrollo de sus capacidades y habilidades; a diseñar los objetivos y la ruta para conseguirlos.

Esta misma intervención se utilizará con el resto de miembros de la familia que puedan verse afectados por el proceso sucesorio –por ejemplo, hermanos, cónyuge, etc.– así como con otros agentes clave en la organización, como trabajadores más antiguos y Directivos.

El asesoramiento se desarrollará en sesiones individuales y, con carácter previo, se explicará a todos los intervinientes la dinámica de las sesiones, pues resulta imprescindible actuar con absoluta transparencia y generar así confianza en los mediadores y en su metodología.

### 5.3.2. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Una vez identificados en las sesiones individuales, los objetivos, las necesidades, los intereses, las expectativas y posiciones de cada uno de los intervinientes, se procederá a ponerlos en común e interactuar con el resto de implicados.

La mediación, en sentido estricto, se llevará a cabo para consensuar todo aquello relacionado con el sucesor, empresario y otros miembros de la familia. Se podrán tratar distintos ámbitos, no sólo los empresariales, sino también los emocionales y familiares. Para ello será preciso generar un espacio de comunicación y confianza donde se puedan expresar con libertad, esto es, con la seguridad de que serán escuchados y respetados.

En cuanto a la dinámica del procedimiento, se desarrollarán en sesiones conjuntas y cuando lo estimen conveniente los mediadores, en sesiones individuales denominadas “caucus”.

Los asuntos a tratar en estas sesiones los determinan las partes. Ello no obstante, lo habitual es que giren en torno a temas que tengan que ver con el sucesor: si el sucesor elegido es el más idóneo; si el candidato quiere ocupar este cargo; a qué está dispuesto a renunciar y el esfuerzo que quiere realizar, etc.

El objeto de estas sesiones, en relación a los otros miembros de la familia, orbitará en torno a sus expectativas ante la sucesión, sus preocupaciones ante la elección del candidato, cómo satisfacer sus necesidades e intereses, cómo integrarlos en el proceso, etc.

Con respecto a otros miembros clave en la organización que pueden haber visto frustradas sus expectativas laborales con la designación del sucesor –tales como directivos o trabajadores más antiguos– se pueden acordar medidas para incentivar su colaboración en el proceso sucesorio, atender sus demandas de mejora, concretar su papel en la nueva dirección, etc.

Por la trascendencia que tendrá en la prevención de futuros conflictos resulta más que relevante dejar bien definido cuáles van a ser los ámbitos de intervención de cada uno de los protagonistas, así como sus funciones y competencias una vez realizado el proceso.

Los acuerdos tomados en este espacio se recogerán en el Protocolo Familiar.

### 5.3.3. FORMACIÓN

Este tipo de intervención consiste en formar a las personas que componen la empresa en habilidades y competencias mediadoras. Y es que “(...) *la formación tiene la finalidad de ayudar a mejorar el estilo relacional de las personas, dar a conocer las posibilidades de la mediación y transmitir valores de cultura de paz a aplicar en las organizaciones*”<sup>23</sup>.

En este modelo objeto de desarrollo, se articula la formación como un factor de prevención y palanca de cambio dentro de la organización. Tiene por objeto identificar los modelos de comunicación existente a través de los cuales podremos reconocer las posiciones, necesidades, las diferencias de creencias y valores que pueden constituir factores potenciales de conflicto. Sólo una vez adquirida conciencia sobre su existencia se podrán adoptar las medidas necesarias para prevenir posibles conflictos.

En todas las organizaciones y especialmente en la empresa familiar, “(...) *la formación debe de ir dirigida a desarrollar habilidades para los diálogos pacíficos y resolutivos, como a promover el cambio individual y grupal*”<sup>24</sup>.

La formación irá dirigida a distintos colectivos dentro de la empresa: a la plantilla a través de talleres para la sensibilización en temas de cultura de paz; a los directivos y mandos intermedios con talleres de gestión de equipos y comunicación no violenta. Puede ofrecerse de igual modo, formación especializada para personas que trabajan a diario en situaciones donde el conflicto es potencialmente habitual; así como una formación especializada para el sucesor, como elemento potenciador de su liderazgo.

También a través de la formación se dota a los “mediadores naturales” de las técnicas necesarias para profesionalizar la labor que, de manera informal, vienen realizando tanto en la empresa como en la familia, fomentando al mismo tiempo la independencia con respecto a los profesionales mediadores.

### 5.3.4. DINÁMICAS DE GRUPOS

Este tipo de intervenciones facilitan la interacción de un grupo numeroso de personas, cuestión por la que permite integrar a la totalidad de la plantilla y sondear sus impresiones y sus posiciones ante los cambios que se prevén.

La finalidad de las dinámicas de grupos son diversas: que todas las personas afectadas por el proceso de sucesión sean invitadas a trabajar de forma colaborativa en la búsqueda de una solución conjunta y deseable; promover decisiones conjuntas a través de acuerdos consensuados, teniendo en cuenta las necesidades, expectativas, temores y sensibilidades de todos los participantes; aumentar las capacidades reales y potenciales de mejora, de cambio y adaptación de las personas; encontrar opciones realistas al tiempo que innovadoras, etc.

Dentro de las numerosas técnicas de consenso grupal existentes, hemos seleccionado aquéllas que entendemos se adaptan mejor a la realidad de la empresa

23 NOVEL MARTÍ, G., *Mediación Organizacional: ... op. cit.*, p. 157.

24 NOVEL MARTÍ, G., *Mediación Organizacional: ... op. cit.*, p. 158.

familiar. En primer lugar, cabe destacar los denominados “Escenarios de Futuro”, técnica que se inicia trabajando desde la visión posibilista del futuro más negativo posible, para identificar aquello que preocupa o está en la mente de las personas que participan. A partir de esta identificación se empieza el proceso de reconvertir esta posibilidad en un escenario nuevo a través de técnicas apreciativas. En segundo lugar, también pueden señalarse los “Diálogos Apreciativos”, a través de los que se pretende ayudar a buscar una visión real positiva de la situación, así como la ideal a consensuar en el seno de la organización.

### 5.3.5. OTRAS INTERVENCIONES

Cabe destacar otro tipo de intervenciones que se alinean con los objetivos expuestos, tales como, facilitar el proceso sucesorio y consolidar la nueva gerencia, generar cultura de paz e integración, etc. Esos otros tipos de intervenciones pueden consistir en desarrollar acciones dirigidas a mejorar las buenas prácticas relacionales; asesorar en la elaboración de planes de comunicación en la organización; planificar o dirigir reuniones; asesorar en la comunicación a agentes externos tales como proveedores o clientes, de los cambios que están acaeciendo en la organización para que sigan confiando y apoyen el nuevo proyecto, etc.

## 6. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

Siguiendo a NOVEL MARTÍ<sup>25</sup>, apostamos por un modelo de protocolo desarrollado en siete etapas, además de la de pre-mediación. Cabe diferenciar así una primera etapa que denominada pre-mediación, que tiene como principal objetivo el de preparar a las partes y el contexto. En esta etapa, se puede identificar tanto las intervenciones preventivas, como las operativas. La intervención preventiva es aquella que se lleva a cabo desde el momento inicial de la planificación del proceso sucesorio. El equipo de mediación, se presenta a la organización y explica las diferentes intervenciones que conformarán el proceso, sus principios y el valor añadido de la mediación. Los mediadores, por su parte, llevan a cabo los contactos necesarios con los protagonistas, adquiriendo conocimientos sobre los asuntos que pueden generar conflicto o aquéllos que ya lo han provocado. Se obtiene el compromiso de las partes de someterse y respetar los principios de la mediación.

En la intervención operativa el mediador interviene en plena crisis, debiendo, por tanto, ayudar a su resolución. En este supuesto la etapa de pre-mediación, tendrá como objeto: recibir la solicitud de mediación, efectuar el primer contacto con las partes y la preparación del mediador. Será necesario habilitar el espacio físico e invitar a las partes a mediación.

Entrando ya en el análisis de las etapas *stricto sensu*, en la primera se acoge a las partes que adoptan el compromiso de mediación. Se ofrece la bienvenida y se hacen

25 NOVEL MARTÍ, G., *Mediación Organizacional: ..., op. cit.*, pp. 191-226.

las presentaciones, se explican los principios de la mediación, finalizando con la firma del compromiso de mediación.

En la segunda etapa se busca el paso de la confrontación a la colaboración. Las partes inician sus narrativas, se validan las propias percepciones, y los mediadores ayudan a hacer comprensible el conflicto y acercar posiciones.

La tercera etapa se caracteriza por la reformulación y transformación de la relación, a través de la construcción de una visión conjunta, definiendo la co-responsabilidad relacional, por medio del reconocimiento y la revalorización del otro.

En la cuarta etapa se propone y crea la agenda. Para ello, es necesario identificar los intereses y necesidades, los puntos de acuerdo y desacuerdo, definiendo la agenda y los temas a tratar.

La quinta etapa es el momento en que se realizan propuestas transformadoras. Se generan opciones múltiples, se promueve la co-participación de las partes y se provoca la discusión amplia de las opciones y propuestas creativas.

En la sexta etapa se trata de concretar el acuerdo mediante la presentación de propuestas realistas para el mutuo acuerdo, la firma del mismo y la finalización de las sesiones.

Por último, la séptima etapa está constituida por el seguimiento y cierre del proceso. Se contacta con las partes para el seguimiento y comprobación del nivel de cumplimiento de los acuerdos. Se finaliza con el cierre burocrático del procedimiento de mediación.

## 7. CONCLUSIONES

Las empresas familiares son muy propicias a que se generen conflictos que pueden –mal gestionados– terminar con su viabilidad, debido a la confluencia en su seno, de dos esferas de relaciones que no siempre se saben mantener adecuadamente separadas: las familiares y las propiamente empresariales.

Son muchas las disfunciones y, a través de ellas, los conflictos que pueden poner en peligro a la empresa por la intersección de ambas esferas. Una de ellas es el proceso sucesorio.

En este ámbito, la mediación –aplicada conjuntamente con otro tipo de intervenciones– se configura como un instrumento facilitador del proceso sucesorio. Y ello porque presta apoyo a los protagonistas de la sucesión; integra las sensibilidades de los protagonistas –sin juzgar, ni menospreciar–; potencia habilidades colaborativas y de comunicación; previene y gestiona conflictos; y aporta una nueva forma de hacer las cosas, la colaboración.

Del mismo modo, la mediación genera organizaciones que afrontan el nuevo liderazgo con ilusión, reconocimientos apreciativos, aprendizajes mutuos, personas motivadas, comprometidas y corresponsables de su funcionamiento, personas, en definitiva, orgullosas del sentido de pertenencia.

Así como los conflictos de la empresa familiar suelen gozar de una gran heterogeneidad, el modelo de intervención debe de ser lo suficientemente flexible para adaptarse a las necesidades de cada organización.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA LEANDRO, A., “El Proceso de Sucesión en la Empresa Familiar y su Impacto en la Organización”, en *Tec. Empresarial*, volumen 6, número 2, 2012.
- BARROSO MARTÍNEZ, A., *La importancia de la Gestión del Conocimiento en el Espíritu Emprendedor de las Empresas Familiares*, Universidad de Extremadura, Badajoz, 2013.
- BOLAÑOS CARTUJO, I., *Estudio descriptivo del síndrome de alienación parental en procesos de separación y divorcio. Diseño y aplicación de un programa piloto de Mediación Familiar*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2000.
- CABRERA SUÁREZ, M<sup>a</sup>.K., *Factores determinantes del éxito y fracaso del proceso de sucesión en la empresa familia*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, 1998.
- CEJA, L., “El papel de la mujer en la empresa familiar: el reconocimiento de un rol crítico pero a veces invisible”, *Cátedra de Empresa Familiar Navarra*, Universidad de Navarra, número 38, 2008.
- DÍEZ SOTO, M., “El protocolo familiar: Naturaleza y eficacia jurídica”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (Coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- FEMENIA, N., “Mediación, ética y cultura”, *Actualidad psicológica*, Buenos Aires. Año XXI, n° 237.
- GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, *Cuadernos de Reflexión*, Cátedra Prasa de Empresa Familiar, número 14, 2012.
- GALTUNG, J., “Conflict as a way of life”, *Essays in Peace Research*, vol. III, Copenhague, 1978.
- GUINJOAN, M. y LLAURADOR, J.M., *Una guía para pymes familiares y autónomos. 50 respuestas a 49 dudas sobre la Sucesión*, Fundación Índice, Madrid, 2009.
- MINISTERIO DE INDUSTRIA TURISMO Y COMERCIO, *Guía para la Pequeña y mediana empresa familiar*, Ministerio de Industria Turismo y Comercio, Madrid, 2008.
- NOVEL MARTÍ, G., *Los programas educativos en la resolución de conflictos en el ámbito sanitario. Propuestas de un modelo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008.
- NOVEL MARTÍ, G., *Mediación Organizacional: Desarrollando un modelo de éxito compartido*, Reus, Madrid, 2010.
- ORTEMBERG, O.D., *Mediación en Empresas Familiares*, Gedisa, Barcelona, 2006.
- VINYAMATA CAMP, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Ariel, Barcelona, 1999.



# **MEDIACIÓN EN LOS PROBLEMAS JUVENILES**

José Antonio Veiga Olivares  
Mediador y Psicopedagogo



## 1. INTRODUCCIÓN

La juventud es entendida como un estadio diferenciado, en lo que se refiere a la edad y la condición social, del individuo, un producto originado en una sociedad donde prima el bienestar de sus componentes. La sociedad del bienestar tiene en gran consideración a los grupos más vulnerables (niños, mujeres, jóvenes o ancianos), apartándolos y cuidándolos especialmente. Aspectos como la escolaridad obligatoria, el retraso en la incorporación al mercado laboral, la creación de infraestructuras específicas para su atención en colegios e institutos, no son otra cosa que balizas en el camino, indicadores preparatorios para el joven acerca del camino a seguir. Un camino obligatorio para acceder a la sociedad, todo ello de mano de sus padres.

A medida que los jóvenes van entrando en el mundo adulto, deben incorporarse a las tareas propias, llegando a un momento en el que el modelo de estado de bienestar entra en crisis, no pudiendo hacer frente a las necesidades de estos, es en este momento, en el que se convierten en un problema.

Los problemas surgen cuando aparecen las primeras preocupaciones, problemas para acceder al mercado laboral, dificultades para conseguir una vivienda, etc., entran en contradicción con el ideal que los adultos habían planificado, dando lugar a actitudes y comportamientos difíciles de entender.

El sistema educativo formal no cuenta con los recursos necesarios para preparar a los jóvenes a afrontar la nueva vida que les espera, es necesario adaptarlo a las nuevas condiciones que van surgiendo.

Cuando el ocio y el tiempo libre ya no son la preocupación principal, sino que aparecen en escena, el trabajo, la vivienda, el proyecto vital y autónomo de vida que cada joven desea, la situación lleva a la aparición de numerosos profesionales: animadores socioculturales, orientadores laborales, *mediadores*, educadores de calle, agentes de desarrollo juvenil, dinamizadores, etc., profesionales que aportan nuevas estrategias y herramientas de trabajo para atender esas necesidades.

Destaco la *Mediación* de entre todos los instrumentos empleados para la resolución de estas nuevas situaciones conflictivas. Son el carácter constructivo y la flexibilidad que guía la *mediación*, los que nos permitirán asumir el conflicto como

un hecho facilitador de cambio y transformación, que forma parte de nuestra existencia como seres sociales.

Desde la perspectiva de la *Mediación* en el ámbito juvenil, facilitarán las herramientas, los instrumentos y los métodos necesarios para que los jóvenes puedan afrontar sus disputas pacíficamente en todos los órdenes de su vida. Y sean capaces de tomar el timón de su vida, resolviendo los conflictos de una manera pacífica y razonada, valorando sus verdaderas necesidades, posiciones e intereses.

## 2. PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

### 2.1. EL CONFLICTO Y SU PROCESO

Los conflictos según TORREGO *“Son situaciones en las que dos o más personas entran en oposición o desacuerdo por que sus posiciones, intereses, necesidades, deseos o valores son incompatibles, o son percibidos como incompatibles, donde juegan un papel muy importante las emociones y sentimientos y donde la relación entre las partes en conflicto puede salir fortalecida o deteriorada en función de cómo sea el proceso de resolución del conflicto”*<sup>1</sup>.

Los conflictos pueden ser de carácter social, cultural, económico, generacional, territorial, personal, etc., sea cual sea la naturaleza del conflicto, es necesaria la participación de los individuos. Partimos pues de la premisa según la cual conflicto y seres humanos son componentes fijos en el esquema social.

Debemos considerar que el conflicto es algo inherente al ser humano, que resulta inevitable, que está presente en cualquier sociedad o cultura. Esto nos lleva a pensar que la máxima aspiración de una sociedad o cultura es la resolución del conflicto civilizadamente, mediante el diálogo, evitando en todo momento la violencia física. Este sería el principal punto que diferencia al ser humano de otras especies animales. La idea de una resolución no violenta ha llevado a los investigadores a generar estrategias, métodos y herramientas, orientados a la resolución pacífica de los conflictos, basándose en un proceso dialogante que guíe a las partes hacia un consenso mutuamente satisfactorio.

A pesar de las diferentes posturas en torno al estudio del conflicto encontramos en común la idea de que el conflicto no es en su totalidad algo negativo, sino que resulta una oportunidad para el individuo de juzgarse a sí mismo, de comprender las diferencias existentes entre nosotros y el resto, de generar nuevas respuestas de afrontamiento al conflicto. La propia identidad personal del sujeto se ha ido creando a través de los conflictos que ha enfrentado, lo que es en sí un proceso de aprendizaje, de crecimiento, de desarrollo.

Los conflictos son discrepancias o disputas que pueden ser constructivas o destructivas. Resulta un elemento imprescindible para la construcción, destrucción y reconstrucción de la cultura humana, es decir, es el motor de la evolución social. Toda situación conflictiva implica un sentimiento de malestar en las personas,

1 TORREGO, J.C., *Mediación de conflictos en instituciones educativas*, Narcea, Madrid, 2007, p. 37.

afrontar el conflicto de forma errónea puede llevar a consecuencias destructivas, provocando que las partes se vuelvan más intolerantes y defensivas. Al tratarse de una forma inadecuada de enfrentar el conflicto facilita la intervención de la mediación como herramienta de resolución.

Los conflictos son fenómenos complejos en lo que se refiere a su causalidad, implican tanto aspectos relacionados tanto con las interacciones entre los individuos, como los contextos en los que estas tienen lugar. Sin embargo los estudios sociológicos han señalado algunas situaciones de riesgo que se repiten en gran parte de los casos conflictivos, estos son la exclusión social, o la percepción de exclusión social, formar parte de una banda violenta, la exposición a la violencia mediática o la ausencia de límites. Por otro lado, destacan las condiciones sociales que hubieran actuado como protectores frente a estos factores de riesgo, entre ellas encontramos la existencia de modelos sociales positivos, mayor colaboración entre la institución escolar y la familia, disposición de espacios de ocio o grupos de pertenencia de carácter constructivo.

## 2.2. ORIGEN DE LAS SITUACIONES CONFLICTIVAS. LA FAMILIA

La familia es el origen de la mayoría de conflictos que se producen en nuestra sociedad. El tratamiento de una situación conflictiva a menudo requiere la intervención en el ámbito familiar. La familia es el primer agente socializador para los jóvenes, a través de ella interiorizan esquemas y modelos que serán la base de las futuras relaciones sociales que establezcan, así como para el desarrollo de las percepciones sobre lo que pueden esperar de sí mismo y de los otros y de los demás.

Es en el seno de la familia donde el joven interioriza las normas básicas que le permiten desarrollarse como persona y formarse una idea sobre sus capacidades personales para enfrentarse al mundo, así como de las habilidades que posee para enfrentarse a los problemas que surjan en la vida cotidiana. En el caso de las familias disfuncionales, violentas o conflictivas, este aprendizaje se ve truncado, derivando en una interiorización de modelos negativos centrados en la fuerza y la intolerancia. Esta situación ha desencadenado en adultos, provenientes de familias disfuncionales y problemáticas, incapaces de afrontar situaciones conflictivas.

El maltrato infantil por parte de los progenitores es el deterioro extremo de las relaciones en el ámbito familiar, nos referimos a casos en los que el tratamiento de los padres hacia sus hijos es inadecuado, obstaculizando el desarrollo del niño.

- Por lo que se refiere al maltrato infantil, éste contribuye de forma determinante al deterioro de las interacciones familiares debido a: provoca la disminución de las posibilidades para establecer relaciones positivas; la repetición o cronicidad asociada agrava el maltrato; se extiende a la totalidad de relaciones que se generan en el ámbito familiar; más del 40% de los padres que maltratan a sus hijos, mantienen una relación conyugal violenta entre sí; los menores que conviven con madres que padecen maltrato, padecen problemas similares a si fueran maltratados directamente; a medida que el nivel de estrés experimentado por los padres supera su capacidad de afrontamiento, aumenta su posibilidad de ejercer violencia.

La principal fuente de estrés son las condiciones extremas de pobreza (económica, higiene, problemas de vivienda, etc.).

- Gran parte de las familias que atraviesan por dificultades económicas graves no son violentas, pues la pobreza no produce por sí sola la violencia, sino que aumenta su probabilidad. La violencia se produce en todos los estratos sociales.

El microsistema escolar en el *bullying*. ¿Qué es el *bullying*? Se trata de una forma de maltrato, generalmente intencionado y perjudicial, de un estudiante hacia otro compañero, generalmente más débil, al que convierte en su víctima habitual. Suele ser persistente, y puede durar semanas, meses o años. El maltrato se da entre iguales.

La violencia que se da en el ámbito escolar tiene algunas características particulares: se expresa a través del insulto verbal, rechazo social, intimidación psicológica y/o agresividad física de unos niños hacia otros; es una conducta habitual, persistente, sistemática, repetida y prolongada; la fuerza de los participantes está en claro desequilibrio. Una de las características del maltrato entre iguales es el desequilibrio de poder, tanto físico como psíquico, entre el agresor y su víctima. Un estudiante es acosado o victimizado cuando está expuesto de manera repetitiva a acciones negativas por parte de uno o más estudiantes; se mantiene en el tiempo debido a la ignorancia o pasividad de las personas que rodean a los implicados, que no intervienen directamente.

La violencia que tiene lugar en el centro escolar no solo afecta a víctima y agresor, sino que influye en todas las personas que comparten el ámbito educativo:

El agresor: aumentan los problemas que le llevaron al abuso de la fuerza; menor capacidad empática; refuerzo de un estilo violento de interacción lleva a la obstaculización en el establecimiento de relaciones positivas.

La víctima: miedo y rechazo al contexto escolar; pérdida de confianza en sí mismo y en otros; disminución del rendimiento, baja autoestima, etc.

El contexto escolar: reducción de la calidad de la vida educativa; dificulta el logro de objetivos (aprendizaje, calidad del trabajo, etc.); aumento de los problemas y tensiones que causaron la violencia.

Espectadores pasivos: miedo a convertirse en víctima; reducción de empatía y falta de sensibilidad; apatía e insolidaridad respecto a problemas ajenos.

A la hora de afrontar o prevenir las situaciones violentas que se generan en el ámbito escolar, es necesario aplicar algunas indicaciones: fomentar la expresión de las tensiones y la resolución de conflictos mediante un estilo no violento; expresar el rechazo explícito hacia cualquier comportamiento asociado a la intimidación y victimización de los alumnos; desarrollar una cultura de la no violencia; animar tanto a víctimas, como a observadores pasivos de la situación, a romper con mutismo que envuelve a la violencia escolar.

La víctima de violencia escolar: el alumno víctima de una situación violenta por parte de sus compañeros puede comportarse de dos formas:

- La víctima pasiva. La víctima pasiva se encuentra en una situación social de aislamiento, no tiene amigos en el colegio, tiene problemas de comunicación y baja popularidad. La ausencia de amigos puede propiciar el inicio de la victimización, que a su vez disminuye aún más la popularidad de quien la sufre; muestra una conducta pasiva, miedo a la violencia, se muestra vulnerable, ansiosa y con poca au-

toestima. Las víctimas pasivas tienden a culpabilizarse de su situación para a continuación negarse a reconocerla, pues consideran su papel de víctima tremendamente vergonzosa; generalmente están muy sobreprotegidos por su familia, lo que no hace otra cosa que acentuar la automarginación de la víctima en esta circunstancia.

- La víctima activa. La víctima activa también sufre de una situación social de aislamiento e impopularidad, incluso mayor que la de las víctimas pasivas, lo que podría encontrarse en el origen de ser escogido como víctimas; muestran una tendencia a actuar de una manera impulsiva, muchas veces inadecuada a la situación, empleando conductas agresivas, irritantes y provocadoras, confundiendo en ocasiones con los agresores. Puede estar causado por un trato familiar más coercitivo y violento que otros niños; su rendimiento escolar es peor que el de las víctimas pasivas, cierta tendencia a la hiperactividad; afecta más frecuentemente a chicos, aunque realmente el acoso o violencia escolar no entiende de sexos ni de estratos sociales.

Los agresores en la violencia escolar. Generalmente, los agresores que ejercen violencia física son chicos (45%), las chicas son más propensas a realizar agresiones de tipo psicológico (rumores, cuchicheos, insultos, etc.).

Podemos encontrar dos tipos de agresores: *activos*, los que inician la agresión y la dirigen, y los *pasivos*, que les siguen y les animan. Manifiesta una deficiencia en habilidades sociales, para comunicar algo, negociar sus necesidades o deseos. La personalidad del agresor, viene matizada por un temperamento impulsivo y agresivo. Muestra una falta de empatía o capacidad para ponerse en el lugar de otra persona, asumir su situación, y manifiesta un sentimiento de culpabilidad. Es incapaz de controlar, su ira y hostilidad, hacia los demás. Reflejan una imagen y proyección social negativa, llegando a ser rechazados por una parte de sus compañeros. En este perfil suele darse además que haya una carencia de relaciones afectivas entre los padres, y especialmente, de la madre hacia el agresor. Este agresor tiene pocas autolimitaciones para imponerse límites y manifiesta una conducta antisocial continuada.

Es conveniente prestar atención a los procesos de detección y tratamiento de estas situaciones violentas, para ello es recomendable: potenciar el aprendizaje cooperativo y solidario en los centros escolares; poner hincapié en erradicar las situaciones de aislamiento o confrontación que se den en los centros escolares y propicien las situaciones este tipo de violencia; desarrollar las habilidades comunicativas de los alumnos; dotar a los alumnos de una pequeña guía para la resolución de conflictos básicos; crear contextos normalizados en los que las víctimas puedan pedir ayuda sin ser estigmatizadas por ello.

¿A que nos referimos con desarrollar habilidades comunicativas? Las habilidades comunicativas de los jóvenes pueden ser desarrolladas a través de la Mediación, con el objetivo de capacitar al joven para comunicar de forma más efectiva pensamientos y sentimientos, de esta forma se le brindaran las herramientas necesarias para trabajar y solucionar los conflictos.

Entre las principales habilidades de comunicación que los adolescentes deben y pueden trabajar para dialogar y discutir de forma constructiva señalamos: *Escucha activa, escuchar con la intención de comprender; respetar los turnos de participación y distribuir el tiempo de comunicación; expresar opiniones y sentimientos.; hacer pre-*

*guntas para facilitar la comunicación; estructurar la información; aprender a captar tanto discrepancias como semejanzas; incluir en los razonamientos propios los argumentos esgrimidos por los demás.*

La relación entre la escuela y la familia. El riesgo a que se produzca una situación de violencia se ve disminuido dependiendo de la cantidad y la calidad del apoyo social del que dispone una familia.

Según señala DÍAZ-AGUADO<sup>2</sup>: el apoyo social recibido ayuda a resolver los problemas, proporciona el acceso a información precisa sobre otras formas de resolver los problemas y proporciona oportunidades para la mejora de la autoestima. La prevención de la violencia debe partir con la lucha contra la exclusión a la que están sometidas algunas familias.

Una importante línea de actuación a la hora de mejorar la eficacia de la educación en la prevención de la violencia es trabajar una comunicación de carácter positivo entre la escuela y la familia, un tipo de comunicación especialmente necesaria en casos de menores que padecen mayor riesgo de violencia o dificultades de adaptación al sistema escolar.

El aislamiento social que suele caracterizar a estas familias dificulta en gran medida la relación entre estas y el sistema escolar. Las investigaciones realizadas sugieren la necesidad y posibilidad de desarrollar nuevos esquemas de colaboración, siempre respetando el papel de cada agente educativo y evitando el paternalismo y la estigmatización, con el fin de alcanzar una comunicación eficaz.

La importancia de los medios de comunicación. La sociedad actual se encuentra en continuo contacto con la violencia a través de los medios de comunicación. Por este motivo los medios son considerados frecuentemente la principal causa originaria de la violencia infantil y juvenil. Los estudios científicos que se han llevado a cabo en torno a este tema han llegado a las siguientes conclusiones:

- Los comportamientos y actitudes que los niños observan en la televisión, influyen en los comportamientos que estos manifestaran *a posteriori*, es decir, muestran una tendencia significativa a imitar lo que se ve en televisión. Siendo así:

- Es necesario proteger a los niños de la violencia destructiva a la que están expuestos tan frecuentemente a través de los medios.
- Sería conveniente utilizar las tecnologías de forma educativa, para prevenir la violencia.

La repetida exposición a la violencia, a través de los medios de comunicación, puede generar habituación, con el riesgo de llegar a considerar la violencia como algo normal e inevitable, provocando la reducción de la empatía hacia las víctimas. La influencia que pueda ejercer la televisión a largo plazo dependerá del resto de las relaciones que el niño establece, que serán las que le guíen en la interpretación del mundo que lo rodea, incluyendo lo que ve en la televisión. Dependiendo de estas relaciones éstos serán más o menos vulnerables a los efectos de la violencia televisiva.

2 DÍAZ-AGUADO, M.J., *Convivencia escolar y Prevención de la violencia*, Ministerio de Educación, Instituto de Tecnologías Educativas, Madrid, 2001, p. 87.

Las tecnologías audiovisuales (televisión, cine, vídeo, etc.) incorporadas al aula son de gran utilidad como instrumento educativo a la hora de prevenir la violencia. Favorecen un procesamiento más profundo de la información; logran un mayor impacto emocional; son más fáciles de compartir por el conjunto de la clase; y llegan incluso a los alumnos con dificultades para atender a otros tipos de información, entre los que suelen encontrarse los alumnos con mayor riesgo de violencia (que no suelen leer ni atender a las explicaciones del profesor).

Los individuos tienen la posibilidad de reconducir, transformar y superar las situaciones conflictivas a las que se enfrenta, sean o no de carácter violento, de forma individual o con ayuda de un tercero (en el caso de la Mediación). Según como el individuo aborde el conflicto, podremos su evolución. Ante las situaciones conflictivas podemos reaccionar de diferentes maneras: negando su existencia; evadiendo, se reconoce la situación pero no desea enfrentarse; acomodándonos a la situación, reconocemos que existe el conflicto pero preferimos no actuar; arrogancia, aun respondiendo al conflicto, la respuesta que se da no es adecuada; superando, reconociendo la existencia del conflicto y mostrando voluntad de superarlo; ventaja, tratamos de sacar ventaja del conflicto tras su reconocimiento; agresividad, enfrentamos el conflicto respondiendo de forma violenta, agresiva u hostil.

### 2.3. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO JUVENIL

La mediación juvenil parte de la base de que los jóvenes están capacitados para resolver sus problemas y conflictos de una forma satisfactoria, de una manera constructiva. Como hemos visto con anterioridad, los conflictos son inevitables, constituyen en sí mismos una relación entre las partes, y no son necesariamente positivos ni negativos, pues esto dependerá del resultado de la gestión con que se los aborde.

Las partes implicadas en el litigio deben relacionarse en un clima adecuado que propicie la negociación activa para la consecución de acuerdos duraderos. La mediación se ha mostrado útil para la resolución de conflictos interpersonales o de baja escala. La mediación es un proceso a corto plazo encarado hacia el futuro, orientado a actuar sobre las conductas de las partes implicadas. No es ni solución ni garantía de resolución del problema, sino más bien un instrumento para alcanzar el final del conflicto. En el caso de los jóvenes el proceso debe reforzar las actitudes de compromiso y educativas, y propiciar la reflexión y el aprendizaje de las conductas adecuadas. El objetivo de la mediación es el cambio de conducta.

El rol del mediador debe centrarse en conseguir la manera más efectiva de reconciliar los intereses entre las partes de la forma más satisfactoria y positiva posible. Es imprescindible que el mediador tenga una formación específica, adquiriendo el manejo de estrategias y herramientas de trabajo necesarias para llevar a cabo el proceso de mediación.

Los principios básicos de la Mediación: el mediador no tiene poder para imponer un acuerdo. El mediador puede guiar, sugerir, comentar opciones para resolver el problema, pero nunca obligar a las partes a aceptar ningún acuerdo; el mediador es imparcial y, como tal, debe ser percibido por las partes. Esencial para

crear un clima de confianza; el proceso no está interesado en buscar culpables o inocentes, víctimas o verdugos, quién está en lo cierto y quién no. El mediador trabaja para que las partes comprendan y acepten los otros puntos de vista, no como juez; la mediación es voluntaria. No puede haber ningún tipo de imposición, obligación o cualquier otra coacción a ninguna de las partes a participar en la resolución del conflicto; todo lo manifestado en el transcurso de la mediación es confidencial; la mediación es un proceso de aprendizaje. El mediador es un educador cuyo fin es enseñar a las partes implicadas las herramientas necesarias para la resolución constructiva de sus diferencias; la comunicación es la base de la mediación. La comunicación es la herramienta que tiene el mediador para mostrar a las partes la forma de dialogar constructivamente.

Siguiendo con lo recogido por DÍAZ-AGUADO<sup>3</sup>, el procedimiento a seguir para resolver conflictos sigue los siguientes pasos:

- Definir adecuadamente el conflicto. Identificando implicados, componentes, etc., a modo de recoger el máximo de información; establecer cuáles son los objetivos y ordenarlos según su importancia. Los objetivos de las partes y de la propia mediación, a fin de que se pueda trazar el camino correcto para su superación; diseñar las posibles soluciones y valorarlas teniendo en cuenta las consecuencias (positivas y negativas); elegir la solución que se considere más adecuada y elaborar un plan para llevarla a cabo. Debemos tener en cuenta las posibles dificultades que pueden surgir al intentar llevarlo a la práctica, así como las acciones que nos permitan superarlas; llevar a la práctica la solución elegida. Si se considera que pueden aparecer dificultades importantes, puede resultar conveniente solicitar la ayuda de un mediador; valorar los resultados obtenidos y, si no son los deseados, volver a poner en práctica todo el procedimiento para mejorarlos. En esta fase del proceso conviene concentrarse y destacar los avances frente a las situaciones problemáticas.

En la mediación trabajamos con una materia, los conflictos, y el objetivo principal es obtener un producto, la resolución del mismo. Pero este proceso puede emplearse con tres fines diferentes, dependiendo del momento en el que se ejecute.

Si el proceso de mediación tiene como fin prevenir una situación conflictiva, hablamos de *Mediación Preventiva*, donde se interviene para tratar de arreglar problemas de comunicación entre las partes implicadas, y restablecer una relación cordial entre ellas, evitando así la aparición del conflicto.

Cuando el proceso de mediación tiene como principal fin resolver una situación conflictiva, nos referiremos a la *Mediación Rehabilitadora*, la cual intenta reconciliar a las partes enfrentadas para lograr solucionar el conflicto. En los casos en los que el proceso de mediación tiene como fin crear nuevas estrategias de relación e intervención, nos encontramos con la *Mediación Creativa*, en este caso, la intervención actúa como catalizador de un proceso de transformación de la situación.

¿Cuáles son los objetivos de la Mediación en el ámbito juvenil? Mejorar la comunicación entre los jóvenes y la familia, el medio escolar y entre los propios jóvenes; mejorar la calidad de la relación entre los jóvenes y su entorno; adecuar la adaptación a las condiciones sociales; resolver conflictos en los ámbitos familiar, escolar y de iguales.

3 DÍAZ-AGUADO, M.J., *Convivencia escolar y Prevención de la violencia...*, op. cit., p. 87.

¿Cómo podemos favorecer la Mediación en el ámbito juvenil? A través de la sensibilización social, con el fin de promover una conciencia solidaria ante los problemas; introduciendo poco a poco al joven en la adquisición de una actitud responsable consigo mismo y con los demás; haciéndoles comprender la importancia de respetar una serie de valores que nos permitan una convivencia adecuada; enseñándoles a ser empáticos, logrando actitudes de consideración y respeto de los problemas ajenos; resulta imprescindible educar para la comunicación y el diálogo; promocionando la solidaridad con sus semejantes; fomentando la participación de los jóvenes en la vida cotidiana del hogar, de la escuela, del barrio etc., para lograr su compromiso con la sociedad.

Antes de proseguir quiero diferenciar entre la mediación y otros sistemas de resolución de conflictos, como el arbitraje y la conciliación, ya que, en muchas ocasiones, suelen confundirse o emplearse de forma equivocada.

- La conciliación: Ésta se realiza ante una tercera persona imparcial, éste propone posibles soluciones al problema, pero serán las partes las que dispongan del poder para aceptarlas o no. Se puede llegar a un acuerdo mediante un arreglo en el que las partes renuncian en parte a algunos derechos, en la mediación esto no sucede.

- El arbitraje: Procedimiento en el cual la decisión sobre la solución de la disputa se delega en un tercero, un árbitro. Las partes exponen sus posiciones, aportando o no pruebas, y el árbitro es el que dicta una solución según una normativa concreta. Se desarrolla en la dinámica ganador-perdedor.

- La mediación: Es un proceso en el cual un tercero neutral trabaja con las partes con el fin de resolver sus conflictos. Podríamos entenderla como una negociación asistida por un mediador. No entiende de ganadores o perdedores, solo busca la solución más satisfactoria para ambas partes. La Mediación puede ser empleada para tratar conflicto en gran variedad de ámbitos como: judicial, empresarial o de negocios, laboral, familiar, vecinal o comunitaria, escolar o en ámbitos educativos, en ámbitos sanitarios, en situaciones de acoso o *mobbing* (sin que sean materia penal), urbana o ciudadana relacionada con asuntos públicos.

### 3. LA FIGURA DEL MEDIADOR

El mediador como profesional especializado en la intervención de situaciones conflictivas debe reunir y acumular una formación teórico-práctica, es decir, debe formarse a nivel teórico, con el conocimiento de herramientas, metodologías, modelos teóricos, estudio de casos prácticos y experiencias reales o simuladas. Por otro lado, el mediador a través de la práctica profesional, irá desarrollando un aprendizaje vital a medida que vaya enfrentándose directamente a los problemas reales.

El ejercicio profesional permite al mediador afianzar los conocimientos teóricos, redimensionando lo aprendido de forma que se ajuste a la información que nos aporta la realidad vivida. Una nueva realidad en la que los profesionales deben tomar la iniciativa sin corresponderse demasiado con lo que han estudiado previamente, los conocimientos prácticos prevalecen sobre los teóricos.

La figura del mediador como profesional se encuentra en un momento de búsqueda de su propio espacio en el mercado laboral, se trata de una profesión de fronteras difusas, en ocasiones es considerado como sustituto en el desempeño de funciones que hasta ahora llevaban a término otros profesionales. El proceso de institucionalización y reconocimiento legal de la figura del mediador como profesional, es un camino arduo y complicado. Es la realidad social, y sus necesidades específicas, la que define en gran medida el perfil profesional estimado, adaptando al profesional a esta realidad y no a la inversa, ya que en muchas ocasiones los programas formativos se estructuran sin tener en cuenta las necesidades sociales.

Últimamente la figura del mediador ha ido adquiriendo mayor relevancia como profesional en la intervención de situaciones conflictivas. La saturación de los mecanismos de resolución de conflictos en la que se ve inmersa nuestra sociedad ha llevado al colapso del sistema judicial, los litigios se prolongan interminablemente en el tiempo, con el consecuente desgaste económico y psicológico que esto supone.

Por otro lado, una sociedad que avanza sin freno, implica la aparición de nuevos conflictos que requieren la búsqueda de nuevas soluciones. Surgen nuevas estrategias de resolución, como el Arbitraje, encaminadas a tratar los conflictos de consumo o enfrentamientos de tipo laboral, entre empresas y clientes, que requieren soluciones más ágiles y acordes con la sociedad actual.

Nuestro país ha adoptado el modelo de las Juntas Arbitrales de Consumo, por el cual, a través de un procedimiento rápido y sencillo, es posible solucionar las controversias entre consumidores y empresarios o profesionales, sin necesidad de acudir a los tribunales ordinarios de justicia.

Generalmente, se tiende a confundir erróneamente la figura del mediador con la del animador. La figura del animador sociocultural ve la luz debido a la necesidad de encontrar un profesional dedicado a impulsar proyectos de dinamización de tiempo libre con jóvenes y niños, aunque posteriormente se amplió el campo de actuación a otros colectivos y contextos (animación geriátrica, sociolaboral, turística etc.). El animador es un profesional dinamizador cuyo currículo está estructurado en base a esta orientación profesional, centrándose en proyectos y actividades educativas, la cohesión de los grupos, el trabajo compartido, etc. Se trata de una profesión consolidada encargada de cubrir una necesidad específica que no había sido satisfecha por otros profesionales.

