

LA MEDIACIÓN: ¿UNA «ALTERNATIVA» RAZONABLE AL PROCESO JUDICIAL?

Por: JORDI NIEVA-FENOLL*

Artículo Recibido: 24 de Octubre
Revisado: 11 de Octubre 2012 - Aprobado: 5 de Noviembre 2012

* Catedrático de Derecho procesal Universitat de Barcelona (UB) Doctor en derecho

<u>1.- Introducción.</u>	1
<u>2.- Concepto de mediación y de conciliación.</u>	3
<u>3.- La formación del mediador.</u>	5
<u>4.- ¿Poder coercitivo del mediador?</u>	7
<u>5.- Obligatoriedad o voluntariedad.</u>	9
<u>6.- ¿Es preferible la mediación a la tutela jurisdiccional?</u>	11

ABSTRACT:

Cuando se habla de mediación, suelen dejarse de lado algunos de los aspectos clave de la figura: la formación del mediador y la dinámica de su actuación. Tampoco se explica, al margen de tópicos, por qué razones concretas la mediación es preferible al proceso judicial. En cualquier caso, es esencial asegurar la formación jurídica especializada del mediador, así como su formación psicológica, sociológica y antropológica para utilizar debidamente la persuasión en su actuación.

When talking about mediation, some key aspects of the figure are often left out: the instruction of the mediator and the dynamics of his/her performance. No explanation -only stereotypes- is given about the specific reasons of why

mediation is preferable to the judicial process. Nevertheless, it is essential to ensure the specialized juridical instruction of the mediator, as well as his/her psychological, sociological and anthropological instruction so as to make a proper use of persuasion in his/her performance.

KEYWORDS:

Mediación, conciliación, persuasión, conflicto, arbitraje.

Mediation, conciliation, persuasion, conflict, arbitration.

1.- Introducción.

En los últimos tiempos, legisladores de diversas latitudes¹ han sentido una sorprendente fascinación por los llamados, no sin alguna impropiedad, medios alternativos de resolución de conflictos². Esa fascinación se centró en otro tiempo en el arbitraje, pero ahora ha alcanzado a la mediación. Y al igual que ocurrió con el arbitraje, se ha generado en muchos juristas una conciencia favorable a la mediación que ha influido en muchas personas, también del ámbito extrajudicial, entre ellos, en no pocas ocasiones, los mismos participantes en las mediaciones³. Y del mismo modo que sucedió con el arbitraje, se han empezado a crear organismos, instituciones

¹ Especialmente en Europa a partir 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 (DOUE L 136/3 24-5-2008). Vid. ZUCCONI GALLI, Elena, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Vol. 64, N° 2, 2010, pp. 653 y ss.

² En realidad no son alternativos al proceso, puesto que muchas veces se introducen en el mismo, como puede suceder con la conciliación o la mediación. Además, lo que se intenta buscar con casi todos estos medios -salvo con el arbitraje- no es tanto la solución del conflicto, sino una transacción o un desistimiento o allanamiento, que más que solucionar el conflicto simplemente lo eluden. Abundaré en esta importante idea más adelante.

³ RELIS, Tamara, *Perceptions in Litigation and Mediation*, New York 2009, pp. 156 y ss.

y hasta, por qué no decirlo, lobbies que defienden la mediación con vehemencia. Cabe preguntarse si el proceso concluirá con la honda -y a veces injusta- frustración que se siente con respecto al arbitraje en muy variados foros, pero sería deseable examinar los errores que en el pasado se cometieron con el arbitraje para tratar de impedirlo.

Como vamos a ver a continuación, el concepto de mediación es de fácil inteligencia, y está casi desprovisto -por el momento- de dificultades dogmáticas, pese a la discusión existente sobre las diferencias entre la conciliación y la mediación, que luego se analizarán, así como en torno a los poderes del mediador, si es que los tiene.

Detrás de toda esa fascinación y aparente sencillez no hay más que una voluntad de explorar una opción diferente, una más, a la tutela judicial tradicional, dando por asumido que dicha tutela judicial es lenta, defectuosa, así como que padece todos los defectos que puedan imaginarse.

Quizás sea el momento de detenerse a reflexionar por unos instantes poniendo en cuestión el postulado más comunmente aceptado, aunque pueda sorprender planteado en estos términos: que la mediación es muy positiva y la Justicia muy negativa. No partiré en mis consideraciones, ni mucho menos, de que la mediación sea negativa, pero sí que creo que conviene plantear al menos la duda en torno a su aparente carácter óptimo⁴.

Para ello es preciso centrar el debate en dos temas que suelen pasarse bastante por alto, o darse por supuestos o por descartados sin posible discusión: la formación de una figura, la del mediador, cuya enseñanza previa a la prestación

de su función ha quedado en una auténtica nebulosa, así como la factibilidad -más allá de la dogmática de la figura- de una cierta coerción del mediador para dar eficacia a su función. Finalmente, resueltos esos dos asuntos, abordaremos una tercera e importante cuestión que también suele pasarse por alto. Se da por supuesto que la mediación es preferible a la tutela judicial. Ahora bien, ¿es eso cierto?

