

EDITORIAL

**LA MEDIACIÓN A DEBATE EN EUROPA
¿HACIA LA VOLUNTARIEDAD MITIGADA?**

LETICIA GARCÍA VILLALUENGA y EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO
lgvillaluenga@ucm.es eduardo.vazquez@unican.es

Co-directores

Resumen: *La Unión Europea apoya y fomenta la mediación como un instrumento eficiente y económico para prevenir y resolver conflictos, sin embargo, los resultados no son satisfactorios. Por este motivo, algunas voces están proponiendo un proceso de mediación obligatoria como requisito de procedibilidad antes de acudir a los tribunales. Esta propuesta se opone frontalmente de nuestro principio legal de voluntariedad. El actual marco legal de la mediación en España implica que ninguna mediación puede ser obligatoria para las partes. En todo caso, nuestro modelo de mediación no ha tenido el éxito esperado y habrá que buscar un sistema equilibrado. Se debe considerar, de manera prudente, la necesidad de explorar las posibilidades y ventajas de derivar a las partes a una sesión informativa de mediación previa antes de acudir a los tribunales. Esta posibilidad es la que se denomina como “voluntariedad mitigada”.*

Abstract: *The European Union supports the promotion of mediation as an efficient and cost-effective instrument for conflict prevention and resolution but, however, the results are not satisfactory. For this reason, some people propose submitting disputes to a compulsory mediation process prior to submitting the conflict to justice. This is just the opposite of our main mediation legal principle, built on the basis of the voluntariness. The current framework regarding mediation in Spain implies that any mediation is non-binding on the parties. Anyway, our mediation model has not, unfortunately, been as successful as had*

been expected; so, a balance has to be struck. Careful consideration needs to be given about the possibilities and advantages of referring the parties to a mandatory informative mediation session prior to, or at the same time as the trial. This scheme is the called "mitigated voluntary".

Palabras clave: *Mediación obligatoria, mediación voluntaria, voluntariedad mitigada de la mediación.*

Key Words: *Compulsory mediation, Voluntary mediation, Mitigated Voluntary mediation.*

1. EL BALANCE PREVISTO SOBRE LA IMPLANTACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EUROPA

La implantación de la mediación está siendo lenta y desigual en Europa. Tras la aprobación 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, se pensó, con cierta ingenuidad y demasiadas expectativas, que el trabajo ya estaba hecho. Sin embargo, las grandes diferencias entre los países miembros, tejidas sobre la base de una diversa concepción de la mediación, de una mayor o menor implicación de las instituciones en la apuesta por esta metodología y de una cultura más o menos predispuesta al litigio, han provocado que los resultados en la aplicación de la Directiva sean decepcionantes. Las diferencias respecto a la institución mediadora en la Unión Europea ya quedaron patentes ante las dificultades surgidas en la tramitación y aprobación final de la Directiva. Conviene recordar que la Directiva se tramitó y presentó como Propuesta ya en el año 2004 (COM(2004) 718 final, 2004/0251 (COD), Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles {SEC(2004) 1314}, presentada por la Comisión el 22 de octubre de 2004.

En efecto, las grandes discrepancias mostradas entre los países miembros de la UE sobre el modelo de mediación a adoptar ralentizó la configuración de su marco legal en Europa. Así, muchas desavenencias surgían por el hecho de mantener los estados el propio modelo de mediación que ya se estaba desarrollando en su legislación interna. Estas divergencias se manifestaron, sobre todo, en los modelos de los países escandinavos e Inglaterra y el modelo francés o el modelo de mediación familiar asumido por la legislación autonómica española. Esta controversia retrasó en cuatro años la aprobación definitiva de la Directiva. Además, debido a estos

desacuerdos sobre con una muy limitada frente a la vocación Directiva de 2008 mediación en el ámbito de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en España", *Revista de Mediación* 325.)

Finalmente, la Directiva previó su aplicación. Así, la Directiva, las Instituciones de la Unión Europea contrastar la eficacia del funcionamiento de la mediación en el ámbito de la justicia. Con la Directiva (artículo 1 de la misma) se aprobó el 21 de mayo de 2008.

En todo caso, la Directiva del Parlamento Europeo ya se ha aplicado en la mediación y en la aplicación de la Directiva en los Tribunales europeos con una Propuesta de Directiva decidida a la administración de justicia en el período 2009 - 2014. Asuntos Jurídicos en los Estados miembros por los Tribunales de Justicia por unanimidad.

desacuerdos sobre el modelo de mediación aplicable, la Directiva nació con una muy limitada vocación de aplicación a conflictos transfronterizos, frente a la vocación mucho más ambiciosa de la malograda Propuesta de Directiva de 2004 (vid. con más detalle VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "La mediación en el marco de la recepción de la directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. La pendiente trasposición en España", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 28, 2012, págs. 325.)

Finalmente, tras las dificultades para su aprobación, la propia Directiva previó su revisión a la luz de los resultados de la experiencia de su aplicación. Así, desde el primer momento de la aprobación de la Directiva, las Instituciones Europeas tuvieron un especial interés por testar y contrastar la eficacia y aplicación de la misma en la práctica. Desde esta incipiente implantación de la mediación se diseñó un seguimiento de su funcionamiento en los países miembros, tal como corresponde a la introducción de nuevos elementos en el ordenamiento jurídico y, sobre todo, si su ambiciosa pretensión era crear un nuevo acceso a la administración de justicia. Con este ánimo se previó en el propio texto articulado de la Directiva (artículo 11) la necesidad de contar con un informe para la revisión de la misma cuando transcurrieran ocho años desde su aprobación (21 de mayo de 2016).