La creciente necesidad de una justicia de carácter reparador y educativo aplicable a los delitos cometidos por jóvenes y adolescentes, ha facilitado la aparición de la mediación penal juvenil como instrumento que pretende salvaguardar el derecho a la reinserción y a la educación de los jóvenes, dejando de lado otro tipo de medidas represivas que pueden resultar contraproducentes. Trabajar para la resolución del conflicto con métodos novedosos como la mediación, es evidentemente diferente al hecho de trabajar en la educación en el ocio y el tiempo libre o en asuntos dinamización de grupos de desempleados o el trabajo con menores en situación de riesgo.

El profesional que trabaja la mediación orientada a la prevención de conflictos, considera que resulta de mayor efectividad tratar la evitación del conflicto que tratar sus consecuencias, especialmente en grupos de riesgo como jóvenes y adolescentes. Lo que implica que el mediador establezca la educación como el instrumento más

adecuado a la hora de detectar y evitar las situaciones conflictivas, así como para desarrollar proyectos, acciones y actividades formativas, en el momento que estas se desarrollan en contextos no formales se difuminan los límites con el ámbito de trabajo de los animadores.

Toda esta atmósfera profesional ha dado lugar a que la figura del mediador se vea complementada con elementos y significados propios de la animación socio-cultural o la educación, por lo que, la figura del mediador, como profesional que se desarrolla en la resolución negociada de conflictos, está adquiriendo un perfil marcadamente educativo y dinamizador, lo cual puede generar problemas en lo que entendemos como rol y perfil profesional del mediador, más allá del hecho de compartir el mismo campo de trabajo con los animadores socioculturales.

MOORE<sup>4</sup> distingue una serie de roles o papeles que puede ser representados por el mediador, con la particularidad que estos pueden adoptarse de forma complementaria, sin que uno excluya a otro, dependiendo del momento en el que se encuentre el proceso de mediación, del contexto o de los intereses implicados, ya sean propios o de las partes.

**Rol comunicador.** Es el encargado de abrir los canales de comunicación entre las partes. La comunicación es la base de la negociación, del conocimiento de intereses y expectativas. Cuando la comunicación entre las partes está rota será tarea del mediador restablecerla para establecer un diálogo que facilite la solución.

**Rol legitimador.** El mediador debe actuar de modo que consiga establecer compromisos y reglas que se mantengan vigentes mientras dura el proceso. Su presencia otorgará validez a los acuerdos, contribuyendo a que estos se respeten y se mantengan.

**Rol facilitador.** Deberá proponer un procedimiento, asesorar a las partes en el abordaje de los temas, y estructurar la agenda de mediación, orientándolo a la negociación.

**Rol transmisor/traductor.** El mediador actúa como transmisor o bien traductor de información, en el momento que las partes no se entiendan, o no sean conscientes de determinados hechos.

**Rol educador/entrenador.** Su trabajo se centrará en educar a las partes para afrontar una negociación, ya sea porque éstos por su poca experiencia o falta de conocimiento. De esta forma los negociadores se mostrarán más confiados y estarán más receptivos.

**Rol cabeza de turco.** El mediador asume la responsabilidad de la propuesta, lo que permite a las partes asumir más cómodamente las decisiones. Eximir a las partes de la responsabilidad.

**Rol reformulador.** Tratará de examinar y definir los problemas que se ven implicados en el conflicto, para poder sugerir nuevos planteamientos y soluciones.

**Rol manipulador.** El mediador dirige a las partes hacia un acuerdo en base a su experiencia, prestigio, recursos.

---

4 MOORE, C., *El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ediciones Granica, Barcelona, 1995, pp. 43-86.

Rol creador de opciones. Para conseguir que las sesiones progresen, se encargará de proponer opciones o ideas diferentes a las partes, aunque sin olvidar que su papel no es el de forzar una solución.

Rol realista. Su tarea será la de construir un marco realista que ayude a las partes a evaluar los costos y beneficios que supone la resolución del conflicto.

El mediador debe evitar una serie de actividades que resultan más adecuadas para otro tipo de profesionales, entre las actividades que perjudican el trabajo del equipo mediador destacamos: sermonear, aconsejar, juzgar, asesorar, fisgonear, abogar, evaluar, representar, hacer terapia, enfrentarse/pelear.

Por otro lado, dos de los aspectos a destacar son la imparcialidad y la neutralidad como cualidades imprescindibles para un buen mediador.

La neutralidad es imprescindible para lograr obtener la confianza de las partes, respetando los puntos de vista de los participantes y el resultado del proceso de mediación, sin imponer criterios propios en su toma de decisiones, aunque puede colaborar activamente con los mediados en la búsqueda y formulación de soluciones. Por su lado, para el mediador resulta tan importante ser imparcial, como mantener la apariencia de imparcialidad ante las partes.

Deberá ayudarles en la gestión o resolución de conflictos o toma de decisiones, sin tomar partido, en ningún momento, por ninguna de ellas.

El mediador juvenil ha de trabajar de forma multidimensional, por un lado, ha de identificar los procesos implicados en el conflicto juvenil, así como establecer un marco para su superación, sin olvidarse de informar a las instituciones responsables de la tutela y de la educación del joven, ya sea los padres, educadores o asistentes sociales. Genera la necesidad de abordar los conflictos juveniles en todos los contextos y con todas las personas implicadas en su tutela.

De manera más específica, las funciones más importantes del mediador según VINYAMATA<sup>5</sup> pueden resumirse en: reducir la tensión generada por los enfrentamientos previos entre las partes; facilitar en todo momento la comunicación; propiciar y ayudar en la formulación y reformulación de propuestas positivas y de acuerdos; escuchar activamente para promover la reflexión de las partes sometidas a presiones y conflictos; generar confianza, por parte de los implicados, en las soluciones propuestas; derivar el caso hacia otros profesionales en el momento que la mediación resulte ineficaz.

Las habilidades que debe tener un mediador se agrupan en tres grandes áreas, como recoge MÉNDEZ<sup>6</sup>: habilidades personales: capacidad de comunicación, asertividad, empatía, etc.; habilidades intelectuales: inteligencia, creatividad, etc.; habilidades técnicas: conocimientos del problema, entrenamiento, etc.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ-AGUADO, M.J., *Convivencia escolar y Prevención de la violencia*, Ministerio de Educación Instituto de Tecnologías Educativas, Madrid, 2001.

5 VINYAMATA CAMP, E. (Coord.), *Aprender del conflicto. Conflictología y educación*, Grao, Barcelona, 2003.

6 MÉNDEZ, M.T., *La elección de las estrategias y tácticas en los conflictos sociales*, Tesis doctoral, Oviedo, 1994.

- MÉNDEZ, M.T., *La elección de las estrategias y tácticas en los conflictos sociales*, Tesis doctoral, Oviedo, 1994.
- MOORE, C., *El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ediciones Granica, Barcelona, 1995.
- TORREGO, J.C., *Mediación de conflictos en instituciones educativas*, Narcea, Madrid, 2007.
- VINYAMATA CAMP, E. (Coord.), *Aprender del conflicto. Conflictología y educación*, Grao, Barcelona, 2003.



# LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

Concepción Castillejo Manzanares  
Educatora. Mediadora



## 1. ENTORNO EDUCATIVO

### 1.1. ENTORNO DE LOS MENORES

El primer ente socializador de la persona ha sido la familia desde tiempos remotos, siendo ésta la que le transmite creencias, valores y principios, así como perspectivas de cómo interpretar la realidad o de cómo resolver los conflictos. Si bien es cierto, en la actualidad este papel se viene cediendo a las instituciones educativas, debido a su concepción de ente formador de personas preparadas y cualificadas para adentrarse en la exigente sociedad en la que nos encontramos, y por las responsabilidades de los progenitores.

Son varios los aspectos que influyen en la educación del alumnado en nuestra opinión, como son:

- Las largas jornadas a las que se ven sometidos los menores, cada vez desde edades más tempranas. Se les lleva una o dos horas antes de que comiencen las clases y se les deja una o dos horas después en actividades extraescolares o en ampliación escolar.
- La influencia de los medios de comunicación. Por un lado muestran violencia, tanto explícita como implícita, como una visión de lograr fácilmente éxito laboral o económico, que no siempre van unidos, como fama mediática. No olvidemos que una de las maneras en las que se aprende un comportamiento, es observándolo. Como afirma DÍAZ-AGUADO<sup>1</sup>, la exposición repetida a la violencia puede producir cierta habituación, con el riesgo de reducir la empatía con las víctimas de violencia.

---

<sup>1</sup> Vid. DÍAZ-AGUADO, M.J. (Dir.), *Programas de educación para la tolerancia y prevención de la violencia en los jóvenes*, Vol. I, II, III y IV, Instituto de la Juventud, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

- La demanda que se hace hacia la escuela desde distintos ámbitos, es cada vez mayor. La LOMCE y la sociedad, exigen a los centros educativos que prevengan, formen e intervengan en aquello en lo que otros han dejado.

FUNES<sup>2</sup> identifica cuatro focos de tensión que se vive en los centros educativos: en primer lugar, el *estado emocional* del alumnado, especialmente el de segundo ciclo de primaria (5º y 6º) y secundaria, no es siempre estable, teniendo que conjugar su aprendizaje en la vida, con los aprendizajes académicos; en segundo lugar, no todos los miembros del alumnado se ajustan a los *patrones de buena conducta*, distorsionando en el funcionamiento de las clases y de la convivencia del centro escolar; en tercer lugar, en muchas ocasiones los miembros de la comunidad educativa (alumnado, profesorado y familias), viven *momentos difíciles* e incluso de crisis intensa, provocados por carencias económicas o emocionales, soledad, abandono o bien conflicto familiar; y, por último, se vive *tensión y angustia educativa* por parte del profesorado y de las familias. El profesorado tiene una doble función, la de llevar a cabo el proceso de enseñanza-aprendizaje del alumnado y la difícil tarea de educar. Las familias por su parte, no siempre son capaces de aceptar y gestionar las conductas y la forma de vida de sus hijos e hijas.

Con este escenario, se han de tomar muchas decisiones. Decisiones sobre qué normas establecer, cuál es el mejor método para debatirlas y cómo implementarlas, en definitiva, cómo crear un clima de convivencia, teniendo en cuenta no solo el alumnado que integra el centro educativo, sino también, con qué profesorado contamos. Hemos de considerar cuál es el grado de dominio con el que cuenta el equipo del centro sobre estrategias para dinamizar grupos, modificar tendencias negativas en el grupo de referencia, gestionar conflictos personales y grupales, identificar abusos, realizar intervenciones, etc.

El ambiente donde se desarrolla la convivencia del alumnado se entiende como la confluencia del espacio, el tiempo y las relaciones que ahí se dan, llegando a determinar los acontecimientos que en él se producen. Dentro del ambiente educativo, son varios los contextos intercomunicados entre sí que vamos a encontrar, conformando sistemas relacionales con reglas y códigos propios, influyendo unos en otros y caracterizándose por unas normas implícitas, valores y costumbres que condicionan las relaciones que se dan dentro de él. Las relaciones se producen entre los miembros de los distintos grupos (intragrupo), de éstos con otros grupos (intergrupo).

El sistema relacional que mayor interés nos suscita es el de los iguales, y llega a configurarse como el espejo donde cada miembro de la comunidad educativa del alumnado, se mira para adaptar su comportamiento social (qué interesa, qué es popular, qué se puede hacer) y, por lo tanto, la imagen que tiene de sí mismo. Se erigen como grupo de referencia, basándose en el currículum oculto, es decir, creencias, normas y costumbres, que no están escritas pero que son compartidas por todos. Dicho currículum presenta unas características poderosas, como es que influye de manera no visible pero muy efectiva en el alumnado al ser comportamientos que se observan y se repiten, así como el cumplimiento de sus normas y el uso de su len-

2 FUNES, J., "Convivir con adolescentes. La gestión de los conflictos en las instituciones", *Cuadernos de pedagogía*, nº 304, 2001, pp. 36-40.

guaje; está presente en todo momento y en todos los lugares del centro; se confirman sus reglas y pautas, pues se repiten constantemente. Estas peculiaridades dotan al currículum oculto de un enorme poder ya que el alumnado no es consciente de su dominio, lo que unido a su desconocimiento por parte del profesorado, impide que puedan defenderse de él.

A dicho currículum el profesorado no tiene acceso, de hecho, parte de ellos no sabe ni de su existencia. A través de los programas mediación podemos poner remedio a situaciones como éstas.

## 1.2. CONFLICTO EN LOS CENTROS EDUCATIVOS

Los conflictos que nos podemos encontrar en los centros educativos pueden ser:

- Disrupción en las aulas. Es una de las situaciones que genera un alto grado de malestar en los docentes e incluso en el alumnado, especialmente en cursos avanzados de secundaria y bachillerato, a pesar de no tener prácticamente difusión fuera del aula. Por disrupción entendemos aquellas situaciones que se dan en el aula provocadas por algunos/as alumnos/as y que impiden con su comportamiento el buen funcionamiento de la dinámica de clase, obligando al docente a emplear tiempo en mantener el orden en la misma. Son acciones de “baja intensidad” que interrumpen el desarrollo de la clase, boicoteándola. Tienen una influencia negativa directa en el aprendizaje de todo el grupo, implicando una gran pérdida de tiempo y esfuerzo, fomentando la desmotivación tanto en el profesorado como en el alumnado.
- Faltas de disciplina en los centros y aulas: conflictos entre profesorado y alumnado. Se trata de conductas que implican, en mayor o menor medida uso de violencia, y pueden ir desde la actitud pasiva (boicot) hasta la actitud desafiante e incluso el insulto. Si no se reconducen estas conductas, desencadenarán conflictos más graves.
- Maltrato entre iguales (*bullying*). Consiste en actos repetidos por parte de uno o más alumnos/as de intimidación y acoso, como son insultos, motes, vejaciones, aislamiento social, rumores a otro/a (víctima). El maltrato puede ser: físico, a través de empujones, patadas, puñetazos, etc.; verbal, se expresa por medio de insultos, motes, humillaciones públicas, burlas acerca de algún defecto real o imaginado, etc.; psicológico, este componente está presente en todas las modalidades de maltrato y genera temor en la víctima; social, se trata de aislar o desprestigiar a la víctima, rompiendo o debilitando su nexo de unión con el entorno social, dejándola sola y, por lo tanto, indefensa; y *ciberbullying*, es el uso de los medios telemáticos (internet, telefonía móvil y videojuegos *online* principalmente) para ejercer el acoso psicológico entre iguales. Ha de haber menores en ambos extremos del ataque para que se considere *ciberbullying*.

- Vandalismo, daños materiales y agresión física. Ambos son fenómenos de violencia, en el caso del vandalismo contra las cosas, en la agresión física contra las personas.
- Acoso sexual. Es un tipo de violencia oculta, al igual que el *bullying*, cuya víctima suele ser femenina, y se materializa en hostigamientos, tocamientos y, en mucha menor medida, en violaciones.
- Absentismo escolar. El absentismo supone rupturas parciales y discontinuas (días, semanas o meses). La socióloga y experta en absentismo escolar GARCÍA<sup>3</sup>, mantiene que en algunos casos, oculta situaciones sociales más complicadas como son malos tratos, desatención familiar, problemas de desestructuración familiar, entre otros, de ahí que se le puede considerar como la punta de un iceberg. En otros casos, el fenómeno es reflejo de una trayectoria de desafección escolar. Genera una relación difícil entre el alumnado y el centro educativo.

Es frecuente emplear términos como violencia, conflicto, agresividad, problema, acoso, vandalismo, conducta disruptiva, llegando a confundir violencia y conflicto. En este sentido “(...) *no es legítimo asociar conflicto con violencia, porque mientras el conflicto responde a situaciones cotidianas de la vida social y escolar, en la que se dan enfrentamientos de intereses, discusión y necesidad de abordar el problema, la violencia es una de las maneras de enfrentarse a esa situación*”<sup>4</sup>.

Cuando se hace uso de la violencia, se generan nuevos conflictos; el conflicto no siempre implica hacer uso de la violencia, ya que el ser humano dispone de diferentes maneras de hacer frente a las situaciones conflictivas.

## 2. MODELOS DE INTERVENCIÓN

TORREGO<sup>5</sup> establece una tipología en los modelos que regulan la convivencia y la disciplina que se implementan en los centros educativos para gestionar los conflictos. Nos estamos refiriendo a la perspectiva preponderante a la hora de afrontar los conflictos, las características de las alternativas con las que se suele trabajar al proponer soluciones, y el mayor o menor grado de normalización que existe para regular la convivencia.

Los aspectos observados en estos modelos son: el tipo de comportamiento y las intervenciones que se llevan a cabo en los centros para prevenir y actuar en las situa-

3 GARCÍA, M., “La definición del absentismo, sus tipologías y factores causales: algunas claves para una intervención integrada en el marco de una escuela inclusiva”, Universidad de Barcelona, en [www.femp.es/files/566-168-archivo/MARIBEL%20GARCIA.%20La%20definición%20frl%20Absentismo,%20sus%20tipol%C3%ADas,%20y%20factores%20causales.pdf](http://www.femp.es/files/566-168-archivo/MARIBEL%20GARCIA.%20La%20definición%20frl%20Absentismo,%20sus%20tipol%C3%ADas,%20y%20factores%20causales.pdf), consulta a 10/01/2015.

4 ETXEBERRÍA, F., ESTEVE, J.M. y JORDÁN, J.A., “La escuela y la crisis social”, *XX Seminario Interuniversitario de Teoría de la Educación*, Murcia, 2001, p. 82.

5 TORREGO, J.C., “Modelos de regulación de la convivencia”, *Cuadernos de pedagogía*, nº304, Barcelona, 2001, pp. 22-29.

ciones conflictivas que se dan. Tres son los modelos de actuación ante los conflictos de convivencia en el ámbito educativo que ha identificado: el modelo punitivo, el relacional y el integrado.

- **Modelo Punitivo.** Según este modelo, la intervención principal que se emplea para solucionar el conflicto ocurrido entre dos o más personas es a través de una sanción o corrección, como pueden ser parte de conducta, apertura de expedientes sancionadores o expulsiones. Ante un acto o conducta que infringe una norma de convivencia del centro o ante un conflicto surgido en el alumnado, el órgano encargado aplicará la correspondiente corrección en base al reglamento establecido. La responsabilidad entonces, recae sobre el profesorado que es el encargado de “vigilar” el comportamiento del alumnado, y de las personas u órganos encargados de imponer la sanción.

Desde el punto de vista de resolución de conflictos, entendemos que éste no se solventa puesto que no se produce una reparación del daño causado sobre la víctima, al imponer únicamente un castigo. De este modo, no se produce reconciliación alguna entre las partes implicadas, pues no se trata el conflicto entre ellas, ni tampoco resolución del mismo, pues es probable que para la parte que sufrió el castigo, el tema haya quedado zanjado.

- **Modelo Relacional.** Este modelo pone el acento en la relación que existe entre las partes. Se propone solucionar el conflicto, centrándose no solo en la labor de encontrar posibles alternativas al mismo, sino también en el trabajo para mantener y mejorar la relación. Se concede gran poder a las partes, como protagonistas del conflicto, de manera que pueden ofrecer y en su caso aceptar o no, la *reparación* que consideren más conveniente. En este modelo, el centro con la participación activa de la comunidad educativa, determina sus normas de convivencia y su manera de regularlas, de forma que ante cualquier situación de conflicto se brinda a las partes la posibilidad de asistir a un proceso de mediación, asumiendo las soluciones acordadas.

Fomenta, por lo tanto, la *reconciliación* de las partes, aspecto muy valorado y promovido en este modelo, lo que conlleva un aprendizaje sobre sí mismo y sobre la otra parte, así como la cooperación para encontrar una solución, proporciona un adiestramiento para futuras situaciones conflictivas. La resolución del conflicto se presenta más cercana al ser las propias partes las que a través de su diálogo lo transforman.

- **Modelo Integrado.** En este modelo se combinan los dos anteriores, de manera que coexiste el régimen normativo junto con el proceso de diálogo (equipo de mediación) cuando surgen los conflictos. Por ello, se promueve la reparación por parte de la persona causante del daño, gestionando algún tipo de restitución, pudiendo ser aceptado por la otra parte si lo considera conveniente y liberando así la culpa; la reconciliación se puede alcanzar, puesto que se dedica mucha atención a mejorar la relación entre las partes, ayudándoles a aclarar lo ocurrido, y a comprenderse. Se facilita llegar a la resolución, puesto que se propone un diálogo sincero para poder afrontar los temas subyacentes que se dan en el conflicto, mientras se busca el acuerdo, atendiendo las necesidades de todas las personas implicadas.

La propuesta que hace OJEDA<sup>6</sup> consideramos que es muy acertada al establecer tres niveles de respuesta a los conflictos:

- a) Nivel de respuesta directa. Dos de los principios básicos en resolución de conflictos, son la inmediatez en el tiempo y la inmediatez a la persona. Esto es, inmediatez en el tiempo, puesto que el conflicto es dinámico y, por lo tanto, cambia, de manera que a medida que pasa el tiempo, si no desplegamos herramientas para solucionarlo, éste se irá incrementando, irá “escalando”. Inmediatez a la persona, puesto que nadie mejor que las partes protagonistas del conflicto para solucionarlo. Luego la manera más eficaz de solucionar un conflicto, es afrontarlo relativamente cerca del momento en el que se produce, y directamente tratado por las partes involucradas<sup>7</sup>. Cuando esto no es posible, se hace necesario la intervención de una tercera persona, que puede ser la tutora o el tutor, una persona miembro del equipo de alumnado mediador, o alumnado ayudante, cualquier persona que ayude a solucionar el conflicto.
- b) Nivel de respuesta mediada o mediación formal. Es a través del proceso de mediación del que se pone solución al conflicto. La manera de acceder al servicio de mediación será el que establezca el centro en función de sus necesidades. Por ejemplo, se podrá acceder directamente, cuando lo soliciten las partes en conflicto, o habiéndose producido una falta recogida en el Reglamento de Régimen Interior (RRI) se les proponga asistir al proceso de mediación.
- c) Nivel de respuesta sancionadora. Se llega a la expedición de expediente disciplinario a través del procedimiento dialogado –Programa de mediación o Comisión de convivencia– y del procedimiento ordinario –Consejo escolar–.

### 3. MEDIACIÓN ESCOLAR

#### 3.1. BREVE HISTORIA DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

La mediación en el ámbito educativo surge en los Estados Unidos en la década de los sesenta. La aplicación de la resolución de conflictos al contexto educativo tiene sus orígenes en lo que se conoció como “Movimiento por la paz y la justicia” orientado a la paz mundial y violencia comunitaria. A principios de los años ochenta alentados por el éxito obtenido en los programas de mediación comunitaria, se trasladó al

6 Vid. OJEDA, R., “El centro escolar: un espacio óptimo para educar en la cultura de la mediación”, ponencia ofrecida en I Jornades “Menors en Edat Escolar: conflictes i oportunitats”, celebradas en Palma de Mallorca los días 10 - 12 de noviembre del 2005, en [www.weib.caib.es/Documentacio/jornades/jornades\\_menors/ojeda.pdf](http://www.weib.caib.es/Documentacio/jornades/jornades_menors/ojeda.pdf), consulta a 10/01/2015.

7 ALZATE, R., Ponencia “Comunicación y Conflicto” ..., *op. cit.*

ámbito educativo, adiestrando a los estudiantes para poder mediar en los conflictos surgidos con sus compañeros. Surgen, así, los *Community Boards of San Francisco Conflict Managers Program*. A petición del presidente Carter se crean centros de justicia vecinal en los cuales se realizaban programas de formación en habilidades de resolución de conflictos en los vecindarios, para posteriormente introducirlos en los centros educativos, y mediar entre compañeros, para finalmente implantar currículos de resolución de conflictos.

Se generan un número considerable de programas, destacando los más relevantes<sup>8</sup>:

- *Children's Creative Response to Conflict Program*. Los primeros que introducen la mediación en las escuelas en los Estados Unidos.
- *Conflict Resolution Resources for School and Youth*. Ha sido la base de gran parte de la aplicación de programas de resolución de conflictos en el ámbito escolar, en todos los niveles educativos (desde preescolar hasta el preuniversitario) y modelo para programas de mediación en la educación superior.
- *Teaching Students to Be Peacemakers Program*. Uno de sus objetivos era generar una relación positiva entre los miembros de la comunidad educativa.
- *Educators for Social Responsibility*. Entre otras finalidades, imparte formación al profesorado en técnicas de resolución de conflictos.
- *Conflict Resolution Education Network*. Se crea la NAME (*National Association for Mediation in Education*) y posteriormente se fusiona con la NIDR (*National Institute for Dispute Resolution*), convirtiéndose en CRENET (*Conflict Resolution Education Network*), que redefine los objetivos para promover una visión más amplia de la resolución de los conflictos escolares.

A partir de estos programas la Resolución de Conflictos en el ámbito escolar, se va extendiendo por todo el mundo, y la mediación escolar llega a España en torno a 1993 en el País Vasco (*Gernika*), en el Centro de Investigación para la Paz *Gernika Gogoratuz*. Se va extendiendo a Cataluña y Madrid. En 1998 se emprende un programa piloto para diez Institutos de Enseñanza Secundaria de la Comunidad de Madrid, con el propósito de crear equipos de mediadores en toda la comunidad educativa que implementasen la autogestión de la convivencia en los centros. El gran cambio se produjo al plantear una nueva perspectiva, al no responsabilizar al alumnado de los conflictos que en el centro se dan, sino que se tiene una concepción más global, en la que tanto los conflictos surgidos, como las estrategias para afrontarlos, se implican a toda la comunidad educativa, no sólo al alumnado.

8 VIANA, I., *La mediación en el ámbito educativo en España. Estudio comparado entre comunidades*, Universidad de Valencia, Valencia, 2011, en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/81400/viana.pdf>, consulta a 15/01/2015.

La extensión de la mediación escolar se produce rápidamente aunque de manera desigual en las distintas comunidades autónomas, siendo incluidas en la normativa que regula la convivencia en los centros educativos a través de iniciativas institucionales con los objetivos de mejorar el clima de convivencia y de prevención de la violencia.

Por lo general los objetivos que se proponen, son prevenir la violencia y las peleas entre el alumnado y otros miembros de la comunidad educativa, así como enseñar habilidades para la solución de disputas<sup>9</sup>. Como consecuencia de ello, se produce una mejora del clima escolar, el aprendizaje de herramientas y habilidades sociales que son muy útiles en la vida adulta como miembro de una sociedad tan cambiante, se promueve una cultura de paz y respeto y se afianzan los procesos de comunicación, entre otros.

### 3.2. LA MEDIACIÓN ESCOLAR Y SUS CARACTERÍSTICAS

La mediación es un proceso al que acuden de manera voluntaria dos o más personas que mantienen un conflicto, para que una tercera persona, el mediador o mediadora, les preste ayuda haciendo uso de diversas técnicas, para que encuentren de manera consensuada una solución a su situación que resulte satisfactoria para todas las partes implicadas. En ella cobra especial importancia tanto la relación como el aprendizaje. La relación, puesto que ambas partes son miembros del mismo centro educativo, y con independencia de que hayan sido previamente o no amigas/os además de compañeros, el trato ha de ser respetuoso y cordial después de la existencia del conflicto. Si el vínculo es más cercano, la relación adquiere mayor importancia. Es un aprendizaje para su vida (tanto en el momento actual, como en su vida adulta), puesto que una persona que es capaz de resolver sus conflictos de manera autónoma y asertiva, es una persona más libre de cargas innecesarias.

En mediación no se busca culpables en el conflicto, porque encontrarlos no lo soluciona, se busca responsables del mismo, y desde esa corresponsabilidad (puesto que de todas las situaciones, la totalidad de las partes involucradas tienen responsabilidad) buscar soluciones, subsanar el daño causado y aprender para futuras situaciones semejantes e iniciar (en el caso de ser necesario) los cambios conductuales que eviten situaciones conflictivas.

Se necesitan los programas de mediación escolar para poder asistir a los alumnos y alumnas a gestionar sus conflictos puesto que, como manifiestan SHARP y COWIE<sup>10</sup>, el alumnado necesita ayuda, pues dispone limitadamente (en función de su edad y sus experiencias) de la capacidad necesaria para asumir sus responsabilidades y colaborar constructivamente en la solución de sus conflictos interpersonales.

Los rasgos que caracterizan la mediación son:

- La participación en el proceso de mediación es voluntario, puesto que las partes vienen al proceso de manera voluntaria y lo dejan en el momento en que lo creen oportuno, hayan llegado a un acuerdo o no.

<sup>9</sup> Vid. BRANDONI, F., *Mediación escolar. Propuestas, reflexiones y experiencias*, Paidós, Buenos Aires, 1999.

<sup>10</sup> Vid. SHARP, S. y COWIE, H., *Counselling and supporting children in distress*, Sage, Londres, 1998.

- Es confidencial, de manera que tanto los temas tratados, el contenido de las conversaciones y los acuerdos adoptados, no serán revelados.
- Fomenta que las partes se comuniquen y comprendan. El propósito es crear un espacio donde el alumnado encuentre un entorno de comunicación donde contar, escuchar y juntos colaborar en la resolución del conflicto que mantienen.
- Es un proceso flexible pero estructurado, que consta de una serie de fases por las que las partes han de transitar.
- Interviene una persona mediadora, que propicia que se establezca el diálogo entre las partes, que les guía para pasar por las diferentes fases del proceso, y que realiza un seguimiento sobre cómo se están llevando a cabo los acuerdos conseguidos.
- La solución la alcanzan las partes, actuando la persona mediadora como facilitadora, favoreciendo las condiciones de equidad, justicia y viabilidad. Llegando a un acuerdo satisfactorio para todas las partes.

### 3.3. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO EDUCATIVO COMO CULTURA Y COMO PROCEDIMIENTO

Cuando el contexto en el cual se desarrolla la mediación es formativo y no únicamente en su aspecto académico, sino mucho más amplio e integrador, como es la formación integral de la persona, la implementación de un programa de mediación en un centro educativo adopta una conceptualización y dimensión diferente.

Por un lado, como muy bien explica OJEDA<sup>11</sup>, como “Cultura de mediación” en cuanto a una manera de situarse ante los conflictos interpersonales que conlleva el diálogo como mecanismo de solución, así como el objetivo de prevenir la violencia y promover un clima de convivencia democrático y pacífico.

Es necesaria la implementación de un programa de mediación escolar que canalice la adquisición de pautas y normas de comportamiento, basado en el respeto y democracia.

Siguiendo a este autor<sup>12</sup>, la cultura de mediación es:

- Lograr que las acciones de los alumnos se vean influenciadas por el respeto hacia la autoridad moral, no por el miedo a la autoridad que se impone a través del poder.
- Es aprender a gestionar sus conflictos y sus emociones, eliminando el rencor a través de la solución de su disputa, en lugar de reforzarlo.

11 Vid. OJEDA, R., “El centro escolar: un espacio óptimo para educar en la cultura de la mediación”..., *op. cit.*

12 *Ibidem.*

- Es aprender la responsabilización interna de la situación creada (lo que conlleva a una corresponsabilización del conflicto por parte de todos los implicados en él) y la reparación de manera voluntaria del daño que se ha causado, frente a la culpabilización externa y el correctivo que se impone por la trasgresión que se ha cometido.
- Es regular a través del Reglamento de Régimen Interior (RRI) la convivencia en el centro, de manera que se promueva la autogestión de los conflictos, en base a la autonomía propia y única de cada centro.
- Es iniciar la resolución de los conflictos por la vía del diálogo, procurando la solución directa, es decir, por las partes interesadas en primera instancia, sobre la indirecta y a través del procedimiento de mediación antes que el proceso disciplinario.

Y, por otro lado, como “procedimiento” los modelos de mediación que en el ámbito educativo nos podemos encontrar en función de quién es la persona mediadora son:

- Mediación entre iguales. Es también conocida como “mediación entre pares”, los conflictos del alumnado son guiados por alumnos y alumnas mediadoras que se han formado en el propio centro escolar. La gran ventaja que ofrece es la cercanía con las partes, el manejo del mismo código, tanto verbal, como de normas no visibles, y la capacidad de poder recurrir a ellos en cualquier parte y momento. Una vez implementado el programa de mediación, tienen muy buena acogida por el alumnado y buena valoración por el profesorado.

El mayor inconveniente que presenta es la implicación, formación y el entrenamiento que se ha de proporcionar a los futuros mediadores y mediadoras, para desarrollar en el centro su función con una duración determinada (la que dura su escolarización). Por otro lado, el gran beneficio que les reporta en la formación vivencial que incorporan a su bagaje personal y que será parte de su equipaje cuando salgan del centro escolar hacia su nueva andadura en la sociedad.

- Mediadores adultos. La parte negativa viene dada por la falta de autonomía del alumnado a la hora de resolver sus conflictos. Cabe la posibilidad de que se acuda a un profesional externo a la comunidad educativa, con experiencia en el proceso de mediación en el ámbito educativo, para solicitar su intervención en la resolución de un conflicto determinado. Este método se emplea cuando no se dispone en el propio centro de una red de miembros formados y entrenados en mediación o el conflicto surge entre estudiantes de últimos cursos.

Cabe, asimismo, la posibilidad de que la mediación sea realizada por una persona perteneciente a la comunidad educativa, esto es, un o una docente o un padre o madre que ha sido adiestrado en el proceso de mediar. En este caso, se sigue dependiendo de la intervención de la persona adulta para resolver los asuntos que acontecen en el centro.

Por otro lado, un aspecto a considerar es la facilidad que tenga un centro para permitir que miembros de la comunidad educativa pero ajeno a la sub-comunidad de profesorado tenga conocimiento e intervenga de manera directa en la gestión de los conflictos del centro, en especial cuando se trata de aquellos que se pueden considerar más delicados.

### 3.4. POSIBILIDADES DE LA MEDIACIÓN

Bajo esta concepción de mediación en el ámbito educativo de cultura, convivencia y respeto, la implementación de un programa de mediación en un centro formativo se convierte en una herramienta muy útil que abarca perspectivas diversas:

- Pedagógica: colabora en el desarrollo del currículo definido por el centro educativo, permitiendo conseguir la formación integral del alumnado, compaginándose con los aprendizajes académicos; facilita la toma de decisiones; promueve la fundamentación de ideas propias a la hora de establecer debates, afrontar conversaciones o mantener ideas diferentes a las de otros compañeros/as siendo más difícil llegar a la discusión irracional; y, por último, favorece la capacidad de ser persona autónoma.
- Resolución de conflictos: promueve la adquisición de responsabilidad respecto de las situaciones conflictivas en las que se ven envueltos; el uso de la vía del diálogo y la comunicación para entender el conflicto y buscar posibles soluciones; la reparación responsable del daño que se ha causado bien a la otra parte, bien a la convivencia, bien al propio centro educativo; el compromiso de observar unas normas morales y de convivencia, así como de llevar a cabo tanto la reparación a la que se hubiera comprometido como a mantener las condiciones pactadas en el acuerdo; y mejora el clima de convivencia del centro al resolver los conflictos de manera consensuada y satisfactoria, y a reducir el número de sanciones y expulsiones.
- Habilidades sociales: en primer lugar, mejora la autoestima del alumnado, al cultivar el sentimiento de autonomía a la hora de lograr solucionar sus conflictos, saliendo además reforzado personal y relacionalmente. En segundo lugar, contribuye al desarrollo de las habilidades comunicativas, en especial la escucha de manera activa. En tercer lugar, favorece el desarrollo de aptitudes colaborativas con el resto de miembros de la comunidad educativa, al convivir en un clima de centro basado en el respeto, democracia y colaboración. Por último, al crear un espacio donde se expresa no solo

los hechos ocurridos, sino también las emociones, posibilita la adquisición de competencia emocional al expresar sentimientos y emociones, y a desarrollar pensamientos de competencia social, como es la empatía.

- Preventiva: previene conductas marcadas por la intolerancia, la xenofobia, el racismo, el abuso, el *bullying*, la violencia de género, etc.

### 3.5. IMPLEMENTAR UN PROGRAMA DE MEDIACIÓN

El mejor enfoque del que se puede disponer para detectar las necesidades existentes en un centro de formación, es el que percibe el propio centro. Por ello, en base a la autonomía que cada centro tiene y respetando la normativa vigente en lo relativo a convivencia escolar, se ha de establecer el programa que mejor se adapte a sus circunstancias.

El organigrama del Programa de Mediación de Centro Educativo (PMCE) es: coordinador/a del PMCE; equipo Técnico de Mediación (ETM), formado por docentes, no docentes, alumnado y familias; equipo Mediador; y equipo de Alumnado Ayudante.

Para todo ello, la dirección del centro educativo ha de tomar la decisión de implementar un programa de mediación en su centro, incorporándolo en su Proyecto de Centro, así como en su RRI; elaborar un proyecto detallando las fases para su implantación; e implicar a toda la comunidad educativa en el programa de mediación.

Las fases por las que pasará la implementación del Programa de Mediación de Centro Educativo (PMCE) son: análisis de necesidades, sensibilización, planificación del programa de mediación del centro, formación, difusión, creación del servicio de mediación.

1.-Análisis de necesidades. Aún cuando el centro, por regla general, conoce bien cuáles son sus necesidades y los conflictos más habituales, consideramos que es necesario realizar una prospección de la convivencia del centro para constatar que no se escape ningún aspecto importante. Se debe de conocer cuál es el estado real de la convivencia en el centro, identificando los conflictos (tipos y frecuencia) y las medidas que el centro viene adoptando. Una vez realizado el estudio, practicado el análisis, y obtenidas las conclusiones, surgirán los objetivos que cada centro se establecerá para mejorar la convivencia, tanto desde un punto de vista preventivo, como desde la intervención.

Para ello realizaremos un análisis de la situación en varios contextos: profesorado, alumnado y familias.

En cuanto al profesorado, en este subsistema, analizaremos la relación del profesorado con el alumnado. Se analizará cómo perciben las relaciones establecidas entre el alumnado y los conflictos que se dan:

- Se lleva a cabo una revisión dentro de los tres últimos años, con el fin de realizar estadísticas que nos permitan efectuar un análisis pormenorizado,

de los partes de incidencia, los partes disciplinarios y de las sanciones impuestas y, también de las actas de evaluación.

- Se pasan unos cuestionarios para analizar cómo percibe el profesorado al alumnado: cómo son sus relaciones e identificar los conflictos que, bajo su punto de vista, se dan con más frecuencia; su comportamiento en el aula, indisciplina, absentismo; cómo son las relaciones que mantienen con ellos.

Y la relación del profesorado entre sí. Analizar cómo perciben los profesores las relaciones con sus compañeros e identificar los posibles conflictos: escasa colaboración, posturas contradictorias, falta de acuerdos, temas ausentes, etc.:

- Se lleva a cabo una revisión dentro de los tres últimos años, con el fin de realizar estadísticas que nos permitan efectuar un análisis pormenorizado, de las actas de los claustros (tanto generales, como por etapa).
- Cuestionarios para valorar el nivel de cohesión, colaboración y estado.

En relación al alumnado, al igual que en el subsistema anterior, analizamos qué opinión tiene el alumnado sobre las relaciones con sus compañeros e identificamos cuáles son los conflictos más frecuentes entre ellos. Nos referimos a peleas, rumores, intimidación, aislamiento, exclusión, etc. En esta línea:

- Se les pasa un Sociograma en el cual se indaga sobre los compañeros y compañeras con los que tienen una relación de amistad y sobre los que tienen unos sentimientos negativos. Del mismo modo, se pregunta sobre el grado de predisposición que tienen a trabajar con unos compañeros o compañeras y con lo que no les resulta atrayente.
- Se les pasa un cuestionario para que valoren cómo perciben las relaciones con el resto del alumnado y el clima convivencial del centro.

Por otro lado, se analiza cómo vive el alumnado las interacciones con el profesorado, tratando de identificar los conflictos más habituales en el centro, como pueden ser sentimiento de injusticia, falta de aceptación o de respeto, etc.

Para ello, se les pasa un cuestionario para que valoren cómo perciben las relaciones con el profesorado.

Con respecto a las familias, se trata de analizar por un lado cómo valora el tipo de relación que mantienen las familias con los distintos miembros de la comunidad educativa, el conocimiento de la existencia de conflictos en

el aula a la que pertenece su hijo o hija o en el centro, así como qué grado de implicación tienen en la vida del centro.

Para ello, se les hace llegar un cuestionario para que valoren su visión sobre el centro educativo.

2.-Sensibilización. Se trata en esta fase de dar a conocer qué es la mediación y sus características, qué se propone el centro al implementar un programa de mediación y cuáles son sus ventajas.

En función de cuál sea el subsistema destinatario, las acciones serán diferentes. Así, se debe reunir en claustro general al profesorado (mínimo dos sesiones) y se les informa de qué es la mediación, cuáles son sus características, cuáles son sus principios y sus fases. Se les da a conocer la existencia de distintas intervenciones (círculo de amigos, método *Pikas*, círculo de calidad). Se continúa profundizando sobre ello, en las reuniones de ciclo y departamentales.