2.- Concepto de mediación y de conciliación.

No parece existir un concepto y contenido unificado de la mediación, ni tampoco de la conciliación. Hay un cierto consenso doctrinal en cuanto a que supone la participación de un tercero en una controversia entre, al menos, dos contendientes. Pero la clave está en el contenido de esa participación.

Aunque existen muchas propuestas de distinción carentes, en su mayoría, de sustento real⁵, PUNZI⁶, siguiendo una antigua corriente doctrinal, ha propuesto una distinción que podría ser de utilidad y que, al menos, está basada en un dato objetivo y tangible. Buscando el origen etimológico de la palabra «conciliación» en la expresión latina *consilium*, llega a la conclusión de que el conciliador sería aquel que da un «consejo» a las partes, en el sentido de que les presentaría una propuesta de transacción.

Justamente ese *consilium* sería el que separaría al mediador del conciliador, dado que el mediador auténtico se encargaría únicamente de intentar acercar a las partes, ofreciéndoles su ayuda, normalmente técnica, es decir, haciéndoles conscientes de cuál es su auténtica posición y oportunidades en el conflicto, a fin de favorecer que las partes, por sí mismas, lleguen a un acuerdo.

⁴ De hecho, incluso los defensores de la mediación reconocen sus deficiencias. Vid. STITT, Allan J., *Mediation: a practical guide*, London 2004, p. 7: «Mediation cannot guarantee a settlement, and yet it will take time and costs disputants money. Even if the case does settle at mediation, it may have settled in any event; after all, the vast majority of cases settle without mediation. Mediation may prevent precedents from being set so the law may not develop as it otherwise would have. It is private so the public cannot find out whether the process and the outcome were fair. It can be abused by people who have power to take advantage of those who do not. It may unnecessarily open wounds. When mediation is conducted early in the litigation process, disputants are being asked to assess their cases and make decisions with limited facts; they need information to make proper and informed decisions.»

⁵ Todas las tendencias existentes en torno a la distinción aparecen resumidas en la Tesis doctoral inédita de MARQUES CEBOLA, Cátia, *La mediación. Un instrumento de solución de conflictos en el siglo XXI*, Universidad de Salamanca 2011, pp. 185 y ss.

⁶ PUNZI, Carmine, *Mediazione e conciliazione*, Rivista di diritto processuale, vol. 64, n. 4, 2009, pp. 848 y ss.

Hay que reconocer que la distinción es muy sagaz, aunque también debe asumirse que resulta muy forzada, y además no es doctrinalmente pacífica⁷. Es muy difícil que un mediador, durante la prestación de su función, no formule, directa o indirectamente, una propuesta de acuerdo a las partes⁸. El mediador, cierto es, puede limitarse a permanecer pasivo, hablando solamente cuando las partes le pregunten, moderándolas para evitar que se enfrenten más, sobre todo en sus intervenciones orales, y puede dedicarse también a resaltarles a las partes todo lo positivo, en cualquier sentido, que tiene la parte contraria.

Sin embargo, es difícil que funcione solamente eso. Si el mediador realiza únicamente esa función se convierte simplemente en un gestor de emociones que, en función de su formación, puede dar su opinión técnica sobre el litigio que enfrenta a las partes, si estas le preguntan, lo que no es sino otra forma de gestionar esas emociones, provocando que con dosis de realismo derivadas de esa asistencia técnica, las partes vayan moderando su enfrentamiento.

En ese contexto es casi imposible que el mediador no acabe formulando una propuesta de acuerdo⁹, sobre todo para desencallar a las partes. Es decir, cuando las cartas están ya encima de la mesa, parece que es bastante natural que el mediador realice también esa función, dado que es de temer que la espontaneidad de las partes conduzca a un nuevo enfrentamiento que las acabe alejando. En esa situación, una propuesta de acuerdo puede hacer que la mediación concluya con éxito.

Si ello es así, no hay razón para evitar esa actuación. Pero si ello sucede, ¿habría que concluir que el mediador se ha extralimitado? Mi opinión es que no, sino que en la dinámica de la mediación no tiene absolutamente nada de

particular que el mediador llegue a esa propuesta de acuerdo. Y no por ello se convierte en un conciliador o, mejor dicho, en algo diferente de lo que empezó siendo al inicio de su función.

Veámoslo desde otra perspectiva. El conciliador, para serlo, ¿debe limitarse a ofrecer el *consilium*? La situación sería que las partes acuden ante el conciliador y éste, una vez ha escuchado el litigio, presenta una propuesta de acuerdo. La pregunta sería si tratando de hablar con las partes e intentando acercarlas se estaría también extralimitando, convirtiéndose en un mediador. Y también habría que preguntarse si es lo más sensato presentar en frío una propuesta de acuerdo, sin más, sin antes haberse entrevistado a solas con las partes, como sin duda debería ocurrir en la mediación. Y la respuesta sería que si las partes vienen lógicamente enfrentadas, y un tercero sin poder coercitivo ni fáctico alguno les propone sin más un acuerdo¹⁰, lo más habitual será que lo rechacen.

