



# MEDIACIÓN/MEDIADOR: el contexto y la impronta desde la perspectiva la cultura de la paz

---

Por: Carmelo Hernández Ramos & José Pablo Cuéllar Otón.

## INTRODUCCIÓN

Todas las sociedades, comunidades y organizaciones afrontan conflictos en diferentes oportunidades y situaciones. Las disputas existen cuando las personas compiten para alcanzar objetivos que aparentemente son o pueden ser incompatibles.

La resolución positiva del conflicto va a depender fundamentalmente de dos premisas: la disposición o talante<sup>1</sup> con que las personas se posicionan personalmente frente a la eventual resolución de la crisis y los recursos de que dispongan para articular y desarrollar procedimientos eficaces que promuevan la resolución del problema sobre la base de la mutua cooperación.

Las personas que afrontan conflictos, a menudo necesitan ayuda externa para resolver sus controversias. A un nivel macroscópico, la cooperación se está convirtiendo en la clave de la supervivencia humana. La cooperación no significa necesariamente el fin de la controversia o disputa, sino la posibilidad de abordarla más constructivamente. Es el camino que lleva del enfrentamiento a la cooperación y tiene un nombre propio: Mediación.

---

<sup>1</sup> Intentando reducir al máximo la desconfianza y animosidad, manifiesta o latente, entre las personas enfrentadas por el conflicto.



## MEDIACIÓN: un camino para instaurar la paz social

El recurso a los tribunales de justicia, como método de resolución adversarial de controversias, presenta unas marcadas diferencias respecto de la mediación, que inicialmente podríamos resumir y agrupar en los siguientes elementos:

- 1) Las personas que tienen posiciones enfrentadas, por imperativo legal, generalmente intervienen en el procedimiento judicial a través de su representación letrada- No pueden, por tanto, tener participación directa en la exposición del problema ni mucho menos en la resolución del mismo<sup>2</sup>.
- 2) Generalmente el éxito o fracaso del procedimiento depende de la pericia y recursos con que cuenten los abogados.
- 3) Utilizando este método de resolución adversarial de controversias, los conflictos pierden la dimensión constructiva que deberían y podrían tener.
- 4) Finalmente, la evidencia deja al descubierto que el recurso a los tribunales es generalmente costoso y demasiado largo<sup>3</sup>.

La Mediación, sin embargo, es un procedimiento no adversarial de resolución de controversias mediante el cual las partes en conflicto son realmente los protagonistas principales de la construcción del iter que conduce a la pacificación de la disputa origen del problema, ya que no delegan la resolución del mismo en una tercera persona para que decida por ellas, sino que el poder de decisión lo retienen las mismas personas afectadas: *son ellas mismas las que procuran y, en su caso, consiguen la resolución que pone fin a la disputa, por lo que al asumir el control de la propia situación, se hacen responsables de la decisión y de cómo desarrollar en el día a día el Acuerdo alcanzado, lo que además y por extensión de sus efectos, les puede conducir también hacia la recuperación de su propia autoestima.*

En conclusión, las características esenciales de la Mediación presentan, por tanto, los siguientes elementos diferenciales:

- 1) Proceso no-adversarial, flexible, voluntario y confidencial.
- 2) Poder de decisión de las partes.

---

<sup>2</sup> Exceptuando aquellos procedimientos en los pudiera existir alguna posibilidad legal que lo posibilitara.

<sup>3</sup> Utilizando la metodología de la Resolución Alternativa de Controversias (RAC), los conflictos se pueden llegar a resolver en algunas pocas sesiones, a diferencia de un proceso judicial largo y costoso, en tiempo, recursos y energías.



- 3) Transformación de la posición inicial frente al conflicto desde la perspectiva de la búsqueda de la eficacia y la equidad.
- 4) Resolución de los conflictos en el contexto legal del Estado de Derecho: el Proceso de Mediación en ningún caso sustituye la acción de la Justicia, ni es una panacea.

En efecto, la Mediación es *flexible*, en el sentido de que el proceso no sigue un orden procedimental rígido, sujeto a condiciones y plazos predeterminados y es *voluntario* porque las personas ingresan al mismo por propia decisión: ellas mismas determinan cual es la información que transmiten u ocultan; deciden si llegan o no a un acuerdo y se retiran cuando ellas así lo estiman conveniente o en el preciso instante en que dejen de sentirse cómodas: *en una mediación, nadie está obligado a permanecer en contra de su voluntad*. Consecuentemente, los acuerdos que se logran tienen una gran probabilidad de éxito, debido a la consistencia interna que aporta la gran carga emocional que poseen, al haber sido gestados en conjunto, por ambas partes.