Haciendo uso de las sesiones de tutoría, se le explica al alumnado qué es la mediación, cuáles son sus características, las distintas figuras que el centro ha decidido incluir (alumnado ayudante, alumnado mentor, alumnado mediador, alumnado consejero) y su funcionamiento en el centro, etc. Se les muestran vídeos sobre los objetivos a cubrir, las funciones a desarrollar y los aspectos que se desea prevenir y se analiza con el grupo lo visionado. Se le motiva para que se formen como alumnos voluntarios, e integrarse como mediadores en el propio centro.

Con las familias se realizan reuniones en las que se les informa del concepto, características y ventajas. Se les anticipa que a sus hijos e hijas se les animará a solucionar sus conflictos a través de mediación y a que se formen para ayudar al resto tras una formación a cargo del centro. Se les alienta a que los miembros de las familias, formen parte de los equipos de mediación del centro.

3.-Planificación del programa de mediación del centro. La dirección del centro ha de planificar junto con el coordinador/a del PMCE: el cronograma de la implantación y las necesidades organizativas que se van a tener; destinar espacios y tiempos para la formación y seguimiento de los equipos; coordinación; reuniones técnicas; y espacios para realizar la premediación y el procedimiento de mediación.

4.-Formación. Las acciones a desarrollar por el profesorado serían las siguientes: mejorar la comunicación con los alumnos, dándoles habilidades para una comunicación eficaz; recibir un curso de formación con el objetivo de formarles en mediación como método de resolución de conflictos, así como en los programas de alumnado ayudante; y, por último, formarse en el uso de técnicas de intervención como círculo de amigos, método *Pikas*, círculo de calidad.

Las acciones a desarrollar por alumnado serían las siguientes: formación inicial de cinco semanas, para Alumnado Ayudante, formación continua y reuniones de seguimiento con los equipos, cada tres semanas como máximo.

Por parte de las familias, la acción a desarrollar sería recibir un curso de formación con el objetivo de formarles en mediación como método de resolución de conflictos.

5.-Difusión. La difusión entre el profesorado se realizará en los claustros y en las reuniones de ciclo.

Entre el alumnado la difusión se realiza a través de material divulgativo –cartelería realizada por el alumnado del centro–, así como mediante sesiones dirigidas por los tutores y tutoras, se organizan para informarles de la puesta en funcionamiento del programa de mediación; dar a conocer el proyecto, su funcionalidad, sus objetivos y características; e implicarles en su difusión y creación, animándoles a participar.

En cuanto a las familias, la difusión se realiza, en primer lugar, mediante material divulgativo: folletos y circulares enviados a través de la plataforma virtual del centro o de correo ordinario; cartelería realizada por el alumnado y el profesorado del centro; e información en la web del centro. Asimismo, en segundo lugar, la difusión se realizará a través de reuniones en el centro educativo para informarles e implicarles en la puesta en funcionamiento del programa de mediación. Se les debe alentar a animar a sus hijos e hijas para participar en las actividades de formación como equipo mediador o alumnado ayudante. Del mismo modo, se les debe motivar para que ellos participen desde casa en las actividades que sus hijos e hijas desarrollarán en las aulas o en el centro y que necesiten de su participación.

6.-Creación del servicio de mediación integrado por el Servicio de Mediación y de Alumnado Ayudante.

#### 4. PROGRAMAS DE AYUDA ENTRE IGUALES

Los programas de ayuda entre iguales tienen sus orígenes principalmente en Inglaterra, que desde el 2000 los llevan desarrollando en sus centros escolares. Se basan en el poder que el grupo tiene en el individuo, en especial en la etapa de la adolescencia, sustituyendo al papel hasta el momento desempeñado por la familia. En ellos se apuesta por el impacto emocional que genera la ayuda recibida por un igual, al ser escuchados, apoyados y ayudados a buscar recursos para solucionar su situación de conflicto o desasosiego, tristeza o malestar. Dentro de esta perspectiva de ayuda, podemos encontrar diversas alternativas de programas en los que formar al alumnado para desempeñar funciones de mentores, tutores, consejeros o mediadores.

Se sustentan con base en los recursos propios que cada igual posee, y a partir de esa semilla, se les forma, guía y acompaña para adoptar un rol activo en la ayuda al resto de compañeros y compañeras y en la mejora del clima de su centro escolar<sup>13</sup>.

---

13 SELLMAN, E., "Peer mediation services for conflict resolution in schools: what transformations in activity characterize successful implementation?", *British Educational Research Journal*, vol. 37, nº 1, 2011, pp. 45-60.

El entrenamiento que se les suele ofrecer al alumnado para dotarles de la capacitación necesaria suele girar en torno a habilidades de escucha, empatía, comprensión de las necesidades y sentimientos de aquellos que buscan ayuda y habilidades de resolución de conflictos<sup>14</sup>.

En estos programas de ayuda entre iguales el alumnado interviene con total neutralidad tratando de encontrar el equilibrio entre las partes, sin juzgar ni proponer soluciones, con la gran ventaja de su posición de iguales, lo que les atribuye mayor credibilidad ante sus compañeros<sup>15</sup>.

Por iguales podemos entender aquellas personas que se encuentran en una situación social semejante, y que así lo perciben, sentirse miembros de ese grupo en cuestión.

Los programas de ayuda entre iguales son procedimientos estructurados en los que el alumnado que forma parte de los equipos, tras recibir la formación correspondiente y ser guiados por su coordinador o coordinadora, asisten a sus compañeros y compañeras que se encuentran en situación de indefensión, acoso o debilidad, o mediar en sus conflictos.

Dentro de la comunidad educativa, el alumnado conoce todo lo que ocurre tanto dentro como fuera de los muros del centro. Saben quiénes tienen un buen comportamiento y quiénes realizan acciones indebidas, bien porque hacen trampas en exámenes, abusan de compañeros, a quién le suelen “vacilar”, quién no tiene amigos/as en el centro, etc.

Al margen de tratarse de conductas que generan un aprendizaje funesto no solo a los implicados, sino también a quienes lo conocen, llegan a generar malestar e incluso angustia a los espectadores. La mayoría de los espectadores de *bullying* por ejemplo, lo desaprueban, y son muchos y muchas las que desearían ayudar a la víctima, pero en numerosos casos no saben cómo hacerlo o se encuentran demasiado confusos como para darles apoyo efectivo<sup>16</sup>.

En estas situaciones son imprescindibles los amigos que apoyan y animan a la víctima y en multitud de casos los protegen, llegando, en ocasiones, a actuar en su lugar, reduciendo la probabilidad de sufrir nuevos ataques<sup>17</sup>. Pero ni es la solución que unos alumnos “defiendan” a otros, ni que se promueva una actitud de indefensión en las víctimas, porque además, en muchos casos las víctimas no cuentan con ese apoyo. La perspectiva es otra, es aquella que genere la creación de un tipo de relaciones interpersonales basadas en el respeto, la igualdad y la empatía por los sentimientos no solo de nuestros amigos, sino de todos los compañeros de nuestra comunidad<sup>18</sup>.

14 PULIDO, R., MARTÍN-SEAONE, G. y LUCAS-MOLINA, B., “Orígenes de los programas de mediación escolar: distintos enfoques que influyen en esta práctica restaurativa”, *Anales de psicología*, vol. 29, nº 2, 2013, pp. 385-392.

15 Vid. FERNÁNDEZ, I., VILLAOSLADA, E. y FUNES, S., *Conflicto en el centro escolar. El modelo de alumno ayudante como estrategia de intervención educativa*, Catarata, Madrid, 2002.

16 SCHULMAN, M., “How we become moral”, en SNYDER, C.R. y LÓPEZ, S.L. (Eds.), *Handbook of positive psychology*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 499-512.

17 BOULTON, M.J., TRUEMAN, M., CHAU, C., WHITEHAND, C., y AMATYA, K., “Concurrent and longitudinal links between friendship and peer victimization: Implications for befriending interventions”, *Journal of Adolescence*, 22, 1999, pp. 461-466.

18 SCHULMAN, M., “How we become moral”..., *op. cit.*, pp. 499-512.

Estos programas están integrados en el Proyecto Educativo de Centro, con el respaldo del equipo directivo, y la participación tanto del profesorado como del alumnado. El instrumento empleado en sus intervenciones es el diálogo, pues la palabra es una de las herramientas más potentes de la que disponemos. Se trata de escuchar, de comprender, de comunicar, de sentirse escuchado, de sentirse comprendido, creando un contexto donde el conflicto se gestione y se exprese desde el derecho a expresar los sentimientos y a respetar los de los demás.

Los programas de ayuda entre iguales promueven el desarrollo personal y social que permite realizar aportaciones significativas a la creación de un clima de convivencia que protege del abuso y posibilita participar en una comunidad educativa democrática y respetuosa.

Como objetivos propuestos en estos programas, podemos destacar, en primer lugar, la mejora de la comunicación entre los integrantes de la comunidad educativa (entre el alumnado, el alumnado con el profesorado, entre el profesorado y entre las familias y el centro). En segundo lugar, cabe señalar la ayuda a compañeros/as que se encuentran en una situación de desventaja, de exclusión, con pocas habilidades sociales, así como la prevención de cualquier tipo de abuso entre los iguales y la autorregulación de la convivencia y la responsabilización de los actos y la conducta.

Una de las claves del éxito de estos programas es el alto nivel de conexión que comparten los miembros del equipo con sus compañeros/as del alumnado. Comparten el mismo código a la hora de comunicarse, así como las mismas normas pertenecientes al curriculum oculto del centro.

Para el desempeño de sus funciones han de asumir unos valores primordiales como son:

- Confidencialidad. Dada las funciones que desempeñan conocen muchos temas delicados del resto de los compañeros y compañeras del centro educativo y de su aula, por ello, es esencial la discreción en sus actuaciones y comentarios para salvaguardar la intimidad de los asuntos tratados.
- Disponibilidad. Ofrecen su ayuda cuando se les requiere y cuando a iniciativa propia lo ven oportuno. Ponen de manifiesto hacia los demás su interés por ayudarlas y escucharlas.
- Responsabilidad. Asumen la importancia y trascendencia de su papel en la convivencia del centro educativo, teniendo en cuenta que representan a un grupo grande con inquietudes de ayuda y colaboración.
- Respeto hacia las personas que solicitan su ayuda y hacia sus gustos, religión, ideología, imagen, etc.
- Compromiso. Con el equipo al que pertenecen y con la comunidad educativa.

#### 4.1. ALUMNADO MEDIADOR

El alumnado mediador es aquel que ha sido elegido por el resto de compañeros y compañeras, que ha recibido una formación específica y que integra el equipo de mediadores del centro.

¿Cómo se accede al alumnado mediador? Cuando se produce un conflicto entre algún miembro de la comunidad educativa y no son capaces de solucionarlo de manera autónoma, cualquier miembro del equipo mediador podrá, por iniciativa propia, acercarse y tratar de ayudarles a resolver la situación.

Por otro lado, las partes implicadas, podrán recibir ayuda del alumnado mediador, solicitándolo en el servicio de mediación o cuando se les proponga asistir al proceso de mediación por haberse producido una falta recogida en el RRI.

¿Cómo son elegidos? El equipo que conforma al alumnado mediador se puede formar bien porque se les forme para ello, bien porque previamente hayan sido alumnado ayudante.

Las alternativas de elección del alumnado mediador por parte del centro o de la comunidad educativa, son varias. El proceso se inicia dedicando diversas sesiones a informar al grupo-aula sobre qué es el programa de mediación en el que se ha embarcado el centro, qué objetivos persigue, cómo se espera que cambie el clima de convivencia del centro educativo, cuáles son las funciones que deberán de desempeñar, formación que tendrán que recibir y muy importante, la dedicación del grupo de alumnado mediador para con sus compañeros y compañeras.

Tras ellas, se elige al equipo de alumnado mediador a través de alguna de estas estrategias:

- Por votación anónima de los compañeros y compañeras a través de un cuestionario anónimo, que se les pasa para que sea el propio grupo el que elija a sus mediadores/as.
- Por nominación de una comisión integrada por personal del PMCE, como puede ser el coordinador/a y un número de miembros del ETM, teniendo en cuenta diferentes aspectos a la hora de realizar la elección como, el nivel de compromiso, responsabilidad, empatía, personalidad, etc. Es importante tener claro que el rendimiento académico en este ámbito no es significativo. El comportamiento que el alumnado ha mantenido hasta el momento en el centro educativo, es un aspecto a valorar, pero la experiencia nos dice que en más de una ocasión alumnos o alumnas que no han tenido un buen comportamiento en el aula o en el centro, han desempeñado un magnífico papel como mediadores o mediadoras. Debemos de tener presente que en muchos casos, la confianza que se deposita en estos chavales/as, es muy valiosa para ellos.
- Los voluntarios de cada aula que se presenten, para el desempeño de estas funciones.

- Con base en los sociogramas que anualmente son pasados y valorados por el orientador/a del centro. Una vez analizado, se propone formar parte del equipo mediador a los alumnos y alumnas que mejor aceptación cualitativa y cuantitativa manifiesten tener en los sociogramas.

Cada año al iniciar el curso académico, los tutores y tutoras dentro de su Plan de Acción Tutorial, destinarán varias sesiones para retomar la implementación o el desarrollo del programa de mediación en el centro, qué es el Equipo de Mediación, cuáles son sus funciones, la obligatoriedad de recibir la formación y acudir a las sesiones de seguimiento. Del mismo modo, aquellas personas que ya son mediadoras, se les pedirá confirmar su pertenencia al grupo.

¿Qué formación reciben? Para poder desarrollar la mediación de una manera eficiente, es necesario recibir una formación específica y realizar un adiestramiento con el fin de adquirir unas habilidades, como el desarrollo de la empatía, la escucha activa, la identificación de emociones, la facilitación del restablecimiento de la comunicación y la búsqueda de soluciones.

Como contenidos a desplegar con el alumnado mediador podemos proponer:

- El conflicto: Concepto, Elementos, Escalada y desescalada del conflicto, Estilos de afrontamiento del conflicto.
- Habilidades de comunicación: Escucha activa, Mensaje-yo, Empatía, Asertividad, Las emociones y Barreras de la comunicación.
- La mediación: Otras técnicas alternativas para resolución de conflictos, Concepto de mediación, Características, Fases.

La formación es periódica, aún cuando llevan varios años en el equipo.

¿Qué funciones realizan? Realizan mediaciones informales y formales de los conflictos surgidos entre compañeros.

Intervienen en los distintos niveles que, según PASTOR<sup>19</sup>, tiene el conflicto al ir incrementando los niveles de tensión y confrontación entre las partes, pasando por distintas fases, como son los incidentes (pequeños problemas que conllevan disputas, rencores e inquietudes a los que no se da mucha importancia), malentendidos (las partes comienzan a hacer suposiciones, por lo general, debido a una comunicación pobre y/o a las distintas percepciones que sobre el conflicto tienen), tensiones (la percepción de la situación está muy distorsionada debido a los prejuicios realizados y las actitudes negativas que se han mantenido) e, incluso, en las crisis (la actuación de las partes es unilateral, dando paso a una actitud más agresiva y violenta, de enfrentamiento).

¿Cuál es el procedimiento que se sigue para realizar una mediación en el centro educativo? Cuando la petición de realización de una mediación llega al Servicio de Mediación, el coordinador o coordinadora del servicio habla con la/s partes soli-

---

<sup>19</sup> PASTOR, X. et al., *Guía práctica de la gestión de conflictos en el tejido asociativo*, Mediterránea, Barcelona, 2005, p. 36.

citantes si han sido ambas las que han decidido acudir a mediación. En el caso de haber sido una de ellas la que lo ha propuesto, el coordinador o coordinadora contacta con la otra parte para hablar y comprobar si acepta la mediación.

En el caso de aceptar, se les pide a ambas partes que cubran un formulario en el que aportan una información básica sobre ellas, así como relatan qué les ha llevado a mediación. Se eligen dos personas mediadoras (siempre de cursos superiores) y se propone fecha y hora.

En mediación en el ámbito educativo, proponemos la co-mediación como fórmula para intervenir en los procesos de mediación, puesto que si los mediadores o mediadoras pertenecen al alumnado, se puede conformar los equipos con una persona con experiencia en mediación que forme a la que tiene menos, o si el caso conlleva cierta dificultad entre dos mediadores/as se sienten más seguras.

Aunque el proceso de mediación es flexible, abierto y se adapta a las circunstancias de las partes y del conflicto, se compone de unas fases que pasamos a detallar:

- Pre-mediación. El equipo de mediadores asignados al caso, tras leer lo contado por las partes en el formulario de solicitud, acuden a la primera reunión con las mismas.

Tras presentarse, les explican cómo se va a desarrollar el proceso, la importancia de la confidencialidad de lo que allí se hable, cómo les gustaría que se desarrollasen las sesiones (reglas mínimas de comportamiento), la voluntariedad del proceso y la posibilidad de reunirse con ellos en privado (*caucus*).

Tras comprobar que lo han entendido, se habla con las partes por separado, con el fin de que realicen un “ventilado” del conflicto. En esa conversación se despliegan todas las dotes de escucha activa y empatía.

Esta fase es necesaria para determinar si el caso es mediable; las partes están dispuestas a implicarse en el proceso de mediación; se necesita convocar a alguna otra persona a mediación o conocer su relato de la situación; si el espacio y el horario elegido son convenientes para las partes.

- “¿Me cuentas?”. Fase en la que se escucha atentamente a cada una de las partes contar qué ha pasado y cómo lo han vivido, sin interrumpir, para no dirigir el proceso en función de nuestras impresiones, dudas o consideraciones.
- Aclaremos el conflicto. Una vez que las partes han concluido su exposición, se comienza a aclarar los motivos que han generado el conflicto y los intereses que cada parte tiene.
- Buscamos alternativas. En esta fase se indaga cuáles son los puntos en los que coinciden y cuáles los divergentes, así como las dificultades para solventarlas. Exploraremos qué está dispuesto a hacer cada parte, y qué necesita que haga la otra. Se buscan posibles soluciones y se valoran una a una.

- Acuerdo. Aquí se ayuda a las partes a definir de manera clara el acuerdo. Hemos de tener en cuenta que el acuerdo han de ser: equilibrado, claro, específico, que tienda a mejorar la relación, realista, posible y evaluable.

Las ventajas que ofrece el programa de mediación en el ámbito educativo son:

- Promueve la comunicación y la empatía. Crea una cultura de diálogo.
- Fomenta la colaboración ante situaciones de conflicto en el centro. Crea una cultura de ayuda desinteresada.
- Promueve la búsqueda de soluciones a los conflictos surgidos en el aula o en el centro educativo.
- Mejora la convivencia en el centro educativo.
- Reduce los casos de maltrato entre el alumnado.
- El alumnado aprende a dialogar y reflexionar sobre su comportamiento, así como a aceptar el del otro.
- Se promueve identificar y verbalizar las emociones propias y las de los demás.
- Aporta al alumnado responsabilidad de sus actos (frente a la excusa o culpabilización del otro) y compromiso (sobre los acuerdos alcanzados).
- Resuelve conflictos de manera real, facilitando que no vuelvan a producirse y mejorando la relación.
- Fomenta la madurez y responsabilidad al establecer acuerdos y compromisos y mantenerlos.

Las ventajas que ofrece el programa de mediación en el ámbito educativo, específicamente, en el campo del acoso escolar son<sup>20</sup>: fomento de la autonomía y de las habilidades sociales del alumnado; mejora de las relaciones sociales en la comunidad educativa; potenciación de un clima de convivencia más democrático y respetuoso; y reducción del acoso y de la victimización de hasta un 50%.

En definitiva, podemos agrupar las ventajas que proporcionan los programas de mediación en los centros educativos en<sup>21</sup>: beneficios que reporta a las alumnas y

20 SMITH, P., "Why interventions to reduce bullying and violence in schools may (or may not) succeed: Comments on this Special Section", *International Journal of Behavioral Development*, 35, 2011, pp. 419-423.

21 AVILÉS, J.M., TORRES, N. y VIAN, M.V., "Equipos de ayuda, maltrato entre iguales y convivencia escolar", *Revista electrónica de investigación psicoeducativa*, nº 16, vol. 6 (3), 2008, pp. 863-886, en [www.investigacion-psicopedagogica.org/revista/articulos/16/espanol/Art\\_16\\_289.pdf](http://www.investigacion-psicopedagogica.org/revista/articulos/16/espanol/Art_16_289.pdf), consulta a 11/01/2015.

alumnos mediadores y al alumnado que se ha ayudado; mejora del clima social del centro educativo; y beneficios en la relación entre agresores y víctimas.

#### 4.2. ALUMNADO AYUDANTE

Los programas de alumnado ayudante se conforman como herramientas poderosas que permiten al alumnado experimentar y mejorar sus habilidades sociales. Se trata de crear un grupo de alumnado y formarles en habilidades que les permita realizar una buena escucha activa, acompañar a aquellos compañeros o compañeras que lo necesiten, en detectar situaciones por las que están pasando chicos o chicas de sufrimiento o situaciones de acoso, ayudar a integrar a alumnado nuevo en el centro, así como a gestionar situaciones de conflicto con niveles de violencia bajos.

Los beneficiados de este tipo de programas son los que ayudan y los ayudados, puesto que en ambos se suele producir una mejora de su autoestima. Pero también se genera la creación de un clima de convivencia solidario y cooperativo en el que se promueven actitudes de protección y cuidado hacia el resto de miembros de la comunidad educativa.

Se impulsa la autogestión de los conflictos por el grupo de iguales sin necesidad de recurrir a los adultos, ayudando a la toma de decisiones de manera reflexiva y autónoma, de los compañeros y compañeras que están en conflicto, al poner en práctica las técnicas aprendidas en su periodo de formación. Aprendizaje que les es útil no solo en su etapa de formación, sino para cuando se produzca su salida a la sociedad.

Las principales características de los programas entre iguales que identifican COWIE y WALLACE<sup>22</sup>, son:

- Se logra reducir los prejuicios y mejora la relación entre chicos y chicas, así como con los pertenecientes a distintos grupos, al ser entrenados para realizar sus funciones con compañeros/as que no pertenecen a su círculo de amigos.
- Se les forma en habilidades sociales, en concreto en habilidades de comunicación, y en gestión emocional.
- Se les entrena para gestionar conflictos, y facilitar la comunicación e interacción a los compañeros/as.

Basándonos en las claves que nos indican estos autores, en cuanto a la efectividad de estos programas, se puede destacar que, en primer lugar, los propios alumnos o alumnas son capaces de detectar mucho antes que un docente, las situaciones por las que pasa un compañero o compañera, no solo conflictivas sino de tristeza o duelo por la separación de sus padres, la muerte de un ser querido, o por no sentirse incluido en el grupo-clase, puesto que su convivencia es grande, no solo

22 COWIE, H. y WALLACE, P., *Peer support in action*, Sage, Londres, 2000.

en la cantidad de tiempo que pasan juntos, sino en la intensidad de las relaciones. Ellos están “al otro lado” y su visión es muy diferente a la que tenemos los docentes.

En segundo lugar, el profesorado, en muchas ocasiones, se encuentra saturado de las distintas situaciones a las que tiene que acudir y dar una cobertura solvente. En otros casos, les faltan recursos, siendo el alumnado ayudante un gran apoyo.

En tercer lugar, al encontrarse en un mismo nivel y compartiendo un mismo código, los alumnos o alumnas que se encuentran en situación de victimización por otros iguales o en situación conflictiva, les resulta más sencillo acercarse a un igual que a un adulto.

En cuarto lugar, los miembros del alumnado ayudante son los primeros que reciben los conflictos o situaciones difíciles por las que pasan sus iguales, pero la gestión de ellos no la llevan solos, sino que han de dar traslado a su coordinador o coordinadora (función de seguimiento o acompañamiento hacia el equipo de alumnado ayudante), por lo que en función de la intensidad y entidad de los mismos, se animará a la víctima a que lo cuente a otro miembro (adulto o de un curso/s superiores) para ayudarle en su gestión.

Por último, cabe señalar que no es raro encontrar entre los miembros del equipo de alumnado ayudante a alumnos/as que con anterioridad habían sido disruptivos y/o indisciplinados, por lo que su ayuda aporta unos matices muy interesantes.

¿Cómo son elegidos? El alumnado ayudante es elegido dentro del Plan de Acción Tutorial, al igual que se realizaba con el alumnado mediador a principio de curso. Se puede optar como en el caso anterior por varios métodos, pero en nuestra opinión la mejor opción es la de “votación anónima”. La razón es que en este tipo de programa, el alumnado ayudante tiene muchas intervenciones, muchas de ellas micro-intervenciones, puesto que son “aparentemente” casuales, y sin ninguna intención evidente, así como muchas mediaciones informales, son el alumnado que está constantemente pendiente de lo que ocurre en su aula, y a sus compañeros, puesto que convive con ellos. Son los chavales y chavalas que “toman la temperatura” al aula. De ellos, saldrán los futuros mediadores y mediadoras del centro, con un gran bagaje a sus espaldas. Por lo que es muy importante que cuenten con el refrendo del grupo, de manera que cuando intervengan en un conflicto, o traten de hacer que un compañero o compañera recapacite sobre un comentario o comportamiento, sus palabras y sus hechos sean tenidos en cuenta como para hacer pensar en ellos a la persona a la que va dirigido.

El tiempo de pertenencia al equipo es de un curso académico, renovable, pero dado el nivel tan alto de implicación que supone para sus miembros, sólo están “en activo” un trimestre por curso. Por ello, lo óptimo es tener por lo menos tres alumnos/as ayudantes por aula, de forma que cada uno está en “alerta máxima” un trimestre, aunque es obligatorio que sigan asistiendo a la formación.

¿Qué formación reciben? Dado que las funciones que van a desarrollar giran básicamente en torno a mediaciones informales y de acompañamiento, la formación a impartirles puede orbitar en torno a las habilidades de comunicación (escucha activa –parafrasear, reflejar y resumir–, empatía y preguntas); así como en torno a la mediación (concepto de mediación, características, etc.).

¿Qué funciones realizan? Las funciones que despliega el alumnado ayudante las podemos agrupar en tres ámbitos: Prevención, Facilitación y Acompañamiento.

- Previenen que el conflicto escale, al intervenir en el momento en que perciben la existencia de una situación difícil o conflictiva para un compañero o compañera. Dado el nivel de conocimiento del resto del grupo, suelen actuar rápido, evitando actuaciones más contundentes. Si el conflicto o la situación la pueden afrontar solos/as hasta que se desarrolle la siguiente sesión de seguimiento, actúan, pero si consideran que es de suficiente entidad, o no se encuentran preparados como para acometerlo solos/as, lo gestionan conjuntamente con el coordinador/a del equipo.
- Facilitan que el conflicto se resuelva, bien sea interpersonal o intraperpersonal, hablando con la parte/s involucradas para dar ánimo, o para calmarles, gestionando situaciones de desencuentro o de enfrentamiento entre dos o más personas o allanando la entrada de una persona en un grupo o actividad.
- Realizan funciones de acompañamiento con aquellos compañeros/as que están pasando por un mal momento y no tienen una buena red de apoyo o que acaban de incorporarse al centro, con el objetivo de integrarle en un grupo, dinamizar actividades, reuniones, etc.

Sus funciones son:

- Detectar posibles conflictos entre compañeros, situaciones de maltrato entre iguales, así como situaciones de preocupación o tristeza que puedan sufrir, y discutirlos en las reuniones de seguimiento (o directamente con el coordinador/a del equipo) para buscar la mejor manera de intervenir antes de que escalen.
- Acoger a los compañeros o compañeras que lleguen nuevas al centro o a aquellos que se encuentren solos o rechazados.
- Escuchar activamente a los compañeros y compañeras sobre las inquietudes o preocupaciones que tienen o sus conflictos.
- Promover actividades encaminadas a mejorar el clima de convivencia del grupo-aula.
- Derivar aquellos casos en los que no se sepa cómo actuar, o aquellos en los que existan agresiones físicas, y siempre que las personas protagonistas de la situación manifiesten dolor y dificultades personales.

Dado la alta implicación que el grupo-aula les demandan, bien sea a nivel de dedicación de tiempo (están siempre de “guardia” durante el tiempo que están en “activo”), como su implicación emocional, en muchos casos se les hace difícil no implicarse en los casos que llevan, por ello es imprescindible el acompañamiento constante del coordinador/a del equipo de alumnado ayudante.

### 4.3. OTROS TIPOS DE AYUDA

Basándonos en COWIE y FERNÁNDEZ<sup>23</sup>, cabe referenciar varios programas de ayuda entre iguales que podemos poner en práctica en función de las características del centro en el que se desee implementar:

- La hora del círculo (*Circle time*). Programa que surge en EEUU como dinámica educativa muy extendida en la etapa de primaria, con el objetivo de desarrollar sus habilidades comunicativas. Muy útil también para desarrollar la consciencia social y la interrelación con el grupo. Consiste en sesiones semanales en las que se dinamiza un grupo integrado por alumnos y alumnas en el que se anima a compartir sentimientos e inquietudes, y se promueve la búsqueda de alternativas para solucionar la situación. Se busca que los alumnos y alumnas se sientan respaldados no solo por el docente, sino también por el grupo. Se promueve la búsqueda conjunta de soluciones, promoviendo el trabajo conjunto, mejorando las relaciones interpersonales.
- Compañeros amigos (*befriending*). Son aquellos que tras recibir una formación en habilidades interpersonales como es escucha activa y asertividad, dan apoyo y acompañan a compañeros o compañeras que debido a la exclusión social, la victimización o la soledad son más vulnerables y necesitan contar con estos “amigos” para jugar o hablar en los recreos. Poseen habilidades naturales de ayuda aprendidas a través de su relación con compañeros/as y con los adultos con los que se relacionan. Se realizan acciones como acompañar a alumnos nuevos, crear y mantener asociaciones que forman alumnos que practican actividades, reuniones con alumnos nuevos, etc.
- Tutorización de iguales (*Mentoring*). En este programa, los mentores que han de ser mayores que los alumnos o alumnas a las que ayudan, son entrenados para guiar y modelar a través de su conducta a otros compañeros, para lo que comparten con ellos juegos estructurados, y ayuda con las tareas escolares. Uno de los objetivos primordiales es llegar a mantener conversaciones a nivel muy personal, en las que afloran los sentimientos y

23 COWIE, H. y FERNÁNDEZ, F., “Ayuda entre iguales en las escuelas: desarrollo y retos”, *Revista electrónica de investigación psicoeducativa*, nº 9 vol. 4 (82), 2006, pp. 291-310, en [http://www.investigacion-psicopedagogica.org/revista/articulos/9/espagnol/Art\\_9\\_116.pdf](http://www.investigacion-psicopedagogica.org/revista/articulos/9/espagnol/Art_9_116.pdf), consulta a 12/01/2015.

las preocupaciones del niño o niña tutorizado para ayudarle a gestionarlo y a buscar soluciones.

- Ayuda a distancia. Se trata de aprovechar el uso de las tecnologías para facilitar la comunicación en aquellos adolescentes que no tienen una red de apoyo ni en el centro escolar ni en el seno familiar. Para las personas que no han podido crear un grupo en el centro escolar, les sirve de apoyo emocional y social, pudiendo lograrlo a través de Internet<sup>24</sup>.

Por otro lado, otros programas que podemos desplegar son:

- Círculos de calidad. Consiste en la formación de un grupo de alumnos que examinan los conflictos y propone soluciones que se comunican a la dirección del centro para su revisión y puesta en marcha. También implica la realización de reuniones entre alumnos y docentes, para revisar y dialogar sobre la convivencia en el centro. Los alumnos son entrenados en técnicas específicas para resolver problemas.
- Círculos de amigos. Aborda el tratamiento de las necesidades emocionales y conductuales de ciertos alumnos/as con dificultades. Se trata de una estrategia que promueve la inclusión en un grupo de aquellos chicos o chicas que se encuentran en situaciones de aislamiento, bien porque tengan alguna clase de discapacidad física o psicológica, bien porque hayan intervenido en situaciones de abusos como agresores/as o víctimas.
- Método *Pikas* (Método de responsabilidad compartida). Desarrollado para disuadir a un grupo de agresores/as en su acoso hacia un compañero/a. Para ello, se realizan una serie de entrevistas individuales a agresores/víctimas en las que se intenta crear un campo de preocupación mutua y compartida donde se acuerdan estrategias individuales de ayuda a la víctima. Después se realizan entrevistas de seguimiento para, finalmente, concretar una reunión final con el grupo completo.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALZATE, R., Ponencia “Comunicación y Conflicto”, impartida en el Máster de Mediación en la Universidad de Santiago de Compostela el 18 de noviembre de 2011.
- AVILÉS, J.M., TORRES, N. y VIAN, M.V., “Equipos de ayuda, maltrato entre iguales y convivencia escolar”, *Revista electrónica de investigación psicoeducativa*, nº 16, vol. 6(3), 2008, disponible en [http://www.investigacion-psicopedagogica.org/revista/articuloS/16/espagnol/Art\\_16\\_289.pdf](http://www.investigacion-psicopedagogica.org/revista/articuloS/16/espagnol/Art_16_289.pdf).

<sup>24</sup> YBARRA, M.L. y MITCHELL, K.J., “Online aggressor/targets, aggressors, and targets: a comparison of associated youth characteristics”, *Journal Child Psychology Psychiatry*, nº 45(7), 2004, pp. 1308-1316.

- BOULTON, M.J., TRUEMAN, M., CHAU, C., WHITEHAND, C. y AMATYA, K., "Concurrent and longitudinal links between friendship and peer victimization: Implications for befriending interventions", *Journal of Adolescence*, 22, 1999.
- BRANDONI, F., *Mediación escolar. Propuestas, reflexiones y experiencias*, Paidós, Buenos Aires, 1999.
- COWIE, H. y WALLACE, P., *Peer support in action*, Sage, Londres, 2000.
- COWIE, H. y FERNÁNDEZ, F., "Ayuda entre iguales en las escuelas: desarrollo y retos", *Revista electrónica de investigación psicoeducativa*, nº 9, vol. 4 (82), 2006, (pp. 291-310), disponible en [http://www.investigacion-psicopedagogica.org/revista/articulos/9/espagnol/Art\\_9\\_116.pdf](http://www.investigacion-psicopedagogica.org/revista/articulos/9/espagnol/Art_9_116.pdf).
- DÍAZ-AGUADO, M.J. (Dir.), *Programas de educación para la tolerancia y prevención de la violencia en los jóvenes*, Vol. I, II, III y IV, Instituto de la Juventud, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
- ETXEBERRÍA, F., ESTEVE, J.M. y JORDÁN, J.A., "La escuela y la crisis social", *XX Seminario Interuniversitario de Teoría de la Educación*, Murcia, 2001.
- FERNÁNDEZ, I., VILLAOSLADA, E. y FUNES, S., *Conflicto en el centro escolar. El modelo de alumno ayudante como estrategia de intervención educativa*, Catarata, Madrid, 2002.
- FUNES, J., "Convivir con adolescentes. La gestión de los conflictos en las instituciones", *Cuadernos de pedagogía*, nº 304, 2001.
- GARCÍA, M., "La definición del absentismo, sus tipologías y factores causales: algunas claves para una intervención integrada en el marco de una escuela inclusiva", Universidad de Barcelona, disponible en <http://www.femp.es/files/566-168-archivo/MARIBEL%20GARCIA%20La%20definición%20del%20Absentismo,%20sus%20tipolog%C3%ADas,%20y%20factores%20causales.pdf>.
- OJEDA, R., "El centro escolar: un espacio óptimo para educar en la cultura de la mediación", ponencia ofrecida en I Jornades "Menors en Edat Escolar: conflictes i oportunitats", celebradas en Palma de Mallorca los días 10 - 12 de noviembre del 2005, disponible en [www.weib.caib.es/Documentacio/jornades/jornades\\_menors/r\\_ojeda.pdf](http://www.weib.caib.es/Documentacio/jornades/jornades_menors/r_ojeda.pdf).
- ORTEGA, R. y DEL REY ORTEGA, R., "Capítulo 6. Instrumentos para valorar la convivencia escolar", en ORTEGA, R., DEL REY ORTEGA, R. y GÓMEZ, P., *Estrategias educativas para la prevención de la violencia. Mediación y diálogo*, Cruz Roja Juventud, Madrid, 2002, disponible en [http://www.deciencias.net/convivir/2.protocolos/Pguias.RConflictos/Cruzroja/Estrategias\\_preencionviolencia\(167p\).pdf](http://www.deciencias.net/convivir/2.protocolos/Pguias.RConflictos/Cruzroja/Estrategias_preencionviolencia(167p).pdf).
- PASTOR, X. et al., *Guía práctica de la gestión de conflictos en el tejido asociativo*, Mediterránea, Barcelona, 2005.
- PULIDO, R., MARTÍN-SEAONE, G. y LUCAS-MOLINA, B., "Orígenes de los programas de mediación escolar: distintos enfoques que influyen en esta práctica restaurativa", *Anales de psicología*, vol. 29, nº 2, 2013.
- SCHULMAN, M., "How we become moral", en SNYDER, C.R. y LÓPEZ, S.L. (Eds.), *Handbook of positive psychology*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

- TORREGO, J.C., "Modelos de regulación de la convivencia", *Cuadernos de pedagogía*, nº304, Barcelona, 2001.
- SHARP, S. y COWIE, H., *Counselling and supporting children in distress*, Sage, Londres, 1998.
- SELLMAN, E., "Peer mediation services for conflict resolution in schools: what transformations in activity characterize successful implementation?", *British Educational Research Journal*, vol. 37, nº 1, 2011.
- SMITH, P., "Why interventions to reduce bullying and violence in schools may (or may not) succeed: Comments on this Special Section", *International Journal of Behavioral Development*, 35, 2011.
- VIANA, I., *La mediación en el ámbito educativo en España. Estudio comparado entre comunidades*, Universidad de Valencia, Valencia, 2011, disponible en [www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/81400/viana.pdf](http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/81400/viana.pdf).
- YBARRA, M.L. y MITCHELL, K.J., "Online aggressor/targets, aggressors, and targets: a comparison of associated youth characteristics", *Journal Child Psychology Psychiatry*, nº 45(7), 2004.

# LA NATURALEZA ÉTICA DE LA MEDIACIÓN

Maria Carme Boqué Torremorell  
Universitat Ramon Llull – FPCEE Blanquerna (Barcelona)



*“El ojo que ves no es ojo porque tú lo veas;  
es ojo porque te ve”*  
Antonio Machado

A lo largo de estas líneas exploraremos el contenido ético de la mediación. Nos interesa detenernos en aquellos componentes del proceso teñidos de valor, virtud, deber, moral, juicio, norma o, lo que es lo mismo, trataremos del buen hacer y del correcto proceder en mediación. Así pues, no nos limitaremos al análisis general del código deontológico de la persona mediadora, sino que valoraremos la carga ética de esta práctica examinando los principales constituyentes del carácter propio de la mediación.

Nuestro punto de vista tiene raíces sociológicas y pedagógicas, porque nos preocupa el modo en que la mediación promueve el bienestar y la transformación social<sup>1</sup>. Por ello, esta reflexión, aún sin ser exhaustiva, debería ayudarnos a comprender mejor el significado, el proceso y los roles que se inscriben en todo acto de mediación y, también, a vislumbrar cómo optimizarlo con el objetivo de contribuir al progreso de la sociedad.

Tomando como fuente de inspiración el proverbio de MACHADO que encabeza este estudio, nos atrevemos a decir que la mediación no lo es porque algunas personas “la vean” y crean (creamos) en ella, lo es porque la mediación “ve” y cree en el ser humano, en su dignidad y en sus capacidades humanizadoras, incluso a la hora de enfrentarse a los conflictos. Éste es el eje ético sobre el cual gira el proceso entero de búsqueda de soluciones pacíficas a los conflictos, puesto que cuenta con el potencial de cada persona y su libertad para elegir el bien. De acuerdo con FOLGER<sup>2</sup>, la mediación *“proporciona un enfoque para la práctica que implica una experiencia singularmente poderosa para quienes están en conflicto, porque confía en el poder de*

---

1 Vid. BOQUÉ TORREMORELL, M.C., *Cultura de mediación y cambio social*, Gedisa, Barcelona, 2003.

2 FOLGER, J.P., “La mediación transformativa: preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas”, *Revista de Mediación*, Año 1, Vol. 7, nº 2, 2008, p.16, Recuperado de <http://Revistade-mediacion.com/wp-content/uploads/2013/06/Revista-Mediacion-02-02.pdf>.

*la interacción humana para liberar el potencial de las personas para la revalorización y el reconocimiento*”.

El presente análisis nos llevará a plantear: (1) que la mediación debería definirse explícitamente como una actividad ética; (2) que sería interesante que los profesionales de la mediación dispusiesen de un foro de debate donde dirimir los dilemas éticos a que se enfrentan cotidianamente; y (3), que, por ahora, las garantías éticas de un proceso de mediación provienen más del perfil del mediador que no de un código deontológico profesional.