En todo caso, con la puesta en marcha de la Directiva, el Parlamento Europeo ya se preocupó por este seguimiento sobre la implantación de la mediación y encargó un primer Informe, como punto de partida, sobre la aplicación de la Directiva, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales en los estados miembros. Este Informe institucional finalizó con una Propuesta de Resolución por el Parlamento Europeo donde se apuesta decididamente por incluir la mediación como uno de los accesos a la administración de justicia (Documento de sesión del Parlamento Europeo 2009 - 2014, A7-0275/2011, 15.7.2011. INFORME de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026(INI)) y Propuesta de Resolución adoptado por unanimidad).

2. TOMANDO EL PULSO A LA MEDIACIÓN EN EUROPA Y SU ESTADO DEL ARTE

En esta constante preocupación en el seguimiento de la aplicación e implantación de la Directiva de Mediación, el Parlamento Europeo ha vuelto a tomar protagonismo. Así, adelantándose a la fecha establecida para el informe de revisión de la Directiva, el referido Parlamento ha encargado otro informe sobre el funcionamiento de la mediación en Europa, con la experiencia acumulada de cinco años desde la aprobación de la Directiva. En efecto, ya se cuenta con un avance de la situación actual de la mediación en Europa reflejado en un completísimo documento elaborado con motivo de analizar lo ocurrido en el primer lustro desde la aprobación de la Directiva y que se publicó a principios del 2014. Los resultados que arroja el citado informe hacen patente una clara decepción. De hecho, esta es la calificación que aquellos merecen en el propio estudio, que alude también a la debilidad de las políticas empleadas. Se ha constatado, por tanto, la sospecha de que la mediación en Europa, tras los cinco primeros años de aprobación de la Directiva, no está funcionando como sería deseable y que el éxito de implantación y desarrollo de este instituto está lejos de responder a las necesidades que pretendía atender.

(http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET%282014%29493042_EN.pdf)

En efecto, el coordinador del citado estudio, G. de Palo, ha recogido en esencia algunas ideas, tras el análisis de un total de 816 cuestionarios recibidos de los 28 estados miembros de la UE, en un interesante artículo: "A False 'Prince Charming' Keeps 'Sleeping Beauty' in a Coma: on Voluntary Mediation Being the True Oxymoron of Dispute Resolution Policy" en el libro *Contemporary Tendencies in Mediation*. Dykinson, 2015. Así, El "Rebooting study", utilizando una curiosa metáfora, determina que la Mediación en la Unión Europea todavía es la "bella durmiente" y que a no ser que los elementos de la "mandatory mediation" se introduzcan por ley, la bella durmiente no despertará, al menos, en el lado europeo de océano atlántico.

Esta parece ser la apuesta clara que se plantea desde el informe, por lo que no es de extrañar que se cite en él en distintas ocasiones el modelo que se ha adoptado en Italia.

Sin embargo, es opinión generalizada que en Italia la mediación no es la panacea, es decir, no funciona, al menos, como cabría esperar por sus estadísticas. En este sentido, merecen destacarse los resultados de un importante Proyecto de Investigación, liderado desde la Universidad de

Camerino FAI
an effective iu

Preocupac
Directiva, el g
analizarse en
modelo de de
mediadora de
de GEMME I
que, conocien
un diagnóstic
clusiones a la
además, apun
en marcha pa
han resultado
recursos acaba
económica nc
sin duda, resu
institución de
ción... pero a

Llegamos
sión. Este inf
lizar un sonde
formulario el
organizacione
nes se cerró
disponible en
opinion/1509

Aunque
informe/ cons
o previsibles
rés de desarro
previsibles lo
del Parlamen
jueces y mag
día en sus re
puede ocurrir
forma de acc
Esta singular
"herederos el

Camerino FAR 2014/2015, titulado: «Alternative disputes resolution for an effective justice», coordinado por el Prof. Giovanni Arieta

Preocupados, igualmente, por la situación de la mediación tras la Directiva, el grupo GEMME, ha realizado un importante trabajo que puede analizarse en el documento “*Debate asociativo sobre el diseño de un modelo de derivación a mediación y control de calidad de la actividad mediadora desde los tribunales de justicia*”. Documento interno de trabajo de GEMME España. Octubre de 2015 (www.mediacionesjusticia.com), que, conociendo de primera mano el terreno que pisa, no sólo atinan con un diagnóstico, que puede resultar en parte coincidente con algunas conclusiones a las que llega el informe del Parlamento Europeo, sino que, además, apuntan los errores a evitar en las medidas que puedan ponerse en marcha para paliar las carencias de unas políticas europeas que no han resultado eficientes. Muchas leyes pero pocos medios materiales o recursos acaban por resultar ineficientes. Ciertamente, el factor de la crisis económica no ha ayudado a los objetivos de consolidar la mediación y, sin duda, resulta muy complicado introducir y poner en marcha una nueva institución de la que se predica la necesidad de fomentar su implantación... pero a coste “0”.