Por tanto, aunque dogmáticamente se pueden separar ciertamente ambas instituciones, no parece tener sentido práctico que exista esa separación. La mediación se convierte en conciliación con gran facilidad, y también viceversa, por lo que quizás sea mucho más coherente pensar que en realidad nos estamos refiriendo al mismo medio de resolución de conflictos, y que la mediación y la conciliación simplemente hacen referencia a distintas iniciativas de avenencia de las partes que el tercero puede presentar en ese escenario.

Si ello es así, tendría más sentido hablar simplemente de mediación y conciliación como una única institución. Y ante la dificultad, y quizás improcedencia, de crear un nuevo término, quizás lo más adecuado sería denominar indistintamente

⁷ Recogiendo la doctrina anglosajona, NUÑEZ OJEDA, Raúl, *Negociación, mediación y conciliación*, Santiago de Chile 2009, p. 61, atribuye al conciliador un papel más pasivo que el del mediador, justo al contrario de lo explicado en el texto principal. Vid. también ŠTRUC, Tatjana, *Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht - Ein Vorbild für die gerichtsnahe Mediation in Deutschland?*, Berlín 2009.

⁸ Nuevamente vid. el listado de puntos de la mediación en EEUU que compendia NUÑEZ OJEDA, *Negociación, mediación y conciliación*, cit. p.57, y entre los que se incluye, precisamente, efectuar recomendaciones y ofrecer una opinión objetiva, por supuesto, si las partes lo piden.

⁹ Defiende la posibilidad de formulación de una propuesta, entre otros, BOVE, Mauro, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, vol. 65, n. 4, 2011, p. 1077.

¹⁰ Estas propuestas de acuerdo suelen tener eficacia cuando las formula el mismo juez que va a juzgar la causa, en caso de no alcanzarse un acuerdo. No obstante, la razón de que la propuesta tenga éxito en estos casos es muy evidente: las partes temen incomodar al juez si el acuerdo no se produce, lo que provoca que la transacción no sea exactamente espontánea. Más adelante veremos si esto, por sí mismo, constituye un inconveniente.

mediación o conciliación a dicha institución¹¹. Parece que conciliación es el término más utilizado antiguamente, siendo el uso de la palabra «mediación» el más extendido actualmente. Por ello, en este trabajo me referiré en todo caso a dicha institución como «mediación».

Lo único que parece clave en la mediación es la capacidad de persuasión del mediador, que puede y debe favorecerse con su formación, como veremos seguidamente. En todo caso, esa persuasión siempre debe ser pacífica y no tener atisbo alguno de violencia, en el sentido de que el mediador no amenace, ni siquiera veladamente, a las partes, o no intente asumir un papel preponderante o vehemente que las condicione. Sin duda, la utilización de esos medios de persuasión también se han utilizado históricamente en la mediación, especialmente en la mediación en conflictos políticos o bélicos internacionales, y no sin éxito. Pero dichos medios vulneran el derecho a la integridad psíquica de las partes, por lo que no pueden ser aceptables en absoluto, constituyendo una barrera infranqueable para el mediador.

Para concluir es preciso ofrecer un concepto, recogiendo las ideas hasta ahora expuestas. La mediación sería un medio de resolución pacífica de conflictos mediante el cual un tercero desempeña una comunicación interactiva y persuasiva con las partes de un litigio, con la finalidad de que lleguen a la solución del mismo.

3.- La formación del mediador.

Con la explicación del concepto ha quedado expuesto cuál es el contenido de la mediación. Y aunque después abordaré la dinámica de la misma, es preciso centrarse ahora en la formación que debe tener el mediador.

Si el mediador debe ser capaz de acercar a las partes de un litigio, es preciso, en primer lugar, que sea un experto en dicho litigio. Dicho de otro modo, que sea un jurista lo más especializado posible en la materia jurídica sobre la que verse el conflicto de que se trate. Y si la mediación tuviera lugar en otro ámbito diferente al estrictamente jurídico¹², también sería imprescindible la condición de experto en esa materia del mediador. Por tanto, esa formación jurídica, que se traducirá en la posesión del Grado de Derecho, resulta irrenunciable en la mediación de litigios de raigambre jurídica, porque mal podrá ayudar a las partes quien no sabe bien de qué se trata el litigio y no conoce sus entresijos y posibles salidas desde un punto de vista técnico.

Pero no basta con que el mediador sea un jurista. También debe tener dotes de persuasión. Y si se desea elevar a la mediación a nivel legal, no puede aceptarse que esas dotes le vengan dadas al mediador prácticamente por ciencia infusa¹³, sino que hay que formarle para ello, porque debe reconocerse con total claridad que el jurista no es un experto en persuasión, ya que lo más habitual es que no haya sido formado para ese fin. A tal efecto, estimo imprescindible que el mediador debiera cursar unos estudios de postgrado sobre el tema, que habrían de ser sobre todo psicológicos. La concreción académica y curricular de los estudios dependerá de la situación universitaria de cada país, pero lo básico es asumir que el mediador debe tener conocimientos profundos de Derecho para poder acompañar a las partes en la consecución de la mediación, así como conocimientos psicológicos a nivel de postgraduado que le permitan la adquisición de esas habilidades y competencias propias de la persuasión.