## 1. LA MEDIACIÓN COMO ACTIVIDAD ÉTICA

Hoy en día conocemos la mediación por transmisión y por reinención. Por un lado, el proceso de mediación tiene antecedentes en culturas y épocas alejadas en el tiempo y en el espacio, traspasándose de generación en generación como parte integral de un determinado modo de vivir y afrontar los conflictos. Esta sabiduría popular se halla en manos de personas iniciadas, que ocupan un lugar distinguido dentro del grupo, que detentan una autoridad moral y que cultivan la mediación casi como un don natural. Por el otro, la mediación actualmente redescubierta comienza funcionando como alternativa a las formas de administración de justicia regladas y, poco a poco, va consolidando espacios. Esta evolución conlleva un mayor grado de formalización en todo lo que afecta a la mediación: formación de personas mediadoras, requisitos para el ejercicio profesional, costes, reconocimiento de ámbitos de aplicación, códigos de conducta, etc. inclinando, ahora, la balanza hacia una noción más disciplinaria del proceso mediador<sup>3</sup>.

La mediación como transmisión sociocultural tiene un claro trasfondo ético y también pragmático. Ético porque infunde en el imaginario de la comunidad un conjunto de valores como la honradez, la honestidad, la paz, la tolerancia, la equidad, la dignidad, etc. que apuntan hacia la necesidad de forjar una convivencia pacífica mediante el logro del equilibrio entre las posturas enfrentadas. Y pragmático, ya que la mediación da respuesta a una necesidad perentoria: la resolución de los conflictos. Un conflicto abierto genera, como poco, una situación de tensión e *impasse*, que no permite ni avanzar ni retroceder, con lo cual, se considera positivo el hecho de zanjar el asunto situándose en el punto medio, especialmente cuando no hay acceso real a otros modos de administración de justicia o cuando, por diversos motivos, se desconfía de la efectividad de los mismos.

En este escenario, cabe señalar un elemento importante: la presión del grupo. Ciertamente, los conflictos no funcionan como algo individual y aislado, sino como algo colectivo, como un fenómeno social que directa o indirectamente afecta e importa a todos. El antropólogo URY<sup>4</sup> concede gran relieve a los actores indirectos del conflicto, a quienes define como el “tercer lado”, el cual puede ejercer su empuje en

3 BOQUÉ TORREMORELL, M.C., “La mediación como disciplina y como profesión. El perfil competencial del mediador”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación. Nuevas realidades. Nuevos retos*, La Ley-Grupo Wolters Kluwer, Santiago de Compostela, 2013, pp. 41-100.

4 Vid. URY, W.L., *Alcanzar la paz. Diez caminos para resolver conflictos en la casa, el trabajo y el mundo*, Paidós, Buenos Aires, 2000.

dos direcciones opuestas: estúpida e inteligente. Para este autor, el tercer lado estúpido alienta a las partes en conflicto a seguir alimentándolo, mientras que el tercer lado inteligente hace lo contrario: anima a construir una buena solución. Así, las sociedades “enfermas” resuelven sus disputas recurriendo, en primer lugar, al poder, en segundo lugar, a los derechos y, finalmente, a los intereses; mientras que las sociedades “sanas” invierten este orden y antes que nada concilian los intereses, luego apelan a los derechos y usan en menor proporción el poder. Lo que aquí queremos indicar es que el proceso de mediación no solamente incide en cuestiones éticas relativas a la persona, ya que afecta al entorno social en el cual se circunscribe cada conflicto y lo configura axiológicamente.

Hoy en día, la mediación como reinención entra en juego por muchos motivos, entre los cuales ya hemos señalado la insatisfacción por otros medios de gestión del conflicto (costes económicos, lentitud, injusticia, solución punitiva pero no reparadora, etc.). Por suerte, la sensibilidad de los entornos de administración de justicia hacia la creación de condiciones más propicias al entendimiento que al litigio aumenta paulatinamente y apunta a la mediación como mecanismo adecuado para la solución de ciertas disputas. Pero al mismo tiempo, la sociedad se vuelve más exigente y ejerce mayor control sobre la práctica de la mediación. Ahora ya no basta con confiar, con creer, en el proceso mediador, sino que se debe probar su eficacia (resultados), rigor (proceso) y bondad (ética).

Con todo, el motor que en la actualidad promueve imparablemente la mediación es el rechazo de buena parte de las personas hacia la violencia. En este sentido, la mediación también se ha recuperado ligada a los movimientos por la paz y a la educación por la paz. Los programas de mediación escolar que se desarrollan en todo el mundo enseñan a niños y adolescentes a resolver sus problemas mediante el diálogo y fomentan una cultura no violenta<sup>5</sup>. Este poso educativo debería convertirse en la simiente para la consolidación de la mediación en nuestra sociedad. Evidentemente, el deseo de una existencia pacífica para con los demás y para con el planeta se fundamenta, de nuevo, en un sinfín de valores éticos que dibujan un horizonte de mayor justicia, felicidad y bienestar para un número creciente de personas.

Estas consideraciones iniciales ya ponen de manifiesto cuán difícil resultaría abogar por una mediación meramente pragmática, doctrinal o descriptiva –basada en una visión jurídica positivista y formalista– obviando los sueños de mejora y progreso humano que alberga la solución pacífica de conflictos –más próxima a visiones jurídicas realistas o iusnaturalistas<sup>6</sup>. Esta idea de progreso en las relaciones humanas resulta especialmente interesante en una sociedad que ha evolucionado

5 Vid. BOQUÉ TORREMORELL, M.C., *Tiempo de mediación*, Plan andaluz de educación para la cultura de paz y no violencia, Materiales de apoyo nº 4, Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2005; BOQUÉ TORREMORELL, M.C., *Guía de mediación escolar. Programa comprensivo de actividades de 6 a 16 años* (2ª ed.), Octaedro, Barcelona, 2007; BOQUÉ TORREMORELL, M.C., *Construir la paz. Transformar los conflictos en oportunidades*, Caja de Ahorros del Mediterráneo – Obra Social, Alacant, 2009; BOQUÉ TORREMORELL, M.C., COROMINAS, Y., ESCOLL, M. y ESPERT, M., *Hagamos las paces. Propuesta de gestión constructiva, cooperativa, creativa y crítica de los conflictos*, CEAC, Barcelona, 2005; ESPERT, M. y BOQUÉ TORREMORELL, M.C., *¡Tu sí que vales! Historias cortas de niños y niñas que construyen valores humanos*, Graó, Barcelona, 2008.

6 MIRANZO DE MATEO, S., “Quiénes somos, a dónde vamos... origen y evolución del concepto mediación”, *Revista de Mediación*, Año 3, nº 5, 2010, pp. 8-15.

imparablemente en lo científico y en lo técnico, mientras que en lo emocional, lo social y lo espiritual sigue tambaleándose.

Lo mismo si estudiamos la mediación a través del tiempo (transmisión), como si la analizamos en el presente (reinvención), el significado de la palabra mediación es, en esencia, el mismo: acto y efecto de llegar a un punto medio. Aquí encontramos una conexión con el concepto de virtud (*areté*) desarrollado inicialmente por la filosofía griega clásica. Se entiende la virtud como un modo de ser que entre el defecto (*élleipsis*) y el exceso (*hyperbolé*) elige de forma deliberada (*proairesis*) el término medio o justo medio (*mesótês*) que, en definitiva, marca el punto de excelencia moral.

Entre las analogías posibles entre virtud y mediación formularemos, de entrada, las siguientes apreciaciones:

- los protagonistas del conflicto *eligen deliberadamente* la vía que más les conviene para resolverlo o transformarlo. Aquí debemos enfatizar, además, la idea de que las elecciones son meditadas y, antes de tomar una decisión, con la ayuda del mediador, se exploran los puntos a favor y en contra de las diferentes opciones. Las elecciones no son fruto de un mandato externo, sino de la propia responsabilidad. Tampoco son repetición calcada de lo que todos hacen.
- la acción del mediador consiste en establecer *el término medio* entre los protagonistas del conflicto. A tal efecto, el mediador deberá enmarcar el conflicto resituándolo en el lugar óptimo, eso es, equidistante entre el exceso y el defecto, buscando el equilibrio de poder y marcando, así, la línea de salida del mismo. Merece la pena precisar que por “línea de salida” entendemos tanto el inicio del camino que lleva a la solución, como el trazado de dicho camino que, por lo demás, se caracteriza por la multiplicidad de recorridos alternos que ayudan a definir y a alcanzar la meta.
- el acuerdo de mediación no puede ser cualquiera, porque como sabemos debe responder al principio de ganar-ganar. Cuando se logra que las partes enfrentadas colaboren la una con la otra para mejorar su interacción y satisfacer los intereses de ambas de manera recíproca nos acercamos al *punto de excelencia moral*, lejos de egoísmos, abusos y venganzas, por un lado, y de indiferencia, pasividad o huida, por el otro.

Las virtudes expresan la sabiduría práctica de la convivencia humana y se reconocen en la acción, puesto que mediante sucesivos intentos buscan aproximarse al justo medio que señala lo bueno, lo mejor. El justo medio se alcanza tendiendo un puente y reconciliando los extremos, eso es, hallando su punto de encuentro, por lo que no se trata de una equidistancia aritmética. Tomemos el clásico ejemplo aristotélico que sitúa en los extremos la cobardía (por defecto) y la temeridad (por exceso), siendo la valentía la virtud resultante de la sabia reunión de ambas.

De modo parecido, tenemos que en el ámbito de la mediación:

- los acuerdos se construyen en *el plano práctico*, precisando qué acciones, cuándo y cómo se van a llevar a cabo. Por ello, el proceso de cierre de una buena mediación incluye la revisión de los acuerdos una vez se han aplicado y su bondad se determina, en parte, por las mejoras que las medidas tomadas introducen en la situación de conflicto y en cómo lo van transformando. Además, se considera al mediador como un “cable a tierra”, en el sentido de que le corresponde hacerse eco de la realidad, de lo factible y, por supuesto, de lo bueno, justo y éticamente aceptable.
- la mediación se considera un proceso de transformación de conflictos. Si bien popularmente se habla de resolución de conflictos, lo cierto es que hay toda una corriente iniciada por BUSH y FOLGER<sup>7</sup> que defiende que los conflictos tan solo se transforman o, precisando aún más, aquello que se transforma es la interacción destructiva entre las partes. Así pues, es a través de *sucesivas aproximaciones* que se intenta descubrir y construir la mejor solución posible en un momento dado.
- se suele comparar la acción de mediar con la tarea de *tender puentes* entre dos posiciones extremas o distantes entre sí. Al igual que en el caso de las virtudes, el proceso mediador no consiste en dividir, repartir o efectuar cálculos de proporcionalidad para hallar el punto medio, porque de lo que se trata es de tener en cuenta las narraciones de cada parte para construir una historia nueva que las contenga en síntesis a ambas en su justa medida, aquella que es buena para su avance y progreso. En el centro participan, de este modo, ambos extremos.
- la *sabiduría*, en este caso de la persona mediadora, requiere estar en disposición de aquellas herramientas que, aplicadas en el momento preciso, contribuyen a forjar la reunión de las partes a través de sus diferencias. Pero no basta con manejar buenas herramientas, ya que como veremos, el mediador necesita contar, además, con criterios que le permitan enfrentar los dilemas éticos que cada conflicto entraña.

Según ETXEBERRIA<sup>8</sup>, las virtudes, aunque permanecen en el tiempo, no constituyen un hábito inconsciente o una costumbre, sino una elección personalizada y libre, determinada por la razón, que integra los sentimientos y los modula hacia el bien. La persona virtuosa manifiesta el deseo inteligente de ejercer las cualidades morales que son capaces de hacer aflorar las mejores posibilidades en cada momento. Así pues, la importancia de las virtudes se mide por los contextos en que

7 Vid. BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Granica, Barcelona, 1996.

8 ETXEBERRIA, X., *Virtudes para la paz*, Bakeaz, Bilbao, 2011, Recuperado de <http://kulturklik.euskadi.net/wp-content/uploads/2012/01/virtudes-paz-publicacion.pdf>.

actúan, es decir, por las circunstancias. El mismo autor<sup>9</sup> suscribe la afirmación de COMTE-SPONVILLE quien considera que “*las virtudes son nuestros valores morales, si se quiere, pero encarnados en la medida de lo posible, vividos, en acto; siempre singulares como cada uno de nosotros, siempre plurales, como las debilidades que las mismas virtudes combaten o corrigen*”<sup>10</sup>.

Vista nuevamente a través del prisma de la virtud, la mediación muestra varios aspectos coincidentes que permiten establecer cierto paralelismo entre ambos constructos (virtud y mediación):

- el proceso mediador es permanente, ya que responde a *un modo de hacer consistente* y formalizado, que algunos incluso han dado en considerar un ritual<sup>11</sup>. La mediación no basa su proceder en la improvisación puntual y aleatoria, puesto que se asienta sobre cimientos axiológicos y técnicos cada vez más rigurosos y mejor contrastados. Pero tampoco debe confundirse con costumbre o hábito, ya que es flexible y creativa, siendo lo permanente su carácter ético. Ello es así porque cuantas más veces se elige el justo medio más se avanza hacia el ejercicio de la virtud.
- *la personalización y la libertad de elección* son dos de los grandes valores, o mejor, principios, de la mediación porque los participantes en el proceso mediador lo hacen personalmente y construyen los acuerdos con total libertad, ajustándolos a sus circunstancias particulares y rehuendo cualquier tipo de presión o manipulación. No debemos olvidar que solamente son morales las acciones en las que se puede elegir y decidir qué hacer.
- la persona, en la mediación, se entiende como un sujeto cuyos *sentimientos y emociones* están presentes en el conflicto, por lo que deben expresarse y canalizarse, al tiempo que el *pensamiento reflexivo* ayuda a explorar mejor la situación, a comprenderla en su complejidad y a efectuar un control racional sobre las acciones.
- el *deseo inteligente*, propio de la persona virtuosa, de ejercer las cualidades morales que son capaces de sacar las mejores posibilidades en cada momento, se puede traducir, en mediación, en el principio de voluntariedad que expresa, por parte de los protagonistas del conflicto, su intención de salir del conflicto de la mejor manera posible para todo el mundo. Se suele decir que la mediación funciona gracias a la “ley de la oferta”, o sea, porque las partes aportan sus cualidades y sus recursos con el deseo de llegar a una buena solución. La construcción de un buen acuerdo está, pues, en las manos de cada cual. Asimismo, CAMPS<sup>12</sup> considera que la elección

9 ETXEBERRIA, X., *Virtudes para la paz...*, op. cit., p. 20.

10 COMTE-SPONVILLE, A., *Pequeño tratado de las grandes virtudes*, Espasa-Calpe, Madrid, 1998, p. 16.

11 BONAFÉ-SCHMITT, J.P., “La mediación escolar: l’aprenentatge d’un ritual de gestió dels conflictes”, *Perspectiva Escolar*, 262, 2002, pp. 2-10.

12 Vid. CAMPS, V., *El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011.

entre el bien y el mal depende de la motivación y de la pasión para actuar correctamente.

- como sabemos, el proceso de mediación es totalmente flexible y se construye en cada contexto y con cada participante. Lo mismo las virtudes que la mediación son *sensibles al entorno* en que se desarrollan, el cual deviene otro actor más del proceso que modula lo que en cada ocasión resulta correcto y apropiado. No existe, pues, un patrón externo que indique lo que se debe hacer, porque el punto medio éticamente correcto es único para cada situación.
- *los acuerdos de mediación son vividos*, no quedan en promesas ni en buenas intenciones. De hecho, muchos mediadores consideran el acuerdo de mediación como una memoria del proceso que se ha desarrollado, reservando la conveniencia de formalizarlo para aquellos casos en los que así esté estipulado o para cuando se desee expresamente.

ROETTI<sup>13</sup> explica que la doctrina aristotélica acerca de la virtud se ha designado peyorativamente como “mediocridad dorada”, puesto que tanto vicios como virtudes pueden darse en la práctica en mayor o menor grado llegando a difuminar los límites entre ambos. Esta crítica también podemos aplicarla a aquella mediación que se contenta con buscar un compromiso –como estilo rápido de resolución de conflictos descrito como “minigamar y miniperder”<sup>14</sup>– en apariencia justo porque divide por la mitad lo que hay en juego. Sin embargo, el compromiso es poco creativo y, éticamente, marca un punto neutro que ni siquiera se entretiene en explorar lo que pueda haber en cada extremo del conflicto, generado, tan solo, una satisfacción parcial y desperdiciando la oportunidad de crear verdadero valor.

Quizás se podría argumentar que la ética de las virtudes, en verdad, no soluciona los dilemas éticos que surgen alrededor del proceso de mediación. Sin embargo, sí que inspira la excelencia en la acción del mediador, con lo cual se respeta el margen de decisión al tiempo que se ofrece criterios para elegir lo óptimo. Por otro lado, las virtudes resultan muy difíciles de clasificar porque, en realidad, se hallan interconectadas y en constante evolución. Aún así, hay quien distingue entre virtudes públicas, de carácter cívico, y virtudes privadas, más enfocadas al autoperfeccionamiento. En ambos casos se busca la felicidad colectiva e individual. Otra vez se observa la similitud con el proceso mediador que también ensambla lo público con lo privado, el bien común con el individual, el bienestar colectivo con el provecho personal, la evolución social con el desarrollo del ser humano.

DE BOTTON<sup>15</sup> defiende que cualquier ser humano debe entrenarse para transformarse en una persona más completa y ha elaborado un manifiesto en el cual

13 ROETTI, J.A., “La virtud como mesotes: una reinterpretación.”, *Konvergencias, filosofía y cultura en diálogo*, Año VI, nº 20, 2009.

14 TOMAS, K.W. y KILMANN, R.H., *Thomas-Kilmann Conflict Mode Instrument*, California Consulting Psychologists Press, Inc., Palo Alto, CA, 1974.

15 Vid. DE BOTTON, A., “On being good: the secular virtues”, 2013, recuperado de [www.alaindebotton.com/on-being-good](http://www.alaindebotton.com/on-being-good).

señala las 10 virtudes que considera más importantes en el presente: resiliencia, empatía, paciencia, sacrificio, buenos modales, sentido del humor, consciencia de uno mismo, perdón, esperanza y confianza. Aunque aquí no nos detendremos a señalar en qué modo estas diez virtudes se hallan presentes en la mediación, sí que queremos resaltar su relación directa con la capacidad de vivir junto con otras personas y de superar las dificultades que conlleva la convivencia.

Puesto que hemos descrito la acción mediadora como una acción virtuosa que contribuye al perfeccionamiento de las personas y a su entorno, nos atreveríamos a sugerir que las definiciones de mediación siempre deberían incorporar la noción de “actividad ética” de forma manifiesta. La mediación es, a nuestro modo de ver, una actividad intrínsecamente ética que infunde en el contexto social prácticas asentadas en valores explícitos y confiere a las personas en litigio opciones virtuosas de ser y estar en el conflicto. CORTINA<sup>16</sup> afirma que sin un marco ético las técnicas de resolución de conflictos quedan en simples estrategias. Así pues, privada de esta dimensión ética, la mediación perdería su abertura a lo posible y deseable y su contribución al progreso humano y social sería verdaderamente anecdótica.

## 2. EL CARÁCTER AXIOLÓGICO DE LA MEDIACIÓN

A la hora de abordar los valores que configuran el proceso de mediación de manera única, haciéndolo tan diferente de otras formas de gestión de conflictos, cabe recordar, una vez más, que el objeto de la mediación no lo constituye el conflicto a resolver, sino las personas que se hallan inmersas en esa situación de conflicto. Así pues, los “casos” de mediación son, en realidad, fragmentos de la experiencia vital de los seres humanos, momentos más o menos críticos de su existencia que requieren de especial sensibilidad y atención.

CORTINA<sup>17</sup> utiliza los tres tipos de imperativos éticos formulados por KANT –consejos de la habilidad, consejos de la prudencia y mandatos de la moralidad– para enmarcar distintos modos de proceder a la hora de resolver un conflicto. En síntesis, la persona habilidosa, que persigue sus intereses particulares, optará por una solución egoísta y satisfactoria momentáneamente, sin llegar a considerar el daño o injusticia que causa o las consecuencias futuras. La persona prudente, que tiene en cuenta su felicidad a largo plazo, buscará una salida estratégica al conflicto, lo cual puede conducir a una solución que incluya o no a los demás. Quien sigue los mandatos de la moralidad, sin embargo, se guía por una racionalidad comunicativa que exige incorporar el sentido de justicia y ceñirse a soluciones justas para todos los afectados por el conflicto, reconociendo la dignidad de cada persona. Sin duda alguna, la mediación se enmarca en los mandatos de la moralidad.

GIRÓ<sup>18</sup>, además de las aportaciones de CORTINA que acabamos de resumir, también revisa la distinción de WEBER entre la ética de la responsabilidad y la ética de la convicción y las teorías de HABERMAS sobre la acción teleológica y la acción

16 CORTINA, A., “Resolver conflictos, hacer justicia.”, *Cuadernos de Pedagogía*, nº 257, 1997, pp. 54-56.

17 Vid. CORTINA, A., “Resolver conflictos, hacer justicia”..., *op.cit.*

18 GIRÓ, J., “Mediación, ética y universidad”, *Ars Brevis*, nº 7, 2001, pp. 305-339.

comunicativa. Mientras la ética de la responsabilidad se fundamenta en las consecuencias o resultados de un acto para determinar su bondad o maldad, la ética de la convicción vincula el valor a la dignidad del ser humano. A su vez, la acción teleológica responde a una racionalidad instrumental (usada para manipular objetos) y a una racionalidad estratégica (usada como medio para influir en los otros); por contra, la acción comunicativa busca el mutuo entendimiento a través del diálogo auténtico e intersubjetivo entre iguales. GIRÓ<sup>19</sup> aboga decididamente por una mediación sustentada en la ética de la convicción y en las éticas discursivas que no buscan un consenso fáctico sino racional, donde se reconoce *“como éticamente válido aquello que procede del reconocimiento mutuo entre los hombres, y supone un largo proceso en el que van aflorando las bases materiales y morales que nos permiten decidir verdaderamente desde nosotros mismos”*.

Para CASANOVAS<sup>20</sup>, *“la ética de la mediación consiste en la dinámica establecida entre los principios y valores colectivos que ésta conlleva como proceso de gestión y resolución de conflictos, y los principios éticos aplicables en la sociedad de la información”*. Se subraya, aquí, el carácter abierto, contextualizado y evolutivo tan propio de una sociedad tecnificada como la nuestra, en donde la mediación también viaja por la red.

Cuando alguien se pregunta por el correcto cumplimiento de su deber, por la bondad de sus actos y por el sentido de lo que hace, pone de manifiesto su inquietud y experiencia ética. Por este motivo, intentaremos dar forma de interrogante a las dimensiones éticas implícitas en la mediación, señalando aquellos valores, o mejor, constelaciones de valores, sobre los cuales quienes ejercen la mediación deberían interpelarse. Desde luego, tan solo tratamos de dinamizar un ámbito de reflexión que requiere un análisis mucho más exhaustivo del que nos proponemos emprender aquí. Nuestro objetivo, ahora, es poner de manifiesto cómo las técnicas y movimientos que lleva a cabo la persona mediadora asientan sus raíces en un conjunto de valores que no hacen sino aumentar su calidad.

Pregunta 1. ¿Se ha acogido a los participantes en la mediación?

Muchas veces decimos que la mediación requiere, por parte del mediador, únicamente dos acciones: acoger (a las personas) y centrar (el conflicto). Uno de los objetivos principales del mediador consiste en lograr que las personas se sientan cómodas, legitimadas, seguras y, de algún modo, aceptadas durante todo el encuentro, a pesar de cuál haya sido o sea su papel en la disputa. La mediación, además, tiene en cuenta los sentimientos de las personas, sus afectos y frustraciones. Así pues, la acogida requiere la aceptación incondicional de los participantes en la mediación, sin prejuicios de ninguna clase. Por ello, las muestras de cordialidad y bienvenida, el estar atento a las necesidades de las partes, o la afabilidad en el trato adquieren especial relevancia. Hay otro aspecto, específico de la mediación, que contribuye a que las personas se sientan tranquilas en el proceso, nos referimos a la confidencialidad.

19 GIRÓ, J., “Mediación, ética y universidad”..., *op. cit.*, p. 331.

20 CASANOVAS, P., “Ética en la mediación y ética de la mediación: la redefinición del espacio público”, *Democracia Digital e Gobierno Electrónico, Florianópolis*, nº 10, 2014, p. 419.

La acogida como valor también implica: serenidad, discreción, empatía, disponibilidad, comprensión, hospitalidad, cortesía.

Pregunta 2. ¿Se ha generado un clima de optimismo?

El optimismo, como valor en mediación, arranca de la comprensión misma del conflicto como fenómeno natural que une a personas o grupos con intereses comunes. El mediador transmite, en todo momento, su confianza en la posibilidad de encontrar a lo largo del proceso una salida positiva al conflicto y, de algún modo, comunica a los participantes que van a salir mejor que como han entrado. Por ello, no penaliza, ni culpa, ni juzga, sino que comprende, apoya y da esperanza. El reto que el mediador pone encima de la mesa es, precisamente, el de ser capaces de sacar provecho de la situación, descubriendo conjuntamente las oportunidades que todo conflicto ofrece en el terreno sustantivo, subjetivo y relacional. En la constelación del optimismo brillan valores como: confianza, esperanza, alegría, humor, gratitud, felicidad.

Pregunta 3. ¿Se ha reconocido la dignidad de cada persona?

En mediación jamás se debe olvidar que el ser humano es un ser moral que tiene conciencia de sus actos, de sus derechos y de sus deberes y que, por ende, es capaz de autorregularse en busca de plenitud, felicidad y sentido. La dignidad es inherente a la persona y la convierte en interlocutor válido capaz de decidir acerca de aquello que le afecta. Por ello, el mediador explora la percepción que tiene cada parte del conflicto sin cuestionar su derecho a vivir de un modo determinado. De ahí que en un proceso de mediación se ataque al conflicto y se honre a la persona. Cuando la dignidad de alguien se ve mermada, comienza la tarea de reconocimiento y revalorización que el mediador jamás puede pasar por alto. Forman parte del universo de la dignidad, valores como por ejemplo: alteridad, aceptación, benevolencia, respeto, honor, piedad.

Pregunta 4. ¿Se ha estimulado la diversidad humana?

La percepción de que los conflictos surgen a causa de la diversidad humana contrasta con la idea, más propia de la mediación, de que es gracias a las distintas formas de ser que podemos resolver la mayoría de situaciones de enfrentamiento. Precisamente la mediación muestra que las diferencias no tienen por qué derivar en conflicto. Por eso, el mediador asume la ingente tarea de luchar contra los prejuicios, los estereotipos y la marginación para sacar ventaja de la riqueza que cada persona atesora. La mediación trabaja desde la horizontalidad, apuesta por todos los seres humanos y procura que su voz esté presente en la toma de decisiones y en la construcción del acuerdo, porque es desde la complicidad, el mestizaje, la fertilización cruzada entre distintas particularidades que se logra salir del conflicto. O sea que el acuerdo no se construye tan solo en base a lo común, sino gracias a la riqueza de la diversidad que aportan

los participantes en el conflicto y el mismo mediador. Próximos al valor de la diversidad encontramos: tolerancia, igualdad, sensibilidad, tacto, fraternidad, flexibilidad.

Pregunta 5. ¿Se ha fomentado el mutuo entendimiento?

Los seres humanos, en tanto que seres dialógicos, construyen y dan sentido al mundo y a la existencia a través de la comunicación intersubjetiva. En mediación, el mutuo entendimiento se logra mediante un diálogo abierto y sincero que permite crear significado y escribir una historia conjunta que configura un nuevo escenario. Para muchos mediadores, el entendimiento es el objetivo primordial del encuentro y velan encarecidamente para explorar el pasado, comprender cómo se ha llegado al presente y, a partir de aquí, confeccionar el futuro que se anhela. La mediación es, pues, un proceso eminentemente relacional y dinámico que proporciona un espacio y un tiempo privilegiados para la reunión y la comunicación constructiva y de buena fe. Por ello, el entendimiento se apoya en otros valores igualmente relevantes: diálogo, escucha, sinceridad, coherencia, benevolencia, silencio, paciencia, veracidad, consenso.

Pregunta 6. ¿Se ha empoderado a los participantes en la mediación?

La mediación es poderosa porque habilita y da poder a quienes participan en el proceso. Las personas en conflicto suelen sentirse vulnerables, impotentes, humilladas e incapaces de seguir adelante dejando a un lado aquello que les estorba o incomoda. En consecuencia, la persona mediadora trabaja para que la mediación sea un escenario de aprendizaje donde cada cual pueda conocer sus debilidades, cultivar sus fortalezas y madurar. Como sabemos, para que la mediación funcione se precisa que las partes sean capaces de expresarse y decidir por sí mismas, por lo que el mediador pondrá todo su empeño en garantizar el apoyo necesario a cada persona para que pueda, verdaderamente, ser autónoma. Algunos valores que apoyan el empoderamiento son: resiliencia, sabiduría, eficiencia, fortaleza, educación.

Pregunta 7. ¿Se ha logrado la cooperación?

La cooperación puede entenderse como la manera más eficiente de enfrentar un conflicto (la unión hace la fuerza), pero también como un valor humano que resalta la unidad de la especie humana en su conjunto. Esta segunda opción, presume que uno no puede ser feliz mientras el otro es desgraciado. En mediación, se procura que una parte ocupe por momentos el lugar de la otra y desde este lugar la comprenda mejor. La verdadera cooperación se representa con el binomio ganar-ganar, entendido de forma que cada parte contribuya a que la otra también logre sus objetivos sin renunciar a los propios. El conjunto de valores presentes en la mediación coligados con la cooperación son: empatía, asertividad, solidaridad, reciprocidad.

Pregunta 8. ¿Se ha dejado espacio a la creatividad?

La originalidad e innovación que pueden darse en mediación no existen en otras instancias de solución de problemas que han de responder a reglas preestablecidas. El proceso de mediación, en cambio, se abre al contexto y permite imaginar cómo podrían y cómo deberían ser las cosas. La misma idea de conseguir que todo el mundo salga ganando de un conflicto requiere, casi siempre, buenas dosis de creatividad. El pensamiento creativo permite diseñar soluciones particulares, casi a medida, ganando en eficiencia y abriéndose a un mundo de posibilidades a la hora de resolver bien un conflicto. En un mundo incierto y cambiante, la adaptabilidad de la mediación y su capacidad para transformar el entorno contribuyen a gestionar la incertidumbre y la imprevisibilidad que suele rodear al conflicto. Entre los valores próximos a la creatividad mencionaremos: imaginación, flexibilidad, transgresión, innovación.

Pregunta 9. ¿Se ha promovido la co-responsabilidad?

Las personas envueltas en un conflicto son interdependientes. Para acceder a la mediación deben aceptar, pues, que forman parte del conflicto y adquirir el compromiso de contribuir a su solución. La manera en cómo se defina el conflicto y los temas que figuren, finalmente, en la agenda de mediación pueden requerir actos de reparación y reconciliación que solo son efectivos cuando son voluntarios. La mediación tiene, también, una importante finalidad curativa, sobre todo si la disputa se produce entre personas con una relación muy próxima. Entre los valores relacionados con la responsabilidad destacan: reparación, reconciliación, compromiso, fidelidad, memoria, seriedad, coraje, autoexigencia.

Pregunta 10. ¿Se ha preservado la libertad de decisión?

La libertad y la autonomía son, sin lugar a dudas, valores de gran calado en mediación, ya que los actores principales de este proceso son las partes en conflicto. Es un signo de madurez querer liderar la propia vida evitando dejar en manos de otras decisiones que nos afectan. La mediación abre un espacio de participación individual y social que constituye un verdadero ejercicio democrático. En el cosmos de la libertad como valor hallamos también: autonomía, participación, democracia, prudencia, responsabilidad.

Pregunta 11. ¿Se ha obrado con justicia?

La justicia, a la hora de resolver un conflicto a través de la mediación, va más allá de la equidad del acuerdo logrado y afecta a todo el proceso. Lo cual significa que el mediador actúa incansablemente buscando la mejor forma de equilibrar el poder y la participación real de cada una de las partes. Por un lado, son los protagonistas del conflicto quienes pueden evaluar el grado de satisfacción con el proceso y con el acuerdo; pero, por el otro, le corresponde al mediador estar atento a que se respeten

los derechos y deberes de todo el mundo, incluso de terceras partes no presentes en el encuentro de mediación. Hoy en día, la justicia social se interpreta en clave de paz positiva. Cuando una mediación es justa, el conflicto se resuelve por la voluntad de pactar una solución y no porque nadie la imponga. Así, la lógica ternaria de la mediación (nosotros) se focaliza en la creación de vínculos, mientras que la lógica binaria del litigio se centra en la culpa. En este sentido, los acuerdos de mediación suelen superar o mejorar aquello que dentro de un sistema normativo o judicial sería exigible. Valores que acompañan en todo momento al de justicia son: equidad, espíritu crítico, honestidad, valentía, buena fe, paz.

Pregunta 12. ¿Se ha trabajado con eficiencia?

Si se dice de la mediación que es efectiva es porque también es eficiente en cuanto al uso de recursos, tiempo, resultados, cumplimiento, etc. Todo esto implica un mediador diligente, que sepa mantener el proceso centrado en todo momento y que, llegada la hora de buscar soluciones, estimule la creatividad y el cambio y, cuando toque diseñar el acuerdo, ayude a sopesar los detalles y a calibrar las dificultades de implementación. La mediación, además de su ética también tiene su estética, sus formas y rituales que permiten dar el paso del enfrentamiento al consenso. El encuentro de mediación no se improvisa, ni tampoco se sustenta en la simple repetición de movimientos perfectamente orquestados. En este sentido, el mediador es como un anfitrión que atiende con un tacto exquisito y sutil a los demás. Como valores asociados a la eficiencia subrayamos: esfuerzo, rigor, sostenibilidad, sobriedad, tenacidad, perseverancia, generosidad.

La experiencia ética es una experiencia de perfeccionamiento que mejora al ser humano en cuanto a ser persona, en su voluntad, en su libertad y en su razón. Estas doce preguntas quizás puedan ayudar a valorar el grado de superficialidad o de profundidad con que se ejerce la mediación y a trazar su consiguiente trayectoria hacia un mayor grado de corrección.

### 3. EL CORRECTO PROCEDER EN MEDIACIÓN

A la hora de adentrarnos en aquello que es correcto o no, en mediación, es necesario retomar aquellos estudios que se han interesado por los dilemas éticos que se le plantean a la persona mediadora en el desarrollo de su cometido.

En el foro del gobierno federal de los EE.UU. acerca del uso de las alternativas a la resolución de disputas<sup>21</sup>, entre cuyas funciones se halla la coordinación de iniciativas entre agencias, la promoción de las mejores prácticas y programas y la diseminación de políticas y orientaciones, se identifican nueve tipos de dilemas éticos que deben afrontar los mediadores:

---

21 *Vid.* ADR. GOV (INTERAGENCY ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION WORKING GROUP), Recuperado de <http://www.adr.gov/workplace/wpmedthdil.htm>.

1. El primero, se refiere a la necesidad de delimitar claramente el ámbito de actuación de la mediación, siendo capaz de formular un buen diagnóstico inicial y detectando aquellos conflictos donde existe una historia de violencia grave, una incapacidad mental o una falta sustantiva de habilidades o competencias para tomar parte en el proceso.
2. La cuestión de la imparcialidad del mediador cuando hay relación con las partes, sus abogados, etc., o bien cuando existe simpatía o antipatía hacia alguien en concreto.
3. La confidencialidad, que puede verse afectada por el traspaso externo y bidireccional de información (juzgados, abogados, prensa) o por datos que si se ponen al descubierto en la mediación alteran el curso de la misma, bien porque el proceso se halla en un impasse o porque tiene que ver con la toma de decisiones convenientemente informada.
4. A la hora de garantizar que la toma de decisiones se lleva a cabo informadamente, también deben tenerse en cuenta posibles coacciones (de una parte a otra, por el abogado, persuasión del mediador), incapacidad o ignorancia de alguna de las partes, bien se trate de datos de los cuales dispone el mediador o que pueden aportar expertos.
5. Si bien el mediador debe preservar la autodeterminación de los protagonistas del conflicto y actuar de manera no directiva, puede caer en la tentación de dar la solución, cuando las partes se lo piden o por propia iniciativa, o de oponerse a la misma bien porque el acuerdo es ilegal, injusto para la parte más débil, poco inteligente o injusto para partes externas.
6. También se ha de saber separar mediación, de asesoramiento y de consejo legal o terapéutico, evitando dar su parecer profesional.
7. Se debe asegurar que nadie saldrá dañado por el hecho de participar en un procedimiento de mediación porque empeora la situación en lugar de mejorarla, revela información sensible o induce a perjuicios.
8. El mediador debe manejar las situaciones en que se abusa del proceso escondiendo información, mintiendo, buscando obtener información, ganando tiempo, intimidando...
9. Pueden surgir conflictos de interés por la relación del mediador con alguna entidad u otros profesionales relacionados con la gestión de un determinado conflicto.

Estos dilemas, tomados del estudio previo de BUSH<sup>22</sup>, han sido criticados por STULBERG<sup>23</sup> quien, entre sus diversas objeciones, señala que jamás los mediadores podrán evitar el tener que lidiar con rompecabezas y retos éticos caso a caso. WALDMAN<sup>24</sup>, por su parte, considera que, más allá de la distinción entre lo correcto y lo incorrecto, el verdadero dilema ético surge cuando hay buenas razones para elegir vías de acción divergentes, por lo que, al final, todo depende de donde el mediador decida poner el acento. Cualquier mediador experimenta, además, una tensión ética que también tiene que ver con sus propias creencias y valores, con sus habilidades y competencias, con sus intereses profesionales y sus límites como persona. Pero las dificultades no acaban aquí, a todo lo dicho debemos sumar la multitud de ideologías, estilos y grados de regulación subyacentes a la mediación. En un estudio donde se ha preguntado a diversos mediadores cómo gestionan estos dilemas<sup>25</sup> las autoras subrayan que en varias cuestiones los participantes en la investigación muestran opiniones significativamente divergentes, a pesar de guiarse por un código deontológico común.

MENKEL-MEADOW<sup>26</sup>, experta en responsabilidad profesional y en resolución alternativa de disputas (ADR, para las siglas en inglés), ha mostrado su preocupación porque los enormes y rápidos cambios en el campo de la ADR puedan llegar a causar gran dispersión práctica y, por ello, ha substituido la palabra “alternativa” por “apropiada” para referirse, así, a la resolución apropiada de conflictos (igualmente ADR). Esta misma autora considera un deber ético del sistema de administración de justicia el hecho de ofrecer asesoramiento sobre la mediación y otras formas de resolución no adversarial de conflictos.

Si bien en el plano teórico se pueden vislumbrar respuestas bastante claras a los dilemas éticos que hemos sacado a colación, lo cierto es que en el terreno práctico la casuística es tan amplia que la incertidumbre se instala en el quehacer del mediador. Está claro que la mediación tiene sus límites y se admite que no es la respuesta para todo tipo de conflictos. Pero ¿cuándo debe retirarse el mediador? ¿cuáles son los límites que no debe cruzar?

Supongamos que en el decurso de un procedimiento de mediación se hace evidente que el conflicto, en realidad, viene acompañado por un historial de violencia, con lo que se debería dejar de mediar inmediatamente. Sin embargo, en conflictos armados de tipo urbano, terrorista, crimen organizado o guerras, donde ninguna ley ni fuerza se respetan, solamente los acuerdos construidos a través del diálogo y el consenso ayudan a avanzar hacia el futuro. Muchos conflictos en la arena internacional se han transformado gracias a la mediación (Indonesia-Aceh, Sudán-SPLA, Marruecos-Frente Polisario, El Salvador-FMLN, Mozambique-RENAMO o Irlanda

22 BUSH, R.A., “The dilemmas of mediation practice: a study of ethical dilemmas and policy implications”, *Journal of Dispute Resolution*, Vol.1, nº 1, 1994, pp. 1-55.

23 STULBERG, J.B., “Bush on mediator dilemmas”, *Journal of Dispute Resolution*, Vol.1, nº 1, 1994, pp. 57-69.

24 Vid. WALDMAN, E. (Ed.), *Mediation ethics. Cases and commentaries*, Jossey-Bass, San Francisco, 2011, pp. 144-193.

25 NOONE, M.A. y AKIN OJELABI, L., “Ethical challenges for mediators: an Australian perspective”, *Washington University Journal of Law and Policy*, nº 45, 2014.

26 MENKEL-MEADOW, C., “Ethics in ADR: the main ‘Cs’ of professional responsibility and dispute resolution”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 18, nº 4, 2001, 979-990, recuperado de [www.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2050&context=ulj](http://www.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2050&context=ulj).

del Norte, entre los más renombrados). Cuando la violencia es interpersonal y se da en el ámbito doméstico, escolar o laboral, resulta verdaderamente difícil admitir la mediación, pero incluso en estos casos cuesta establecer el grado de violencia que hace la mediación insostenible, porque éste se halla mediatizado por el contexto y por las capacidades de los protagonistas del conflicto. Las medidas de control de la violencia suelen ser coercitivas y poco efectivas, no tan solo en el caso de que no se cumplan, sino porque no curan heridas ni sanan la relación, con lo que antes de renunciar a la mediación hay quien prefiere correr el riesgo de explorar las posibilidades de encontrar lo que hemos denominado “el justo punto medio”. CASTILLEJO, TORRADO y ALONSO<sup>27</sup>, también subrayan que la víctima de violencia es la gran olvidada y que quizás la justicia restaurativa resulte, al fin y al cabo, más recomendable que la retributiva que es, a todas luces, insuficiente. En estos escenarios, además, la fuerza de la mediación radica en la prevención de la violencia, como demuestran, entre otros, los estudios sobre violencia juvenil callejera<sup>28</sup>.