El Proceso de Mediación es *confidencial*, pues se concreta en un Acuerdo, que firman los mediados, donde se establecen las reglas que deben satisfacer conjuntamente, garantizándose que nada de lo que allí se concrete pueda ser extrapolado, en ningún sentido, fuera del exclusivo ámbito que determina intrínsecamente el propio Proceso de Mediación. Tampoco el Mediador podrá reproducir nada de lo que en el Proceso se diga, ni ser citado como testigo, pues lo ampara el secreto profesional.

El Mediador deberá evitar que los resentimientos, la desconfianza y/o los resquemores produzcan distorsiones significativas que dificulten el entendimiento entre las partes, posibilitando de esta manera que lo que cada parte exprese sea interpretado por la otra parte en su exacta dimensión, dejando aparte esas interferencias. El Mediador, por tanto, procurará siempre la consecución de un resultado equitativo, no de cualquier resultado, sino solo aquél que realmente satisfaga a ambas partes.

En este sentido, distinguimos, conforme a las **Directrices de Naciones Unidas para una Mediación eficaz**, (*anexo del informe del Secretario General sobre el fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución -A/66/811, 25 de junio de 2012-*); entre *imparcialidad* y *neutralidad*, entendiendo que la primera impone una labor mediadora evidentemente equidistante de las partes y sin influencia de prejuicios, juicios de valor o simpatías, pero con la presencia de determinados valores o principios que implican que no cualquier acuerdo es deseable, sino el que es mínimamente "justo" para ambas partes, y no consagra una desigualdad manifiesta entre ambas que sólo resolvería el conflicto con la cesión descompensada de los intereses y legítimos derechos de una de las partes.



El Mediador es, en definitiva, solo el conductor del proceso, que direcciona y orienta, sin actuar nunca como árbitro, ni nunca jamás como lo haría un juez, ya que no es él en ningún caso quien resuelve: *lo hacen las mismas personas a través de su mediación. Carece, por tanto, de poder de decisión autorizado* y esto es precisamente lo que lo distingue, en esencia, del juez o del árbitro. Mientras que el Juez *"examina el pasado y evalúa los acuerdos concertados por las partes, las violaciones que una cometió en perjuicio de la otra y las normas acerca de la adquisición de derechos, responsabilidades, etc., que están conectadas con estos episodios y cuando él ha adoptado su posición sobre esta base, la tarea ha concluido"*<sup>4</sup>, el Mediador, en cambio, trabaja para reconciliar los intereses por los que compiten las partes involucradas. Su meta es la de conseguir *"un acuerdo de futuro"* que concilie sus intereses o necesidades, a través del intercambio de derechos y obligaciones, que serán mutuamente satisfactorios y se ajustarán a las normas de equidad que las propias partes determinen conjuntamente.

La Mediación, por tanto, apunta y debe siempre apuntar hacia el futuro, posibilitando el proceso de consecución de un logro, de un objetivo común del que todos se pueden beneficiar. En el Proceso de Mediación el énfasis no se pone en quien gana o pierde, sino en la consecución del equilibrio conjunto entre las necesidades de los mediados y esto es precisamente lo que la convierte en un medio realmente eficaz, al suponer la optimización del tiempo gestionado y el aprovechamiento integral de los recursos habilitados.

Desde esta perspectiva, la Mediación puede suponer no solo la consecución del Acuerdo, sino también la *reducción de la rivalidad* entre las partes y *la mejoría de la calidad en las relaciones interpersonales* de las personas mediadas. Estos dos elementos potencian activamente la comunicación inter-partes posterior a la consecución del Acuerdo y posibilitan no solo la evolutiva modificación de las correlativas percepciones de los mediados acerca del conflicto, sino que además contribuyen a acercar las posiciones más extremas en su inicial posicionamiento respecto del problema y su eventual solución.

Si bien el proceso de Mediación, en sí mismo, no es algo didáctico o pedagógico, lo cierto es que puede suponer el inicio de un camino hacia la adquisición de nuevos conocimientos y experiencias positivas que podrían ser usados en nuevas situaciones de conflictos que pudieran promoverse en el futuro, por lo que *la participación activa de las partes en el Proceso de mediación es esencial para la adquisición de estas nuevas habilidades en la resolución de conflictos.*

El Mediador ha de saber poner en funcionamiento su pensamiento creativo y su inteligencia emocional, para poder obtener un número suficiente de soluciones posibles,

---

<sup>4</sup> Eckhoff.



alternativas y satisfactorias, respecto de aquellas que los mediados puedan percibir, desde sus posiciones de confrontación inicial, potenciando su propia capacidad de negociación y tomando como criterio y referencia sus verdaderos intereses y necesidades. Es decir, a través de la Mediación podemos poner sobre la mesa todas las posibilidades de acuerdo, con lo cual se facilitará la consecución de uno en el que ambas partes se sientan ganadoras, probablemente porque habrán tenido que renunciar, en una proporción equivalente, a parte de sus pretensiones iniciales, para poder alcanzar un Acuerdo en el que se puedan sentir equitativamente representadas, satisfechas y reparadas.