Llegamos por fin al informe anunciado por la Directiva para su revisión. Este informe está ahora en fase de elaboración. Con el fin de realizar un sondeo amplio sobre la aplicación de la Directiva se habilitó un formulario electrónico abierto a la participación de todos los ciudadanos, organizaciones y autoridades públicas. El plazo para aportar contribuciones se cerró el 11 de diciembre de 2015. El cuestionario se encontraba disponible en una página web: (http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/150910_en.htm)

Aunque aún pasará algún tiempo hasta conocer los resultados del informe/ consulta, puede afirmarse que son ya perfectamente imaginables o previsibles por cualquier profesional europeo que haya tenido el interés de desarrollar su actividad en torno a la mediación. También parecen previsibles los resultados a la luz de las conclusiones del informe previo del Parlamento Europeo y, desde luego, resultaba bien conocida por los jueces y magistrados de GEMME que se enfrentan a esta situación cada día en sus respectivas jurisdicciones. En Europa, a diferencia de lo que puede ocurrir en EE.UU., si se pretende que la mediación sea una nueva forma de acceso a la justicia debe revestir un cierto carácter institucional. Esta singularidad se debe, como bien indica Pascual Ortuño, a que somos “herederos el sistema de justicia burocrático desarrollado tras la codifica-

ción napoleónica” (Documento interno de trabajo de GEMME debatido en su Asamblea de 3 de octubre de 2015).

Dejar el funcionamiento de la mediación a la exclusiva suerte de la iniciativa privada no acaba de funcionar. Menos aún si, como en España, se deja abierta la posibilidad a que se ejerza la mediación a través de la adscripción a una Institución de Mediación o de forma absolutamente independiente y autónoma. Se suele utilizar desde EE.UU. el término de “paternalismo”, en un sentido peyorativo, para referirse a determinadas políticas legislativas. Sin embargo, también puede afirmarse que la ciudadanía europea se ha acostumbrado a contar con ciertas garantías o respaldo institucional en determinados ámbitos que hace que se desconfíe de servicios que no cuenten con tal apoyo. La justicia es uno de estos ámbitos en los que se le hace más difícil al ciudadano confiar en nuevos servicios que no tengan tal respaldo institucional, al fin y al cabo, cada vez se vincula con mayor criterio el concepto de “tutela judicial efectiva” (art. 24 de la CE) con la posibilidad de ofrecer al ciudadano (justiciable) la vía más idónea para solucionar su conflicto.

3. LAS PROPUESTAS DE REVISIÓN DEL SISTEMA DE MEDIACIÓN: LA OBLIGATORIEDAD Y LA VOLUNTARIEDAD MITIGADA

De cuanto antecede expuesto, a falta de los resultados del informe de revisión de la Directiva, parece evidente que se propondrá un cambio de planteamiento en aquellos ordenamientos jurídicos europeos donde la mediación no acaba de implantarse o donde su ritmo de consolidación resulta demasiado ralentizado. Una de las propuestas que está siendo considerada pasa por un replanteamiento de alguno de los principios de mediación. Concretamente, el principio que con más probabilidad se revisará es el de voluntariedad porque la tendencia en Europa apunta hacia una “obligatoriedad/versus voluntariedad mitigada”. Es decir, la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa de mediación, pero no la obligatoriedad de concluir una mediación antes de acudir a la vía judicial.

Ciertamente, la tendencia actual en Europa está siendo protagonizada por una “cierta” obligatoriedad de la mediación. Deben distinguirse en esta tendencia dos situaciones diferentes. Algunos países se apresuraron a adoptar el modelo de mediación obligatoria como requisito de procedibilidad (países como Italia, Bulgaria y Eslovenia) y los resultados pueden parecer buenos si se atiende a las frías estadísticas, pero la realidad dista

mucho de se mismo que :
cía como rec
éxito práctic
cuanto antes
a configurar
Pascual Ortu
países que la
a “la ausenc
experiencia
a “una reacc
talmente de

Precisan
ción mitigad
cuenta con t
profesionale
de los moti
probar un n
obligatoried
Procedimier
282 de 11 de
sanción de 1
cabo para tr
salvo que ju
razón de urg
al orden pú
ción como r
torna en un

En este
mediación e
la actividad
mania, inclu
mediacione
por el Juez
revista. Sin
difícil reco
resultados,
decidido de

En Esp
también est

mucho de ser la idónea. Lo cierto es que en estos países ha sucedido lo mismo que sucedió con la conciliación en España cuando se establecía como requisito de procedibilidad en la jurisdicción civil y su escaso éxito práctico llegó a convertirlo en un trámite inútil que debía sortearse cuanto antes para acceder al proceso judicial, hasta que en 1984 volvió a configurarse como meramente facultativo. Compartimos la opinión de Pascual Ortuño que este escaso éxito de la mediación obligatoria, en los países que la configuraron así desde su más incipiente aparición, se debe a “la ausencia de tradición negociadora y la escasez de mediadores con experiencia contrastada”. Esta imposición legal inoportuna ha dado lugar a “una reacción adversa por parte de los operadores jurídicos, fundamentalmente de los abogados, pero también de los jueces”.