Otro aspecto controvertido tiene que ver con la conveniencia de mediar cuando alguna de las partes presenta incapacidad mental de algún tipo. Aunque comúnmente se defiende que cada parte en el conflicto debe ser autónoma para tomar sus propias decisiones, lo cierto es que el contexto de la salud mental se ve rodeado por todo tipo de conflictos relacionales, familiares, laborales, etc. Este ámbito es tan complejo que ha suscitado gran interés por parte de mediadores particulares<sup>29</sup> y asociaciones de mediación (*MH-mediate*) que consideran injusto privar a estos colectivos el acceso a la solución de aquellos conflictos que les afectan, expresando sus inquietudes y tomando decisiones por sí mismos.

Lo que estamos valorando, aquí, es la importancia de garantizar que las personas que participan en la mediación sean, por decirlo sin tapujos, suficientemente competentes. En ocasiones, el conflicto afecta de tal manera a una de las partes que se ve incapaz de representarse a sí misma, aunque tal vulnerabilidad sea transitoria. Para estos casos se recomienda postergar la mediación o proponer medidas de apoyo y fortalecimiento (que pueden implicar a otros profesionales). Porque como bien reconoce FEMENIA<sup>30</sup> el valor básico de la mediación reside en aumentar la capacidad de las partes para liderar su propia vida. En consecuencia, seguir adelante con una mediación cuando alguien ha perdido todo su poder conduce a un desequilibrio prácticamente imposible de superar. El problema radica en determinar el grado mínimo de poder necesario para que un determinado conflicto sea mediable.

27 CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia de género”, *Revista de Mediación*, Año 4, nº 7, 2011, pp. 38-45.

28 WITHEHILL, J.M., WEBSTER, D.W., y VERNICK, J.S., “Street conflict mediation to prevent youth violence. Conflict characteristics and outcomes”, *Injury Prevention*, Vol.19, nº 3, 2012, pp. 204-209.

29 Vid. BERSTEIN, D., “Opportunities for mediation in mental illness”, Workshop presented at ACR-GNY’s 11th. annual conference on June 21, 2012, Recuperado de [http://www.acrgny.org/Resources/Documents/Conference\\_2012/Workshop%20Materials/4E%20-%20Dan%20Bernstein%20-%20Mediation%20in%20Mental%20Illness.pdf](http://www.acrgny.org/Resources/Documents/Conference_2012/Workshop%20Materials/4E%20-%20Dan%20Bernstein%20-%20Mediation%20in%20Mental%20Illness.pdf); FINLAY, R.B., “Accommodating mediation participants with mental health and addiction issues”, 2006, Recuperado de [http://finlaycounselling.ca/pdfs/mediation\\_participants.pdf](http://finlaycounselling.ca/pdfs/mediation_participants.pdf); MERINO ORTIZ, C., *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Reus, Madrid, 2013.

30 FEMENIA, N., “Un marco ético para la mediación”, s.f., recuperado de [http://mediate.com/articles/Un\\_marco\\_etico.cfm#](http://mediate.com/articles/Un_marco_etico.cfm#).

Los dilemas éticos relacionados con la evaluación inicial del conflicto no acaban en los supuestos anteriormente mencionados, puesto que el mediador también debe ser capaz de ver cuándo una determinada disputa se solucionaría mejor mediante cualquier otra aproximación, bien dentro del mismo ámbito no adversarial de resolución alternativa de disputas, bien en los tribunales o por otros medios. Por muy a favor que se esté de la mediación, no todos los conflictos se pueden encauzar del mismo modo y, aunque pueda parecer profesionalmente ventajoso forzar un poco, es muy cuestionable y, seguramente, contraproducente. En este sentido, la mayoría de reglamentos o códigos de mediación establecen que el mediador debe, en primer lugar, garantizar que todas las partes están bien informadas sobre el rol del mediador y la naturaleza del procedimiento; en segundo lugar, asegurarse de que entienden y aceptan los términos de acuerdo de mediación; y finalmente, insisten en la conveniencia de facilitarles la opción de recurrir a otros procedimientos.

Uno de los elementos cardinales y, no obstante, éticamente más polémicos del procedimiento de mediación lo constituye la posición que ocupa el mediador. Parece que el concepto de imparcialidad ha ganado terreno al de neutralidad, quizás porque este último resulta más problemático por el simple hecho de que ni el mediador ni ningún ser humano pueden librarse de su subjetividad. En cambio, la imparcialidad parece más factible y transmite igualmente la idea de que el mediador no debe inclinarse hacia ninguna parte, lo cual conlleva evitar favoritismos, simpatías, antipatías, prejuicios, etc. y tampoco debe aceptar regalos ni favores. Como vemos, resulta más sencillo señalar aquello que no se debe hacer que precisar lo que sí resulta apropiado. El mediador, a diferencia del juez, no puede manifestar su imparcialidad mostrándose distante y sin interés alguno por las partes o el resultado del litigio, ya que en el caso del juez son normas exógenas las que le marcan la sentencia a dictar.

A la hora de formular en positivo la posición imparcial del mediador, se suele hablar de independencia, equidistancia, equilibrio, etc. Sea como sea, si el mediador abandona su posición imparcial el proceso se corrompe. Este temor, llevado al extremo, degenera en actuaciones asépticas, muy calculadas en la “puesta en escena”, ya que en diferentes códigos éticos se advierte que el comportamiento del mediador no solo debe “ser”, sino que también debe “parecer” imparcial. Hay autores que incluso indican al mediador que para ser imparcial su aproximación debe ser no-directiva<sup>31</sup>, lo cual resulta ciertamente controvertido, porque cuestiona otras corrientes de mediación. EXON<sup>32</sup>, después de analizar exhaustivamente los códigos usados en los diferentes estados norteamericanos, cree que el modelo de mediación adoptado afecta enormemente la dinámica del proceso en relación con lo que dichos códigos prescriben. También señala que trece estados no han desarrollado códigos de conducta porque no ven la manera de encajar los valores propios de la mediación con los distintos modelos. Incluso hay autores que recomiendan prescindir de neutralidad e imparcialidad (que en la práctica se usan como sinónimos) sustituyéndolas por la

31 Vid. VAN LEYNSEELE, P, y DOLEŽALOVÁ, M., “Ethics in mediation”, 2012, Recuperado de [http://www.cak.cz/assets/etika-v-meaci\\_aj.pdf](http://www.cak.cz/assets/etika-v-meaci_aj.pdf).

32 EXON, S.N., “Effects that mediator styles impose on neutrality and impartiality requirements of mediation”, *USFL Rev.*, Vol. 42, pp. 577-620.

posición equilibrada del mediador, dado que para ellos lo que cuenta, en mediación, es lograr un buen resultado.

A pesar del gran esfuerzo y sutileza que todo mediador invierte en adoptar, mantener y aparentar una posición imparcial, hay multitud de situaciones en que ésta se ve comprometida. Y eso sin contar con la celebración de *caucus* o reuniones privadas individuales donde la imparcialidad suele ponerse en entredicho<sup>33</sup>. En el terreno personal, no cabe duda de que el mediador se encontrará con opiniones y comportamientos de las personas a las que asiste que confrontan directamente sus propios valores, creencias y sentimientos. Pero más allá de ser consciente y controlar el efecto de los participantes en la mediación en uno mismo y viceversa, el mediador debe lidiar con otras cuestiones como: presión laboral por el logro de resultados, relación con una institución con intereses en el conflicto, sintonía con otros profesionales, impacto en partes no incluidas en el proceso, etc. Estos dilemas son de cariz ético porque, a la hora de tomar una decisión, el mediador estimará un abanico de posibilidades ubicadas en algún punto de la línea que separa lo correcto de lo incorrecto.

Por otro lado, la imparcialidad del mediador puede, con o sin fundamento, ser cuestionada por los participantes en el proceso. MOORE<sup>34</sup> declara que la prueba de la imparcialidad del mediador está en las partes. Sin embargo, la imparcialidad no conlleva renunciar al liderazgo en la conducción del procedimiento, ni tampoco pasividad; el mediador no es un espectador cuya presencia es completamente inocua y no influye en nada, al contrario. Ser imparcial no significa, pues, mantenerse al margen. Cuando menos, el mediador es un catalizador del procedimiento<sup>35</sup> y en el terreno axiológico tiene la misión de infundir respeto mutuo, aceptación, empatía, tolerancia, libertad, cooperación y un largo etcétera de valores sin los cuales, como ya se ha dicho, la mediación queda desprovista de su especificidad como forma de resolver conflictos.

Llegados a este punto nos parece pertinente retomar las reflexiones acerca de la noción de virtud y, en concreto, el concepto de “justo medio” como conjunción integradora de los extremos. Hay autores que, a partir de la deconstrucción del concepto de imparcialidad, abogan por el rol multipartial<sup>36</sup>, equiparcial<sup>37</sup> u omniparcial<sup>38</sup> del mediador. Mientras que el valor de la imparcialidad radica en el hecho de no tomar parte, la multipartialidad y la igual parcialidad subrayan la voluntad del mediador de servir a todos; la omniparcialidad incorpora, además, el procedimiento y sus resultados, sugiriendo un alto nivel de implicación. Aunque esta disquisición pueda parecer terminológica, lo cierto es que incide, a nuestro entender, en un problema crítico que encierra una auténtica trampa ética para el mediador: el desequilibrio de poder y la disparidad de recursos entre los participantes en la mediación. Además,

33 ZAMIR, R., “The disempowering relationship between mediator neutrality and judicial impartiality: toward a new mediation ethic”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol.11, nº 3, 2011, pp. 466-517.

34 Vid. MOORE, C.W., *El proceso de mediación...*, op. cit.

35 Vid. SIX, J.F., *Dinámica de la mediación*, Paidós, Barcelona, 1997.

36 Vid. SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Barcelona, 1997.

37 Vid. ZAMIR, R., “The disempowering relationship between mediator neutrality and judicial impartiality: toward a new mediation ethic”..., op. cit.

38 Vid. CLOKE, K., *Mediation: revenge and the magic of forgiveness*, Center for Dispute Resolution, Santa Mónica, CA, 1994.

en el trasfondo ético de estas concepciones, se puede identificar la noción de que cada ser humano es único e irrepetible, capaz y portador de dignidad.

En los códigos deontológicos de la mediación, el tema del poder, muy resbaladizo, aparece enmascarado, con la excepción de que el abuso de poder incurra en violencia física. Pero en el terreno ético esta cuestión no se puede soslayar de ningún modo. Cada vez resulta más evidente que la asimetría y el desequilibrio entre las partes en conflicto dificulta, e incluso puede imposibilitar, una mediación. La persona mediadora no puede permanecer impasible cuando advierte que una de las partes domina a la otra claramente, por sus conocimientos, personalidad, posición, recursos, educación, facilidad de comunicación, estatus, apoyos, etc., o cuando el acuerdo que se acepta es injusto. El dilema radica en saber qué debe priorizar el mediador ¿la imparcialidad o el balance de poder? Aquí, ZAMIR<sup>39</sup> señala la tensión existente entre la ética de la imparcialidad y la ética del cuidado, la primera centrada en una justicia objetiva y la segunda en la responsabilidad hacia las partes. BUSH y FOLGER<sup>40</sup>, a su vez, hablan de la “historia de la opresión”, refiriéndose a aquellos procesos de gestión no adversarial de conflictos en que la parte más débil llega a acuerdos totalmente deficitarios, con lo cual es revictimizada. En los códigos deontológicos, el concepto de empoderamiento, tan fundamental en el ámbito de la solución pacífica de conflictos, frecuentemente se obvia.

Antes de pasar al siguiente dilema, quizás sea oportuno sacar a colación el tema del no-poder, calificado por SIX<sup>41</sup> como el verdadero poder del mediador. Aquí sí que cualquier mediador debe tener claro que su posición en el conflicto requiere la total renuncia a cualquier forma de poder que posea (carisma, experiencia, formación, autoridad, información) para influir en las personas, en el proceso o en su resultado. Los enfoques sistémicos abogan por considerar la mediación como un todo, como un sistema de interacciones y no como individuos que contienden por separado. Quizás esta posición, cuyo centro se ubica en el “nosotros”, sea la más apropiada en la mediación y la que el mediador, sin camuflar su poder, debe esforzarse por construir. Claro que, quien media, simplemente por el acceso privilegiado a la información, detenta poder.

En cuanto a la confidencialidad, o sea, al hecho de que todo lo que sucede en la mediación se queda en la mediación, indica que el mediador tiene la responsabilidad de crear un espacio seguro, privado y auténtico en donde los protagonistas del conflicto puedan comunicarse abiertamente. La violación de estas condiciones sería del todo inaceptable y dañaría la confianza en el mediador y en la mediación. Pero ¿dónde está el justo medio entre discreción y silencio? ¿Se deben cerrar los ojos, las orejas y la boca siempre? Hay quienes responden taxativamente de manera afirmativa, argumentando que el mediador no es un moralista ni un investigador, por lo que no le corresponde descubrir, enjuiciar o desvelar aspectos del conflicto que pertenecen a las partes, ni mucho menos participar en el acuerdo. Si acaso, consideran que el poder de persuasión del mediador debe incidir en la voluntad de las partes

39 Vid. ZAMIR, R., “The disempowering relationship between mediator neutrality and judicial impartiality: toward a new mediation ethic”..., *op. cit.*

40 Vid. BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., *La promesa de la mediación...*, *op. cit.*

41 Vid. SIX, J.F., *Dinámica de la mediación...*, *op. cit.*

de resolver esas cuestiones de la manera más correcta. Por otro lado, se aboga para que el mediador pueda dar por acabada la mediación si ve que se vulneran derechos o principios éticos de los participantes en la mediación o de terceras partes. Con lo cual, el precepto de confidencialidad se mantiene a costa del cierre de la mediación. Así, el procedimiento muestra su ineficacia y debilidad en la gestión de conflictos revestidos de gran valor, precisamente porque tratan de daños que tocan aspectos éticos de gran calado. Aunque pronto comienzan los matices.

Muchos reglamentos de mediación explicitan que la persona mediadora, en caso de llegar a conocer episodios de violencia o delitos graves en la historia del conflicto, deberá desde informar de ello por los canales establecidos hasta denunciar los hechos ante las autoridades pertinentes. Por ello, al inicio de la mediación, algunos profesionales explican claramente a las partes en qué consiste el acuerdo de confidencialidad y en qué situaciones se rompe. Este aviso, deja al cuidado de las personas en conflicto la decisión sobre la información y los temas que van a poner sobre la mesa. Lo curioso, sin embargo, es el choque entre normativas de distinto ámbito o nivel que obligan a actuaciones opuestas, lo cual es frecuente cuando los códigos nacionales se contradicen con los regionales, por ejemplo. En el otro extremo, DE MESMAEKER<sup>42</sup> advierte que en los casos de mediación entre víctima y ofensor el principio de confidencialidad causa frustración e insatisfacción. Por lo que el terreno de lo correcto o incorrecto se vuelve cada vez más resbaladizo.

A veces los mediadores pactan las reglas de confidencialidad con las partes, acordando qué información va a ser pública y cuál privada. No obstante, incluso aquí, las sesiones de *caucus* abren un paréntesis de confidencialidad dentro del marco general de confidencialidad. También se ha de considerar lo relacionado con la documentación del proceso y el redactado del acuerdo. Lo cierto es que en la práctica se ve de todo, desde indicaciones precisas del tiempo que debe transcurrir para destruir las notas tomadas en la mediación, hasta ambigüedad o inconcreción acerca de los términos que figuran en el acuerdo escrito que, en ocasiones, no lo olvidemos, ha de permitir que las partes lo formalicen o que lo den a conocer a terceras instancias.

Todavía queda por abordar otro tipo de circunstancias que quebrantan la confidencialidad. Nos referimos al acceso a los contenidos y al desarrollo de la mediación por parte de otros mediadores, observadores, investigadores, formadores, supervisores, etc., eso sí, eliminado la información y los datos identificativos del caso.

Acerca de la toma de decisiones en mediación, parece que hay menos polémica. Son las partes las que deciden si consienten en comenzar la mediación, la manera cómo participan, su permanencia en la mediación y los acuerdos que suscriben. En consecuencia, le corresponde al mediador asegurarse de que los participantes en la mediación entienden la naturaleza del proceso, su rol, los procedimientos, límites, etc. y, si lo estima necesario, recomendar que las partes consulten a expertos en los temas sobre los que se va a negociar. Sin embargo, hay varios dilemas éticos en relación a cuestiones de gran calado, como la libertad de decisión y la decisión informada, lo cual resulta difícil de calibrar. Cuando el mediador advierte que una

42 DE MESMAEKER, V., "Victim-offender mediator participants' opinions on the restorative justice values of confidentiality, impartiality and voluntariness", *Restorative Justice*, Vol. 1, n° 3, 2013, pp. 334-361.

persona que dice comprender los términos del acuerdo pacta muy por debajo de lo que le corresponde, resulta complejo evaluar si lo hace por cansancio, coacción, debilidad, desinformación, tradición cultural o cualquier otra causa que llevaría a conducir la mediación en direcciones muy diversas.

El grado de voluntariedad también viene matizado por quien deriva a mediación, las presiones del entorno, el temor a salir malparado de un litigio, las expectativas... además, como sabemos, hay temas en los cuales algunos países fuerzan la mediación<sup>43</sup>. Y, por supuesto, los diversos estilos de mediación le dan al mediador un papel distinto en cuanto a su influencia y acción directiva. Éticamente, la toma de decisiones refleja la aceptación de las partes de su responsabilidad en la construcción y desarrollo del conflicto, así como de su capacidad para implicarse en su solución.

Pero quizás sea la noción de autodeterminación una de las que mayor carga ética lleva. En primer lugar, permite que las partes actúen soberanamente según les dicten sus propios valores e ideas acerca de lo que es correcto o incorrecto para ellas. La autodeterminación afecta cualquier fase del proceso, desde la selección del mediador, la voluntariedad, el acuerdo, el abandono, etc. y el cometido del mediador consiste, ante todo, en maximizar esa capacidad de autodeterminación y contribuir a que las personas en conflicto puedan ejercerla al más alto nivel. Sin embargo, cuando una de las partes no parece suficientemente capacitada, o está en desventaja para tomar las decisiones relativas al conflicto objeto de mediación, autores como FIELD<sup>44</sup> defienden que el mediador debería tener claro el margen de que dispone para poder equilibrar el poder.

Algunos peligros que enfrenta el mediador con respecto a la autodeterminación son: la petición expresa de los participantes de que les dé su opinión o decida por ellos, a modo de árbitro; la oposición del mediador a las decisiones que se están tomando; el poder reconocer verdaderamente a las partes su condición agente para dirigir sus vidas en la dirección que sea; el que los participantes en la mediación tomen el control absoluto del procedimiento; los límites de tiempo; la exploración de las dudas; la percepción de la inviabilidad del acuerdo; el sentimiento de que hay que ir más lejos de lo que las partes piden; o la legitimación de las opciones elegidas, entre muchas otras.

COBEN<sup>45</sup> desconfía de la mediación por cómo se resuelven en la práctica las cuestiones de autodeterminación y neutralidad, que este autor denomina las “dos torres” de la mediación, conceptos todavía en la oscuridad e inmersos en una sociedad fundamentalmente asimétrica y desigual. Para COBEN<sup>46</sup>, autodeterminación y neutralidad no son más que mitos pertenecientes al mundo de la ficción y reco-

43 Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., “La desaparición de la voluntariedad como principio esencial de la mediación con la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Coord.), *La mediación. Nuevas realidades...*, op. cit.

44 FIELD, R., “Exploring the potential of contextual ethics”, en BARLETT, F., MORTENSEN, R. y TRANTER, K. (Eds.), *Alternative perspectives on lawyers and legal ethics: remainig the profession*, Routledge, Londres, 2012, pp. 151-198.

45 COBEN, J.R., “Gollum meet Smeagol: a schizophrenic rumination on mediator values beyond self-determination and neutrality”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.5, nº 2, 2012, pp. 65-86, recuperado de [www.cardozojcz.com/vol5no2/CAC202.pdf](http://www.cardozojcz.com/vol5no2/CAC202.pdf).

46 COBEN, J.R., “Gollum meet Smeagol: a schizophrenic rumination on mediator values beyond self-determination and neutrality”..., op. cit.

mienda encarecidamente que los códigos éticos de segunda generación sean más transparentes y “*justice-friendly*”.

Todavía hay más fronteras que el mediador no debe cruzar, como la asunción de roles adicionales (terapia, consejo legal...), puesto que la mezcla de roles es problemática desde el punto de vista ético, ya que incumple con los axiomas específicos de la mediación y la pervierte. SIX<sup>47</sup> señala que, si bien el mediador no está sometido a una obligación de resultados, sí que debe ser completamente fiel a los medios y al proceder. En este sentido, quizás siga faltando pedagogía de la mediación, o lo que es lo mismo, explicar más y mejor los valores de la mediación, no solamente sus técnicas o formas de proceder.

En el supuesto de que el mediador advierta que los resultados del proceso, o el proceso en sí, pueden ser causa de daños o perjuicios de algún tipo, se suele recomendar la terminación de la mediación. Otra alternativa, más transparente, invita a explorar los valores en juego en la misma mesa de mediación. Y, finalmente, en casos excepcionales, el mediador debería romper los acuerdos de confidencialidad, lo cual es éticamente controvertido. Hay, pues, en mediación, una idea de lo que es justo e injusto que cada mediador deberá adoptar y, por su relieve ético, debería ser mucho más explícita, aun sin llegar a constreñir el procedimiento de mediación o restarle flexibilidad.

No todas las conductas son aceptables en mediación. Si bien son tareas del mediador la promoción de la voluntad de entenderse, el respeto mutuo, la empatía, la colaboración y, en definitiva, la buena fe, también lo son evitar abusos por coacción, desperdicio del tiempo, falta de progreso, etc. La mediación degenera cuando no hay verdadera disposición al diálogo.

Los conflictos de interés que puedan afectar al mediador se han abordado de soslayo un poco más arriba, porque, como oportunamente señala EXON<sup>48</sup>, las fronteras entre imparcialidad, conflicto de intereses y autodeterminación son muy difusas en la mayoría de ocasiones, incluso, en los reglamentos. Ahora se trata de garantizar que la acción de la persona mediadora no esté sesgada por intereses encubiertos ni por presiones externas de ningún tipo. Aquí la posición ética requiere total transparencia, de manera que el mediador debe comunicar a las partes su relación con las personas directa o indirectamente implicadas en el conflicto, el modo en cómo el resultado de la mediación podría afectarle o sus propios prejuicios. Si con ello no basta para seguir con la mediación, se puede dejar el caso en manos de otros profesionales.

Adoptando un enfoque distinto, también cabe suponer que lo mismo la práctica profesional de la mediación como la voluntaria son interesadas y generan beneficios obvios para los mediadores, bien sea en forma de prestigio personal o institucional, bien en forma de mejoras en la comunidad o en la situación en cual han intervenido. De ser así, pensamos que el mediador debería ser capaz, precisamente en aras de la ética profesional, de dar un trato justo a todo el mundo, independientemente de sus circunstancias personales y, de modo igual, jamás debería permitir la instrumentalización del proceso.

47 Vid. SIX, J.E., *Dinámica de la mediación...*, op. cit.

48 Vid. EXON, S.N., “Effects that mediator styles impose...”, op.cit.

Finalmente, otro dilema moral lo plantea la capacitación y competencia de la persona mediadora. Ciertamente, un mediador solamente debería aceptar los casos para los que está preparado, aumentar permanentemente su capacidad profesional, mediar para aprender de otros colegas, autoevaluarse para lograr una mayor comprensión de su rol, formarse, desarrollar herramientas que hagan posible un comportamiento ético, ejercer la autocritica y adoptar cualquier otra medida de responsabilidad profesional que contribuya a la calidad de la mediación.

Aunque tan solo hemos arañado la superficie de algunos de los dilemas éticos más reconocidos en el ámbito de la mediación, sobra y basta para advertir que un procedimiento tan dinámico como el de mediación resulta difícil de circunscribir a determinados principios, porque a la hora de la verdad es cada mediador quien debe enfrentarse a cada disyuntiva y tomar una u otra dirección. Con ello no estamos defendiendo el relativismo moral, ni la libre improvisación, únicamente inferimos las dificultades de articular la dimensión ética de la mediación en un código de conducta formal que, bajo nuestro punto de vista debería acompañarse de otras medidas, como una buena formación en los aspectos éticos de la mediación y, especialmente, con un foro profesional de mediación donde el estudio de casos incluyese un análisis ético riguroso, susceptible de establecer criterios y trazar las directrices para encuadrar de una forma abierta y dinámica la acción mediadora. De modo análogo, MCFARLANE<sup>49</sup> propone la práctica reflexiva, utilizada con éxito en otras profesiones, como alternativa y complemento a los códigos éticos para descubrir y clarificar los criterios que guían al mediador. Además, los participantes en la mediación deberían evaluar al mediador no tan solo por los resultados, sino por cómo ha manejado la comunicación, las emociones, la cooperación, la transparencia, la imparcialidad, la autodeterminación, etc. y cómo se han sentido al respecto. También hay quien defiende la necesidad de supervisar las mediaciones, entendidas como un espacio generador de competencias profesionales y favorecedor de la reflexividad<sup>50</sup>. En cualquier caso, el desarrollo de una mediación de calidad requiere de un entorno profesional colaborativo capaz de generar referentes de conducta respetando, a la vez, las particularidades de cada contexto.

## 4. LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS

Como respuesta a los dilemas anteriormente expuestos han proliferado normas de conducta, estándares profesionales y códigos deontológicos para el ejercicio de la mediación. Su pretensión va desde guiar y orientar a los mediadores, hasta establecer límites claros para el ejercicio de la profesión o identificar la mala praxis. A veces, pero no siempre, estas normas se refuerzan con medidas sancionadoras en caso de incumplimiento. La deontología, en realidad, forma parte de lo que se conoce como ética normativa y presenta una serie de principios y reglas de cumplimiento obliga-

49 MCFARLANE, J., "Mediating ethically: the limits of codes of conduct and the potential of reflective practice model", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 40, nº 1, 2002, pp. 49-87.

50 Vid. CAMPOS VIDAL, J.E., "La supervisión de la mediación, un instrumento para la calidad.", *Actualidad Civil*, nº 6, 2014.

torio. Mientras la ética a nivel general no es coactiva, la ética profesional que regula las actividades que se realizan en el marco de una profesión, sí lo es.

No es nuestra pretensión emprender aquí una crítica pormenorizada de los documentos que aspiran a establecer la conducta correcta del mediador, ni mucho menos. Más bien nos limitaremos a apuntar aquellos elementos que inciden en la naturaleza de la mediación e impulsan una práctica de calidad.

Ya hemos visto que el modelo de mediación que cada mediador suscribe dificulta, hasta ahora, la aceptación de unas reglas de conducta universales. Otro hándicap, también mencionado, se refiere a las contradicciones entre normas distintas pero de aplicación en un mismo contexto. Además, la velocidad con que cambian las sociedades del siglo XXI genera gran volatilidad en todos los ámbitos, más aún en el de los conflictos y la mediación, por lo que los estándares se vuelven obsoletos aún antes de haber tenido tiempo de ser mayoritariamente aceptados por la comunidad mediadora. En este sentido, valoramos positivamente la iniciativa de aquellos organismos que someten periódicamente a revisión sus códigos éticos como, por ejemplo, el LAW COUNCIL OF AUSTRALIA<sup>51</sup>. También está la cuestión de la jerarquización de las distintas normas éticas para aquellos casos en que no se pueden cumplir a la vez. Dicha inconsistencia interna no se resuelve simplemente usando los verbos “debe” o “debería” con el objetivo de indicar cierta gradación o diferenciando obligatoriedad y recomendación.

HOFFMAN<sup>52</sup>, tras analizar los códigos éticos promovidos por distintos organismos, identifica diez principios que dichos códigos tienen en común: conflictos de interés, competencias y límites del mediador, imparcialidad, voluntariedad, confidencialidad, no perjuicio, autodeterminación, consentimiento informado, deberes hacia terceras partes (externas a la mediación) y honestidad. Un buen número de códigos profesionales suelen añadir, además, recomendaciones sobre la veracidad en la difusión de los servicios de mediación, el claro establecimiento de sus costes y el compromiso con la correcta promoción de la misma. Se observa que, al fin y al cabo, estos documentos intentan dar respuesta a los dilemas que plantea la mediación. No obstante, es en la práctica donde los estándares muestran sus enormes limitaciones a la hora de dar solución a problemas reales, sirviendo de poca ayuda. WALDMAN<sup>53</sup> afirma que los códigos de mediación, que considera rígidos e inconsistentes a la vez, no bastan para una práctica ética del proceso porque no responden a la cuestión de cuál es la acción ética a seguir en un caso concreto. Si bien anticipan algunos problemas éticos a los cuales deberá hacer frente el mediador, generalmente hay más de una vía correcta y resulta difícil atenerse a un principio por encima de otros, por lo que esta autora se manifiesta contraria a toda rigidez en mediación.

Los nuevos desarrollos en materia de deontología de la mediación tratan de representar de manera más detallada aquellos ámbitos de mediación cuya especificidad así lo requiere, dando por hecho que la conducta del mediador no es la misma,

51 Vid. LAW COUNCIL OF AUSTRALIA, “Ethical guidelines for mediators”, 2011, recuperado de <http://www.lawcouncil.asn.au/lawcouncil/images/LCA-PDF/a-z-docs/EthicalGuidelinesforMediators.pdf>.

52 HOFFMAN, D.A., “Ten principle of mediation ethics”, *Alternatives*, Vol.18, nº8, 2000, pp. 147-169.

53 Vid. WALDMAN, E. (Ed.), *Mediation ethics. Cases and commentaries...*, op. cit.

éticamente, para un mediador en un campo que en otro. La mediación *online*<sup>54</sup> sería un claro ejemplo. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, el código ético debería ofrecer un marco común para todo tipo de mediación. Ahora bien, hay varias cuestiones previas que convendría esclarecer, como a quien le corresponde la elaboración del código deontológico, quien ha de velar y cómo por su cumplimiento, qué nivel de concreción o de contextualización ha de tener, cuál es su función y utilidad real, qué modelo de mediación promueve, etc.

A pesar de todo, valoramos positivamente la existencia de estándares específicos, porque ayudan a consolidar el procedimiento de mediación y a definir su carácter único. MACFARLANE<sup>55</sup>, por su parte, considera que el juicio ético del mediador resulta esencial en el procedimiento y que, de hecho, son sus valores los que le guían en su quehacer. La complejidad de las situaciones de conflicto requiere, precisamente, un amplio margen de flexibilidad para la acción y siempre es cada mediador quien conforma el procedimiento. Así pues, las cualidades, la madurez profesional, la sensibilidad y criterio ético del mediador impactan en el procedimiento, en los resultados y en la imagen general acerca de la mediación que entre todos vamos construyendo. Con lo que la necesidad de contar con referentes acerca de lo que es o no una mediación de calidad resulta perentoria, aunque, bajo nuestro punto de vista, no se cubre tan solo con modelos de conducta estandarizados y contruidos alrededor de determinados ejes. En este sentido, consideramos fundamental la existencia y fomento de otras vías de aproximación y desarrollo de la ética en mediación susceptibles de conectar con la realidad cotidiana, por ejemplo:

1. Sería interesante mantener un *debate intraprofesional* abierto alrededor de la naturaleza ética de la mediación y de los dilemas concretos que surgen en la práctica. De esta manera, pensamos, se generaría un corpus de conocimiento dinámico que iría marcando aquellas tendencias más útiles y recomendables para la acción, siempre dentro de parámetros éticos. TORRALBA<sup>56</sup>, a su vez, señala que la dificultad a la hora de discernir el óptimo proceder en un entorno profesional impone el diálogo, el acercamiento y la comprensión mutua, porque en este debate se pone en juego el prestigio y la imagen pública de la profesión y, de paso, su competitividad en el seno del mercado laboral.
2. Igualmente, la *difusión y estudio de buenas prácticas*, como ejemplo y testimonio a la vez de procesos éticamente ricos, también serviría al mismo fin: fomentar la percepción axiológica del mediador.

54 Vid. CASANOVAS, P., "Ética en la mediación y ética de la mediación...", *op.cit.*; DEMARS, J., EXON, S.N., KOVACH, K.K. y RULE, C., "Ethical considerations for an online dispute resolution practice", *Dispute Resolution Magazine*, nº 147, 2010, pp. 6-11; VIOLA, I., "La protección del principio de confidencialidad en la mediación y el arbitraje electrónicos en España", *Democracia Digital e Governo Electrónico, Florianópolis*, nº 10, 2014, pp. 247-264.

55 Vid. MACFARLANE, J., "Mediating ethically: the limits of codes of conduct and the potential of reflective practice model"... , *op. cit.*

56 TORRALBA, F., "Més enllà del principalisme: l'ètica de les virtuts com a fonament", *Ars Brevis*, nº 7, 2001, pp. 377-391.

3. Tanto la *autoreflexión* como la *práctica reflexiva* son estrategias válidas. Un mediador competente debería ser capaz de percibir los valores en juego a lo largo del proceso, reflexionar sobre los mismos, analizar los criterios éticos que le guían e ir asumiendo una escala moral. Porque, verdaderamente, no es lo mismo cumplir los mandatos éticos por obligación que por convencimiento. En el segundo caso, el mediador se interpela a sí mismo y busca activamente mejorar como persona y como profesional, avanzando desde lo que es a lo que debería ser.
4. Una *formación rigurosa sobre la naturaleza ética de la mediación* en la capacitación de mediadores que vaya más allá de un repaso al código deontológico al cual atenerse. La ética emerge cuando hay capacidad de elección, con lo cual el discernimiento moral es un elemento clave en esta profesión.
5. El conocimiento e *investigación centrada en los dilemas morales*, cómo los viven los participantes en mediación y los mediadores, cómo resuenan en la sociedad, etc., también son nucleares.
6. Ya hemos comentado que la *evaluación de la mediación* no debería ceñirse a aspectos procesuales y de resultado, sino que merecería la pena incorporar cuestiones referentes a los valores y dilemas percibidos y la forma cómo se han enfrentado.
7. La *comediación* y la *supervisión*, aún siguiendo procederes muy distintos, también contribuyen a la reflexión sobre el propio modo de actuar y, aquí, no nos referimos a las técnicas utilizadas (no todo es ética, muchas decisiones son funcionales), sino a la revisión de los valores que se han promovido y a la toma de conciencia del porqué de las elecciones efectuadas por el mediador en un contexto dado.

BOWLING y HOFFMAN<sup>57</sup> ya señalaron que la formación y el avance de la mediación se centran sobre todo en el desarrollo de las herramientas de la persona mediadora y en la comprensión de las bases teóricas de este procedimiento. Sin embargo, existe otro aspecto clave a considerar: las características personales de los mediadores. Para estos autores el desarrollo profesional de todo mediador es permanente y pasa por tres estadios que pueden solaparse en el tiempo. Inicialmente, la mayoría de mediadores suelen concentrarse en aspectos técnicos, más adelante ahondan en los fundamentos de la mediación, el sentido y el significado de su labor y, luego, se someten a autoexamen para conocer sus propias fortalezas y debilidades. En esta fase, al mediador le interesa más aprender a “ser” mediador (*being*) que no a “hacer” de mediador (*doing*).

---

57 BOWLING, D. y HOFFMAN, D., “Bringing peace into the room: the personal qualities of the mediator and their impact on the mediation”, *Negotiation Journal*, Vol. 16, nº 1, 2000, pp. 5-28.

En síntesis, el impacto de la persona mediadora en la mediación resulta innegable, en especial, en lo tocante a la dimensión ética de una práctica que, por su naturaleza, plantea todo tipo de retos morales difíciles de codificar de antemano. Six<sup>58</sup> opina que “*el mediador debe dar prueba, de una manera irrefutable, de autoridad moral y, a fortiori, de cualidades morales (sinceridad, honestidad, responsabilidad...) y respeto al otro y a su libertad*”. Siendo así, en esta profesión vamos a necesitar herramientas para adquirir conciencia de uno mismo y del propio perfil profesional en vista a una mayor cualificación y a una práctica de más calidad.

Actualmente, los mismos mediadores advierten la brecha abierta en su nicho profesional por prácticas de bajo y alto nivel. Así es, hay un abismo competencial entre quienes ejercen la mediación con una preparación básica, probablemente insuficiente, y quienes se han formado con todo rigor. Esta diferencia entre perfiles, que se irá marcando con mayor claridad, tiene como uno de sus elementos más distintivos el sello de la calidad ética.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ACR (ASSOCIATION FOR CONFLICT RESOLUTION), “Model standards of conduct for mediators”, 2005, recuperado de [http://www.americanbar.org/content/dam/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/model\\_standards\\_conduct\\_april2007.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf)
- ADR. GOV (INTERAGENCY ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION WORKING GROUP), Recuperado de <http://www.adr.gov/workplace/wpedthdil.htm>.
- BERSTEIN, D., “Opportunities for mediation in mental illness”, workshop ACR-GNY’s, 2012, Recuperado de [www.acrgny.org/Resources/Documents/Conference\\_2012/Workshop%20Materials/4E%20-%20Dan%20Bernstein%20-%20Mediation%20in%20Mental%20Illness.pdf](http://www.acrgny.org/Resources/Documents/Conference_2012/Workshop%20Materials/4E%20-%20Dan%20Bernstein%20-%20Mediation%20in%20Mental%20Illness.pdf).
- BONAFÉ-SCHMITT, J.P., “La mediación escolar: el aprendizaje de un ritual de gestión de los conflictos”, *Perspectiva Escolar*, 262, 2002, 2-10.
- BOQUÉ, M.C., *Cultura de mediación y cambio social*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- BOQUÉ, M.C., *Tiempo de mediación*, Plan andaluz de educación para la cultura de paz y no violencia, Materiales de apoyo nº 4, Sevilla, Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, 2005.
- BOQUÉ, M.C., *Guía de mediación escolar. Programa comprensivo de actividades de 6 a 16 años* (2ª ed.), Barcelona, Octaedro, 2007.
- BOQUÉ, M.C., *Construir la paz. Transformar los conflictos en oportunidades*. Alacant, Caja de Ahorros del Mediterraneo – Obra Social, 2009.
- BOQUÉ, M.C., “La mediación como disciplina y como profesión. El perfil competencial del mediador”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación. Nuevas realidades. Nuevos retos*, La Ley, Santiago de Compostela, 2013.
- BOQUÉ, M.C., COROMINAS, Y., ESCOLL, M. y ESPERT, M., *Hagamos las paces. Propuesta de gestión constructiva, cooperativa, creativa y crítica de los conflictos*, CEAC, Barcelona, 2005.

58 Six, J.F., *Dinámica de la mediación...*, op. cit. p. 215.

- BOWLING, D. y HOFFMAN, D., "Bringing peace into the room: the personal qualities of the mediator and their impact on the mediation", *Negotiation Journal*, Vol.16, nº1, 2000.
- BUSH, R.A., "The dilemmas of mediation practice: a study of ethical dilemmas and policy implications", *Journal of Dispute Resolution*, Vol.1, nº1.
- BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Granica, Barcelona, 1996.
- CAMPOS VIDAL, J.F., "La supervisión de la mediación, un instrumento para la calidad.", *Actualidad Civil*, nº6, 2014.
- CAMPS, V., *El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011.
- CASANOVAS, P., "Ética en la mediación y ética de la mediación: la redefinición del espacio público", *Democracia Digital e Gobierno Electrónico, Florianópolis*, nº10, 2014.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., "La desaparición de la voluntariedad como principio esencial de la mediación con la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles", en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación. Nuevas realidades. Nuevos retos*, Santiago de Compostela, La Ley, 2013.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., "Mediación en violencia de género", *Revista de Mediación*, Año 4, nº7, 2011.
- CLOKE, K., *Mediation: revenge and the magic of forgiveness*, Center for Dispute Resolution, Santa Mónica, CA, 1994.
- COBEN, J.R., "Gollum meet Smeagol: a schizophrenic rumination on mediator values beyond self-determination and neutrality", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.5, nº2, 2012, recuperado de [www.cardozo.jcz.com/vol5no2/CAC202.pdf](http://www.cardozo.jcz.com/vol5no2/CAC202.pdf).
- COMTE-SPONVILLE, A., *Pequeño tratado de las grandes virtudes*, Espasa-Calpe, Madrid, 1998.
- CORTINA, A., "Resolver conflictos, hacer justicia.", *Cuadernos de Pedagogía*, nº257, 1997.
- DE BOTTON, A., "On being good: the secular virtues", 2013, recuperado de [www.alaindebotton.com/on-being-good](http://www.alaindebotton.com/on-being-good).
- DEMARS, J., EXON, S.N., KOVACH, K.K. y RULE, C., "Ethical considerations for an online dispute resolution practice", *Dispute Resolution Magazine*, nº147, 2010.
- DE MESMAECKER, V., "Victim-offender mediator participants' opinions on the restorative justice values of confidentiality, impartiality and voluntariness", *Restorative Justice*, Vol.1, nº3, 2013.
- ESPERT, M. y BOQUÉ, M.C., *¡Tu sí que vales! Historias cortas de niños y niñas que construyen valores humanos*, Graó, Barcelona, 2008.
- ETXEBERRIA, X., *Virtudes para la paz*, Bakeaz, Bilbao, 2011, recuperado de [www.kulturklik.euskadi.net/wp-content/uploads/2012/01/virtudes-paz-publicacion.pdf](http://www.kulturklik.euskadi.net/wp-content/uploads/2012/01/virtudes-paz-publicacion.pdf).
- EXON, S.N., "Effects that mediator styles impose on neutrality and impartiality requirements of mediation", *USFL Rev.*, Vol.42.