Es evidente que muchos de los conflictos susceptibles de ser mediados pueden y deben solucionarse, pero para ello hay que trabajar activamente con las personas mediadas, buscando su encuentro, para que puedan evolucionar y así superar su posición inicial de enfrentamiento. Es el único camino para que las personas que intervienen en el Proceso de Mediación comiencen a percibir que la solución real y profunda de la controversia hay que buscarla *“desde la perspectiva del otro”* y con ello, logren así ver la importancia de su implicación en la consecución del Acuerdo desde la responsabilidad del accionar conjuntamente: *“Ahora contemplamos los intereses de ambas partes..., antes del Acuerdo cada uno mirábamos en dirección contraria. Preferimos no ser adversarios..., porque sabemos que nuestras diferencias pueden ser superadas o reconducidas, a través de nuestras propias acciones y decisiones, en el Proceso de Mediación”*.

Sin embargo, este procedimiento ni es una panacea, ni sustituye, en ningún caso ni excepción, a la propia Justicia. Por el contrario, es precisamente el marco legal el que imperativamente sirve de telón de fondo para consensuar el Acuerdo y, posteriormente al mismo, el que marcará, en su caso, el procedimiento de revisión y seguimiento del mismo.

Finalmente, presentaremos cuál es la definición que introduce la Propuesta de Directiva europea sobre Mediación:

*« Es todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro ».*



Esta Directiva ha sido finalmente incorporada al Derecho español mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en cuya Exposición de Motivos se indica que “La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto.”

En esta propia Ley (Artículo 1) se establece que “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.”

## **MEDIADOR: una profesión para la pacificación de la sociedad**

En cualquier disputa o controversia, generalmente resulta difícil o complicado iniciar el diálogo entre las partes enfrentadas debido al antagonismo que las ha generado. La cultura de la mediación propone técnicas y modelos diferentes según el ámbito del conflicto, con el objetivo de ayudar a los litigantes a encontrar, más allá de la razón que origina la controversia, un lugar común donde hallar una cierta empatía en la posición del “otro”. Precisamente por ello, y más allá de la cultura del diálogo, el mediador es una figura clave para la resolución de los conflictos sobre los que se debe iniciar el Proceso de Mediación.

El Mediador debe ser un especialista cualificado cuya intervención servirá para allanar el camino que conducirá a los litigantes hacia “ese lugar común”, pero debe quedar claro, de inicio, *que mediador no puede ser cualquiera*. Quien asuma esta competencia, aparte de su capacitación técnica, tiene que ser una persona con unas características muy determinadas. Tiene que ser sensible, cercano, flexible, con una alta resistencia a la frustración y con una elevada capacidad para dialogar con las personas que buscan llegar a un Acuerdo y resolver sus problemas.

Veamos algunas de las características personales y deontológicas más destacables que debe reunir globalmente un buen Mediador:

- + *El Mediador debe disponer de la capacitación técnica y formación específica que le acrediten profesionalmente y avalen para poder intervenir en el desarrollo de la actividad para la que debe estar perfectamente preparado.*



- + *El Mediador actuará siempre con independencia e imparcialidad: ni juzgará ni arbitrará y no podrá intervenir en las mediaciones cuando participen en las mismas familiares, amigos, o personas de sus mismos intereses.*
- + *El Mediador se compromete a preservar y respetar la confidencialidad intrínseca del Proceso de Mediación y de cuantos documentos e informaciones disponga o pueda obtener a lo largo del mismo. El secreto profesional solo podrá levantarse con el acuerdo expreso de las partes mediadas.*
- + *La experiencia del Mediador en la resolución de conflictos y su capacidad de comunicación constituyen los dos principales soportes sobre los que se apoya su actividad en el Proceso de Mediación.*
- + *El mediador debe sugerir o proponer, sin imponer.*
- + *Debe ayudar a centrar las posturas sin esterilizar la creatividad y la espontaneidad de los mediados.*
- + *Ha de sistematizar el Proceso de Mediación, facilitando inicialmente un intercambio de experiencias entre los mediados que sirva para detectar con precisión cuál es el núcleo del problema y cómo se pueden suavizar sus picos para conseguir un Acuerdo equitativo entre las partes.*
- + *Las primeras sesiones de Mediación son fundamentales para llegar a un Acuerdo final. En ellas el Mediador ha de saber introducir a los mediados en la dinámica del Proceso, especialmente porque carecen de cualquier experiencia previa en situaciones similares, garantizando la confidencialidad y la democracia en la valoración de las posturas para acercarlas hacia un mismo fin común: lograr el mejor Acuerdo posible.*