Precisamente, un modelo de mediación “obligatoria o con una obligación mitigada” podría resultar más eficaz desde el momento en el que se cuenta con una experiencia contrastada en mediación y unos mediadores profesionales con una formación adecuada y no improvisada. Este es uno de los motivos que ha provocado que en Francia se hayan decidido a probar un nuevo método de mediación previa obligatoria. Se trata de una obligatoriedad más sutil que la de la legislación italiana. El Código de Procedimiento civil francés (art. 56) tras la reforma operada por el Decreto 282 de 11 de marzo de 2015, introduce la obligación al demandante, bajo sanción de nulidad, de indicar en la demanda las diligencias llevadas a cabo para tratar de conseguir una resolución amigable de la controversia, salvo que justifique un motivo legítimo para no haberlo intentado (por razón de urgencia, la propia índole del conflicto y en particular si afecta al orden público). La fórmula francesa resulta ingeniosa, facilita la mediación como medida preventiva de la escalada del conflicto y el pleito y la torna en un procedimiento habitual para las partes y abogados.

En este sentido, la Ley francesa va más allá de los avances de la mediación en Holanda o Alemania que se fundamentan precisamente en la actividad judicial de derivación para promover la mediación. En Alemania, incluso, se ha habilitado un cuerpo especial de jueces para realizar mediaciones, como se tiene ocasión de observar en la experiencia relatada por el Juez Dr. Hans Kieserling en las Crónicas del nº 2 de esta misma revista. Sin embargo, todos coincidimos en considerar que resulta más difícil reconducir un conflicto a mediación y que ésta obtenga buenos resultados, cuando el pleito ya se ha iniciado que cuando aún no se han decidido definitivamente las partes a acudir a la jurisdicción.

En España, aunque se parte de un claro principio de voluntariedad, también está prevista esta facultad de derivación judicial a mediación en

la Ley procesal civil (art.414.1 LEC). Esta facultad judicial de derivar a mediación, en atención al objeto del proceso, debe considerarse un significativo avance. Sin embargo, se puede observar el peligro del fracaso de estos sistemas de derivación, no por depender de la mayor o menor predisposición de los jueces a derivar o atender los protocolos del CGPJ, sino por la escasa o nula consecuencia de desatender ese llamamiento o derivación por los justiciables. En este sentido, en el encuentro organizado por el CGPJ de jueces y magistrados de Asturias y Cantabria (encuentro que tuvo lugar los días 14 a 16 de octubre de 2015 en Santander) se puso de manifiesto, de la propia experiencia, que muchos letrados desatendían la derivación, sin conocimiento de las partes, y sin más explicaciones al juez que preguntaba por el asunto.

En efecto, la inobservancia de la derivación a mediación, tal y como se encuentra configurada en España, tiene escasas consecuencias para las partes. Sin embargo, hay cierto margen para la actuación, ya que la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos civiles y mercantiles, contempla la posibilidad de levantar la confidencialidad sobre el hecho de asistencia o no a la sesión informativa, puesto que esta fase de pre-mediación no se encontraría incluso en esa posible confidencialidad del proceso de mediación (ex art. 17, pf 1º de la Ley), lo que sin duda se podría entender como un elemento para valorar la falta de colaboración con la justicia o, al menos, la ausencia o no de buena fe en el proceso.

En el mismo sentido, respecto la consideración de mala fe en el proceso, podemos considerar las interesantes modificaciones introducidas por la Ley 5/2012 en la LEC, en el art. 395.1, que establece en este precepto que existe mala fe procesal, en todo caso, si se inició proceso de mediación en el que no colaboró y finalmente se allana a la demanda. Lo mismo se ha establecido, con una más sutil modificación introducida en ese artículo 395.1 LEC en la Ley 15/2015, de 2 de julio, respecto a la denostada solicitud de conciliación. También debe destacarse lo dispuesto en el art. 414, ap 1 del mismo texto legal, donde incluso en trámite de audiencia, una vez planteada la contestación a la demanda o la reconvenición, parece plantearse una primera invitación "cuasiformal" a la mediación que ha de atenderse. Así, las partes, según lo dispuesto en la norma, han de indicar su decisión al respecto y las razones, en su caso, del rechazo a la misma. Resulta evidente que si la Ley exige estas explicaciones será para que resulte posible asociar a las mismas alguna consecuencia jurídica. También este artículo contempla la derivación judicial como una segunda invitación, ya formal, "instando" a las partes a que asistan a una sesión informativa de mediación. Desde luego, si la primera invitación lleva aparejada

una necesari
que el tribun
requerirá tar

En el in
objeto medi
zando a con
aunque ente
ser tan exter
propensas a
informativa,
acuerdos, es
de modifica
autos de Ju
necesidad d
los que el o

Quizá l
que nos ref
52 de Barce
una compañ
concretada
art. 247.3 d
asegurador
rápidos con
se impone
duce un dañ
consciente

Puede p
intentado la
nuestro ord
escasos rest
vez más esc
los derivado
judicial. En
mala fe pr
instada por

Si se o
vas derivac
tribunales
Es evidente
con el nue

una necesaria explicación sobre su rechazo, la segunda invitación, en la que el tribunal “insta” a las partes a que asistan a una sesión informativa, requerirá también que se expliquen las razones de la inasistencia.