- FEMENIA, N., “Un marco ético para la mediación”, s.f., recuperado de [http://mediate.com/articulos/Un\\_marco\\_etico.cfm#](http://mediate.com/articulos/Un_marco_etico.cfm#).
- FIELD, R., “Exploring the potential of contextual ethics”, en BARLETT, F., MORTENSEN, R. y TRANTER, K. (Eds.), *Alternative perspectives on lawyers and legal ethics: remaining the profession*, Routledge, Londres, 2012.
- FINLAY, R.B., “Accommodating mediation participants with mental health and addiction issues”, 2006, recuperado de [www.finlaycounselling.ca/pdfs/mediation\\_participants.pdf](http://www.finlaycounselling.ca/pdfs/mediation_participants.pdf).
- FOLGER, J.P., “La mediación transformativa: preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas”, *Revista de Mediación*, Año 1, Vol. 7, nº2, 2008, recuperado de [www.revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/06/Revista-Mediacion-02-02.pdf](http://www.revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/06/Revista-Mediacion-02-02.pdf).
- GIRÓ, J., “Mediación, ética y universidad”, *Ars Brevis*, nº7, 2001.
- HOFFMAN, D.A., “Ten principle of mediation ethics”, *Alternatives*, Vol.18, nº8, 2000.
- LAW COUNCIL OF AUSTRALIA, “Ethical guidelines for mediators”, 2011, recuperado de <http://www.lawcouncil.asn.au/lawcouncil/images/LCA-PDF/a-z-docs/EthicalGuidelinesforMediators.pdf>.
- MACFARLANE, J., “Mediating ethically: the limits of codes of conduct and the potential of reflective practice model”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol.40, nº1, 2002.
- MENKEL-MEADOW, C., “Ethics in ADR: the main ‘Cs’ of professional responsibility and dispute resolution”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 18, nº4, 2001, 979-990, recuperado de [www.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2050&context=ulj](http://www.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2050&context=ulj).
- MERINO ORTIZ, C., *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Reus, Madrid, 2013.
- MH-MEDIATE, “A Mental Health Mediation Community”, Recuperado de <http://www.mhmediate.org>.
- MIRANZO DE MATEO, S., “Quiénes somos, a dónde vamos... origen y evolución del concepto mediación”, *Revista de Mediación*, Año 3, nº5, 2010.
- MOORE, C.W., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995.
- NOONE, M.A y AKIN OJELABI, L., “Ethical challenges for mediators: an Australian perspective”, *Washington University Journal of Law and Policy*, nº45, 2014.
- ROETTI, J.A., “La virtud como mesotes: una reinterpretación”, *Konvergencias, filosofía y cultura en diálogo*, Año VI, nº20, 2009.
- SIX, J.F., *Dinámica de la mediación*, Paidós, Barcelona, 1997.
- SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Barcelona, 1997.
- STULBERG, J.B., “Bush on mediator dilemmas”, *Journal of Dispute Resolution*, Vol.1, nº1, 1994.
- TOMAS, K.W. y KILMANN, R.H., *Thomas-Kilmann Conflict Mode Instrument*, California Consulting Psychologists Press, Inc., Palo Alto, CA, 1974.

- TORRALBA, F., “Més enllà del principalisme: l'ètica de les virtuts com a fonament”, *Ars Brevis*, nº7, 2001, 377-391.
- URY, W.L., *Alcanzar la paz. Diez caminos para resolver conflictos en la casa, el trabajo y el mundo*, Paidós, Buenos Aires, 2000.
- VAN LEYNSEELE, P. y DOLEŽALOVÁ, M., “Ethics in mediation”, 2012, recuperado de [http://www.cak.cz/assets/etika-v-meaci\\_aj.pdf](http://www.cak.cz/assets/etika-v-meaci_aj.pdf).
- VIOLA, I., “La protección del principio de confidencialidad en la mediación y el arbitraje electrónicos en España”, *Democracia Digital e Governo Electrónico, Florianópolis*, nº10, 2014.
- WALDMAN, E. (Ed.), *Mediation ethics. Cases and commentaries*, Jossey-Bass, San Francisco, 2011.
- WITHEHILL, J.M., WEBSTER, D.W., y VERNICK, J.S., “Street conflict mediation to prevent youth violence. Conflict characteristics and outcomes”, *Injury Prevention*, Vol.19, nº3, 2012.
- ZAMIR, R., “The disempowering relationship between mediator neutrality and judicial impartiality: toward a new mediation ethic”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol.11, nº3, 2011.

# LA INTERVENCIÓN EN CONFLICTOS MEDIANTE PROCESOS ADAPTATIVOS: VALORES DE LA MEDIACIÓN E INTUICIONISMO ÉTICO<sup>1</sup>

Ramón Alzate Sáez de Heredia

Cristina Merino Ortiz

Itziar Fernández Villanueva

Equipo docente de Análisis y Resolución de Conflictos UPV-EHU

María José Ruiz García

Profesora Asociada de la Universidad de Huelva

---

<sup>1</sup> Publicado en *Anuario de Mediación y solución de conflictos* 2015, núm.3, Editorial Reus, Madrid, 2016. ISBN 2340-9681.



*“Afortunadamente, la vida humana no se teje con dilemas, sino con problemas, con esos asuntos complicados ante los que urge potenciar la capacidad creativa”.*  
(Adela Cortina, 2013).

## **1. EL AUGE DE LA MEDIACIÓN Y LOS RIESGOS DE SU INSTITUCIONALIZACIÓN**

El objetivo de este artículo es compartir una serie de reflexiones que parten de nuestra trayectoria profesional y académica en el ámbito de los procesos de intervención en conflictos, bien sea en mediación, facilitación o asesoramiento en gestión de conflictos.

La evolución que se ha producido en torno a la mediación en las últimas décadas es significativa y nos congratula al tiempo que nos preocupa. Provoca satisfacción comprobar cómo en estos años se ha ido desarrollando una extensa regulación legislativa, ha aumentado el compromiso institucional a diferentes niveles (local, autonómico y estatal) y ha proliferado la expansión de la formación universitaria y la difusión mediante cursos divulgativos y de sensibilización. Al mismo tiempo, provoca preocupación, que al abrigo del auge de la mediación, surjan ciertas prácticas en la profesionalización e institucionalización que en ocasiones distan del epicentro de lo que son los conflictos y están alejadas de los procesos adaptativos de gestión de los mismos.

El interés de la mediación, a nivel profesional y académico, va más allá de los modos consensuados y no violentos de alcanzar acuerdos y la simple oposición a los métodos adversariales y formales de afrontar conflictos. Consideramos que en el área de Resolución de conflictos se identifican dos sensibilidades, que en sentido metafórico denominamos “dos almas”. Esta dualidad se manifiesta en un alma que se expresa desde el vínculo que se establece profesionalmente entre el conflicto y el sistema judicial; y ese otro alma en el que el conflicto es una manifestación de la interacción personal, organizacional o social como consecuencia del continuo cambio

en el que nos encontramos, con percepciones diversas, intereses contrapuestos y necesidades no satisfechas por esas partes enfrentadas.

Como consecuencia de estas dos interpretaciones sobre lo que implica la Resolución de conflictos, en síntesis el alma vinculada a lo judicial y el alma vinculada a lo social, resulta comprensible encontrar una diversidad de enfoques que llevan a materializar sus correspondientes sensibilidades. Sirva como ejemplo: si una visión de la mediación tiene como objetivo aligerar de pleitos el sistema judicial, es probable que se promocionen experiencias de programas o centros de mediación intra-judiciales que desarrollen procesos ágiles, pre-diseñados, donde los plazos y número de sesiones están previamente limitados, de forma que acompañen el ritmo del procedimiento judicial del que se deriva. Por el contrario, si se trata de una sensibilidad acorde con el alma social, el planteamiento sobre el abordaje del conflicto será más abierto, flexible y adaptado a las necesidades del propio conflicto y de las partes que lo protagonizan. Asimismo, nos podemos encontrar que la evaluación de los programas de mediación estén sujetos a indicadores muy diferentes en función de cuál sea ese “alma” que inspira dicha experiencia. Pongamos otro ejemplo que ilustre esta dualidad. En la visión judicial se podría reducir el éxito de la mediación a su resultado, cuantificando simplemente el número de acuerdos, sin valorar el impacto del proceso. Incluso se podría caer en el riesgo de financiar la mediación en función del número de firmas de acuerdos, lo cual se aleja del enfoque transformativo y relacional que promueve ese alma social y de Cultura de Paz que es el motor de la mediación.

Sin duda, en ambas visiones identificamos cuestiones de interés para reflexionar, con la finalidad de garantizar una evolución adecuada de la disciplina de Resolución de Conflictos y su plasmación en la realidad social.

Entre los peligros de la excesiva institucionalización de la mediación encontramos que ha sido paralelo el interés en la profesionalización, cuestión comprensible ya que para trabajar en un centro, programa o servicio bajo el amparo de la Administración y, por tanto, con financiación pública, es necesario establecer unos criterios objetivos que garanticen que sus profesionales tengan el nivel de conocimiento que garantice la calidad de su ejercicio. Esta cuestión ha generado, a su vez, el interés legislativo en regular la mediación y el interés académico en garantizar programas de formación de calidad.

Como es sabido, a partir del año 2001 comienza en España la regulación autonómica en materia de mediación en ámbito familiar y de Derecho privado y, más de una década después, con la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles se amplía la regulación a nivel estatal. El resultado ha sido que hoy nos encontramos con una diversidad de situaciones en las que para trabajar en determinados equipos de mediación se exige un nivel de conocimiento que se simplifica con acreditar un número de horas o una titulación específica.

En esta reflexión sobre la paralela profesionalización e institucionalización, el peligro lo detectamos en lo alejado que se encuentran las acreditaciones y certificaciones de la comprobación sobre la habilidad personal y profesional para adaptar los procesos de Resolución de Conflictos a las necesidades de las partes. La realidad exige que gestionar el conflicto no se reduzca a poner en práctica un proceso de

mediación en los términos que vienen regulados por la correspondiente ley o su desarrollo reglamentario.

Si bien en el enfoque social hay algunos aspectos sobre la profesionalidad que se comparten con la reflexión previa, en general favorece intervenciones más flexibles, con procesos diversos donde el ritmo es más probable que se pueda adaptar a la dinámica del conflicto, sus partes y su relación, al margen de las fases del procedimiento judicial. Ahora bien, el enfoque social no está exento de peligros, de hecho, ya desde la década de los 80, diversas investigaciones sobre procesos de Justicia Restaurativa estaban interesadas en estudiar el efecto “*social net-widening*”, identificado como el riesgo de que la mediación (principalmente en el contexto penal juvenil) supusiera una ampliación de la red de control social<sup>2</sup> Por ello, es interesante tener en cuenta el impacto de estos procesos, en la medida que ya desde sus orígenes, en Estados Unidos y Canadá, se generó la preocupación sobre el riesgo de aumentar e institucionalizar la mediación como proceso de control social por parte de la cultura dominante.

## 2. LOS VALORES SUBYACENTES DE LA MEDIACIÓN Y EL INTUICIONISMO ÉTICO

Las inconsistencias que puedan existir entre los distintos modelos y modos de mediar, reflejan tensiones entre los valores subyacentes a la mediación: *autonomía de los disputantes, equidad substantiva y equidad procedimental*. Lo ideal es que las personas mediadoras satisfagan estos principios en todas sus intervenciones. Con frecuencia esto no es posible y las mediadoras tienen que decidir por sí mismas cómo priorizan y contrapesan esos principios en los casos en los que compiten entre sí. La filosofía y los modelos subyacentes a la persona mediadora juegan un rol importante en la forma en que dichos principios se equilibran.

Los modelos son útiles para ordenar nuestro pensamiento sobre un tópico particular y ponen en evidencia cómo las teorías y los valores influyen en el comportamiento mediador<sup>3</sup>. Pero no podemos obviar que los sistemas y los modelos nunca pueden replicar la realidad, porque sistematizan el mundo real de forma abstracta. Tal como defendió MARTÍN-BARÓ, en su reconocida habilidad para integrar diversas teorías y cuestionar las creencias tradicionales: “*El problema con los modelos y los conceptos no es tanto lo que ven como lo que no ven, y sobre todo no tanto en lo que muestran en cuanto lo que son incapaces de captar, no en su positividad sino en su negatividad*”<sup>4</sup>.

La orientación de la persona que media (sus puntos de vista, paradigmas, comportamientos y la manera en la que conduce el proceso) tiene impacto en la dinámica de la mediación. Incluso puede servir de ejemplo para el comportamiento de

2 Vid. BLOMBERG, T.G. y COHEN, S. (Eds.) *Punishment and Social Control: Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*, Aldine de Gruyter, Hawthorne, NY, 1995.

3 ALEXANDER, N., “The Mediation Metamodel: understanding practice”, *Conflict Resolution Quarterly*, Wiley Periodicals, Inc., vol. 26, nº 1, 2008, pp. 97-123.

4 Vid. MARTÍN-BARÓ, I. (N.d.), “Hacia una Psicología de la Liberación de Ignacio Martín-Baró”, en *Catedibremartinbaro*, [http://youtu.be/STy3D\\_d7J6U](http://youtu.be/STy3D_d7J6U), recuperado el 28/02/2015.

las partes, puede influir en el contenido de la agenda y afectar el rango de opciones de solución que se consideran en la mediación<sup>5</sup>. Ya desde los años 50, el sociólogo alemán SIMMEL<sup>6</sup> identificaba el rol ubicuo del mediador en distintas culturas, a veces reconocido formalmente y otras no. Aunque resalta como características centrales la imparcialidad de la persona mediadora y la naturaleza no determinante del proceso; distingue entre, por una parte mediadores terceras partes neutrales y desinteresadas, *outsider mediators*, y por otra parte mediadores activos e igualmente preocupados por los intereses de todas las partes –por ejemplo, miembros de la familia, personas mayores de la comunidad–, *insider mediators*<sup>7</sup>.

Podríamos decir que independientemente de las filosofías, enfoques y modelos que guían los procesos de mediación, la mayoría de profesionales estarían de acuerdo en identificar la existencia de tres valores (principios) subyacentes a todas las intervenciones mediadoras<sup>8</sup>:

- I.- Autonomía de las partes. La autonomía o autodeterminación se refiere al derecho que tienen las partes a tomar decisiones basadas en sus propias creencias y valores, libres de toda coacción y/o restricción. A diferencia del litigio en donde los abogados enmarcan la disputa y los jueces deciden sobre ella, en mediación las partes retienen el control sobre cómo se presentan, discuten y resuelven sus conflictos según sus percepciones y normas personales sobre lo que es justo. Determinar si una decisión tomada en mediación es autónoma o no, requiere centrar nuestra atención sobre la existencia de factores internos y/o externos que amenacen el ejercicio de la libre voluntad.
  
- II.- Justicia (equidad) substancial. La justicia substantiva se refiere a la justicia y/o equidad de los resultados o la aceptabilidad del resultado mediado. En cualquier caso, el juicio sobre la justicia y/o equidad del resultado está basado en el sistema de creencias de cada persona. Existen dos corrientes; para una, la ley formal encarna la noción más importante de justicia, por ello muchas personas mediadoras sienten que la normativa legal debe jugar un papel en la mediación. La otra corriente considera que la ley formal y la justicia divergen profundamente.

SUSSKIND cree que un buen acuerdo mediado debe gozar de cuatro características: *Justo, eficaz, estable, e inteligente*<sup>9</sup>. En primer lugar, debe ser considerado *justo* por las partes (quizás también por quienes facilitan el proceso en donde se media). Asimismo, tanto el proceso como el resultado debe ser tan *eficaz* como sea posible; es decir, las partes deben

5 MENKEL-MEADOW, "Toward another view of legal negotiation: the structure of the problem-solving", *UCLA Law Review*, vol. 31, 1984, pp. 754-842.

6 Vid. SIMMEL, G., *El conflicto: sociología del antagonismo*, El Acantilado, Barcelona, 2010.

7 Vid. WOLFF, K. (Ed.), *The Sociology of Georg Simmel*, Free Press, New York, 1964.

8 Vid. WALDMAN, E., *Mediation Ethics*, Jossey-Bass, San Francisco, 2011.

9 Vid. MAYER, B., STULBERG, J.B., SUSSKIND, L. y LANDE, J., "Core Value of Dispute Resolution: Is Neutrality Necessary?", *Marquette Law Review*, vol. 95, issue 3, spring 2012.

pensar que todo el tiempo y dinero invertidos han sido bien empleados. Que sea *estable* no quiere decir que no sea revisable, pero si el resultado no es estable, probablemente, el proceso no fue adecuado ya que llegaron a un acuerdo que las partes no estaban dispuestas a mantener. Finalmente, los acuerdos deben ser *inteligentes*, es decir, que se ha tomado en cuenta toda la información y recursos que les son disponibles.

En el ámbito de la mediación no hay consenso sobre la importancia de este principio.

III.- Justicia (equidad) procedimental. Se refiere a la justicia del proceso empleado para alcanzar el acuerdo mediado. La investigación revela que las partes, en su mayoría, consideran que han sido tratadas justamente en un proceso de resolución de conflictos si se les ha dado la oportunidad de contar su propia historia y si han sido escuchados por una tercera parte neutral y respetuosa. En definitiva, si se trata con respeto y dignidad a las partes, es más probable que sientan que el resultado alcanzado es justo incluso cuando los términos del acuerdo no le sean favorables.

En la función facilitadora que se desarrolla en mediación, nos encontramos con muchas ocasiones en las que surgen inconsistencias, contradicciones e interferencias entre los deberes con respecto a la autodeterminación de las partes, vigilando a la vez la justicia del proceso y el resultado sustantivo. La respuesta a estos problemas con los que nos encontramos frecuentemente, depende de la filosofía y del modelo de mediación que defendamos o esté implícito en nuestro mediar.

En un artículo reciente, BUSH y FOLGER<sup>10</sup> entran directamente en esta polémica sobre los valores subyacentes a la mediación y se posicionan claramente afirmando que el principio de la *autodeterminación*, o lo que ellos denominan *empoderamiento*, es el valor supremo y central de la mediación al que hay que sacrificar, si es necesario, todos los otros principios y valores. Teniendo en cuenta la conclusión principal que el psicólogo social de Stanford, ZIMBARDO<sup>11</sup> establece tras su famoso experimento de la prisión y los sucesos de Abu Graib: “*el ambiente cambia más fácilmente a la gente que lo que la gente cambia el ambiente*”, parece que quienes median pueden haber sido cambiados por los ambientes en los que trabajan, especialmente juzgados y otras entidades institucionales, al adoptar prácticas y mentalidades dirigidas al logro de acuerdos, favorecidas por dichas instituciones y relegando el principio de la autodeterminación. Según BUSH y FOLGER, los mediadores han sido raptados e “intoxicados” por la cultura de los expertos de la solución de problemas. En definitiva, el valor superior y sutil de la autonomía o autodeterminación ha sido relegado por la intoxicación del rol de solucionadores de problemas.

10 Vid. BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., *Reclaiming Mediation's future: Getting over the Intoxication of Expertise. Re-Focusing on party self-determination*. www.mediate.com, 2014.

11 Vid. ZIMBARDO, P., *El efecto Lucifer*, Paidós, Barcelona, 2008.

En un interesante debate sobre la necesidad de la neutralidad, STULBERG y SUSSKIND, dos reconocidos pioneros de la mediación moderna, se cuestionaron el valor del principio de neutralidad. Basándose en aquel debate generado al inicio de los 80, se reeditó junto con MAYER y LANDE, una serie de reflexiones sobre la importancia de estos valores o principios que tuvo lugar a finales del 2011 en la *Marquette University Law School*<sup>12</sup>. En dicho debate, SUSSKIND argumenta que no es suficiente que el mediador garantice la plena participación, capacidad e intercambio equitativo, sino que afirma que “*el éxito de una intervención mediadora debe también ser juzgado en términos de equidad (justicia) y estabilidad de los acuerdos*”. Frente a este planteamiento, STULBERG defiende que asumir la responsabilidad de la equidad del acuerdo representa un abandono injustificado del rol propio del mediador<sup>13</sup>.

MAYER<sup>14</sup>, por su parte, considera que es poco realista creer que a pesar de nuestros valores y conocimientos como mediadores, nuestros comportamientos no afectarán a los resultados del proceso. Baste recordar las palabras de HEISENBERG (1901-1976), quien desempeñó un importante papel en el progreso del pensamiento filosófico moderno en su formulación del principio de incertidumbre: “*No conocemos la realidad, sino la realidad sometida a nuestro modo de interrogarla*”. Por tanto, es imposible no influir en los resultados, lo hacemos a pesar de nuestros valores y creencias sobre la neutralidad. Finalmente, señala MAYER que “*la cuestión aquí recae sobre cuál es nuestra intencionalidad y cuál nuestra responsabilidad social*”<sup>15</sup>.

Como vemos, existen diferentes puntos de vista sobre la posición que la persona mediadora debe adoptar en aquellos contextos o circunstancias en donde se produzcan tensiones, interferencias y/o incompatibilidades entre los distintos principios o valores subyacentes a los procesos de mediación.

En este contexto de debate, y ante la pregunta de qué es lo que hace que una acción mediadora sea moralmente correcta en situaciones en las que los principios entran en colisión, consideramos, de forma general, que el comportamiento ético a veces requiere concesiones y compensaciones entre los tres requisitos fundamentales que hemos mencionado: autonomía de las partes, justicia substancial y justicia procedimental<sup>16</sup>.

Esta idea no es nueva en el ámbito de la filosofía y la ética<sup>17</sup>. Frente al Utilitarismo ético y la Deontología kantiana, en los años 30 del siglo pasado el filósofo escocés Ross<sup>18</sup> planteó lo que él denominó el Intuicionismo ético.

Para el Utilitarismo, la acción correcta es la que aporta un bien mayor tomando en cuenta todas las partes afectadas. Si una acción logra una mejoría general de la felicidad, entonces esa acción es moralmente deseable. En el ámbito de la mediación

12 Vid. MAYER, B., STULBERG, J.B., SUSSKIND, L. y LANDE, J., “Core Value of Dispute Resolution: Is Neutrality Necessary?”, *Marquette Law Review*, vol. 95, issue 3, spring 2012.

13 Vid. STULBERG, J.B., “Must be a mediator be neutral? You ‘better believe it!”, *Marquette Law Review*, vol. 95, issue 3, spring 2012.

14 Vid. MAYER, B., “What we talk about when we talk about neutrality: A commentary on the Susskind-Stulberg debate, edition 2011”, *Marquette Law Review*, vol. 95, issue 3, spring 2012.

15 MAYER, B., “What we talk about when we talk about neutrality: A commentary on the Susskind-Stulberg debate, edition 2011” ..., *op. cit.*, p. 812.

16 Vid. WALDMAN, E., *Mediation Ethics...*, *op. cit.*

17 Vid. WALDMAN, E., *Mediation Ethics...*, *op. cit.*

18 Vid. ROSS, W.D., *The right and the good*, Stratton-Lake, E. P., 2009.

nos llevaría a afirmar que la persona mediadora puede actuar como crea necesario siempre que sus acciones faciliten que las partes logren acuerdos mutuamente satisfactorios. Por el contrario, para la Deontología kantiana la moralidad tiene que ver con la adecuación de nuestros comportamientos a los “deberes perfectos” que se aplican en todas circunstancias y para los que no existen excepciones. Son los “imperativos categóricos” que implican que los principios con los que los individuos deben actuar pueden ser universalizables. En mediación, una aproximación kantiana, nos llevaría a afirmar que sea cual sea el principio o principios que consideramos centrales en la práctica de la mediación –diferentes enfoques según modelos– éstos deberían seguirse independientemente de las situaciones y las consecuencias.

Para Ross, ambas posiciones filosóficas, el Utilitarismo y la Deontología kantiana tienen un carácter absoluto. En su lugar, postula la existencia de deberes *prima facie*, deberes “a primera vista”, no representando criterios definitivos ni concluyentes. Estos deberes supuestamente son vinculantes, sin embargo en ocasiones, dependiendo del contexto, pueden llevarnos a otras consideraciones. Tomando la situación como un todo, Ross<sup>19</sup> sugiere que hay que considerar cuál de los deberes *prima facie* es el más imperioso en una situación dada. El Intuicionismo ético no reconoce deberes absolutos, sólo deberes que se vuelven prioritarios después de considerar la totalidad de las circunstancias. Aplicando el intuicionismo ético a la mediación, concluimos que cada profesional en la gestión de conflictos y mediación debe de equilibrar sus deberes con respecto a la autodeterminación de las partes, vigilando a la vez la justicia del proceso y del resultado substantivo. Para una mediación ética puede resultar tranquilizadora la noción de que el deber inexcusable en el contexto de un caso, puede ser subordinado a otras prioridades dados unos hechos diferentes.

### 3. LA COMPLEJIDAD DE LOS CONFLICTOS Y EL ENFOQUE ADAPTATIVO

En la actualidad, tanto en la vida cotidiana como en el ámbito de la Resolución de conflictos, buscamos respuestas y soluciones a las distintas situaciones y conflictos de una manera rápida, sin querer perder el tiempo. Deseamos salir de las situaciones difíciles lo antes posible y en cuanto tenemos una respuesta o solución, tendemos a pasar la respuesta a otras personas<sup>20</sup>. En definitiva, transmitimos los procesos que llevan a soluciones mediante publicaciones, seminarios, cursos o conferencias, sin embargo, tal como señalan BOJER, KNUTH y MAGNER<sup>21</sup>, no parece lo más apropiado este sistema para los problemas complejos a los que nos asoma la realidad social en el siglo XXI. Este enfoque de la transmisión, no cabe duda que es eficaz y conveniente en determinadas circunstancias y para determinados problemas, pero no es generalizable.

19 Vid. ROSS, W.D., *The right and the good...*, op. cit.

20 ALZATE, R., FERNÁNDEZ, I. y MERINO, C., “Desarrollo de la cultura de la paz y la convivencia en el ámbito municipal: la mediación comunitaria”, *Política y Sociedad* 50, 1, 2013, pp. 179-194.

21 Vid. BOJER, M., KNUTH, M. y MAGNER, C., *Mapping dialogue: A research project profiling dialogue tools and processes for social change*, Partners for the Future Worldwide, South Africa, 2006.

En primer lugar, vivimos en un mundo cada vez más complejo donde las respuestas tienen una vida muy corta<sup>22</sup>. Este autor señala que los problemas difíciles están caracterizados por tres tipos de complejidad. La complejidad dinámica que significa que la causa y el efecto están distantes en el espacio y en el tiempo. Para afrontar este tipo de complejidad se debe optar por un enfoque sistémico sobre el problema y la solución. La complejidad social se refiere a la existencia de muchas asunciones y puntos de vista diferentes sobre el mismo problema o conflicto y, por tanto, no hay una persona o entidad que posea exclusivamente la visión del problema. Esta complejidad social requiere un enfoque participativo. Finalmente, se da una complejidad generativa que significa que las soluciones del pasado no funcionan hoy, que el problema es impredecible, imprevisible y en continuo cambio, lo cual requiere un enfoque creativo.

En segundo lugar, hay una constatación generalizada de que las personas quieren resolver sus propios problemas, protagonizar sus procesos. Cuando una respuesta a sus problemas se impone o se importa desde el exterior, se produce una resistencia que hace con frecuencia que la respuesta o solución fracase. Esta circunstancia puede deberse, parcialmente, a que la respuesta no es de hecho adecuada al contexto particular, pero también, porque las personas que no han participado en la solución o a las que no se les ha consultado, no sienten las soluciones como propias. Los seres humanos tenemos una tendencia interior profunda que nos impulsa hacia la libertad y la autodeterminación. Si se dan las circunstancias adecuadas, las personas tienen más recursos de los que nos imaginamos a la hora de encontrar sus propias respuestas. El éxito a la hora de implementar intervenciones sobre conflictos sociales depende, en gran medida, del sentido de propiedad y motivación de los implicados y no de la brillantez de la idea. Aunque sólo fuera por estas dos razones, deberíamos dedicarnos más a hacer preguntas, a dialogar y escucharnos los unos a los otros.

La aceptación y comprensión de la complejidad nos lleva a la necesidad de acercarnos a los conflictos con procesos flexibles y adaptativos. En sus orígenes, los académicos de la mediación se basaron en la cuadrícula original de RISKIN para desarrollar modelos de mediación específica. RISKIN<sup>23</sup> ofrece un enfoque sistemático (*Old Grid*) para categorizar la práctica de la mediación y el rango de aproximaciones usadas por quien interviene en la mediación. Identifica dos dimensiones: 1. El rol del mediador: de evaluativo a facilitativo y 2. La forma en que es definido el problema: de estrecho a amplio. Posteriormente, en 2003 y 2005, RISKIN revisa el modelo y reemplaza la dimensión evaluativa-facilitativa por los términos directivo-elicetivo (*New Old Grid*). Asimismo, dice que una sola cuadrícula con dos dimensiones fijas que se centra sólo en la influencia del mediador es insuficiente. Por ello, introduce lo que denominó el *New New Grid*, un sistema de cuadrículas que se centra, en un nivel, no sólo en la influencia del mediador sino también en los otros participantes y, en otro nivel, en tres categorías de toma de decisiones en mediación: procedimental, sustantiva y metaprocedimental.

22 Vid. KAHANE, A., *Solving tough problems*, Berrett-Koehler, San Francisco, 2004.

23 RISKIN, L., "Mediator Orientations, Strategies and Techniques", *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 12, 1994, p. 111.

Desde la observación y participación directa en procesos de mediación, consideramos que el estilo profesional y el enfoque de la mediación influye en lo que ocurre en la interacción con las partes durante el proceso. Sin embargo, son escasos los estudios observacionales sobre este hecho. Entre las investigaciones norteamericanas consultadas encontramos algunos resultados de interés. En primer lugar, los mediadores experimentados muestran distintos estilos de mediar, que se reducen fundamentalmente a dos: el estilo orientado al acuerdo y el orientado a la relación, predominando los primeros.

Se observan también entre los resultados algunas cuestiones llamativas. Por ejemplo, a pesar del mantra que se ha hecho tópico en mediación y que es asumido por la mayoría profesional, de que lo importante son los intereses y las necesidades, no se encuentra evidencia de que las personas mediadoras así lo hagan. Asimismo, aunque en el entrenamiento en mediación se formen inspirados en un modelo formal, después se manifiestan de manera sorprendente con muy diferentes estilos comportamentales de mediación.

En segundo lugar, una de las cuestiones que se formulan es en qué medida la propia percepción del estilo de mediar se corresponde con la realidad de la práctica mediadora. Parece ser que en muy poca medida se corresponde lo percibido con lo aplicado. Los resultados de diversos estudios muestran de manera consistente, que las autodescripciones de quien media no son guías fiables de su comportamiento mediador.

En tercer lugar, ante la pregunta sobre si hay alguna relación entre la calidad del proceso y el estilo de mediación. No hay estudios que puedan afirmar de modo rotundo que han descubierto que bajo determinadas condiciones unos estilos son mejores que otros. Sin embargo, sí se pueden plantear algunas consideraciones:

- Los estilos o enfoques de la mediación son determinantes de los resultados del proceso, por lo menos con respecto a la satisfacción de las partes, siendo más satisfactorio el enfoque facilitativo.
- Los distintos estilos de mediación tienen diferente impacto en función de los resultados que se persiguen. Por ejemplo, cuando se trata de conflictos de carácter predominantemente económico (y no relacional) se considera más eficaz el modelo centrado en el acuerdo. Sin embargo, cuando se trata de conflictos con una importante presencia de aspectos relacionales triunfa el enfoque facilitativo.

Más allá del impacto del enfoque de la mediación, consideramos que hay una serie de características de la práctica competente por parte de quien media, como es el transmitir confianza, respeto, comprensión y optimismo, así como disponibilidad para adaptarnos a las inclinaciones y necesidades de las partes y no viceversa, lo cual garantiza la percepción de satisfacción de las partes y la autopercepción positiva desde el autoanálisis de quien media.

Quisiéramos también hacer referencia a un enfoque adaptativo, que si bien está basado en el ámbito internacional su aplicabilidad se extiende a cualquier contexto

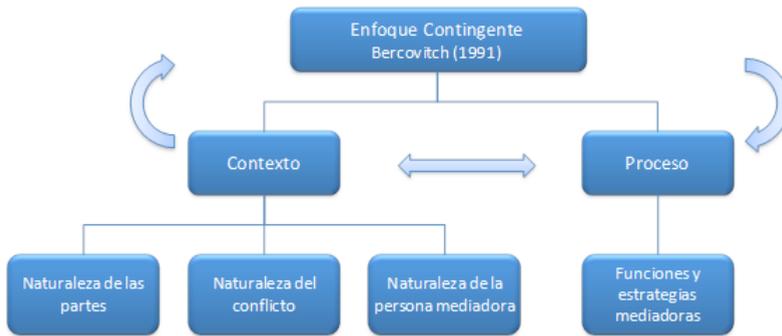
de intervención social. Más que una propuesta teórico-metodológica en la línea de los modelos anteriores, se trata de un modelo aplicado en la medida en que marca las premisas que debe seguir la práctica mediadora de cara a la consecución de resultados exitosos. Nos estamos refiriendo al Modelo Contingente de Mediación desarrollado por BERCOVITCH<sup>24</sup>. Desde este enfoque se defiende que los resultados a obtener de una mediación están determinados por variables tanto antecedentes como presentes en el conflicto. Cuando una persona mediadora decide intervenir en un proceso mediacional debe realizar, a modo de pre-mediación, un estudio de las distintas variables contextuales que caracterizan la situación conflictiva. BERCOVITCH<sup>25</sup> incluye como variables contextuales las siguientes:

- La naturaleza de la disputa: intensidad del conflicto, duración del *impasse*, comprobación de las negociaciones anteriores a la mediación.
- La naturaleza de los problemas: si están en juego o no cuestiones de principio, número de problemas a negociar.
- La naturaleza de las partes: poder de cada una, experiencia en casos de mediación, actitudes hacia la mediación y el acuerdo.
- La naturaleza de la persona mediadora: sus características personales, su identidad, prestigio, autoridad.

Realizado este primer estudio, la persona mediadora tendrá conocimiento de las circunstancias y características que configuran el conflicto que debe ayudar a resolver. Este paso supone una tarea imprescindible si se desea una mediación satisfactoria. Reconocidas las variables contextuales que configuran el conflicto, se puede empezar el proceso de mediación en sí mismo; es decir, abrir la negociación entre las partes. En este momento son las variables conocidas como de procedimiento las que van a estar incidiendo también sobre los resultados de la mediación. Incluidas como variables de procedimiento se encuentran las estrategias y tácticas que la tercera parte utiliza para desempeñar su labor. Desde el "Enfoque Contingente" se defiende la continua interrelación entre las variables contextuales y de procedimiento. La elección de una estrategia y táctica de intervención no puede realizarse dejando a un lado las variables contextuales que anteceden al comienzo del proceso. La persona mediadora deberá estar alerta ante cualquier cambio que pudiera producirse para adecuar sus intervenciones a la nueva situación. Por tanto, este modelo defiende la absoluta interdependencia entre ambos grupos de variables.

24 BERCOVITCH, J., "Mediator and Mediation Strategies in International Relations", *Negotiation Journal*, vol. 8, 1991, pp. 99-112.

25 BERCOVITCH, J., "Mediator and Mediation Strategies in International Relations" ..., *op. cit.*, pp. 99-112.

Modelo de Mediación Contingente propuesto por BERCOVITCH<sup>26</sup>.Fuente: Méndez<sup>27</sup>.

En definitiva, los resultados de la mediación van a depender tanto de variables contextuales como de procedimiento, al estar ambas en continua interacción. Las variables señaladas en este enfoque han sido propuestas también por diversos investigadores en los últimos años. La ventaja que ofrece el modelo de BERCOVITCH, es que ha sabido recogerlas y estructurarlas, creando así lo que podría ser una teoría general de efectividad de la mediación.

#### 4. CONCLUSIONES

En conclusión, abogamos por una resignificación del concepto ADR (*Alternative Dispute Resolution*), para pasar de designar los procesos *alternativos* de solución de disputas, como procesos *adaptativos* de resolución de disputas. Usamos el concepto adaptativo en vez de alternativo; en el sentido en que la mediación y los procesos de gestión de conflictos los entendemos como adaptativos, no necesariamente “alternativos” si la alternativa es el sistema judicial. Los modos de gestionar las relaciones interpersonales y organizacionales son mucho más creativos y diversos que la clasificación en judicial/no judicial. No obstante, cabe la posibilidad de que se considere el término alternativo como no derivado, sino al margen del sistema judicial; en tal caso lo equiparamos a nuestra idea de concebir los métodos adaptativos, en el sentido de adaptados al conflicto y no alternativos (a un sistema en el que se da por supuesto que debe encajar). Abogamos por adaptar la herramienta al conflicto y no al revés. Adaptarla a la situación concreta, con la consiguiente gestión de las emociones imbricadas al conflicto que permitan a sus protagonistas escucharse, entenderse y en su caso alcanzar un consenso o solucionar controversias, desacuerdos o disputas; bajo el paraguas de la ética global<sup>28</sup>, donde lo bueno y lo correcto tiendan

26 BERCOVITCH, J., “Mediator and Mediation Strategies in International Relations” ..., *op. cit.*, pp. 99-112.

27 MÉNDEZ, M., *Estrategias y tácticas en mediación de conflictos*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Santiago de Compostela, 1992.

28 FABREGAT, A., “Ethos, a propósito de la mediación”, *Revista electrónica: e-Mediación*, septiembre 2012, vol. 7, n° 174, pp. 21-40, recuperado el 28/02/2015, [www.acuerdojusto.com/Articulos/Entradas/2015/2/11\\_](http://www.acuerdojusto.com/Articulos/Entradas/2015/2/11_)

a encontrarse; donde la ética deontológica que pauta lo que es *correcto* no diste de lo teleológicamente es *bueno* para las personas<sup>29</sup> y el intuicionismo ético ofrezca un marco flexible y adaptativo a cada conflicto<sup>30</sup>.

Hace ya un tiempo que venimos reflexionando sobre la necesidad de revisar los principios y planteamientos que inspiraron la mediación en sus orígenes y en la actualidad. Por ello, consideramos que ha llegado el momento de reflexionar sobre un cambio de paradigma. Partimos del concepto de paradigma que propone KUHN<sup>31</sup>, que lo define como “*realizaciones científicas universalmente reconocidas que durante cierto tiempo proporcionan modelos de problemas*”. Efectivamente, los principios de la mediación han tenido su función a la hora de estructurar los procesos de mediación. Sin embargo, ha llegado el momento en el que pueden estar suponiendo una “intoxicación” en la aplicación profesional de los propios principios que impiden a algunos profesionales generar procesos flexibles y adaptativos.

Consideramos que en el ámbito de la mediación y la Resolución de conflictos estamos en época de plantearnos un cambio de paradigma, donde el Intuicionismo ético<sup>32</sup> tiene mucho que aportar con la finalidad de gestionar los principios teóricos y su aplicación práctica a los procesos. Se trata pues de superar la multiplicidad de modelos y abogar por un metamodelo centrado en las personas, los conflictos y su contexto; y no en los mediadores y sus conceptualizaciones y modelos. Huyendo de intereses mercantiles a la hora de profesionalizar la disciplina y de intereses particulares de productividad y rendimiento que deriven en una excesiva institucionalización de la herramienta de la mediación.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, N., “The Mediation Metamodel: understanding practice”, *Conflict Resolution Quarterly*, Wiley Periodicals, Inc., vol. 26, n° 1, 2008.
- ALZATE, R., FERNÁNDEZ, I. y MERINO, C., “Desarrollo de la cultura de la paz y la convivencia en el ámbito municipal: la mediación comunitaria”, *Política y Sociedad* 50, 1, 2013.
- ALZATE, R., MERINO, C. y MÉNDEZ, M., “Generando opciones en Mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Solución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- BERCOVITCH, J., “Mediator and Mediation Strategies in International Relations”, *Negotiation Journal*, vol. 8, 1991.
- BLOMBERG, T.G. y COHEN, S. (Eds.), *Punishment and Social Control: Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*, Aldine de Gruyter, Hawthorne, NY, 1995.
- BOJER, M., KNUTH, M. y MAGNER, C., *Mapping dialogue: A research project profiling dialogue tools and processes for social change*, Partners for the Future Worldwide, South Africa, 2006.