¹¹ Como lo hace el art. 1. 3 de la *Model Law on International Commercial Conciliation* de 2002 de UNCITRAL: *For the purposes of this Law, «conciliation» means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (-the conciliator-) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship.* También va en esta misma línea DANOVI, Filippo, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, Rivista di Diritto Processuale, 2011, n. 4, p. 771.

¹² Existen no pocos ámbitos: el educativo, el de la salud, el ambiental, el tecnológico, el comunitario, etc. Aunque evidentemente todos ellos sean judicializables, la base del conflicto no es, con frecuencia, la interpretación del ordenamiento jurídico. Vid. AAVV, *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, Barcelona 2009. UZQUEDA, Ana, *L'esperienza della mediazione civile e commerciale in Emilia - Romagna: gli scenari dei conflitti: comunità, scuole, imprese*, Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici, n. 6, 2008, pp. 882 y ss.

¹³ *«Per assolvere i compiti di mediatore occorre invero non soltanto una predisposizione e inclinazione naturale, ma anche l'acquisizione di particolari capacità sul piano psicologico e comunicativo.»* DANOVI, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit. p. 780.

Por supuesto, que todo lo anterior sea cierto implica algo que, por desgracia, acostumbra a olvidarse: cualquier persona no puede convertirse en poco tiempo en mediador. Y tampoco debería ser mediador quien ha realizado una escasa capacitación en la materia. Si se desea realmente que la mediación triunfe, y no que sea vista como un simple medio barato -para el Estado sobre todo- de evitar procesos judiciales, no habrá otro remedio que garantizar con seriedad la formación. De lo contrario, la mediación se convertirá en una experiencia más, falsamente atractiva para muchos, de resolución de conflictos. Pero que acabará resultando tan fallida como la que ha supuesto el arbitraje con excesiva frecuencia. Aunque las causas del fracaso de este último son muy diferentes, pese a que demasiado a menudo también tienen que ver con la formación de los árbitros.

Por último, el mediador tiene que ser indudablemente imparcial¹⁴, para lo que también debe recibir la adecuada formación, que le enseñe que debe estar completamente alejado, real y aparenialmente, de las partes contendientes y del objeto del litigio¹⁵.

Esa formación tampoco suele recibirla, por desgracia, un jurista. Se le supone por haber estudiado la institución de la imparcialidad y conocer las causas que legalmente hacen parcial a un juez, así como por saber el contenido de las instituciones de la abstención y la recusación. Los más estudiosos de la materia han analizado también los diversos intentos doctrinales de centrar la imparcialidad en la llamada *alienità*, la *terzietà*¹⁶ o *estraneità*¹⁷, el desinterés

objetivo¹⁸, o incluso la «incompatibilidad de funciones procesales»¹⁹.

Pero todo ese estudio tiene un trasfondo psicológico que no ha sido estudiado demasiado todavía. Todo lo que conocemos como causa de recusación suele tener dos emociones que lo explican: el afecto y el odio, aunque otras están más basadas en el sesgo de confirmación y el sesgo egocéntrico²⁰.

Pues bien, para que todo lo anterior no suene extraño al mediador -tampoco debería sonarle extraño al juez- es preciso instruirle en ello. A fin de que sepa que no puede participar en litigios que le impliquen emocionalmente con lo discutido o a favor o en contra de una de las partes. O bien para que no generalice a la hora de emitir su opinión, desplegando un erróneo cálculo estadístico de probabilidades sobre la solución del litigio basado en su experiencia previa, siempre mucho menos fiable de lo que suele creerse²¹. O bien que no participe en mediaciones en las que se halle ideológicamente sesgado en favor de una de las posturas del litigio²².

Todo ello debiera ser objeto, también, de la formación psicológica del mediador en ese postgrado al que antes aludí. Es decir, que dicho postgrado debe tener un contenido amplio en materia de psicología del pensamiento. Y no estaría de más, en absoluto, que el mediador tuviera una cierta formación sociológica²³ y antropológica²⁴, para que conociera los tipos de conflictos que existen²⁵ y los ambientes sociales en los que va a mediar y cuáles suelen ser sus valores. Cada cultura, aunque sea simplemente

¹⁴ DANОВИ, Per uno statuto giuridico del mediatore, cit. p. 779. BOVE, La conciliazione, cit. p. 1079.

¹⁵ RUIZ VADILLO, Enrique, La independencia y la imparcialidad de los jueces en la Constitución Española, La Ley, 1996, Tomo VI, p. 1641.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Barcelona 1995, p. 567.

¹⁷ FAZZALARI, Elio, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1992, pp. 469-470

¹⁸ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (con Miguel Ángel Fernández López), Derecho Procesal Civil, T.I, Madrid 1991, p. 27.

¹⁹ MONTERO AROCA, Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales, Valencia 1999, pp. 243 y ss.

²⁰ Lo explico con más detalle en NIEVA FENOLL, La valoración de la prueba, Madrid 2010, pp. 167-168. Vid. también MYERS, David G., Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido, trad. de Guillermo Solana de Intuition: its power and perils, New Haven y Londres 2002, Barcelona 2003, p. 175. HÜLSHOFF, Thomas, Emotionen, München 2006.