En el interés por fomentar el acceso a la mediación, en atención al objeto mediable del proceso, algunos Juzgados, incluso, ya están empezando a considerar la mediación a modo de “requisito de procedibilidad” aunque entendemos que la interpretación actual de la norma no dé para ser tan extensa. No obstante, la filosofía que subyace en estas decisiones propensas a una necesaria derivación previa a la mediación, o su sesión informativa, en muchos supuestos considerados idóneos para alcanzar acuerdos, está claramente en línea, una vez más, con la actual tendencia de modificación de la Directiva. En este sentido, pueden verse ya algunos autos de Juzgados de Instancia en los que se hace alusión expresa a la necesidad de acudir a la mediación previa en determinados supuestos en los que el objeto de la controversia es adecuado e idóneo.

Quizá la más controvertida resolución judicial, de entre aquellas a las que nos referimos, haya sido la del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Barcelona, que mediante auto de 26 de enero de 2015, impone a una compañía aseguradora un multa de 40,27 euros por mala fe procesal, concretada en un abuso del proceso, con base en el art. 11 de la LOPJ y el art. 247.3 de la LEC. La juzgadora de instancia entiende que la compañía aseguradora tiene a su alcance otros métodos mucho menos costosos y rápidos como puede ser la mediación, cuyo uso ni siquiera intenta. Además se impone la multa al entender que la actitud de abuso del proceso produce un daño para los intereses generales, siendo la juzgadora plenamente consciente del principio de voluntariedad de la mediación.

Puede parecer excesivo el sancionar por mala fe procesal por no haber intentado la mediación que se predica como absolutamente voluntaria en nuestro ordenamiento jurídico. En cualquier caso, es cierto que, viendo los escasos resultados de las derivaciones, los jueces y magistrados serán cada vez más escépticos y finalmente desistirán de derivar ante el desinterés de los derivados y las nulas consecuencias de desentenderse de la indicación judicial. En este sentido, resulta comprensible la severa interpretación de mala fe procesal para el caso de la falta total de atención a la mediación instada por jueces y tribunales.

Si se observan otros sistemas, se aprecia que una de las más efectivas derivaciones a mediación se produce en EE.UU., donde los propios tribunales se erigen en ejemplo de triunfo de la mediación intrajudicial. Es evidente que el sistema judicial estadounidense en nada tiene que ver con el nuestro y que el poder judicial o las facultades conferidas a los

jueces son inmensamente mayores que las atribuidas a los jueces de la Europa continental. Basta con pensar en que el sistema del *Common Law* la jurisprudencia es fuente del Derecho y los jueces tienen a gala proclamar la ficción de que ellos hacen Derecho "*Judges make Law*". Aunque en los ordenamientos jurídicos modernos del *Common Law* esta afirmación de que el Juez hace derecho ha quedado muy matizada, ciertamente la discrecionalidad judicial en los países con influencia del *Common Law*, es mayor respecto a los países con influencia del *Civil Law*. En este sistema, dos han sido fundamentalmente los ámbitos donde se ha defendido la mediación obligatoria: las pequeñas reclamaciones de cantidad (*small claims*) y los desahucios en tiempos de crisis. (R. Wissler, «The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts», *Willamette Law Review*, Vol. 33, p. 565, 1997.)

Partiendo de las consabidas y sobresalientes diferencias entre nuestro sistema y el estadounidense, no cabe duda de que este sistema resulta efectivo sobre la base de la imperatividad y también de la capacidad institucional de ir generando cultura de negociación en los operadores jurídicos y en la ciudadanía. En los tribunales estadounidenses ignorar o desobedecer una derivación a mediación implica cometer un delito o falta de desacato por parte de los abogados que lleva aparejadas importantes multas (no siempre repercutibles en la minuta a sus clientes que, en ocasiones, son los que se muestran reacios a la mediación).

Todas estas experiencias, sus resultados y la evolución de la propia figura de la mediación se ven reflejadas en el ya citado informe del Parlamento Europeo que invita a tomar medidas correctoras en la política legislativa europea. Más allá de las estadísticas comparativas que se manejan, donde países como Alemania, Italia, Holanda o Inglaterra registran más de 10.000 procesos de mediación, mientras que en países como España no se llega a los 2.000, debe destacarse que el 50 % de los países miembros de la UE no registran más de 500 mediaciones al año. El informe referido lleva por título "la paradoja de la mediación en la UE" porque los datos reales de ahorro económico y de tiempo que se contemplan, son realmente reveladores de las ventajas de la mediación intrajudicial llevada a cabo, frente a los litigios en los que no se ofrece esta alternativa. Sin embargo, la mediación no acaba de implantarse. Por este motivo, se plantea la posibilidad de establecer una mediación "imperativa". Se considera que, más allá de la experiencia italiana, los sondeos de opinión muestran que los elementos obligatorios en mediación se vienen considerando aceptables

por la mayoría reciente en el

4. ¿ES MUTA

Junto al l obligatoria pu si resulta acep principios eser que, como el r luto. De otro l inicio" como t jurídicas que l

Respecto ción cuenta co su concepto, l a otros context Esta expansió práctica que l y, en otras, ha consumo sería no debe adopt de la mediació jurídico que v flicto, en proc

Ante una características de consolidar este motivo fi jurídica de la los procesos c VILLALUEN desde el Dere permanecer e greso, en su e a las que sirve

Hay que s no deja de se en todo caso,

por la mayoría, superando la concepción imperante en un pasado muy reciente en el que este tema era considerado como “tabú”.