---

Ethos\_a\_proposito\_de\_la\_Mediacion\_En\_los\_cimientos\_del\_pensamiento\_etico.html.

29 CORTINA, A., “El deontologismo ético: en favor de la libertad, la igualdad y la solidaridad”, *Anthropos, Argumento*, N° 96, 1989, pp. 22-27.

30 Vid. ROSS, W.D., *The right and the good...*, op. cit.

31 Vid. KUHN, T.S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

32 Vid. ROSS, W.D., *The right and the good...*, op. cit.

- BUSH, R.A.y FOLGER, J.P., *Reclaiming Mediation's future: Getting over the Intoxication of Expertise. Re-Focusing on party self-determination*. www.mediate.com, 2014.
- CORTINA, A., "El deontologismo ético: en favor de la libertad, la igualdad y la solidaridad", *Anthropos, Argumento*, N° 96, 1989.
- FABREGAT, A., "Ethos, a propósito de la mediación", *Revista electrónica: e-Mediación*, septiembre 2012, vol. 7, n° 174, recuperado el 28/02/2015, www.acuerdojusto.com/Articulos/Entradas/2015/2/11\_Ethos\_a\_proposito\_de\_la\_Mediacion\_\_En\_los\_cimientos\_del\_pensamiento\_etico.html.
- FERNÁNDEZ, I., MERINO, C.y ALZATE, R. (en prensa), *Inteligencia emocional para la solución de controversias: emociones y procesos de gestión de conflictos*, Escuela de Estudios e Investigación Judicial del Poder Judicial del Estado de Guanajuato, Guanajuato, México.
- KAHANE, A., *Solving tough problems*, Berrett-Koehler, San Francisco, 2004.
- KUHN, T.S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- MARTÍN-BARÓ, I. (N.d.), "Hacia una Psicología de la Liberación de Ignacio Martín-Baró", en *Catedlibremartinbaro*, [http://youtu.be/STy3D\\_d7J6U](http://youtu.be/STy3D_d7J6U), recuperado el 28/02/2015.
- MAYER, B., "What we talk about when we talk about neutrality: A commentary on the Susskind-Stulberg debate, edition 2011", *Marquette Law Review*, vol.95, issue 3, spring 2012.
- MAYER, B., STULBERG, J.B., SUSSKIND, L.y LANDE, J., "Core Value of Dispute Resolution: Is Neutrality Necessary?", *Marquette Law Review*, vol.95, issue 3, spring 2012.
- MÉNDEZ, M., *Estrategias y tácticas en mediación de conflictos*, Servicio de Publicaciones, Universidad deSantiago de Compostela, 1992.
- MENKEL-MEADOW, "Toward another view of legal negotiation: the structure of the problem-solving", *UCLA Law Review*, vol. 31, 1984.
- MERINO ORTIZ, C., *La mediación en situaciones asimétricas: procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Reus, Madrid, 2013.
- ROSS, W.D., *The right and the good*, Stratton-Lake, E. P., 2009.
- RISKIN, L., "Mediator Orientations, Strategies and Techniques", *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 12, 1994.
- RISKIN, L., "Decision making in Mediation: The New Old Grid and the New Grid System", *Notre Dame Law Review*, 2003, 79, (1).
- SIMMEL, G., *El conflicto: sociología del antagonismo*, El Acantilado, Barcelona, 2010.
- STULBERG, J.B., "Must be a mediator be neutral? You 'better believe it!", *Marquette Law Review*, vol.95, issue 3, spring 2012.
- WALDMAN, E., *Mediation Ethics*, Jossey-Bass, San Francisco, 2011.
- WOLFF, K. (Ed.), *The Sociology of Georg Simmel*, Free Press, New York, 1964.
- ZIMBARDO, P., *El efecto Lucifer*, Paidós, Barcelona, 2008.



**LAS RELACIONES FAMILIARES  
EN EL ÁMBITO DE LA  
EMIGRACIÓN GALLEGA:  
BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN**

María Luisa López Allegue  
Mediadora



## 1. INTRODUCCIÓN

*“E dispois de ter percorrido moitos camiños estraños en contra da miña vontade, de claro que o nacer, vivir e morrer nunha mesma terra é a sorte máis grande que se lle pode desexar a unha criatura; pero a condición de que na terra nativa haxa liberdade e xustiza, pois sen estes dous bens tamén hai desterro na propia terra”*, tal como señala CASTELAO<sup>1</sup>.

La emigración gallega no solo pervive en nosotros como fenómeno social que ha dejado una huella profunda e imborrable en nuestra historia desde hace ya más de dos siglos, sino que incluso en la actualidad, aun son muchos los ciudadanos gallegos que residen fuera de nuestras fronteras. De hecho, la emigración constituye un fenómeno vivo del cual se deriva un colectivo de afectados que se suceden en el tiempo. Por ello, se considera de gran importancia el desarrollo de expectativas de futuro en sus relaciones familiares, tomando como punto de partida sus experiencias vividas. Se busca, en consecuencia, la reconstrucción de esta memoria, dada la repercusión que la emigración tiene en todos los niveles: económico, político, administrativo, social, educativo, etc. y, en especial, el familiar.

De este modo, iniciamos un camino donde resulta vital conocer las vivencias de las familias afectadas por la emigración, en tanto se trata de un aspecto relevante y significativo de nuestro pasado, que hemos de tener presente, en aras de proyectar una mejora en su situación familiar actual.

Por lo que se refiere a los objetivos perseguidos con este trabajo, huelga decir que, por un lado, el objetivo general consiste en el análisis de los efectos que la emigración gallega causa a nivel familiar, a fin de poder estudiar la aplicación de la mediación en este ámbito. Así, como soporte de la situación que se va a analizar, se contextualiza la emigración gallega por medio de una breve historia de este fenómeno migratorio, sus consecuencias y los lugares de destino.

Se hace menester reflejar la nueva familia transnacional, que surge tras la organización familiar con la finalidad de afrontar la situación creada con la emigración. Esta nueva familia vive, con motivo de su separación, el denominado duelo mi-

---

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ CASTELAO, A.D., *Sempre en Galiza II*, Editorial La Voz de Galicia, Libro Terceiro, Arteixo (A Coruña), 2001, p. 10.

gratorio, que consideramos el epicentro a gestionar debidamente por ambos segmentos familiares para que resulte positiva la experiencia y refuerce, así, los vínculos creados. Del mismo modo, el desarraigo sufrido por el que emigra y la quiebra en su fase de apego que, de modo paralelo, sufre el que queda, constituyen aspectos de especial relevancia.

Por otro lado, el objetivo específico se puede concretar en la elaboración de una propuesta de transformación de las relaciones familiares –que se han visto deterioradas debido a la partida y el regreso posterior de la emigración–, gracias a los beneficios que la mediación puede reportarles. Para su realización, se toma como base la información obtenida de los contactos realizados y de las encuestas cubiertas, por lo que se agradece sinceramente, dada su utilidad, tanto la participación desinteresada de ambas fuentes, como la valentía de sus protagonistas.

## 2. CONTEXTUALIZACIÓN

Siguiendo a MALHEIRO GUTIÉRREZ<sup>2</sup>, la emigración gallega es un hecho histórico, toda vez que hablamos de un fenómeno con presencia secular en diversos escenarios que se fueron sucediendo a lo largo de toda nuestra historia. A su juicio existen diversas razones que movieron a los gallegos a salir de su tierra. Así, en el siglo XVI, la siega y el jornal fueron la causa de su desplazamiento hacia Castilla, aunque no fue hasta el siglo XVIII, cuando Andalucía o Extremadura comenzaron a atraer una emigración más cualificada formada por tejeros, canteros o arrieros.

Con el paso del tiempo, se fueron asentando en Portugal trabajadores de la vendimia, aguadores, criados o cargadores que sembraron topónimos de raíz gallega, mientras que en el flujo migratorio hacia América, destacaban los gallegos entre los dependientes de comercio y propietarios minoristas de Buenos Aires, Montevideo y La Habana. Y, más tarde, con el incremento de inmigrantes, se desempeñaban también otras actividades: mozos de cuerda, empleados domésticos, obreros portuarios, repartidores de periódico, operarios en la construcción de los ferrocarriles brasileños y argentinos, así como obreros de compañías mineras en la Patagonia.

Ahora bien, el movimiento migratorio alcanza su mayor intensidad entre finales del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX, abarcando esta etapa, tal y como señala LOBATO MARTÍNEZ<sup>3</sup>, desde el año 1882 al 1960. No obstante, aun cuando se observa un aumento paulatino hasta el año 1913, lo cierto es que las mayores salidas en masa tienen lugar, primero, entre 1920 y 1930 y, posteriormente, desde 1947 hasta la década de los años 60. Por el contrario, y a pesar de esta situación, se produce un gran descenso en este fenómeno migratorio, tanto con la I Guerra Mundial, como con la Guerra Civil española y, además, una disminución de forma secuencial a partir de los años 70.

2 MALHEIRO GUTIÉRREZ, X.M., "Aprender del pasado: El fenómeno de la emigración gallega en la manua-lística escolar de ciencias sociales y lengua gallega y literatura (1982-2006)", *XII Congreso internacional de teoría de la educación*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011, p. 3.

3 LOBATO MARTÍNEZ, J.M., "La emigración en el contexto gallego: evolución histórica y características", *Autoconcepto en hijos de emigrantes*, Ed. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1999, p. 37.

## 2.1. CONSECUENCIAS DE LA EMIGRACIÓN

El fenómeno de la emigración representó para Galicia un hecho de gran trascendencia, toda vez que sus consecuencias incidieron directamente en nuestra historia. Así, cabe destacar, entre todas ellas, la ruptura o discontinuidad de las relaciones en el ámbito familiar, objeto de este estudio y donde se ubica la mediación como vía de mejora.

La emigración supuso un impulso favorable en la mejora del bienestar social de la comunidad gallega en su propia tierra pero, igualmente, de forma negativa, provocó el nacimiento de una serie de problemas específicos que se engendraron en el núcleo de la familia debido a la ausencia de alguno de sus miembros. Buena prueba de ello es la diferenciación, entre negativas y positivas, que realiza MALHEIRO GUTIÉRREZ<sup>4</sup> acerca de las consecuencias que se derivan de la emigración.

En primer lugar, resalta, como consecuencias negativas, las demográficas, debido a las bajas de población a causa de las salidas en masa al exterior; las socioeconómicas, por la pérdida de mano de obra capacitada para el mercado laboral; y, por último, las socioculturales, donde el abandono del entorno doméstico hace que sea conocido el síndrome de viudas de vivos<sup>5</sup>: *“Este vaise i aquel vaise, e todos, todos se van, Galicia, sin homes quedas que te poidan traballar. Tes, en cambio, orfos e orfas e campos de soledad, e nais que non teñen fillos e fillos que non téñen pais. E tes corazóns que sufren longas ausencias mortás, viudas de vivos e mortos que ninguén consolará”*.

En segundo término, están las consecuencias positivas, entre las que destaca el valor de las remesas de los emigrantes que *“sirvieron para saldar deudas, redimir fueros, adquirir propiedades, introducir innovaciones técnicas y organizativas en las explotaciones agrícolas aliviando, de este modo, una economía plagada de urgencias, necesidades y privaciones”*<sup>6</sup>. E, igualmente, sobresale la liquidez monetaria llegada de América, en tanto llevó al establecimiento de una tupida red bancaria, además de contribuir al despegue industrial de Galicia, la implantación de obras de carácter social y la revitalización del comercio marítimo y las comunicaciones.

## 2.2. DESTINOS DE LA EMIGRACIÓN

A juicio de LOBATO MARTÍNEZ<sup>7</sup>, se pueden clasificar, en función del lugar de recepción, los destinos sucesivos de nuestra emigración gallega de finales del siglo XIX hasta el siglo XX, en tres grandes ciclos: el ciclo americano, el europeo y el español.

4 MALHEIRO GUTIÉRREZ, X.M., “Aprender del pasado: El fenómeno de la emigración...”, *op. cit.*, p. 5.

5 Reflejado en el representativo V poema de “¡Pra a Habana!”, en DE CASTRO, R., “As viudas dos vivos e as viudas dos mortos”, *Follas novas*, Ed. La Voz de Galicia, Arteixo (A Coruña), 2001, p. 244.

6 MALHEIRO GUTIÉRREZ, X.M., “Aprender del pasado: El fenómeno de la emigración...”, *op. cit.*, p. 5.

7 LOBATO MARTÍNEZ, J.M., “La emigración en el contexto gallego:..., *op. cit.*, p. 37.

### 2.2.1. EL CICLO AMERICANO

ÁLVAREZ SILVAR<sup>8</sup> indica que los principales puertos por los que se embarcaba eran los de A Coruña, Vigo, Villagarcía y Carril, siendo Puerto Rico, Cuba y México los destinos preferentes desde el puerto de A Coruña. En cambio, los países hacia los que se orientaba la partida desde Vigo y Villagarcía eran Brasil, Uruguay y Argentina.

Durante los años treinta, además de restringir la entrada de inmigrantes en los países americanos, que provocaron el regreso de parte de la población hacia España, se abre un paréntesis en esta emigración a causa de la Guerra Civil y la II Guerra Mundial, para reanudarse este ciclo migratorio en 1946<sup>9</sup>.

De este modo, este ciclo americano se prolonga aproximadamente desde 1880 a 1960, en el cual se diferencian dos etapas<sup>10</sup>: por un lado, la emigración colonial (1880-1930), que se caracteriza por la explotación de materias primas con fines repobladores y, por otro, la emigración industrial o capitalista (1946-1960), que está ligada a la afluencia de población de las ex colonias a las antiguas metrópolis por las necesidades de acumulación del capital en los países industrializados.

En cuanto a la primera etapa mencionada, la población marchaba principalmente a Uruguay, Argentina y Cuba, siendo Brasil y, sobre todo, Venezuela, los nuevos destinos a los que se dirige la emigración en la segunda de las etapas señaladas. En concreto, este último país indicado es el que mejor encarna la transición de la emigración colonial a la emigración industrial o capitalista<sup>11</sup>.

### 2.2.2. EL CICLO EUROPEO

A partir de los años 60, el movimiento migratorio se dirige hacia Europa, alcanzando su máximo apogeo entre 1964 y 1973, para ir descendiendo paulatinamente hasta el año 1980. A este respecto, continúa indicando ÁLVAREZ SILVAR<sup>12</sup>, que son dos –Alemania y Suiza– los estados europeos principales receptores de la emigración gallega, siguiéndoles a distancia Francia y Holanda, predominando uno u otro país en función de la situación económica existente.

Al comienzo de este ciclo migratorio europeo, concretamente en 1961, Alemania constituye el país que absorbía un alto porcentaje de emigrantes gallegos, pero lo cierto es que cae drásticamente en 1967. Así, será en este año cuando Suiza percibió una mayor entrada de trabajadores, lo que la convirtió en el principal destino europeo de este ciclo. Ahora bien, aunque Alemania se recupera y vuelve a recibir una masa de emigrantes procedentes de Galicia, es el país helvético el que, a partir

8 ÁLVAREZ SILVAR, G., “La Emigración Masiva hacia América (1880-1930)”, en ÁLVAREZ SILVAR, G., *La migración de retorno en Galicia (1970-1995)*, Ed. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1997, Tomo I, p. 23.

9 ÁLVAREZ SILVAR, G., “La Emigración Masiva hacia América...”, *op.cit.*, p. 26.

10 ÁLVAREZ SILVAR, G., “El Contexto Histórico de la Emigración Gallega”, en ÁLVAREZ SILVAR, G., *La migración...*, *op.cit.*, pp. 13-15.

11 ÁLVAREZ SILVAR, G., “De la Emigración en Masa a la Emigración Industrial (1946-1960)”, en ÁLVAREZ SILVAR, G., *La migración...*, *op.cit.*, p. 28.

12 ÁLVAREZ SILVAR, G., “Emigración hacia Europa”, en ÁLVAREZ SILVAR, G., *La migración...*, *op.cit.*, p. 84.

de 1971, ocupa el primer puesto en la recepción de emigrantes gallegos, llegando en 1993 al 100% del total del flujo migratorio.

### 2.2.3. EL CICLO ESPAÑOL

Pese a no ser recogido por la mayoría de autores<sup>13</sup>, que dividen los destinos simplemente en los dos ciclos citados *supra*, este ciclo español, tal y como señala LOBATO MARTINEZ<sup>14</sup>, estaría conformado por la emigración interior de los gallegos, entre 1962 y 1975, al País Vasco, Madrid o Cataluña.

## 2.3. SITUACIÓN ACTUAL

Aunque nos hayamos referido al pasado, la realidad es que el fenómeno migratorio sigue existiendo en nuestros tiempos. De acuerdo con MALHEIRO GUTIÉRREZ<sup>15</sup>, no son pocos los jóvenes que, en busca de trabajo y dadas las circunstancias sociales existentes, se ven obligados a cruzar las fronteras hacia otros países: unos, como antaño, escogen como destino las Islas Baleares, Canarias, Madrid o Cataluña, para trabajar en el sector de la construcción u hostelería, y otros, nada que ver con el perfil de sus antepasados, emigran con sus títulos y doctorados hacia los E.U.A., Irlanda, países nórdicos o Suiza, siendo Portugal el destino de un número importante de personal en el ámbito sanitario.

Lo cierto es que la emigración sigue viva en la actualidad, por lo que podemos afirmar que el fenómeno migratorio no solo está presente en la mayor parte de las memorias de los gallegos, sino que su trascendencia llega hasta nuestros días.

## 3. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

Tal como se contempla en la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, *“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*<sup>16</sup>.

En base a esta normativa legal europea, ratificada por España el 6 de diciembre de 1990, se resalta que los niños tienen derecho a: conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, en la medida de lo posible<sup>17</sup>; preservar su identidad y las relaciones fami-

13 Entre estos autores cabe destacar LÓPEZ TABOADA, ÁLVAREZ SILVAR y VÁZQUEZ FEIJOÓ.

14 LOBATO MARTINEZ, J.M., “La emigración en el contexto gallego: Evolución histórica y características”..., *op.cit.*, p. 37.

15 MALHEIRO GUTIÉRREZ, X.M., “Aprender del pasado: El fenómeno de la emigración...”, *op.cit.*, p. 4.

16 Así se refleja en su Preámbulo, que tiene presente este considerando, enunciado ya en 1924 en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño.

17 Artículo 7.1: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

liares<sup>18</sup>; vivir con sus padres, salvo separación motivada por su interés superior<sup>19</sup>; mantener la relación y contacto directo con el padre, madre o ambos cuando se halle separado de ellos, con la misma excepción del apartado anterior marcada por el interés superior del niño<sup>20</sup>; salir de cualquier país y entrar en el propio con miras a la reunificación familiar o el mantenimiento de la relación padres-hijos<sup>21</sup>; y la responsabilidad de sus padres en su crianza y desarrollo<sup>22</sup>.

### 3.1. FAMILIA TRANSNACIONAL

Se entiende por familia, de conformidad con la definición aportada por CASTILLEJO MANZANARES, el “*sistema dinámico en el que interactúan sus miembros con objetivos comunes y en el que se lleva a cabo una sucesión de etapas en las que cambia su forma y función*”<sup>23</sup>.

Las familias reaccionan frente a coyunturas económicas y políticas determinadas y la emigración es una de ellas. De este modo, la estructura familiar se ajusta en función de las circunstancias sociales existentes en ese momento y en ese lugar y elabora las pautas de interacción en las que se inspirará el funcionamiento de los miembros que la conforman.

El divorcio, la muerte de un miembro, la emigración, entre otros, son eventos que movilizan la estructura familiar, que al tratarse de un sistema, no solo representa la suma de las características de sus miembros, sino también, un conjunto de interacciones que provocan que el movimiento de una parte afecte a las demás y a la familia como unidad. A este respecto, nos ilustran los autores WATZLAWICK, HELMICK y JACKSON, quienes, al hablar de la totalidad como propiedad de los sistemas abiertos, añaden que “*cada una de las partes de un sistema está relacionada de*

18 Artículo 8.1: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

19 Artículo 9.1: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

20 Artículo 9.3: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

21 Artículo 10: “1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares”. 2. “El niño cuyos padres residen en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres [...], los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país [...]”.

22 Artículo 18.1: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

23 Ponencia sobre las “Especificidades de la mediación familiar”, presentada en el desarrollo del Máster en Mediación 2013-2014 de la USC.

*tal modo con las otras que un cambio en una de ellas provoca un cambio en todas las demás y en el sistema total. Esto es, un sistema se comporta no sólo como un simple compuesto de elementos independientes, sino como un todo inseparable y coherente*<sup>24</sup>.

La emigración acarrea una serie de pérdidas que conllevan la alteración de la composición de la familia, obligando a una necesaria reestructuración que abarque tanto su identidad, como las relaciones entre las diferentes generaciones y los roles que cada una de las personas ha de desarrollar dentro del sistema familiar afectado por la emigración. A tal efecto, se puede hablar de llevar a cabo conexiones a través de las fronteras, en el sentido de que la familia que no posee una estructura convencional, al formar parte del fenómeno migratorio, pueda continuar siendo una unidad pese a la distancia física que separa a sus miembros.

Surge, de este modo, la familia transnacional, esto es, una nueva forma de familia que busca otros modos de mantener y fortalecer los lazos que unen a todos sus miembros, para conservar, así, su unidad y cumplir con sus funciones.

### 3.2. DUELO MIGRATORIO. EMOCIONES Y SENTIMIENTOS

TIZÓN GARCÍA<sup>25</sup> señala que *“al trabajo psicológico ocasionado por las pérdidas de la migración es a lo que se denomina ‘duelo migratorio’: complejo proceso de reorganización de la personalidad al que debe hacer frente el ser humano para adaptarse al cambio migratorio”*.

Las familias transnacionales viven, literalmente, en un lado y en otro, separadas a causa de la distancia geográfica ocasionada por la emigración y donde todos los miembros que la componen hacen duelo por las pérdidas implícitas derivadas del fenómeno migratorio. A este respecto, nos indica FALICOV<sup>26</sup> que *“La pérdida de la migración tiene características especiales que la distinguen de otro tipo de pérdida [...] Son más amplias que la muerte de una persona cercana porque la migración trae pérdidas de todo tipo [...] la migración es también más pequeña que la pérdida completa de la muerte [...] Todo se encuentra aun con vida, aunque ausente [...] Siempre es posible fantasear un regreso eventual o una reunión futura”*.

La misma autora<sup>27</sup> describe que la migración representa dos tipos de pérdida ambigua: *“Por un lado, la gente y los lugares queridos están físicamente ausentes, y al mismo tiempo, están agudamente presentes en la mente del inmigrante. Por otro lado, la nostalgia y el estrés de adaptación pueden dejar a algunos miembros de la familia psicológicamente ausentes, aun cuando se hallen físicamente presentes”*.

A raíz del tiempo que dura la ausencia y a causa de la distancia física, respecto de la familia y del hogar, se suceden innumerables cambios que se manifiestan, tanto

24 WATZLAWICK, P., HELMICK, J. y JACKSON, D., “La organización de la interacción humana”, en WATZLAWICK, P., HELMICK, J. y JACKSON, D., *Teoría de la comunicación humana. Interacciones, patologías y paradojas*, Ed. Herder, Barcelona, 1985, p. 120.

25 Vid. TIZÓN GARCÍA, J.L., *Migraciones y salud mental: Una análisis psicopatológico tomando como punto de partida la inmigración asalariada a Catalunya*, PPU, Barcelona, 1993.

26 FALICOV JAES, C., “Migración, pérdida ambigua y rituales”, *Perspectivas sistémicas*, número 69, Noviembre/Febrero de 2001/2, pp. 1-2.

27 FALICOV JAES, C., “Migración, pérdida ambigua y rituales”..., *op.cit.*, p. 3.

en el país de destino como en el de origen. Ello provoca una serie de emociones contradictorias y una explosión de sentimientos que sufren todas las partes protagonistas de este fenómeno migratorio. Ahora bien, a juicio de FALICOV, la trayectoria de la migración está casi vacía de rituales, que considera beneficiosos para las emociones, pues considera que *“No hay una estructura formal, ni un lugar ni segmento de tiempo designado especialmente para marcar la transición, tratar de trascenderla y proveer un contenedor de las emociones fuertes que todos están sintiendo”*<sup>28</sup>.

Las emociones constituyen un elemento clave para el establecimiento de una comunicación eficaz, además de ser un aspecto muy importante en la motivación de nuestro comportamiento. Por ello, éstas deben gestionarse de un modo adecuado ya que siempre están presentes en una situación de conflicto, tal como nos indica TORRADO TARRÍO<sup>29</sup>.

De este modo, se considera necesario hacer un reflejo de las mismas en base a testimonios reales que enriquecen los parámetros objeto de este análisis. No obstante, ante las escasas encuestas obtenidas, se erige el silencio en un dato revelador en sí mismo, en tanto nos evidencia que los que tienen problemas no quieren hablar sobre ellos. Sirva como ejemplo el testimonio de uno de los encuestados al manifestar que *“Nos llevamos bien pero coincidimos en no hablar de esa época”*. Asimismo, DOMÍNGUEZ RIAL, como responsable de la Asociación de Emigrantes Retornados “Marusía”, sigue esta misma tendencia señalada<sup>30</sup>, al indicarnos que *“es muy difícil hablar de lo sucedido por la delicadeza del tema, si bien se lleva mejor si se consigue la mejora económica que fue la causante de la partida”*.

En este sentido, LOBATO MARTINEZ,<sup>31</sup> pone de manifiesto que los tres grupos más sensibles a la ausencia del que emigró son los siguientes: el cónyuge, en el caso de que emigre uno solo de los esposos; los hijos, ante la falta de uno o de ambos padres; y los abuelos, quienes se quedan solos o con la “carga” de los nietos.

## A) SENTIMIENTOS DE LOS PADRES QUE EMIGRAN

- a) Temor a no ser reconocidos como padres<sup>32</sup>: Puede ocurrir que tras su regreso, los hijos se vean obligados a dejar a las personas que los han cuidado, a quienes sí reconocen como verdaderos padres, para irse con otras –las que han vuelto–, que pueden no admitir como tales.
- b) Culpabilidad: Es habitual que los padres emigrantes sientan haber dejado a sus hijos o hijas en el país de origen, se preguntan si podrían existir otras alternativas a esa decisión dolorosa tomada, lo que les genera grandes sentimientos de culpa.

28 FALICOV JAES, C., “Migración, pérdida ambigua y rituales”..., *op.cit.*, p. 3.

29 Ponencia del Máster en Mediación 2013-2014 de la USC sobre “Emociones y conflicto”.

30 A través de conversaciones telefónicas mantenidas se ha obtenido el testimonio reflejado.

31 LOBATO MARTINEZ, J.M., “La emigración en el contexto gallego: evolución histórica y características”..., *op.cit.*, p. 51.

32 Testimonios obtenidos a través de encuestas cubiertas para este trabajo.

- c) Desarraigo: Lo más dramático que distingue a la migración de otras pérdidas ambiguas, es el desarraigo a nivel social, cultural y físico que conlleva, tal y como nos indica FALICOV<sup>33</sup>. Se hace necesaria la realización de prácticas para lidiar con las citadas pérdidas a fin de crear puentes de presencia física y psicológica para ayudarles a llenar ausencias y a continuar en su camino<sup>34</sup>. Ejemplo de ello, son los siguientes testimonios: *“Fue algo traumático y más teniendo en cuenta los tiempos que eran, siendo joven, vivía en una aldea y marchar ya no sólo a una ciudad sino a otro país. Marché sin conocer el idioma, el sitio de destino al que iba, además nunca había salido del lugar donde naciera... fue un cambio radical con todo lo que aquello implicó”*; *“Quería volver a tierra. Siendo joven no me quise integrar allá, quería volver. Nunca me integré en París. Fue maravilloso volver a la tierra. El gallego es un estilo de vida más alegre”*; *“Tenía miedo de morir en Zurich y quedar allá enterrado”*.
- d) Tristeza: *“Triste por dejar una hija en Galicia”*.
- e) Alegría: *“Felicidad porque las hermanas estaban bien en Francia y con buena calidad de vida y así se reunían todas”*; *“Alegría porque se unificaba la familia”*.
- f) Desconcierto: *“Un poco confuso, porque de un lado tenía alegría por ver a las personas que había dejado, volver a la ciudad... pero por otra parte, también sentía preocupación pues dejaba un puesto de trabajo con el beneficio económico que significaba y en Santiago no sabía si podría trabajar”*.
- g) Impotencia: *“Mis padres tomaron la decisión de retornar porque ya habían perdido el ver crecer a una hija y no querían que eso se volviese a repetir. Mi hermano nació en el 95 y con siete meses se vino para España, no nos querían tener separados. Dos años después retornaron a España”*.

## B) SENTIMIENTOS DE LOS ABUELOS COMO CUIDADORES

Los abuelos pueden experimentar sentimientos encontrados: angustia, orgullo, enojo, tristeza, alegría, frustración, soledad, etc. Además, los abuelos que se quedan a cargo de sus nietos reflejan una enorme responsabilidad, sobre todo cuando se encuentran enfermos, tal y como sostiene una de las entrevistadas.

33 *“Cuando una planta se saca de la tierra, se lleva no sólo sus raíces consigo, sino también un poquito de la tierra original alrededor de sus raíces. El ambiente ecológico, sol, aire, proximidad a otras plantas, no es transportable, pero un poquito de tierra, sí. Todo buen jardinero sabe que no debe lavarle ese poquito de tierra adherida a sus raíces porque de esos nutrientes depende que el choque del trasplante sea menor y por lo tanto que el trasplante sea más exitoso”*.

34 FALICOV JAES, C., “Migración, pérdida ambigua y rituales”..., *op.cit.*, p. 4.

Asimismo, estos tienen que gestionar la ausencia de sus hijos a fin de que puedan ver realizadas sus propias metas sin interferencias, representando sin duda los padres en ese camino iniciado por los hijos, una fuente de apoyo insustituible.

### C) SENTIMIENTOS DE LOS HIJOS QUE SE QUEDAN

En palabras del periodista EIRÉ<sup>35</sup>, *“Son los niños de los ojos tristes. Los hijos que crecieron sin padres. Los hijos de los emigrantes gallegos que quedaron en la tierra. Un drama para muchas familias que aun hoy no lo superaron. Son los huérfanos de vivos”*. En este sentido, se puede realizar una clasificación de los testimonios obtenidos a través de las encuestas del modo que sigue:

- a) Dolor: *“Se produjo una situación de separación en la que ambas partes sufrieron”; “Para colmo de males, ya no sólo me separaba de mis referentes como familia sino que tenía que compartir a mi madre con un recién nacido que era mi hermana y era el motivo de su regreso”*.
- b) Agradecimiento: *“Para mí lo más importante y de lo que más agradecida puedo estar es de la educación y estudios que mis padres nos proporcionaron tanto a mi hermano como a mí. Sacrificaron sus vidas, el estar juntos, por nosotros y eso es un bien que nunca le podremos devolver”*.
- c) Tristeza: *“Cada una de las partidas de mi padre las recuerdo como momentos muy tristes, días antes ya estaba muy nerviosa y no me separaba de él”*.
- d) Desconcierto: *“Supuso un gran desconcierto en todos los hijos y una importante desestructuración en el funcionamiento familiar que todavía alcanza al momento actual”*.
- e) Desapego: *“No tengo mucha confianza con mis padres. No siento la necesidad de llamarlos frecuentemente ni de contarles las cosas que hago o me pasan, suelo contárselas a amigos o a mi marido desde siempre. Sé que son mis padres pero no tengo apego emocional fuerte”; “Si bien la relación de todos los hermanos con los abuelos maternos fue muy satisfactoria, la ausencia de los padres ha supuesto una significativa ‘desconexión emocional’ entre el padre y la mayoría de los miembros de la familia”*.
- f) Ansiedad: *“La falta de aptitudes del padre a la hora de gestionar el definitivo regreso ha supuesto una fuente de ansiedad para todos los miembros de la familia”*.

<sup>35</sup> Reportaje Extra de La Voz de Galicia: “Orfos de vivos” realizado por AFONSO EIRÉ con fecha 31 de marzo de 2013.

- g) Soledad: *“Solo encontraba sosiego con aquellas personas que de algún modo guardaban parecido con quienes me habían criado durante ese año y medio”; “Me adapté lo mejor que puede a la situación... quizá el cambio más grande fue el de sentirme encerrado y sólo”; “Tenía una vecina de mi edad que me decía que yo era rica que tenía todo lo que quería porque mis padres estaban en Suiza, yo no tenía ni discman, pero ella tenía una nintendo y una game boy y a sus padres en casa”.*
- h) Desagrado: *“En el segundo viaje, debido a que era invierno y teníamos que ir al colegio, nos quedamos al cuidado de mi abuela y mis tíos que vivían en el mismo domicilio, cercano al nuestro. Este segundo momento lo recuerdo con desagrado. Había grandes diferencias entre el trato, con los niños del domicilio y nosotros, por lo que finalmente nos fuimos para casa de unos amigos de mis padres”.*
- i) Enfado: *“Estaba molesto con mis padres porque nunca vinieron a verme en esos años y tampoco me dejaron ir a verlos a Francia”; “Pataleta y rabieta por no querer quedarme con ellos, no conocía a mi madre y mi padre volvía a irse”.*
- j) Abandono: *“Me hubiese gustado que me incluyeran ya desde el comienzo en su proyecto de vida, como hija, formando parte de sus decisiones”; “No sólo me quedé sin mi familia cercana sino que me metieron en un internado con todo lo que eso suponía... De ser libre como un pájaro en los montes de Ourense me sentí abandonado y encerrado en una cárcel”.*
- k) Rebeldía: *“Sí recuerdo con más edad actitudes de cierta rebeldía orientadas a ‘buscar mi sitio en la familia’, sobre todo con mi madre, en situaciones en las que sentía que no me tenían en cuenta”.*
- l) Incomprensión: *“Si bien el momento del regreso de la madre se vivía con mayor normalidad, no así el del padre que, con una férrea educación tradicional, vivía con frustración las dificultades que conllevaba intentar imponer su ‘autoridad’ en el poco margen temporal de relación familiar directa que las circunstancias permitían, sentimiento que transmitía al resto del sistema familiar”; “Cambio de vivienda, cambio de formas diferentes de convivir, de opinar, de organización de las cosas...”.*

### 3.3. APEGO

Según el Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, de 30 de septiembre de 1990, *“no hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”.*

El psicoanalista inglés BOWLBY fue el primero en describir los principios fundamentales de la teoría del apego en virtud de su trabajo realizado como consultor de salud mental para la Organización Mundial de la Salud<sup>36</sup>. En el desarrollo de esa tarea, que considera, “una valiosa oportunidad para conocer a muchos de los más destacados profesionales en el campo del cuidado infantil”, elabora en 1951 “Cuidado Maternal y Salud Mental” donde en su primera parte presenta pruebas y formula este principio (necesidad maternal): “Consideramos esencial para la salud mental que el bebé y el niño pequeño tengan la vivencia de una relación cálida, íntima y continuada con la madre (o sustituto materno permanente), en la que ambos hallen satisfacción o goce”<sup>37</sup>.

Este autor se refiere al apego “como un sistema de conducta que tiene sus propias pautas de organización interna y que cumple su propia función”<sup>38</sup>. Además, sostiene que cumple una función biológica muy concreta a la que todavía no se le ha prestado la suficiente atención, que se desarrolla como resultado de su interacción con el ambiente, como una estrategia evolutiva de supervivencia, en especial con la principal figura a la que dirige su conducta<sup>39</sup>.

De este modo, estimamos que la ausencia provocada por el fenómeno migratorio, constituye un reto para la conservación de los vínculos parentales. Así, nos ilustra en este aspecto, una de las entrevistadas al manifestarnos cómo se sintió tras la separación de sus cuidadores y el posterior regreso de sus padres emigrados: “*Patataleta y rabieta por no quedarme con ellos, no conocía a mi madre y mi padre volvía a irse... me consta que no me gustaba el cambio de residencia ni la compañía*”.

Ante este hecho, resulta de vital importancia que los hijos puedan establecer un vínculo o relación de apego, que se extiende en el tiempo, con una persona que les brinde protección y soporte afectivo, tal y como se extrae de los siguientes testimonios obtenidos: “*Al ser yo pequeña, lo que sentí o como me sentía ahora mismo no lo sé. Lo que puedo decir es que si miro hacia mis recuerdos son felices*”; “*Tengo muy buenos recuerdos gracias a mi tía y a su pareja (actualmente mi tío) he podido a ir a muchas fiestas de pequeña, a la playa y... me llevaban a todos lados con ellos... realmente no soy consciente de la partida como tal, recuerdo desde siempre mi vida con mi abuela y con mi tía... para mí era normal ir a Suiza de vacaciones a ver a mis padres y al abuelo ya que lo hice desde los 6 años o antes incluso*”; “*En el primer viaje quedamos al cuidado de mis padrinos, recuerdo ese verano, con momentos de preocupación por la salud de mi padre, pero con muy buenos recuerdos por parte de mis padrinos y primos. En el segundo viaje, debido a que era invierno y teníamos que ir al colegio, nos quedamos al cuidado de mi abuela y mis tíos que vivían en el mismo domicilio cercano al nuestro. Este segundo momento lo recuerdo con desagrado, había grandes diferencias entre el trato, con los niños del domicilio y nosotros, por lo que finalmente, nos fuimos para casa de unos amigos de mis padres*”.

36 La teoría del apego surgió de las tareas realizadas de asesoramiento sobre la salud mental de los niños sin hogar que la Organización Mundial de la Salud le encomienda tras la Segunda Guerra Mundial y que él centró sobre la privación materna. Está conformado por una trilogía de BOWLBY: Apego (1969), Separación (1972) y Pérdida (1980).

37 BOWLBY, J., *Apego*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998, p. 20.

38 BOWLBY, J., *Apego...*, *op.cit.*, p. 310.

39 BOWLBY, J., *Apego...*, *op.cit.*, p. 250.

En definitiva, se hace preciso que estas familias transnacionales construyan, en la distancia, nuevas formas de vinculación que involucren apegos, habida cuenta de la nueva situación sobrevenida a raíz del fenómeno migratorio.

#### 4. ETAPAS DE LA EMIGRACIÓN

Toda emigración implica un desplazamiento, un derecho de circulación ya reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948. A tal efecto, su artículo 13, en sus apartados 1 y 2, señala que *“Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”* y *“Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”*.

Son varios los autores, entre los que se encuentran TIZÓN<sup>40</sup>, que refieren las diferentes etapas del fenómeno migratorio. Se considera que, no exentas ninguna de duelo, irían desde la idea de viajar hasta la llegada al lugar de destino, si bien puede incluirse como última etapa, en su caso, el ansiado regreso al lugar de origen.

Asimismo, cabe entender que, en primer lugar, se encuentra la “preparación del viaje”, que hace referencia al nacimiento de la idea de emigrar, cuando el futuro emigrante valora lo que tiene en el lugar de origen y lo que puede conseguir en la nueva tierra y se prepara para ello. A continuación, tiene lugar el “traslado al lugar de destino”, que representa el comienzo de nuevas experiencias hacia el lugar que durante un tiempo será el de permanencia. Posteriormente, está la “llegada”, como el momento de desenvolverse en el nuevo destino, es un período muy duro donde se comprueba si las expectativas previas al viaje son coincidentes con la realidad que encuentra. Y, por último, la “adaptación”, pues el que llega, ya asentado, se adapta a las nuevas costumbres que distan en mayor o menor medida a las suyas, de modo que conviven él y la comunidad receptora, pudiendo llegar incluso, a sentirse parte del nuevo medio en el que se halla.

Por otro lado, en lo tocante al regreso como la última etapa, GALEANO<sup>41</sup> señala que *“yo había estado recorriendo los pueblecitos de Pontevedra y Ourense, y había descubierto tabernas y cafés que se llamaban Uruguay o Venezuela o Mis Buenos Aires Querido [...] todo eso era de los gallegos que habían regresado de América y sentían, ahora, la nostalgia al revés [...] y al cabo de muchos años estaban de vuelta en su tierra de origen, y nunca habían olvidado nada. Ni al irse, ni al estar, ni al volver: nunca habían olvidado nada. Y ahora tenían dos memorias y tenían dos patrias”*.

Lo cierto es que este regreso podría constituir una nueva etapa que supondría la elaboración de un nuevo duelo migratorio por lo que se deja atrás, por los vínculos creados en el lugar de acogida. De hecho, tal y como manifiesta este autor, en Galicia son muy frecuentes los rótulos de locales de negocio, con topónimos que recuerdan el lugar de acogida: Nueva York en Coruña, Cafetería Berna, Tintorería Perú, etc.

Por ello, tomar la decisión de volver es difícil, pues en el tiempo en el que ha vivido fuera del lugar de origen, son muchos los cambios que se han sucedido. En

40 Vid. TIZÓN GARCÍA, J.L., *Migraciones y salud mental...*, op. cit.

41 GALEANO, E., “El río del Olvido”, *El libro de los abrazos*, Ed. Siglo XXI, México, 2006, pp. 100-101.

este sentido, el que emigra, aún sabiendo que no es posible, aguarda encontrar todo –personas y objetos– de la misma manera en la que estaban al irse, como detenidos esperando por su vuelta, lo que da lugar a nuevos conflictos entre los que retornan y los que permanecieron en el país de origen que ahora ejercen de anfitriones.