²¹ KAHNEMAN, Daniel / TVERSKY, Amos, On the study of statistical intuitions, Cognition, 1982, 11, pp. 123 y ss. KAHNEMAN, Daniel / TVERSKY, Amos, Subjective probability: A judgment of representativeness, en: «Kahneman / Slovic / Tversky (ed.), Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. Cambridge 1982, pp. 33 y ss.

²² Sobre este punto, NIEVA FENOLL, Ideología e imparcialidad judicial, Justicia 2011, n. 1-2, pp. 23 y ss.

²³ Vid. TOUZARD, Hubert, La mediación y la solución de los conflictos, Barcelona 1980.

²⁴ Vid. VINYAMATA, Eduard, Conflictología, Barcelona 2005. Vid. También los trabajos contenidos en AAVV (Morente Mejías coord.), La mediación en tiempos de incertidumbre, Madrid 2010.

²⁵ Vid. REDORTA, Josep, Cómo analizar los conflictos, Barcelona 2004.

una «cultura urbana», suele tener unos referentes en los que confía y una serie de actitudes o simples hechos de los que recela. Conocerlos es fundamental para el mediador.

Se dirá que todo lo que se ha expuesto aumenta los costes de formación del mediador, y hace crecer sus expectativas económicas en cuanto a sus posibilidades laborales. Y sin duda es cierto. Pero si lo que se pretende es descolapsar los juzgados de procesos que no debieran haber comenzado nunca si las partes hubieran sido capaces de hablar, no se puede organizar un servicio de mediadores poco menos que aficionados y mal pagados, en los que los litigantes, no sin razón, no confíen, o que hagan que perciban la mediación como una simple pérdida de tiempo²⁶.

4.- ¿Poder coercitivo del mediador?

Teóricamente, el mediador no puede tener poder coercitivo alguno²⁷. La naturaleza de su función pacíficamente persuasiva, que trata de favorecer la libertad de las partes²⁸, impide que sea así. De hecho, los sistemas que encomiendan la mediación -o la conciliación- al propio juez del asunto olvidan esa característica esencial. No obstante, no hay que dejar de lado que también es la mediación realizada por el juez del asunto aquella que acostumbra a tener más éxito, pese a que ese éxito con gran frecuencia esté basado en una especie de temor reverencial por la figura del juez, que es justamente lo que debiera excluirle como mediador²⁹.

Pero hay que aprovechar lo que de positivo tiene esa cierta «coerción». Un juez debe tener *auctoritas*, que está basada legalmente en los conocimientos jurídicos que se le exigen para

poder acceder a su función³⁰. El juez, a través de esos conocimientos debe tener un prestigio social que haga que sus decisiones sean percibidas como justas por la ciudadanía. Cuando esa *auctoritas* falla, el sistema de justicia fracasa. En otras palabras, cuanto menos exigente, o menos adecuado formativamente, es el sistema de acceso a la carrera judicial, se observan con mayor frecuencia fallos judiciales sorprendentes o indudablemente erróneos, que ponen en cuestión toda la viabilidad del sistema.

No se conoce con certeza cuál fue el origen histórico de la figura del juez, pero es factible que en un principio fuera una persona, o grupo de personas³¹, a las que las partes consideraban más instruidas o avezadas en el litigio que las separaba. Probablemente fue, precisamente, la atribución de coerción a esa persona lo que convirtió al mediador en un juez.

Pero retengamos esa característica basada en el prestigio social del tercero: la *auctoritas*. Al margen de la capacidad persuasiva del mediador, lo que realmente puede llegar a convencer a las partes de llegar a un acuerdo es la opinión sobre el asunto del mediador. Es decir, que el mediador sea capaz de dar una opinión sobre el tema, como si fuera una sentencia. Puede pensarse que el mediador debiera cuidar que el juicio que emita no sea completamente cerrado en favor de una de las partes, puesto que de lo contrario la parte que se supiera sabedora de razón se negará a asumir la mediación.

Sin embargo, ello sería completamente falso. En primer lugar, no parece que el mediador esté legitimado para utilizar el engaño o la astucia con las partes, dado que la astucia, por eficaz que parezca, supone, de nuevo, una presión

²⁶ En la línea de la profesionalización del mediador, MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid 2010, pp. 194 y ss. BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia 1999, p. 107. PELAYO LAVÍN, Marta, *La mediación como vía complementaria a la resolución de conflictos*, Tesis doctoral inédita presentada en la Universidad de Salamanca 2011, pp. 169 y ss.

²⁷ DANQVI, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit. p. 776.

²⁸ MARTÍN DIZ, *La mediación*, cit. p. 50.

²⁹ Y quizás en algo más. Vid. HESS, Burkhard, *Perspektiven der gerichtlichen Mediation in Deutschland*, ZZP, 124, 2, 2011, p. 138, cuando alude, aunque sin hacerla suya, a la siguiente opinión: «Dieses Engagement steht übrigens in Gegensatz zur häufig verbreiteten Unterstellung, dass -faule Richter- es ja doch nur auf einen Vergleich anlegen, um kein Urteil schreiben zu müssen.»