4. ¿ES MUTABLE NUESTRO PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD?

Junto al hecho de plantearnos si regular la sesión informativa como obligatoria puede conculcar o no el principio de voluntariedad, cabe analizar si resulta aceptable mutar, en el sentido de mitigar, uno de los considerados principios esenciales de la mediación, sobretodo, en ordenamientos jurídicos que, como el nuestro, parecen concebir la voluntariedad casi de modo absoluto. De otro lado, la cuestión es determinar si establecer la mediación “ab initio” como una medida de obligado cumplimiento funcionará en culturas jurídicas que han demostrado que aún desconfían de este procedimiento.

Respecto a la primera cuestión, siempre hemos sostenido que la mediación cuenta con la flexibilidad como una cualidad inherente o consustancial a su concepto, lo que, v. gr. ha favorecido su expansión desde el ámbito familiar a otros contextos muy diferentes en que se producen situaciones de conflicto. Esta expansión en muchas ocasiones ha sido espontánea, al basarse en la práctica que habilita la autonomía de la voluntad (mediación hipotecaria) y, en otras, ha sido provocada por el legislador (mediación concursal o de consumo serían los ejemplos más recientes). En este sentido, entendemos que no debe adoptarse una posición dogmática sobre el concepto o configuración de la mediación. Es una figura relativamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico que va evolucionando para adaptarse a todos los ámbitos del conflicto, en proceso ella misma de consolidación.

Ante una nueva institución la tendencia natural es aferrarse a unas características esenciales que definan y configuren su naturaleza. Se trata de consolidar un concepto sobre una base convencional sólida y firme. Por este motivo fue un gran reto inicial para la doctrina analizar la naturaleza jurídica de la mediación, tanto del propio contrato de mediación, como de los procesos descritos en las distintas leyes que la regulan, (Vid. GARCIA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares, una construcción desde el Derecho de familia*. Ed. Reus, 2006). Sin embargo, no podemos permanecer estáticos, sino que debemos acompañar al concepto en su progreso, en su evolución para adaptarse a las necesidades jurídicas y sociales a las que sirve esta institución.

Hay que ser conscientes de que el propio análisis de la naturaleza jurídica no deja de ser instrumental para lograr consolidar un concepto, pero que, en todo caso, se necesita una cierta seguridad jurídica para evitar que los

conceptos se desnaturalicen (incluso por el legislador). Como suele decirse a la hora de analizar los contratos típicos, la realidad es tozuda y las cosas son lo que son y no lo que se pretenda o se diga que sean. Sin embargo, no vamos a ser tan ingenuos como para pensar que en el derecho todo es blanco o negro sin lugar para los grises y claroscuros. Resulta utópico pensar, como pensaba Jose Antonio Estévez, que con la calificación doctrinal de la naturaleza jurídica "el Derecho experimentará un verdadero rescate de su cautiverio político. No será ya el capricho o la improvisación de legisladores impreparados lo que decida la suerte de la justicia" (ESTÉVEZ, J.A., "sobre el concepto de naturaleza jurídica", en A.F.D., nº 4, 1965).

Precisamente, uno de los criterios importantes a la hora de determinar la naturaleza jurídica de un concepto o figura se encuentra en la funcionalidad del mismo. Es decir, se trata de responder a dos preguntas esenciales: para qué sirve y por qué funciona la mediación. Una vez que se tenga clara la funcionalidad de la mediación, se podrá valorar si flexibilizando o mitigando alguno de sus principios o características continúa el concepto respondiendo a la misma función. Todo lo que sea apartarse de la funcionalidad desnaturalizaría la figura, pero si se potencia o se mejora la función que desempeña, se trataría simplemente de una actualización del concepto que conserva su plena sustantividad.

Para abordar correctamente este análisis deberemos manejar dos niveles diferentes de proyección del concepto de mediación. De un lado la teoría y, de otro lado, la técnica o práctica. En ocasiones se ha criticado a los teóricos de la mediación por su abstracción y su poco interés por las técnicas (en ocasiones las críticas se han suscitado por considerar los postgrados en mediación demasiado académicos). Lo cierto es que ambos niveles son igualmente importantes. Debe manejarse tanto la teoría como la práctica y, además, debe mantenerse la necesaria correspondencia entre ellas.

Si manejamos la teoría y la técnica, pero se produce una ruptura entre estos dos niveles, el efecto es lo que Chrys Argirys denomina "la diferencia entre las teorías recitadas y las teorías en uso". Negar o tachar una técnica o práctica que funciona y resulta adecuada para un conflicto o tipo de conflictos porque no entra en nuestros esquemas teóricos no sería coherente. De otro lado, sólo podríamos incluir estas técnicas o prácticas en el concepto teórico si tienen algún encaje en su núcleo esencial. Es decir, se puede prescindir de lo accesorio y contingente que rodea el concepto pero no de su esencia.

Desde esta perspectiva debe abordarse el posible cambio del principio absoluto de voluntariedad en la mediación, si por tal se entiende el acceso, la permanencia y la conclusión de tal proceso. No puede considerarse oportuno argumentar sobre la base de prejuicios, mantras o dogmas preconcebidos que

mantiene en :
básico del con
voluntariedad
voluntariedad
de conflictos.