Existe una abigarrada discusión académica sobre la imparcialidad o la neutralidad del **mediador**. Si por neutralidad se entiende la ausencia de principios, valores, o incluso construcciones cognitivas a cerca de las personas o las situaciones, es muy difícil sostener que "se es neutral", en un sentido existencial o experiencial. El mediador necesariamente ha y debe ser necesariamente imparcial, y ese principio estructural de las buenas prácticas en mediación, que es troncal en el proceso no ha de verse contaminado por su posición ideológica, o sistema de creencias y valores. Es en ese sentido en el que sí que afirmamos que el mediador ha de ser neutral.

Singularmente y dependiendo de la jurisdicción o área específica en la que deba intervenir el Mediador, estas características globales se deberán enriquecer con la presencia de otras concretas, sin las cuales su intervención no sería óptima, aunque quizás el elemento



central a considerar en este punto se encuentre en el deber de confidencialidad del mediador y de las partes. Precisamente, con la finalidad de garantizar la confidencialidad en todo proceso judicial posterior a la mediación, la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, presentada por la Comisión Europea el 22 de octubre de 2004 introduce importantes elementos que deben ser especialmente tenidos en cuenta respecto del desempeño del rol del mediador en los procesos judiciales:

**« Los mediadores, así como las personas implicadas en la administración de los servicios de mediación, no darán testimonio ni presentarán pruebas en procesos judiciales civiles en relación con ninguno de los siguientes extremos: a) la propuesta de una parte de recurrir a la mediación o el hecho de que una parte estuviera dispuesta a participar en la mediación; b) opiniones expresadas o sugerencias propuestas por una parte en una mediación relativas a una posible solución del conflicto; c) declaraciones o confesiones hechas por una parte en el curso de la mediación; d) propuestas del mediador; e) el hecho de que una parte hubiera manifestado su deseo de aceptar una propuesta de solución del mediador; f) documentos elaborados a los solos efectos de la mediación ».**

Es evidente que el éxito de la Mediación puede depender, en una medida u otra, de la intervención de la figura del Mediador. Por eso decíamos más arriba y repetimos ahora nuevamente que mediador no puede ser cualquiera. Como recuerda el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva, *«la solvencia y la equidad en su intervención y, muy especialmente, la independencia de las partes litigantes, así como la discreción en el procedimiento de mediación, facilitan la efectividad y el buen resultado del trabajo de la Mediación»*. Sin embargo, la regulación del estatuto de los mediadores es materia que, en la Propuesta, se deja al buen criterio de la legislación de los Estados miembros, mientras que la Comisión solo se compromete a orientar la creación de medidas autorreguladoras, en especial, a través de códigos de conducta europeos. En efecto, la Propuesta se limita a señalar<sup>5</sup> que, en orden a garantizar la calidad de la Mediación, la Comisión y los Estados miembros promoverán y fomentarán el desarrollo y la adhesión a códigos de conducta voluntarios por parte de los mediadores y las organizaciones que presten Servicios de Mediación, tanto a nivel comunitario como nacional. Asimismo, se promoverán y fomentarán mecanismos de control de calidad en la prestación de Servicios de Mediación y la formación de los mediadores.

---

<sup>5</sup> Artículo 4





No obstante, sería muy conveniente que la futura Directiva regulara las líneas básicas del estatuto de los mediadores, buscando la homogeneización de las legislaciones a nivel europeo. Así lo entiende el Comité Económico y Social Europeo: *«En la mediación es primordial garantizar la calidad del servicio prestado, por lo cual convendría que en la presente Propuesta, se indicaran unas líneas orientadoras que sirvieran para armonizar, mínimamente, los requisitos necesarios para ejercer la actividad de mediador. La necesidad de competencia e independencia de los mediadores, en línea con lo que se recomienda para la mediación en materia de consumo, sería una de las condiciones necesarias, y se conseguiría reforzando la cooperación europea para obtener una mayor homogeneidad de los sistemas de formación y designación de los mediadores».*

Entre los requisitos mínimos exigibles a los mediadores, a fin de garantizar la calidad de la mediación, deberían incluirse —según se señala en el Dictamen del Comité Económico— los siguientes:

- 1) La titulación<sup>6</sup> y formación idóneas en las materias objeto de la mediación.
- 2) La independencia e imparcialidad en relación con las partes litigantes.
- 3) La transparencia y responsabilidad en sus actuaciones.
- 4) La garantía de libertad de prestación de servicios entre todos los Estados miembros, lo que, a juicio del Comité, favorecería, en los países pequeños, la independencia del mediador respecto a las partes.