³⁰ CARRERAS LLANSANA, Jorge, *Las fronteras del Juez*, en: «FENECH / CARRERAS, Estudios de Derecho Procesal», Barcelona 1962, p. 103 y ss. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho Procesal*, Pamplona 1974, p. 46.

³¹ Vid. PEÑA JUMPA, Antonio, *El poder judicial comunal ayмара*, en: «Peña Jumpa, Antonio / Cabedo Mallol, Vicente / López Bárcenas, Francisco, *Constituciones, Derecho y Justicia en los pueblos indígenas de América*», Lima 2002, pp. 362 y ss. LENT, Friedrich, *Diritto Processuale Civile Tedesco*, trad. de la 9ª ed. de München 1959 de *Zivilprozeßrecht*, 1962, p. 360.

psicológica incompatible con la ausencia de coerción en el ejercicio de su función y, por demás, con el debido respeto de los derechos fundamentales.

Y es que, en segundo lugar, no tiene absolutamente nada de particular que el mediador se decante por dar la razón a una de las partes, si cree que tiene razón, dado que el resultado de la mediación no tiene por qué ser una transacción, aunque acostumbre a afirmarse lo contrario. El resultado de una mediación bien puede ser una renuncia, un allanamiento o un desistimiento. De hecho, todas esas figuras pueden estar ínsitas en la transacción. Si se repasa la definición que antes ofrecí, no dije que el fin de la mediación sea un acuerdo, sino la solución del litigio, que puede venir, perfectamente, del simple reconocimiento de una de las partes por la razón de la otra.

Como veremos después, una de las causas del desprestigio de la mediación estriba en que parezca que sea obligatorio llegar a una transacción, porque ello supone quitarle la razón a quien, de hecho y de derecho, la tiene. Por consiguiente, lo esencial es que el litigio concluya pacíficamente, y como ocurre con los más variados conflictos sociales, el fin del litigio muchas veces pasa por el reconocimiento de la razón de la parte contraria, sin contrapartida alguna para quien lo reconoce, aparte de la paz, que no es precisamente poco, porque junto con la libertad constituyen dos de los principales valores a los que deben tender todas nuestras normas jurídicas.

En ese contexto, la cierta «coerción» que pudiera acompañar a la mediación consiste, precisamente, en hacer sabedoras a las partes de las desventajas objetivas -siempre las hay- de no concluir el conflicto. Ello no constituye

ninguna presión psicológica ilegítima, sino que si viene acompañada de una motivación jurídica y, además, el mediador no se declara absoluto poseedor de la «verdad» -objetivo imposible en la interpretación jurídica-, el hecho de que alguien con *auctoritas* y completamente imparcial exponga su opinión sobre el litigio, sin duda puede hacer desistir del conflicto a más de uno. Esa es la única «coerción» posible en la mediación, y es la que ha sido especialmente aprovechada en Alemania, país donde se están realizando intentos de introducir, con carácter general para todo el Estado, una «mediación intraprocesal» encomendada a los propios jueces, pero que no pueden ser los encargados de dictar sentencia en ese concreto proceso, sino otros diferentes del mismo partido. Al parecer, la experiencia se está desarrollando con notable éxito, al menos desde el punto de vista estadístico³². Y es posible que ese éxito venga derivado del peso que todavía -por fortuna- tiene socialmente la opinión judicial derivada precisamente de esa *auctoritas*³³.

La utilidad de esa exposición de desventajas con opiniones sustentadas en el Derecho, acompañada de la persuasión que gestione esa exposición, pueden hacer concluir con éxito la mediación. De nuevo se evidencia, también desde este punto de vista, que la doble formación jurídica y psicológica del mediador resulta imprescindible.

5.- Obligatoriedad o voluntariedad.

Los legisladores, últimamente, se han mostrado entusiasmados por la marea de juicios positivos que ha generado la mediación³⁴, aunque normalmente sin haberla puesto previamente en práctica, o bien ignorando los resultados negativos que haya podido tener esa puesta en práctica.

³² Vid. HESS, Burkhard, *Perspektiven der gerichtlichen Mediation in Deutschland*, cit. p. 141. Otras estadísticas, en este caso de España, pueden verse en los trabajos publicados en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid 2007.

³³ Aunque también se alzan no pocas voces en contra de esa mediación, fundamentalmente por hacer asumir al Juez un rol que legalmente no tiene, poniendo en cuestión precisamente su propia autoridad. Vid. PRÜTTING, Hanns, *Ein Plädoyer gegen Gerichtsmediation*, ZZP, 124, 2, 2011, pp. 163 y ss.

³⁴ Hasta el punto de que en España se ha introducido con carácter de urgencia, a través del Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (hoy Ley 5/2012 de 6 de julio), aunque justo es decir que dicha urgencia venía propiciada por haber expirado el plazo de transposición de la Directiva de 2008, como reconoce la Exposición de motivos.