5. LA TEND

La volun
de la mediaci
valores social
que diga, exp
las notas pos
voluntariedad
por convicción
la voluntariedad
hora de acces
a la hora de 1

Podría a
lante proces
No obstante,
puede ser po
posiciones ta
más que coa
En todo caso
el conocimie
nunciar la ac

Visto lo
voluntariedad
tradición de
Así, aunque
ser, la impos
el más puris
de la posibi
ésta vía. Si
puesto que
resolver un
beneficio de
conoce. Tar

mantienen en abstracto que la voluntariedad, así entendida, es un principio básico del concepto de mediación. Debe considerarse si este principio de voluntariedad admite matices y cuestionarse si una obligatoriedad/ versus voluntariedad mitigada podría tener encaje en nuestro sistema de solución de conflictos.

5. LA TENDENCIA A LA VOLUNTARIEDAD MITIGADA.

La voluntariedad está actualmente enunciada como principio legal de la mediación y se ha establecido, junto al resto de principios, como valores socialmente aceptados. En general, es difícil encontrar a alguien que diga, explícitamente, que el principio de voluntariedad no es una de las notas positivas más interesantes de la mediación. La relación de la voluntariedad con el factor de asumir los acuerdos de forma espontánea por convicción de las partes resulta crucial. Todos conocemos la teoría de la voluntariedad en sus distintas facetas, de un lado, la voluntariedad a la hora de acceder a su conocimiento y a la hora de elegirla y de otro lado, a la hora de mantenerse o no en ella y de llegar o no a acuerdos.

Podría afirmarse que éstos son aspectos ineludibles para llevar adelante procesos constructivos y sustentables de gestión de los conflictos. No obstante, no es desacertado opinar que inducir a la mediación también puede ser positivo, toda vez que en ocasiones las partes se encuentran en posiciones tan temerarias que obligarles a acudir a una sesión informativa, más que coartar su voluntad, podría ayudarles a racionalizar su conflicto. En todo caso, la verdadera voluntad puede entenderse que se genera desde el conocimiento del objeto (el proceso de mediación), sobre el que pronunciar la aceptación o el rechazo.

Visto lo que antecede, consideramos que nada obsta para sostener la voluntariedad mitigada de la mediación, siendo coherentes con nuestra tradición de analizar y respetar la naturaleza jurídica de los conceptos. Así, aunque en nuestro ordenamiento jurídico queda patente, y así debe ser, la importancia del principio de la voluntariedad, ningún mediador, ni el más purista, es reacio a que se informe a las partes y a sus abogados de la posibilidad de acudir al proceso de mediación y en qué consiste ésta vía. Si somos coherentes, debiera ser una información obligatoria, puesto que tener un mayor conocimiento de las distintas opciones para resolver un problema y poder elegir la más idónea al caso, va siempre en beneficio del justiciable. Al fin y al cabo, no se puede elegir lo que no se conoce. Tampoco estaría de más el que los justiciables o sus abogados

justifiquen o expliquen los motivos por los que deciden no acudir finalmente a mediación e inician o continúan un pleito (como se ha expuesto, al menos en trámite de audiencia hay base legal para plantearlo), ello, quizás, permitiera aclarar alguna cuestión relativa al proceso de mediación que favorecería nuevas oportunidades.

De hecho, se ha acuñado ya el término de “obligatoriedad mitigada” que parece haber encontrado bastante eco institucional. Ciertamente, al tomarse como modelos de éxito en Europa aquellos en los que se ha impuesto la mediación obligatoria se trata emularlos sin resultar muy terminantes con la imposición y ésta se relativiza al circunscribirse únicamente respecto a la sesión informativa. Sin embargo, observándose con cierta perspectiva, en esta propuesta no resulta apropiado el término de “obligatoriedad mitigada”. Realmente, lo que resultaría necesario es que las partes acudiesen a una sesión informativa, que no puede considerarse que suponga un inicio del proceso de mediación al ser una fase previa (suele denominarse premediación).

En este sentido, denominar el sistema propuesto como de “obligatoriedad mitigada” de la mediación no resulta correcto. Menos aún si lo que se trata es de mitigar el principio actualmente vigente que es precisamente el contrario, es decir, el de la voluntariedad. Desde este punto de vista, resulta más acertado denominar el sistema como “voluntariedad mitigada” si observamos el cambio como una forma de modular el actual principio de voluntariedad, en lugar de una mutación al sistema de mediación obligatoria. Efectivamente, lo opuesto a lo voluntario es lo obligatorio y el cambio operaría desde un concepto al otro, pero si no se obliga a intentar la mediación sino sólo a informarse sobre el proceso parece adecuado afirmar que la mediación continúa siendo voluntaria con el matiz observado. Es decir, no se está ante la tesitura de elegir entre mediación obligatoria frente a mediación voluntaria (cambiando el principio imperante) sino ante la disyuntiva de pasar de una voluntariedad pura a una voluntariedad mitigada.