No obstante, hemos de recordar que la Exposición de motivos de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, indica que *“la figura del mediador es, (...) la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir.”*

Por lo tanto, es probable que según la naturaleza de la mediación (comunitaria, civil, penal...) sea más apropiado un tipo u otro de perfil profesional específico junto a esa formación genérica de todo mediador.

---

<sup>6</sup> Preferentemente Derecho, Psicología, Criminología, Educación Social, entre otras disciplinas posibles, componiendo un Equipo Multidisciplinario de Mediación, integrado al menos por dos profesionales.



En el caso de la mediación penal, parecería claro que los perfiles profesionales cercanos al Derecho, la Psicología y la Criminología serían los más indicados.

Cabe destacar, igualmente, que el Título III de la referida Ley 5/2012 está dedicado al Estatuto del Mediador, recogiendo, para este ámbito de la mediación civil y mercantil, que pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Respecto de las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, la Ley indica que deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la Ley.

Sobre la formación mínima acreditable, se indica que el mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y además deberá contar con formación específica para ejercer la mediación, estableciéndose que se deberá adquirir mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas.

Se contempla la sujeción a responsabilidad del mediador en el ejercicio de su labor, cumpliendo fielmente el encargo mediatorio, y por ello se establece que deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

Por otro lado, se incide en que la actuación profesional del mediador deberá facilitar la comunicación entre las partes, así como desarrollar una conducta activa para buscar el acercamiento de las posturas de los mediados. El mediador podrá renunciar a su labor, y en todo caso debe preservar su imparcialidad.

Finalmente, recordar la importancia de promover espacios de intercambio y diálogo entre los distintos operadores y profesionales que desarrollan su actividad en este campo, junto a la necesidad de la formación continua y el análisis de la práctica profesional, como un compromiso social del mediador con su praxis y el permanente impulso de las buenas prácticas en materia de Mediación.



## CONTINUIDAD Y RUPTURA CON OTRAS FIGURAS CONCOMITANTES

Dentro del concepto de **Resolución Alternativa de Conflictos o resolución alternativa de disputas** se suelen compendiar las prácticas denominadas de *Mediación*, *Conciliación*, *Arbitraje* y *Negociación* como métodos alternativos y extrajudiciales a la imposición de la Ley o a la coacción del sistema legal.

Siguiendo el Diccionario de Mediación (2002) y el de Conflictología (2001), encontramos distintas concepciones o formas de entender términos relativos a la Gestión Alternativa de Conflictos (GAC).

### MEDIACIÓN

En primer lugar, cabría preguntarse por la razón por la que surge el interés por la Mediación en las actuales sociedades occidentales.

Los valores culturales presentes en la mayoría de las sociedades nos proporcionan las creencias y el saber necesario para hacer responsables a las personas de sus decisiones y de sus actos. Por ello, y prescindiendo de antecedentes históricos más remotos, se admite comúnmente que realmente la mediación moderna nace en los años 70 en los Estados Unidos, como una nueva *institución* dirigida a la resolución alternativa de conflictos. Los buenos resultados obtenidos, sobre todo en el ámbito de las rupturas matrimoniales, determinaron que creciera rápidamente y que incluso se haya incorporado al sistema legal de algunos Estados.

A Europa llegó después, pero igualmente su implantación y regulación legal no ha dejado de crecer.

Seguramente, esta expansión de la mediación puede relacionarse con las ventajas que sobre el sistema judicial presenta: mayor rapidez, mayor duración de los acuerdos, ahorro de costes en el sistema judicial,...

Por ello existe un interés tanto de profesionales, de las administraciones y las instituciones para encontrar nuevas fórmulas que permitan la resolución de conflictos.

Ello es debido, entre otras razones, **al colapso del sistema judicial** por el aumento de la litigiosidad, esto es, de las pretensiones de los ciudadanos para que sus conflictos sean dirimidos por los jueces.



Precisamente, este fenómeno de creciente opción por la solución judicial de los conflictos de los particulares está motivado principalmente, en opinión de MEJÍAS GÓMEZ por las siguientes causas:

a) *Ausencia de cultura de la transacción:*

Todos los conflictos pretenden resolverse por la vía heterocompositiva y no por la vía autocompositiva, cediendo cada una de las partes en alguna de sus posiciones al objeto de llegar a un acuerdo beneficioso para ambas.

b) *Tendencia a que todos los problemas de los ciudadanos sean resueltos por los poderes públicos.*

Existe una tendencia, propiciada por el "Estado del Bienestar", a que todos los problemas de los ciudadanos sean resueltos por el Estado, pues éste debe atender todas las necesidades del individuo. Ello generaría una inercia según la cual cuando surge un problema entre dos individuos no les compete a ellos resolverlo, sino que es el poder público el encargado de resolverlo.