No es extraño que la gestión de esa nueva situación no resulte exitosa, ni se considera fácil, pues todos han sufrido los impactos de la separación, lo que exigirá, en el momento del regreso, la reconstrucción de casi todo. Así las cosas, esta vuelta constituye el punto de partida del objetivo específico de este trabajo, centrado en los beneficios de la mediación en las relaciones familiares en esta última etapa de la emigración gallega.

## 5. LA REESTRUCTURACIÓN FAMILIAR TRAS EL REGRESO: BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN

Se observa como relevante que la integración familiar, en aquellos casos en los que se produce el tan ansiado reencuentro, se realice de modo adecuado, so pena de que hijos y padres permanezcan juntos y distantes, coexistiendo, una vez se complete la familia. Y ello porque, sin duda, el regreso es complicado y dará lugar a nuevos duelos, generando la necesaria reestructuración familiar. Así, en este contexto tan delicado y necesitado de cambio, será donde la mediación despliega importantes beneficios para la cohesión de la familia.

Las familias afectadas por la emigración, como hemos visto, han de construir nuevos vínculos que incluyan apegos, con el fin de fortalecer los lazos que unen a todos sus miembros y conservar, así, su unidad y cumplir con sus funciones. Por lo tanto, se hacen imprescindibles, a raíz de la reunificación llevada a cabo tras el regreso, tanto los vínculos afectivos –para permitir la satisfacción de las necesidades emocionales a través de la interacción–, como los vínculos de cuidado –para asegurar la continuidad adecuada en la crianza de los hijos una vez se integra la familia–.

Ambos vínculos involucran a todos los miembros del hogar, dado el enfoque sistémico familiar ya referido, y se estructuran, dentro de unas dinámicas, a establecer en pos del beneficio de todos los integrantes de la familia. Esto se evidencia mediante alguno de los siguientes testimonios: *“Ya tengo a mi familia a mi lado y todo vuelve a la normalidad con el tiempo, dejo de estar en el internado y nos mudamos A Coruña, donde nos instalamos definitivamente. Los hermanos estamos muy unidos”; “Yo tenía 15 años, en ese momento, una edad difícil, para iniciar una nueva vida, con el regreso de mi padre... Pues lo que más duro se me hizo, quizás, fue el proceso de adaptación familiar, pasábamos de vivir únicamente con mi madre a que también estuviera mi padre”; “Yo era adolescente (14-15 años) y hubo imposiciones de horarios, normas... cambio de vivienda, cambio de formas diferentes de convivir, de opinar, de organización de las cosas... me hubiera gustado que mis padres hablaran conmigo para que supieran lo que yo solía hacer ordinariamente y llegar a soluciones entre ambos”; “Fue un momento feliz porque íbamos a vivir a la casa nueva que habían construido mis padres; pero al mismo tiempo fue difícil, pasé de vivir con mis*

*abuelos... a vivir con mis padres... yo era adolescente... hubo imposición de horarios, normas... mi hermano tenía 2 o 3 años y no notó eso”; “Si bien el momento del regreso de la madre se vivía con mayor normalidad, no así el del padre que, con una férrea educación tradicional, vivía con frustración las dificultades que conllevaba intentar imponer su ‘autoridad’”.*

En definitiva, nos hallamos ante nuevos conflictos familiares, que vamos a abordar desde la mediación, toda vez que los consideramos ya no solo como algo normal en las relaciones humanas, sino como motor de cambio. Así, coincidimos en subrayar lo señalado por EINSTEIN, en tanto nos recordaba que *“ningún problema importante puede ser resuelto desde el mismo nivel de pensamiento que lo creó”*<sup>42</sup>.

Se propone, pues, observar el conflicto derivado del fenómeno migratorio como una oportunidad de transformación, creando alternativas de solución equitativa con el objetivo de mejorar la convivencia y lograr el bienestar de los miembros que forman la familia. Por tanto, se visualiza el conflicto derivado de la emigración de forma constructiva, esto es, entendido como una oportunidad para las partes de adquirir la capacidad de manejar sus propias controversias de forma diferente, gracias a la asistencia de una tercera persona, el mediador. Este mediador sería, valiéndonos de la definición de mediación aportada por MOORE<sup>43</sup>, *“un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”*.

CONFUCIO, por su parte, ya en el siglo V a.C., predicaba *“la preferencia de la persuasión sobre la coacción y recomendaba la mediación como alternativa al litigio ante el tribunal”*<sup>44</sup>. Sin duda, la mediación presenta un innegable valor, pero siempre que el acceso al sistema judicial permanezca abierto. En este sentido, se puede decir que la mediación está indicada en todos aquellos conflictos en los que el encaje legal que determina la decisión judicial no otorga una satisfacción al interés de las partes y se entiende que, por los objetivos aquí perseguidos, sería altamente aconsejable esta vía.

De las muchas definiciones que podemos encontrarnos de la mediación, nos decantamos por la de FOLBERG y TAYLOR, en tanto exponen que: *“Es el proceso mediante el cual los participantes, con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”*<sup>45</sup>. Por tanto, la mediación es un procedimiento de transformación de conflictos, donde el mediador ayuda a que sus protagonistas –los participantes– encuentren, de modo colaborativo y confidencial, una mejora satisfactoria al conflicto planteado.

La mediación requiere de una serie de habilidades, conocimientos y prácticas, que el mediador pone al servicio de los mediados durante todo el procedimiento que

42 Así se recoge en el artículo de Neuroeconomía del doctor ALONSO PUIG (ALONSO PUIG, M., “El hombre en busca de sí mismo”, *Revista APD*, Diciembre de 2008).

43 MOORE, C., “Cómo funciona la mediación”, en MOORE, C., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995, p. 44.

44 CARRETERO, E., “Orígenes, escuelas, ventajas e inconvenientes”, Ponencia del Máster en Mediación 2013-2014 de la USC.

45 Definición contenida en el manual del curso de mediación, -parte general-, del Consejo de la Abogacía Gallega impartido en el Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña en septiembre de 2013, p. 91.

dirige. Asimismo, ésta presenta una serie de ventajas entre las que cabe destacar las siguientes: no se trata de buscar culpables ni de enjuiciar lo que les ha llevado hasta la situación a mejorar, sino que se crea un clima constructivo de trabajo donde la dependencia de las personas implicadas en el asunto a tratar es mutua; los participantes constituyen los protagonistas de todo el procedimiento, quienes, dirigidos por la persona mediadora, tratan de llegar a un punto o puntos en común que les resulten satisfactorios a ambos como dueños que son de la disputa que traen a mediación; es importante que se sientan identificados con la situación y se impliquen en su resolución, confiando en las capacidades y voluntades que poseen cada uno de ellos como participantes en la mediación; no existen ganadores ni perdedores, el resultado obtenido a través de este método de resolución de conflictos será el conseguido por ellos, de modo cooperativo y con la asistencia del mediador, quien no cuenta con capacidad de decisión en el citado asunto.

Tras el regreso de la emigración, se hace menester generar nuevas estrategias, prácticas y acuerdos que les permita a todos los miembros de la familia asumir la nueva situación, con el ánimo de conseguir la unidad. Así, es en este momento donde la mediación cobra vida y despliega importantes beneficios, en tanto va dirigida a conseguir diversas cuestiones.

En primer lugar, la organización familiar, pues una vez regresada la persona emigrada, se deben establecer los acuerdos relativos al cuidado que garanticen el encaje óptimo para la continuidad de la crianza de los hijos. Aquí se sitúa el Modelo Harvard de mediación desarrollado por FISHER, PATTON y URY.

En segundo término, se pretende afianzar el afecto familiar, en tanto se procura mejorar los vínculos emocionales y la cohesión de la familia, una vez que se completa de nuevo, mediante el establecimiento de una comunicación continua y fluida entre ambos segmentos familiares antes separados. Para conseguir estos fines citados nos servimos del Modelo Circular-Narrativo de SARA COBB.

Y, en último lugar, la mediación va encaminada a recobrar el nexo de la unidad familiar, esto es, a encontrar el sentido del fenómeno migratorio sirviéndonos del envío regular de remesas por los progenitores para cubrir los gastos necesarios para la satisfacción de las necesidades familiares. Consideramos útil, teniendo en cuenta los objetivos señalados, el Modelo Transformativo siguiendo a los autores BUSH y FOLGER.

## 5.1. MODELO HARVARD

La mediación se dirige a la consecución de acuerdos que sirvan para redefinir los roles familiares una vez que la familia se completa de nuevo, al tiempo que se haga patente la implicación de los hasta ahora ausentes, en la educación y vida de sus hijos sin descuidar la labor de los cuidadores. Por tanto, la mediación a llevar a cabo, motivada por esta problemática creada, ha de tener la finalidad de obtener acuerdos consensuados en una serie de aspectos fundamentales para la armonía de la convivencia familiar.

A través de esta mediación familiar, se busca el cese de la situación conflictiva provocada por el retorno a un contexto (geográfico, idiosincrásico, de costumbres, etc.) y a unas rutinas cotidianas, que difieren de las existentes antes de la emigración, y que exigen una adecuación. A este respecto, nos ilustra uno de los testimonios recogidos para este trabajo, en tanto señala que *“La falta de aptitudes del padre a la hora de gestionar el definitivo regreso ha supuesto una fuente de ansiedad para todos los miembros de la familia... La familia todavía se encuentra ‘pagando’ en el momento presente el coste de esta decisión, tanto para el sistema familiar en su conjunto, como para cada uno de sus miembros de manera aislada”*.

Se aplica en este punto el Modelo Harvard de mediación, al entender que la causa del conflicto es una: el propio desacuerdo, el caos, en los puntos a tratar sobre la organización familiar una vez se produce el reencuentro. Por consiguiente, lo relevante aquí no es mejorar o transformar la relación –si bien un acuerdo lo facilita–, sino llegar a acuerdos en temas importantes planteados tras el regreso y causados por los cambios producidos, pues nada es lo mismo.

Por ello, nos decantamos por la línea seguida por FISHER, PATTON y URY que desarrollaron el Proyecto Harvard de Negociación<sup>46</sup>, a nivel nacional e internacional, como un método de negociación alternativo al basado en posiciones y diseñado explícitamente para lograr resultados prudentes en forma eficiente y amistosa<sup>47</sup>. En la Escuela Harvard, el mediador asume un papel muy directivo y está basada en principios o intereses –los que definen la cuestión referida a la organización familiar y en la que quieren llegar a un acuerdo–, no en posiciones, que son las posturas que puedan mantener.

En este contexto se entiende la mediación como una negociación asistida y colaborativa en la que se rompe la tendencia a culpabilizar al otro, a fin de que se identifiquen como parte del problema y se fomente su responsabilización. A juicio de FISHER y URY, se trata directamente con el problema de las personas, es decir, se separa las personas del problema y a este respecto señalan que: *“De manera figurativa, si no literal, los participantes deben verse a sí mismos como empeñados en un trabajo hombro a hombro, atacando el problema, y no atacándose mutuamente. De ahí la primera proposición: separe a las personas del problema”*<sup>48</sup>. Estos autores continúan manifestando que: *“Una manera más efectiva de percibirse mutuamente es como socios en una difícil búsqueda en común por un acuerdo justo y ventajoso para ambos [...] Por difícil que sea nuestra relación personal, podremos más fácilmente alcanzar una reconciliación amistosa que haga concordes nuestros varios intereses si aceptamos esa tarea como un problema compartido y lo emprendemos juntos”*<sup>49</sup>.

La discusión se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado de la relación conflictiva. Esto no obsta a que se explore ese pasado, el cómo fue la organización

46 Este método, denominado negociación según principios o negociación con base en los méritos, está definido por cuatro puntos básicos: las personas –separe a las personas del problema–, los intereses –hemos de concentrarnos en ellos, no en las posiciones–, las opciones –generación de posibilidades antes de decidirse a actuar–, y los criterios –el resultado ha de basarse en algún criterio objetivo–.

47 FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., “No negocie con base en las posiciones”, en FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., *Si de acuerdo! Como negociar sin ceder*, Ed. Norma, Colombia, 1991, p. 17.

48 FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., “No negocie con base en las posiciones”,... *op.cit.*, pp. 17-18.

49 FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., “Separe las personas y el problema”, en FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., *Si de acuerdo!...*, *op.cit.*, p. 38.

familiar sobre las cuestiones en las que ahora existe el desacuerdo (relación hijos-cuidadores, participada en mayor o menor medida por los progenitores en la distancia), para proyectar los cambios a realizar con motivo del regreso, el cómo se pretende llevar a cabo con la vuelta de los hasta ahora ausentes (relación directa entre padres-hijos). Así, para el logro de esos propósitos se consideran adecuadas ciertas técnicas.

La primera es la normalización, pues sin minimizar el asunto planteado, se trata de poner un manto de tranquilidad en los participantes, para que comiencen a ver que la situación que traen a mediación es “normal”, alentándolos, como protagonistas que son, en la búsqueda de su resolución. Otra es el MAAN/PAAN (“la mejor/peor alternativa al acuerdo negociado”). Ésta se refiere a que la razón para negociar es obtener algo mejor de lo que se conseguiría sin dicha negociación, de modo que progenitores e hijos, compararán sus propuestas con su MAAN para ver si satisfacen mejor sus intereses.

También es frecuente la utilización del *caucus* o entrevista individual por parte del mediador, en tanto es útil para obtener más información de los participantes en la mediación en un breve espacio de tiempo. Por otro lado, además de tranquilizar y enfriar las emociones, permite usar la confrontación –para que vuelvan a la realidad o para enfrentarlos a su mejor o peor opción al acuerdo–, así como el desbloqueo del procedimiento y la práctica del *empowerment* de la parte que, en su caso, presente desequilibrio de poder.

La escucha activa también constituye otra técnica usual. El mediador no solo tiene que empatizar y generar confianza mediante una postura corporal receptiva, sino que, además, debe entender y retransmitir la comunicación, verbal y no verbal, de ambos participantes. Así, para la obtención de la información necesaria y el cumplimiento de los objetivos marcados, éste se servirá de los siguientes elementos: la clarificación de la información a obtener: (“¿Desde cuándo...?”), mediante preguntas cerradas –para comprobar– y abiertas –para ampliar la información–; las preguntas orientadas al futuro, útiles para movilizar a las partes ancladas en el pasado hacia la reorganización pretendida, mediante connotaciones temporales futuras sobre la acción mencionada, de forma que se facilita el desbloqueo y la generación de alternativas (“¿Cómo le gustaría que dentro de unos años...?”); la paráfrasis, utilizada para verificar, repetir ideas o hechos básicos: (“¿Lo que quieres decir es...?”); los resúmenes, a través de los que se ordena la información recogida; y el reflejo, en virtud del cual se manifiesta la comprensión de los sentimientos, haciéndoles conscientes de lo que sienten (“¿Te duele que...?”).

Por último, podemos hacer referencia a la lluvia de ideas o *brainstorming*, mediante la exposición de manera informal y libre de todas las ideas acerca del tema planteado por los participantes. Esta técnica se utiliza para salir del marco de la situación con el fin de generar opciones de mutuo acuerdo sobre éste.

El acuerdo que refleje las prácticas a llevar a cabo, además de poder aplicarse a ambos lados afectados tras el regreso de la emigración, ha de ser práctico, legítimo e independiente de la voluntad de cada uno de los participantes, ya que solo así se

logra la satisfacción de los intereses en base a criterios objetivos<sup>50</sup>. En este sentido, a juicio de FISHER y URY<sup>51</sup>, “Cualquier método de negociación debe juzgarse conforme a tres criterios: debe conducir a un acuerdo sensato, si el acuerdo es posible<sup>52</sup>. Debe ser eficiente. Y debe mejorar, o por lo menos no deteriorar la relación entre las partes”.

## 5.2. MODELO CIRCULAR-NARRATIVO

Los mensajes, las fotos y los regalos contienen fuertes expresiones afectivas que dependen de los lazos creados y reflejan sentimientos encontrados: de la tristeza por la separación a la alegría por la vuelta, de la indiferencia por la ausencia al deseo de estar juntos, del orgullo por lo que se ha logrado a la rabia por lo que se ha perdido. De este modo, la comunicación es uno de los aspectos que más refleja cómo se manejan los vínculos familiares, por lo que el haber compartido los planes familiares de futuro se convierte en crucial para la continuidad del vínculo parental.

Se busca que se sientan copartícipes del proyecto migratorio y que se enfrenten a esta experiencia, combatiendo el vacío y la incertidumbre generada, tal como refleja el testimonio que señala que “*Me hubiese gustado que me incluyeran ya desde el comienzo en su proyecto de vida, como hija, formando parte de sus decisiones, que tuvieran en cuenta lo que yo puedo aspirar y desear como ser independiente e importante para ellos*”.

La comunicación define la relación, por lo que, no solo transmite información sino que al mismo tiempo genera conductas. Las familias son un sistema de circuitos interconectados que se retroalimentan, esto es, las comunicaciones ejecutadas por uno de sus miembros afectarían a los demás y viceversa, tal y como nos ilustran WATZLAWICK, HELMICK y JACKSON<sup>53</sup>. Igualmente, estos autores señalan que son cinco los axiomas en la comunicación<sup>54</sup>: “*No es posible no comunicarse*”<sup>55</sup>; “*Toda comunicación tiene un aspecto de contenido y un aspecto relacional tales que el segundo clasifica al primero y es, por ende, una metacomunicación*”<sup>56</sup>; “*La naturaleza de una relación depende de la puntuación de las secuencias de comunicación entre los comunicantes*”; “*Los seres humanos se comunican tanto digital como analógicamente. La comunicación digital cuenta con una sintaxis lógica sumamente compleja y poderosa*

50 FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., “Insista en que los criterios sean objetivos”, en FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., *Si de acuerdo!...*, op.cit., p. 74.

51 FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., “No negocié con base en las posiciones”..., op.cit., p. 12.

52 Un acuerdo será sensato cuando satisface los intereses legítimos de cada uno de ellos en el mayor grado posible, y resuelve sus conflictos de intereses con equidad de forma duradera.

53 WATZLAWICK, P., HELMICK, J. y JACKSON, D., “La organización de la interacción humana”, en WATZLAWICK, P., HELMICK, J. y JACKSON, D., *Teoría de la comunicación humana...*, op. cit., pp. 115-139.

54 WATZLAWICK, P., HELMICK, J. y JACKSON, D., “Algunos axiomas exploratorios de la comunicación”, en WATZLAWICK, P., HELMICK, J. y JACKSON, D., *Teoría de la comunicación humana...*, op.cit., pp. 49-71.

55 A este respecto señalan estos autores que la “*Actividad o inactividad, palabras o silencio, tienen siempre valor de mensaje: influyen sobre los demás, quienes, a su vez, no pueden dejar de responder a tales comunicaciones y, por ende, también comunican*” (WATZLAWICK, P., HELMICK, J. y JACKSON, D., *Teoría de la comunicación humana...*, op.cit., p. 50).

56 En este sentido afirman estos autores que “*Una comunicación no sólo transmite información sino que, al mismo tiempo, impone conductas*” (WATZLAWICK, P., HELMICK, J. y JACKSON, D., *Teoría de la comunicación humana...*, op.cit., p. 52).

*pero carece de una semántica adecuada en el campo de la relación, mientras que el lenguaje analógico posee una semántica pero no una sintaxis adecuada para la definición inequívoca de la naturaleza de las relaciones”; y “Todos los intercambios comunicacionales son simétricos o complementarios, según que estén basados en la igualdad o en la diferencia”.*

La creación de puentes de comunicación entre las partes mitigaría los impactos que en su caso, la separación familiar, a causa de la emigración, hubiese desencadenado, para que el regreso no evidencie que los lazos de afecto y los canales de comunicación resultan difícilmente recuperables. De este modo, para afianzar el afecto familiar, se considera de aplicación el Modelo Circular-Narrativo de SARA COBB, con el fin de restablecer los necesarios vínculos deteriorados o rotos, debidos, en esencia, a una comunicación deficiente o inoperativa que imposibilita la cohesión de la familia una vez se completa.

Así, el mediador parte de la historia individual de ambos segmentos familiares, de cómo han vivido y sentido todo este proyecto migratorio, para dirigir su actuación a la construcción de una nueva narrativa conjunta común, una historia alternativa de la emigración en la cual cada participante quede legitimado ante el otro.

Para SUARES, seguidora de SARA COBB, *“El sentir, el pensar y el hacer son tres características del ser humano. Pero agregaría una cuarta: la construcción y narración de relatos, narraciones o historias; y considero que, si bien puede ser tomada como una parte del ‘hacer’, es quizá lo más distintivo del ser humano”*<sup>57</sup>. Esta nueva historia construida, que no es más verdadera que las otras, contextualiza y legitima a sus participantes, les proporciona una visión más amplia, distinta, de ver el conflicto<sup>58</sup>, *“no tiene por qué ser una historia alternativa perfecta, sino plausible para las partes”*<sup>59</sup>.

Destaca, por su parte, esta autora que: *“Las narrativas no solo brindan un contenido sino que al mismo tiempo construyen una estructura de interpretación que parecería que impide la existencia de otras narrativas [...] Es necesario que esta narrativa alternativa tome una parte de la narrativa principal, pero que la desarrolle en una forma diferente que cree nuevos roles, nuevas características y nuevos valores. [...] debe ser retomada por los otros integrantes del sistema”*<sup>60</sup>.

A juicio de SUARES, SARA COBB reconoce la “colonización” de las historias producida, generalmente, por la relatada en primer lugar, lo que hace que las narraciones restantes, no cuenten una nueva historia sino que justifican, excusan o niegan el argumento del primer relato realizado. Así, con el lenguaje construimos y deconstruimos la realidad, *“esta deconstrucción práctica, que se realiza en los procesos exitosos de mediación, es la que permite que las partes recuperen de forma pro-*

57 SUARES, M., “Distintos tipos de técnicas para ser utilizadas en procesos de mediación basados el Nuevo Modelo Circular-Narrativo”, en SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 240.

58 SUARES, M., “Las cuatro etapas de un encuentro del proceso de mediación basado en el Nuevo Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb”, en SUARES, M., *Mediación...*, *op.cit.*, p. 228.

59 SUARES, M., “Afirmaciones sobre la técnica de la historia alternativa”, en SUARES, M., *Mediación...*, *op.cit.*, p. 300.

60 SUARES, M., “Fundamentación teórica del nuevo modelo Circular-Narrativo de mediación”, en SUARES, M., *Mediación...*, *op.cit.*, p. 195.

*tagónica lo que habían perdido: la posibilidad de negociar por sí mismas, de construir un acuerdo*<sup>61</sup>.

De este modo, si cambiamos sus narraciones, conseguimos modificar la percepción de esa realidad mediante una reflexión de las historias de la emigración, llegando a una historia alternativa que les permita ver lo vivido desde otro ángulo. Así, nos señala que *“La ‘mejor’ historia alternativa no es la que sea más real, sino aquella que permita mayores aperturas, que dibuje más ‘puertas’, que abra más caminos para que las partes puedan comenzar a negociar, para que recuperen esa capacidad perdida, que había quedado como ‘encarcelada’ dentro de las historias previas*<sup>62</sup>.

Así pues, como protagonistas que son, compartimos la idea de que el ser humano es capaz de *“conducir su vida y sus relaciones, de tomar decisiones y ser responsable de éstas y de sus consecuencias*<sup>63</sup>, cada uno de los participantes arrastra consigo los efectos de la emigración que dependen de múltiples hechos acaecidos, que llevan a que cada persona comprenda la misma realidad de un modo muy diferente.

La tarea vital del mediador para conseguir la gestión eficaz de la situación planteada, es descifrar estos contextos para, sin modificar circunstancias ni conductas, formar un nuevo marco de referencia *–reencuadre–*, que le permita reflejar los hechos derivados del fenómeno migratorio desde una perspectiva común a todos los miembros afectados. Se trataría, siguiendo a WATZLAWICK, de *“cambiar el propio marco conceptual o emocional, en el cual se experimenta una situación, y, situarla dentro de otra estructura, que aborde los hechos correspondientes a la misma situación concreta igualmente bien o incluso mejor, cambiando así por completo el sentido de los mismos*<sup>64</sup>.

Para conseguir los objetivos propuestos es importante prestar especial atención, mostrando interés a través de la escucha activa, a la comunicación verbal y no verbal que se da entre los participantes, aquí resulta fundamental que se entiendan entre sí, lograr la empatía al dejar de lado el propio punto de vista para ponerse en el lugar del otro. Asimismo, con el fin de mostrar que estamos escuchando y comprendiendo y para contrastar la información, se parafrasea, se repiten las ideas básicas de cada miembro de la familia afectado, se enfatizan los hechos, al tiempo que se comprueba que es lo que quiere decir quién habla, con frases como *“si he entendido bien, tu idea es...”*.

Para alcanzar el mismo objetivo, también se clarifica lo dicho mediante una pregunta y se usa el reflejo para mostrar que se entienden los sentimientos del que habla y para que éste tome consciencia de los mismos, para ello se utilizan expresiones como *“te duele que...”*. Igualmente, además de revisar el progreso (*“así que lo más importante es...”*), demostrando que seguimos activamente el hilo del discurso llevado a cabo por los participantes en esta mediación familiar, es necesario realizar resúmenes a fin de poder reunir las ideas y los hechos importantes que sirvan de base para el futuro diálogo.

61 SUARES, M., “De la neutralidad a la DeNeutralidad”, en SUARES, M., *Mediación...*, *op.cit.*, pp. 161-162.

62 SUARES, M., “Afirmaciones sobre la técnica de la historia alternativa”, en SUARES, M., *Mediación...*, *op.cit.*, p. 298.

63 SUARES, M., “La mediación, ¿qué es?”, en SUARES, M., *Mediación...*, *op.cit.*, p. 47.

64 Se recoge en el manual del curso de mediación, –parte general–, del Consejo de la Abogacía Gallega impartido en el Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña en septiembre de 2013, pp. 178-179.

Así las cosas, para proporcionar información sobre las interacciones, tanto respecto al contenido del problema como a las partes involucradas o al propio contexto, empleamos tres tipos de preguntas. Las primeras son las circulares, que son adecuadas para preguntarle a cada uno sobre el otro, lo que proporciona dos perspectivas: la propia de quien la emite y la de éste sobre el otro, acerca de lo vivido por la emigración. Con éstas se pretende poner a cada uno en la situación del otro, lo cual *“lleva a crear interdependencia entre las historias y al reconocimiento del protagonismo de la otra parte”*<sup>65</sup>. Otras son las preguntas reflexivas, mediante las cuales se abre una nueva ventana, hasta ahora cerrada, al generarse un contexto nuevo que lleva a la adjudicación de nuevos significados, que facilitarán el proceso de cambio en la percepción de lo vivido a raíz de la emigración. Y, en último lugar, las preguntas hipotéticas, que son eficaces para imaginar escenarios posibles o no proyectados en el futuro.

En definitiva, las respuestas a estas preguntas llevan a la generación de alternativas a través de la aplicación de la técnica ya citada del *brainstorming* que, previa evaluación y selección de opciones en función de la aplicación de criterios objetivos y subjetivos, propicia, como objetivo secundario a alcanzar, la posible llegada a un acuerdo. Para la consecución de este acuerdo es necesario que los miembros de esta familia, que acuden a mediación, logren el reencuadre al hacer suya la historia alternativa propuesta.

### 5.3. MODELO TRANSFORMATIVO

Las aportaciones económicas regulares efectuadas por el emigrante lo vinculan con su familia, lo conectan con su lugar de origen, y ello resulta esencial para mantener la satisfacción de las necesidades familiares, sobre todo cuando, en la mayoría de los casos, el motivo de la emigración era garantizar la seguridad económica de sus familias. Buena prueba de ello, son los siguientes testimonios: *“En busca de oportunidades laborales”*; *“Salir de la miseria”*; *“Básicamente, los motivos que han llevado a mi abuela a la emigración fueron económicos, a fin de ganar dinero para poder salir de una situación de escasez y darle a su hija una vida mejor y una formación en orden a proporcionarle una carrera universitaria y un puesto de trabajo”*; *“Hacer frente a la deuda con el Banco por quiebra del negocio”*; *“Con el fin de asegurar un buen futuro a toda la familia”*.

Asimismo, de los siguientes extractos de las encuestas obtenidas, se refleja la consecución de una estabilidad económica a causa de la emigración: *“Se mejoraron las condiciones económicas de la familia”*; *“Entiendo que al regreso de mi padre, años después, sí consiguieron el dinero necesario para independizarse”*; *“Conseguí ganar dinero y, de esta forma, pude comprar un piso en Santiago, entre otras cosas, y mi hija pudo estudiar y conseguir un trabajo”*; *“Para mí lo más importante y de lo que más agradecida puedo estar, es de la educación y estudios, que mis padres, nos proporcionaron, tanto a mi hermano como a mí”*; *“Construyeron una casa para su familia y*

65 SUARES, M., “De la neutralidad a la DeNeutralidad”, en SUARES, M., *Mediación...*, op.cit., p.159.

*obtuvieron unos ahorros para poder darnos unos estudios que aquí en aquellos tiempos era difícil*".

Resultan especialmente ilustrativas las vivencias de los que han quedado, quienes manifiestan, ante la partida de sus seres queridos, la admiración ante el objetivo a conseguir y la determinación para hacerlo: *"Sabíamos que era un esfuerzo para todos y por el bien de todos"; "Sacrificaron sus vidas, el estar juntos, por nosotros y eso es un bien que nunca le podremos devolver"; "Después de un tiempo muy duro, el esfuerzo mereció la pena"*.

Lo reflejado evidencia no una familia que se desintegra, sino una reorganización de las tareas a desempeñar por sus miembros para continuar siendo una unidad, teniendo siempre presente la razón que mueve a estos desplazamientos que son la causa de una distancia física insalvable. Se constata, así, lo importante que son los unos para los otros para preservar la familia unida, conociendo el motivo de la emigración, de la partida, del por qué lo dejan todo, se fortalecen los miembros de la familia al sentirse parte del proyecto migratorio y se revalorizan las funciones a llevar a cabo por cada uno de ellos para restablecer su necesaria conexión.

Por esta causa, nos decantamos por la aplicación del llamado Modelo Transformativo de mediación de los autores BUSH y FOLGER, donde el mediador no persigue el arreglo *per se*, sino la manifestación de las oportunidades de la revalorización –alentar la reflexión– y el reconocimiento –promover la aplicación de perspectivas por los miembros afectados– con el fin de mejorar las relaciones familiares. Por ello, la mediación transformadora tiene éxito cuando los participantes realizan la experiencia del crecimiento en las dos dimensiones de desarrollo moral mencionadas: la revalorización y reconocimiento, puesto que son los dos efectos más importantes que la mediación puede producir, y alcanzarlos es el objetivo<sup>66</sup>.

Según los autores citados, la revalorización (*empowerment*) es la capacidad para fortalecer el "yo", el enfatizar los valores y conocimientos que cada persona tiene en sí misma, implicando, que *"en el ámbito de la mediación, cada parte experimenta un sentido más intenso de valía personal, de seguridad, de autodeterminación y autonomía"*<sup>67</sup>. Se pretende, mediante este enfoque transformador, que sus participantes, al resultar fortalecidos, obtengan o recobren la confianza y capacidad necesaria como para asumir el control de la circunstancia migratoria padecida<sup>68</sup>.

La clave está en la necesidad de la revalorización, la afirmación del propio "yo" para poder aceptar al otro, pues solo una vez que se produce el reconocimiento de uno mismo, se puede entender y legitimar al otro, sus intereses y necesidades. Por ende, es fundamental decidir alcanzar soluciones satisfactorias para ambos, obteniéndose un cambio del que surge la verdadera comunicación que va más allá del mero intercambio negociador.

A este respecto, indican BUSH y FOLGER que *"Se alcanza la revalorización cuando las partes en disputa realizan la experiencia de una conciencia más sólida de su propia valía personal y de su propia capacidad para resolver las dificultades*

66 BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., "Cambiar a la gente, no sólo las situaciones: una visión transformadora del conflicto y de la mediación", en BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., *La promesa de mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Granica, Barcelona, 1996, pp. 133-134.

67 BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., "Cambiar a la gente, no sólo las situaciones...", *op.cit.*, p. 138.

68 BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., "Cambiar a la gente, no sólo las situaciones...", *op.cit.*, p. 135.

que afrontan [...] Se alcanza el reconocimiento cuando dado cierto grado de revalorización, las partes en disputa son capaces de reconocer y mostrarse mutuamente sensibles a las situaciones y las cualidades humanas comunes del otro<sup>69</sup>. En una misma línea, SUARES se refiere a esta categoría como “el “reconocimiento” del otro como parte del conflicto, es decir, el reconocimiento del co-protagonismo del otro<sup>70</sup>”.

Siguiendo a BUSH y FOLGER, “Una parte concede reconocimiento en la mediación cuando: comprende que, más allá de poseer la fuerza necesaria para resolver su propia situación, posee la capacidad de reflexionar, considerar y reconocer en cierto modo la situación de la otra parte, no sólo como estrategia para facilitar su propia situación, sino por un impulso de sincero aprecio a la dificultad humana en que se encuentra el otro<sup>71</sup>”. Se produciría, así, la consideración del reconocimiento cuando, por una parte, el que emigró reconoce la situación de los hijos que dejó en el país de origen y, por otra, los hijos que han quedado reconocen la situación vivida en el país de destino por el que ha emigrado, quedando identificadas las dificultades que atravesaron ambos.

Por otro lado, el reconocimiento de las partes en la mediación podría otorgarse en tres planos distintos<sup>72</sup>. Primero, en el del pensamiento, pues se permite ver a la otra parte y a su comportamiento de modo más favorable gracias a la reinterpretación de la conducta anterior del mismo y de ver las cosas con la perspectiva de esa otra parte. Segundo, en el de la palabra, en tanto se admite verbalmente al mediador, al otro directamente o al mediador en presencia del otro, el reconocimiento llevado a cabo por el pensamiento. Y, tercero, en el de la acción, puesto que se decide promover cierta adaptación al otro a la vista de los dos reconocimientos anteriores.

Se potencia el reconocimiento del otro como participante en la mediación, a través del uso de preguntas circulares, que exigen de las partes una reflexión sobre la emigración vivida, sobre las perspectivas de la otra persona y sobre las posibilidades de acuerdo. Además, ahí también resulta de utilidad la técnica del reencuadre.

En definitiva, el objetivo perseguido en esta mediación, gracias a la comprensión y el reconocimiento, es la oportunidad de crecimiento y de transformación moral de sus participantes, al tiempo que nos sirve de soporte para preservar a la familia como unidad, una vez producido el reencuentro, y constatar una mejora de las relaciones familiares tras la separación física sufrida.

69 BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., “Cambiar a la gente, no sólo las situaciones...”, *op.cit.*, p. 134.

70 SUARES, M., “La mediación, ¿qué es?”, en SUARES, M., *Mediación...*, *op.cit.*, p. 60.

71 BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., “Cambiar a la gente, no sólo las situaciones...”, *op. cit.*, p. 141.

72 BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., “Cambiar a la gente, no sólo las situaciones...”, *op.cit.*, pp. 142-144.

## 6. CONCLUSIONES

Nos hallamos sin duda ante una situación que no es desconocida o extraña, sino que forma parte de nuestra cultura, en la que se encuentran tanto las partidas como los regresos de nuestros conciudadanos a lo largo del tiempo. En este sentido, los gallegos salen en busca de nuevos horizontes, cargados de sueños y expectativas, en pos de un futuro mejor. Ya fuere con más o menos fortuna, lo cierto es que todos esos viajes cambian para siempre el escenario de la vida familiar.

Una vez se completa la familia de nuevo y tiene lugar la convivencia entre todos sus miembros, la mediación puede reportarles grandes beneficios para su cohesión en este nuevo contexto creado por el retorno al país de origen. A este respecto, se hace necesario subrayar, en orden al planteamiento de la mediación en este ámbito novedoso, las siguientes cuestiones.

Desde un punto de vista subjetivo, este método autocompositivo resulta adecuado en tanto mantiene el protagonismo de sus participantes, conformados, en este caso, por los que han vivido, ya sea de modo directo o indirecto, la emigración. Todos ellos, a lo largo de la trayectoria migratoria, añoran a sus seres queridos y se ven obligados a mantener una relación en la distancia que, en la mayoría de los casos, ni es suficiente para cubrir sus necesidades emocionales ni es la adecuada para la conservación de los vínculos creados.

Este panorama ya de por sí desalentador, no suele mejorar tras el regreso de aquellos que, cargados con nuevas experiencias y sin ser los mismos, vuelven a su tierra. Se observa, además, como las deficiencias que, en su caso, pudieran presentarse a lo largo del fenómeno migratorio, se agudizan tras la vuelta, donde nada encaja. No hay nadie mejor que ellos para conocer sus devenires, los efectos que todos estos desplazamientos han ocasionado y las consecuencias que ha generado este episodio para el vivir cotidiano de la familia.

Así pues, la mediación puede ayudar a estos protagonistas que saben, no solo lo que hubiesen modificado de su experiencia migratoria, sino también lo que cambiarían de su actual situación.

Desde un punto de vista objetivo, entendemos que la mediación resulta ventajosa para efectuar los cambios que la nueva situación originada demanda. Así, en función de la meta perseguida, la línea a seguir será diferente.

Si la causa del conflicto es una, el desacuerdo puntual en determinados temas en orden a la diferente forma de llevar a cabo la organización de la familia tras el regreso de la emigración, consideramos adecuado el Modelo Harvard. Se busca la llegada al acuerdo por medio de un modelo directivo donde se negocia en base a los intereses subyacentes de las partes en disputa. De este modo, se pone fin al problema planteado mediante el acuerdo adoptado, que representa el orden de la situación que los lleva a mediación.

Si las desavenencias familiares son fruto de una comunicación ineficiente, será necesario restablecer los necesarios cauces de la misma, para lo que nos servimos del Modelo Circular-Narrativo. En este caso, se busca la historia alternativa que les permita ver lo vivido desde diferentes ángulos para construir una narrativa común que legitime lo experimentado por todos ellos durante la emigración. Se trata de

restablecer los lazos afectivos para lograr la unidad, habida cuenta de la interdependencia entre todos los miembros de la familia.

Si se hace necesario mejorar la conexión familiar, nos valemos del Modelo Transformativo. El conocer el motivo o causa de la partida es fundamental para encontrar el sentido de la emigración padecida, si representa un proyecto común de futuro será de ayuda en orden a restablecer la necesaria armonía familiar. En este enfoque transformador, ha de tenerse en cuenta la misión desempeñada por cada uno de ellos, pues se necesitan los unos a los otros para que la familia funcione como una unidad. Es por ello que cobran especial relevancia, en este modelo de mediación, tanto el fortalecimiento de las partes con respecto a su propia situación sufrida, como el reconocimiento mutuo de la padecida por el otro.

En definitiva, podemos indicar que, gracias a los nuevos vínculos originados con la mediación, se crean nuevos escenarios de funcionamiento para este colectivo de afectados por la emigración, que generan, sin duda, expectativas de mejora en sus relaciones familiares.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PUIG, M., “El hombre en busca de sí mismo”, *Revista APD*, Diciembre de 2008.
- ÁLVAREZ SILVAR, G., *La migración de retorno en Galicia (1970-1995)*, Ed. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1997.
- BOWBLY, J., *Apego*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.
- BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., “Cambiar a la gente, no sólo las situaciones: una visión transformadora del conflicto y de la mediación”, en BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., *La promesa de mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Granica, Barcelona, 1996.
- DE CASTRO, R., *Follas novas*, Editorial La Voz de Galicia, Arteixo (A Coruña), 2001.
- FALICOV JAES, C., “Migración, pérdida ambigua y rituales”, *Perspectivas Sistémicas*, nº 69, Noviembre/Febrero de 2001/2.
- FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., *Si de acuerdo! Como negociar sin ceder*, Ed. Norma, Colombia, 1991.
- GALEANO, E., *El libro de los abrazos*, Ed. Siglo XXI, México, 2006.
- LOBATO MARTÍNEZ, J.M., “La emigración en el contexto gallego: Evolución histórica y características”, en LOBATO MARTÍNEZ, J.M., *Autoconcepto en hijos de emigrantes*, Ed. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1999.
- MALHEIRO GUTIERREZ, X.M., “Aprender del pasado: El fenómeno de la emigración gallega en la manualística escolar de ciencias sociales y lengua gallega y literatura (1982-2006)”, *XII Congreso Internacional de teoría de la educación*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011.
- MOORE, C., “Cómo funciona la mediación”, en MOORE, C., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995.
- RODRÍGUEZ CASTELAO, A.D., *Sempre en Galiza II*, Editorial La Voz de Galicia, Libro Terceiro, Arteixo (A Coruña), 2001.

SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1996.

TIZÓN GARCÍA, J.L., *Migraciones y salud mental: Una análisis psicopatológico tomando como punto de partida la inmigración asalariada a Catalunya*, PPU, Barcelona, 1993.

WATZLAWICK, P., BEAVIN HELMICK J. y JACKSON, D., *Teoría de la comunicación humana. Interacciones, patologías y paradojas*, Ed. Herder, Barcelona, 1985.