Como venimos afirmando, la funcionalidad tiene el límite de no llegar a desnaturalizar el objeto de análisis, forzando tanto los conceptos que acaben por romperse, sin embargo, siempre es posible buscar categorías comunes en las que encajen distintos conceptos. En todo caso, la definición de mediación que ofrece la Directiva es tan amplia (artículo 3. A) que puede dar cabida, también, a aquella que se desprenda de la interpretación extensa o flexible del principio de voluntariedad. De este modo hay que entender también el concepto de voluntariedad en la nueva Ley foral del País Vasco nº 7/2015, de relaciones familiares, que ha introducido en su

artículo 6.2 la mediación. A el acuerdo en alguna de ac sesión informativa sobre dichas las partes por el proceso de

Más allá clara necesidad mínimo, al n mediación p: duda de que sesión inform como en el n tearse como General de A del fracaso (el riesgo de llegar al litig anterioridad jurídica se d estar el nue: tienen que c vando con c sido prepara la abogacía los colegios sus clientes ello hay que informativa implicar la r en el puro de fórmulas obligatoria.

Junto a y a la que difusión de danía. Ni m ante los co

artículo 6.2 la obligatoriedad de la asistencia a la sesión informativa de mediación. Así, una vez que se inicie el proceso, el juez, para facilitar el acuerdo entre las partes, bien a iniciativa propia o porque lo solicite alguna de aquéllas, *“podrá derivarlas con carácter obligatorio a una sesión informativa de mediación intrajudicial a fin de que sean informadas sobre dichas medidas, su funcionamiento y beneficios. En dicha sesión las partes podrán comunicar al mediador su decisión de continuar o no el proceso de mediación”*.

Más allá de avances normativos como el señalado, que responden a la clara necesidad de que las partes y sus abogados accedan al conocimiento mínimo, al menos, del significado del proceso y de las características de la mediación para que, en su caso, puedan beneficiarse de ella, no tenemos duda de que las modificaciones legislativas que pudieran introducir la sesión informativa como obligatoria en la mediación intrajudicial, incluso como en el modelo francés previa a presentar la demanda, no pueden plantearse como actuaciones únicas. Ya nos advirtió el informe de la Dirección General de Asuntos Legales del Parlamento Europeo de febrero de 2013 del fracaso de las derivaciones previas masivas. Está claro que se corre el riesgo de que dicho paso se convierta en un trámite más a superar para llegar al litigio. Esta es precisamente la cuestión a la que aludíamos con anterioridad. Las modificaciones legales, en países en que por su cultura jurídica se desconfíe aún de la institución mediadora, entre los que puede estar el nuestro, requieren de una apuesta compleja, poliédrica. En ella tienen que comprometerse todos los operadores jurídicos, los jueces derivando con criterio, los abogados sensibilizados con el tema porque han sido preparados para ello ya desde la universidad (el máster de acceso a la abogacía recoge formación básica en esta materia) y reforzados por los colegios profesionales en su función, v.gr, los abogados, ofreciendo a sus clientes la mediación como una vía de solución de sus conflictos. A ello hay que añadir el apoyo de las Administraciones para que la sesión informativa sea, para el ciudadano, gratuita y de calidad (lo que no ha de implicar la no remuneración a los mediadores/as por su trabajo, ni basarse en el puro “voluntarismo” de estos profesionales) o el establecimiento de fórmulas que permitan un fácil acceso a la información, siendo ésta obligatoria...

Junto a todo lo anterior, hay una pieza esencial que falta en este puzzle y a la que las políticas tienen que tener muy presente y es la necesaria difusión de la metodología de la mediación y sus ventajas entre la ciudadanía. Ni más, ni menos, que ir creando cultura de búsqueda de consenso ante los conflictos. La mediación no es la panacea, ni sirve para todos

los supuestos, pero cuando es pertinente para el caso y para las partes, no se puede privar a los justiciables de la oportunidad de acceder a ella por desconocimiento.

En efecto, en el ánimo de las propuestas se encuentra la de dar la máxima difusión a la mediación para que llegue su conocimiento y, por ende se favorezca su acceso, a la ciudadanía y a la sociedad... Sin embargo, el éxito de la mediación no depende únicamente de ello, sino que este factor ha de acompañarse de otro decisivo al que hemos aludido, y es que la mediación que se ofrezca sea de calidad. En España, puede afirmarse que ya se ha madurado en la puesta en marcha de muchos programas de mediación y se cuenta con muchos profesionales cualificados para prestar el servicio en óptimas condiciones, pudiendo encontrarse muchas instituciones públicas y privadas implicadas y comprometidas con el buen funcionamiento de la mediación (colegios y asociaciones profesionales, cámaras de comercio, fundaciones...). También la Universidad española se ha implicado muy decisivamente en la formación, investigación y transferencia del conocimiento para consolidar la mediación como disciplina del conocimiento y lograr que avance. En este sentido, la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y los Conflictos-CUE-MYC ([ww.cuemyc.org](http://www.cuemyc.org)) también ha asumido el reto de profundizar en la mediación desde los tres pilares que sustentan la función y objetivos de la Universidad, comprometiéndose con la capacitación de los mediadores para la imprescindible calidad de la institución mediadora.

El poeta dijo que se hace camino al andar, en España llevamos más de tres décadas dando pasos importantes y no estamos solos, con nosotros caminan también los otros países de la UE. La mayoría tenemos las mismas dificultades para que la mediación se consolide y avance y, tal vez ingenuamente, confiamos en que la revisión de la Directiva finalmente acierte con la fórmula idónea para implantar la mediación en Europa, pase o no pase por replantear el alcance del principio de voluntariedad.