c) *Complejidad cada vez mayor de la vida social.*

Esta circunstancia origina, inevitablemente un mayor número de conflictos.

d) *Incremento del nivel de exigencia por parte de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.*

Ello es consecuencia de una sociedad más democrática, más libre, más culta, y por ello exigente del respeto a los derechos constitucionalmente reconocidos.

e) *Creciente protagonismo social, político, jurídico y económico del Poder Judicial.*

Se ha pasado de un sistema en el que los jueces eran personas anónimas y de escaso interés social, a una situación en la que las noticias judiciales en los medios de comunicación ocupan un porcentaje considerable.

f) *Excesivo protagonismo del Estado y ausencia de regulación jurídica que invite a los ciudadanos a acudir a vías alternativas de resolución de conflictos.*

La configuración del Estado como Estado social y democrático de derecho no puede suponer la pretensión de que el Estado sea la panacea a todos los problemas de los ciudadanos.

Queda claro que la Mediación es especialmente aplicable en aquellos conflictos en los que las partes buscan una gran confidencialidad o tiene una notable urgencia en la



resolución del asunto o cuando las relaciones entre las partes mantienen una cierta permanencia empresarial, familiar, laboral, comunitaria o vecinal. El régimen que contiene la Ley 5/2012 se basa principalmente en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya expresión, manifestada y plasmada en el acuerdo que pone fin a la controversia, *podrá* tener también la consideración de título ejecutivo, si las partes así lo desean, mediante su elevación a escritura pública frente al Notario.

Retomando nuevamente el abordaje del concepto y las características que debe reunir la Mediación, sin ánimo de ser redundantes, pues estas cuestiones han quedado suficientemente presentadas en el anterior epígrafe de este programa, para redondear aún más si cabe su visión, expondremos ahora cuáles son las distintas perspectivas desde las que podemos afrontar con fiabilidad el análisis conceptual diferencial de la mediación respecto de otras figuras concomitantes:

- Como Método no adversarial y pacífico de resolución de conflictos, tendiente a lograr un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo.

- Como Procedimiento en el cual los participantes, con la asistencia de una persona imparcial, aíslan las cuestiones en disputa con el objeto de desarrollar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo que sea mutuamente aceptable.

- Como un Sistema de negociación asistida, mediante la cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como favorecedor y conductor de la comunicación.

- Como un Proceso voluntario, confidencial, formalmente flexible, limitado en el tiempo, que se desarrolla con la participación activa de las partes. Consta de una serie de etapas conocidas y aceptadas por las partes de antemano, y tiene como objetivo ayudar a las partes involucradas, a alcanzar una solución satisfactoria para todas.

- Como un Sistema informal pero estructurado, mediante el cual el mediador ayuda a los contendientes a llegar a un acuerdo mutuamente aceptable.

Partiendo de las anteriores conceptualizaciones, de manera sumaria, se han sistematizado cuales serían las características esenciales de la Mediación:

- + La mediación se configura como un **método complementario** y no alternativo a la vía judicial.
- + La mediación es un método **no adversarial** porque nace con vocación de que no haya vencedores ni vencidos, de que se acabe con el litigio pero sin litigar.



- + El principio de **voluntariedad** que inspira el instituto de la mediación posee reflejo en diversos aspectos, así, además de la capacidad que poseen las partes para elegir si acceden o no a este proceso, la voluntariedad también se manifiesta en la posibilidad que tienen las partes de abandonar en cualquier momento un proceso de mediación previamente iniciado.
- + La intervención de un **tercero ajeno al problema** es un elemento esencial del concepto de mediación. El mediador debe ser un tercero **imparcial**, y ello significa que el mediador no debe tomar partido por una u otra parte del conflicto, y tampoco debe tener ningún interés personal en la modalidad o en el contenido del propio acuerdo al que se llegue a través de su intervención. Ahora bien, se ha señalado en ocasiones la diferencia entre imparcialidad y neutralidad, evidenciando cómo los mediadores deben ser imparciales, pero no pretenden ser totalmente neutrales, lo que implicaría no tener una escala de valores.
- + La mayor parte de la doctrina, además, dota de carácter esencial al principio de **confidencialidad** en la mediación, particularmente en la familiar.