Afortunadamente, ese entusiasmo no ha solido derivar en que la mediación sea un recurso obligatorio y previo a la celebración del proceso, como había sucedido en el pasado con la conciliación, especialmente en materia laboral³⁵. Ello genera la paradoja de que un medio pacífico de resolución de conflictos, que trata de acercar a los litigantes con la mayor espontaneidad posible, finalmente se convierte en una especie de imposición algunas veces molesta e inoportuna.

Puede decirse que ningún litigante enfrentado acude espontáneamente a la mediación. Pero también es cierto que quien no acude de propia voluntad a un lugar, acostumbra a mostrarse reticente respecto de lo que encuentra en ese sitio. Como veremos a continuación, es dudoso que la mediación sea una alternativa preferible a la tutela judicial. Y también es muy cuestionable, como ya se ha dicho, que el fin de la mediación deba ser sistemáticamente una transacción³⁶. Si ello es así, lo cierto es que no se comprende que la mediación deba ser obligatoria.

Si se pretende generar un clima de confianza entre las partes, es inoportuno que vengan obligadas, porque esas mediaciones forzadas sólo parecen tener una perspectiva de éxito, salvo excepciones, si el mediador tiene un poder coactivo. Y si ejerce ese poder, deja de ser mediador. Pero además, la transacción no es el fin ideal de los conflictos sociales, aunque pueda parecerlo. Ese fin ideal es el *suum cuique tribuere*, es decir, darle a cada cual lo que le corresponde. Si una persona acude a la mediación pensando que saldrá perdiendo, pase lo que pase, acudirá a regañadientes. Y si acude pensando que, suceda lo que suceda, «algo sacará», su recurso a la mediación es completamente ilegítimo y, por tanto, inadmisibile. Es posible que el Estado, en un cálculo impreciso de posibilidades, prefiera ese resultado. Pero lo cierto es que no es óptimo que acabe ganando

algo quien no lo merece, y acabe perdiéndolo quien nunca debió resultar vencido en absoluto.

Si se tiene en cuenta todo lo anterior, la mediación debe ser obviamente voluntaria para ambos litigantes. No se pueden ver compelidos a acudir a la mediación porque, en ese caso, la pacificación comienza con una coerción inadmisibile. Es posible que siendo la mediación voluntaria se celebre un menor número de mediaciones, claro está. Pero la tasa de satisfacción social sin duda será más alta. Y si esa tasa va creciendo poco a poco de ese modo, el recurso a la mediación se hará espontáneamente más frecuente.

Desde luego, siguiendo esa estrategia no se conseguirán resultados a corto plazo, pero nadie ha dicho que un cambio social de percepción de los conflictos se deba hacer de la noche a la mañana. Ni tampoco que la mediación merezca ser despreciada vilmente como un medio tan cortoplacista como suelen ser percibidas, por desgracia, las elecciones políticas en las cámaras de representantes populares, porque de ese modo las decisiones de calado que toman dichos representantes suelen ser también cortoplacistas, lo que hace demasiado tiempo que sabemos perfectamente que es dramático. La mediación no es un instrumento de lucha política, ni que deba favorecer frontismos entre partidarios y detractores. La mediación solamente es un medio de resolución de conflictos que, de querer implantarlo seriamente, debe ser debidamente planificado. Y si tras la planificación y puesta en práctica da resultados positivos, debe ser conservado y engrandecido. Pero de no ser así, debe aceptarse, si llega, su fracaso.

6.- ¿Es preferible la mediación a la tutela jurisdiccional?

Suele darse por supuesto que la mediación es preferible a la tutela judicial. Se acostumbra a recurrir a argumentos relacionados, directa o

³⁵ Vid. los arts. 63 y ss de la Ley 36/2011 de 10-10 reguladora de la Jurisdicción social, que recoge toda una tradición en este sentido. En el ámbito civil también había sido necesaria la conciliación previa, como disponía el art. 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 hasta la reforma de 6-VIII-1984. Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Comentario al art. 460*, en: «Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Madrid 1985, p. 316 y ss.

³⁶ Cfr. VINYAMATA CAMP, Eduard, *Aprender mediación*, Barcelona 2003, p. 17.

indirectamente, con la paz ciudadana y a los costes de todo tipo del proceso judicial para defender el postulado, aunque se olvida con todo ello que el proceso jurisdiccional es el medio más sofisticado que poseemos para conseguir ese mismo objetivo, otorgando esa misma paz. Y, pese a todo, con el menor coste posible.

A lo largo de todo este trabajo se ha expuesto aquello que sea e implique la mediación. Fundamentalmente, que es un medio de resolución de conflictos en el que un tercero intenta avenir persuasivamente a las partes, sobre todo exponiéndoles la realidad jurídica del caso concreto.