Dejando estas aportaciones doctrinales, lo cierto es que a nivel legislativo, la norma de referencia en España en materia de Mediación, es la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que, aunque centrada en el ámbito mercantil y familiar, establece en su Título II, una serie de principios informadores de la mediación, que podemos sistematizar así:

- + Voluntariedad, en el acceso a la propia mediación
- + Libre disposición, que implicaría la decisión sobre la continuación o permanencia en el proceso mediatorio, y la no exigibilidad de permanecer en él, ni de tener que llegar a un acuerdo finalmente.
- + Igualdad de las partes (en la dinámica mediatoria, de expresarse, alegar...)
- + Imparcialidad del mediador, que debe abstenerse de intervenir y comunicar a las partes cualquier circunstancia que pueda comprometer dicha imparcialidad (labor anterior, conocimiento o relación personal o profesional con alguna de las partes etc.)
- + Neutralidad, entendida como la necesidad de que sean las partes las que puedan llegar por sí mismas al entendimiento y a un posible acuerdo
- + Confidencialidad, exigible tanto a los mediadores (sujetos y amparados al secreto profesional) como a las propias partes)
- + Flexibilidad en la organización por las propias partes con el mediador de la dinámica de la mediación (plazos, sesiones etc.)



## ARBITRAJE

Las figuras de la Mediación y el Arbitraje representan jurídicamente a dos instituciones distintas que tienen una normativa, un procedimiento y un efecto muy diferente entre ellas. Se suele conceptuar como la *“intervención en una disputa de un tercero independiente al que se le da la autoridad para recoger información, escuchar a ambas partes y tomar una decisión acerca de cómo resolver el conflicto”*.

El arbitraje puede ser obligatorio o consultivo, según que la decisión final sea vinculante o no y por tanto resuelva definitivamente o no el conflicto.

Se dice también que se basa en la acción de discernimiento y de regulación de conflictos, sobre la base de una normativa preestablecida que prevé la capacidad de arbitrar de una persona o institución determinada y constituida con esta finalidad. En éste contexto, el árbitro se limita a aplicar las normas fijadas por la autoridad competente o por los acuerdos genéricos establecidos inicialmente, aunque procura la neutralidad y la corrección desde la presión disuasoria que representa la aplicación de sanciones o la transferencia a las autoridades judiciales competentes.

Por ello, se trata aquí de un tercero con poder de decisión, independiente y que no compromete al sistema legal.

A **diferencia del mediador**, el árbitro, luego de escuchar a las partes y recibir los antecedentes y pruebas, toma las decisiones por las partes (a diferencia de lo que ocurre en la mediación, donde la decisión queda en poder finalmente de las partes, no del mediador).

*Un ejemplo clásico de un autor (Moore): cuando dos alumnos/as que tienen un conflicto recurren al profesor/a para que defina qué hacer para solucionar el conflicto. Los alumnos/as deben acatar la respuesta que dé el profesor/a.*

Por lo tanto, la diferencia con la mediación se resume en que la mediación pone el énfasis en la participación voluntaria de las partes en el proceso y en la posible consecución del acuerdo final, mientras que en el arbitraje la resolución de la controversia es provista no por las partes, sino por un tercero.

Así, el arbitraje suele resultar eficaz en conflictos en los cuales no se han desarrollado perturbaciones emocionales y en los cuales se busca una solución más rápida y eficaz que el acudir a los Tribunales ordinarios. Sobre todo en disputas mercantiles es donde el arbitraje



resulta más idóneo, no así en los conflictos en los que el elemento emocional pueda ejercer una influencia notable.

La legislación básica en materia de Arbitraje es la vigente *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* que regula el ámbito de aplicación, el alcance, los sujetos y los efectos que alcanza dicha institución en el sistema jurídico español. De acuerdo con ésta Ley, el Árbitro tiene la obligación de resolver el litigio mediante una decisión que obliga a las partes. Sin embargo, en la mediación, el Mediador se limita a acercar las posturas de las partes, favoreciendo la firma de un posible acuerdo que satisfaga a ambas.

## CONCILIACIÓN

Se la ha definido como *el Acto o proceso ecléctico con el cual se establece, mediante acuerdos o no, un cambio de actitud que permite pasar de la confrontación a la colaboración que permite restablecer una relación positiva que se ha visto afectada por la existencia de un conflicto.*

El concepto guardaría relación con el término Reconciliación, cuando el proceso seguido ha necesitado de un esfuerzo todavía superior en el orden ético y psicológico.

Mediante la Conciliación y la Reconciliación puede decirse que los conflictos específicos de carácter más duraderos y que se remontan cierto tiempo entre las partes pueden darse por solucionados, por concluidos, a diferencia de los simples acuerdos sobre una diferencia más puntual y concreta, que poseen un carácter eventual y transitorio.

Se ha dicho que el conciliador sería la persona que posee la capacidad de conciliar desavenencias y divergencias, pero no tanto – a diferencia del árbitro o mediador– mediante el establecimiento de acuerdos coyunturales, sino a través del restablecimiento de relaciones normales en las cuales la capacidad de cooperación reequilibra el exceso de competitividad y los celos.

Por lo tanto, *la nota diferenciadora* estaría en el carácter estable de la resolución de la problemática interpersonal, y no meramente puntual de un conflicto específico.

Se ha señalado que este Conciliador, por lo tanto, debería reunir las habilidades de un conflictólogo en el tratamiento y transformación de los conflictos, de la misma manera a como también lo es una persona que pacifica, media o facilita la solución de los conflictos. Es similar por ello a Pacificador, Mediador y Facilitador.





**La diferencia esencial, concluyendo, entre conciliar y mediar** estriba en que el conciliador puede ofrecer una opinión a las partes respecto a las propuestas que cada una presenta para la consideración de la otra. De esta manera, el conciliador influye directamente en el resultado del acuerdo que en su caso alcancen las partes. Dejando clara esta diferencia, el resto del proceso presentaría muchas similitudes en cuanto a la metodología aplicable.

## NEGOCIACIÓN

Se define como *un proceso que tiene lugar directamente entre las partes, sin ayuda ni facilitación de terceros y que no necesariamente implica una diferencia o disputa previa.*

Es un proceso igualmente voluntario, predominantemente informal, no estructurado, que las partes utilizan para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable, en el cual ambas partes presuponen una cesión de parte de sus intereses.

Se define también como un proceso bilateral o multilateral mediante el cual las partes involucradas en la negociación, aunque difieren en sus intereses, se muestran favorables a intentar hallar un acuerdo o compromiso a través de las capacidades comunicativas.

**Se diferencia por tanto de la Mediación en cuanto esta última cuenta con una tercera persona imparcial** que procura facilitar la comunicación, mientras que en la Negociación no existe esta figura y las partes, que no forzosamente se encuentran en conflicto, se representan por ellas mismas.

El proceso de **negociación**, además presenta una casuística muy heterogénea, en la que es posible privilegiar la relación entre las partes, antes que los propios intereses en conflicto o incluso el endurecimiento de las posturas haciendo un uso estratégico de la presión, lo que es impensable en el proceso de mediación.

Solo en la denominada "**negociación por principios o intereses**", las partes tratan de negociar cuidando sus intereses comunes, de tal forma, que todos los involucrados vean satisfechas sus demandas, desde una perspectiva basada en la colaboración y la búsqueda de un resultado coherente, escuchando opiniones y evitando las presiones. Aunque en esta modalidad la negociación se realiza desde el mutuo respeto, la tolerancia y la escucha activa, no es necesaria la presencia de un tercero imparcial.

La negociación también puede estar asistida por profesionales no necesariamente neutrales o imparciales, que gestionan los intereses en litigio actuando como facilitadores o



*favorecedores de la comunicación entre las partes*, quedando de este modo la resolución del conflicto en manos de alguien distinto a las propias partes.

## ULTIMAS PALABRAS

Los autores del artículo hemos querido introducir una síntesis comprensiva y crítica de los principales elementos estructurales de la mediación y el mediador en el ámbito jurídico español, destacando los perfiles psicológicos y sociales que influyen en la gestión del conflicto desde la mediación y diferenciando este genuino proceso de pacificación de aquellos otros en los que no se dan las condiciones que reclamamos para la mediación y la figura profesional del mediador.

La mediación debería ser la primera emoción social conductual que una cultura democrática enseña a sus miembros para encontrar la felicidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- + MEDIACIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Soleto Muñoz, Helena y Otero Parga, Milagros (Coord.). Ed. Tecnos, 2007
- + MEDIACIÓN FAMILIAR, TEORÍA PRÁCTICA Y ESTRATEGIAS ORGANIZATIVAS. Lisa Parkinson. 2007
- + BORRADOR DEL CÓDIGO DEONTOLÓGICO DEL MEDIADOR. María I. Aranda, G. Gilbert, Manuel Fernández-Ríos. Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones.
- + LA PROMESA DE MEDIACIÓN. Bush, R; y Folger, J. Editorial Granica. Barcelona, 1996
- + MEDIACIÓN: UNA TRANSFORMACIÓN EN LA CULTURA. Gottheil, J. y Schiffrin, A. (Comps.).Barcelona. Paidós. 1996
- + LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL. Gordillo Santana, Luis F.. Iustel. 2007
- + LA MEDIACIÓN Y SUS CONTEXTOS DE APLICACIÓN. Olczak, P. V. Barcelona. Paidós. 1996
- + MEDIACIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. HABILIDADES PARA UNA NECESIDAD EMERGENTE. Soleto Muñoz, Helena y otros (Ed. Tecnos). 2007
- + EL RETO DE LA MEDIACIÓN PENAL: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. Lorenzo del Río Fernández. Diario La Ley AÑO XXVII. Número 6520. Jueves, 6 de julio de 2006