La cuestión es si ello es mejor que el proceso jurisdiccional. En primer lugar, como ya se vio, históricamente el proceso parece un medio de resolución de controversias más evolucionado que la mediación, aunque este dato nunca podrá ser históricamente confirmado con rotundidad. En todo caso, el proceso judicial, tal y como lo conocemos hoy en día, es un cauce en el que las partes, ciertamente, se enfrentan. Pero también poseen la oportunidad de dar sus razones con precisión, hacer que las mismas consten fehacientemente, en condiciones de defensa que permiten garantizar normalmente la igualdad de armas³⁷. Y además las partes tienen la posibilidad de presentar con serenidad las pruebas de sus razones ante un tercero imparcial. Es un medio, en definitiva, que intenta aprovechar lo que tiene de positivo observar un conflicto visto desde fuera, por un tercero imparcial, que ve cómo las partes discuten, se atacan y se defienden, y en el que ese tercero sólo interviene cuando desea obtener mayor precisión acerca de lo que defienden las partes, o bien cuando -si así se le autoriza- intenta cerciorarse por sí mismo de la realidad de los hechos, si las evidencias presentadas por las partes son insuficientes. Además, al proceso suele acudir en la compañía de un experto jurídico -un abogado-, que debe -o debiera- tener el mismo nivel de formación que el juez, que elevará sin duda la calidad de los

debates y que garantizará, como antes se dijo, la igualdad de armas.

En la mediación, el litigante comparece en solitario, lo que, de entrada, puede descompensarle con respecto a la otra parte, por muy intervencionista que se muestre el mediador para evitarlo, con el riesgo evidente de dejar de ser un auténtico «mediador». No se espera de ese litigante que presente ninguna prueba -aunque podría hacerlo-, ni nadie se la va a pedir, puesto que de lo contrario el mediador se estaría implicando en el litigio, cuando solamente trata de acercar las posturas de las partes. Además, que se pretenda que el litigante comparezca presentando prueba, sin ir acompañado de abogado, podría hacer que su estrategia de cara a la mediación fuera desastrosa, adquiriendo el mediador una información completamente sesgada del conflicto.

Y es que ese es el principal problema de la mediación con respecto al proceso judicial. En este último, las partes no solamente tienen la oportunidad, sino también la garantía, de presentar sus alegaciones y pruebas en el proceso, por lo que el juez tendrá la posibilidad de adquirir una visión amplia y precisa de los términos del conflicto. En cambio, en la mediación el mediador solamente sabe lo que le dicen las partes por sí mismas. Siendo ello así, sería incorrecto decir que tienen la misma oportunidad de alegación y prueba que en el proceso. Simplemente no es así. De hecho, nadie lo espera y todo -la celeridad, la sencillez, etc, supuestamente propias de la mediación- contribuye a desincentivar que esa oportunidad exista.

Pero lo más grave es que en la mediación se carece de esa garantía de alegación y prueba. Ni siquiera el mediador puede intentar completarla, puesto que si es discutida esta facultad en un juez, resulta completamente inaceptable en un mediador, que sólo aspira a avenir a las partes, teniendo en cuenta lo que estas sean capaces de exponerle sin la ayuda de un abogado.

³⁷ Remarca este importante punto TARUFFO, Michele, *Globalizing Procedural Justice. Some General Remarks*, 2011, p. 5. Cfr. STITT, *Mediation: a practical guide*, cit. p. 8.

En este contexto, aunque la que expongo es una opinión que se distancia de las que quizás sean más populares, no acaba de entenderse por qué una mediación, en términos ciudadanos, es más beneficiosa que un proceso judicial. Si un ciudadano lo que desea es defender su razón, desde luego la mediación no es el mejor instrumento a través del que pueda hacerlo.

Lo que ocurre es que se valora el proceso jurisdiccional simplemente en términos económicos y temporales. Además, se ve al proceso como una especie de guerra o batalla al menos. Y sucede justamente lo contrario. El proceso jurisdiccional está en crisis por culpa de los Poderes públicos. En concreto, por falta de medios económicos, estructurales, humanos y de formación de los jueces, así como por culpa de unos procedimientos que generan una insoportable y absurda burocracia que se arrastra desde los tiempos del *solemnis ordo iudicarius*, dado que los procesos actuales son, todavía, en muy buena medida esclavos de aquel viejo procedimiento heredero del proceso postclásico romano³⁸. Pero si algún día los poderes públicos se ponen manos a la obra para resolver paso a paso, con paciencia, todo lo anterior, el proceso se revelará como el medio más adecuado de obtener justicia real. Mientras se siga pretendiendo cambiar esa realidad con reformas parciales, apresuradas, o a través de la simple reforma de una ley, se obtendrán en ocasiones avances, pero siempre incompletos y que acabarán generando más insatisfacción.

Además, el proceso tampoco es una guerra, ni simboliza una guerra. Muy lejos estamos, por fortuna, de los tiempos de las antiguas *legis actiones*, en las que parece que sí que se simulaba esa especie de batalla³⁹. El proceso es todo lo contrario a una batalla, porque exactamente igual que la mediación, también es un medio de resolución pacífica de conflictos, que siempre ha tenido como finalidad la prevención de la autotutela, de la venganza en definitiva, que es

justamente la única razón de ser del salvajismo que implica la guerra.

El proceso jurisdiccional es, por tanto, el medio más propicio para que las partes, no solamente expongan sus razones, sino para que obtengan su razón⁴⁰, que es lo más importante. En estas condiciones, la mediación solamente debe ser un recurso abierto a quien desee aprovecharlo, beneficiándose de sus ventajas que, desde luego, las tiene: es mucho menos costoso económica y temporalmente que un proceso, y además puede servir muy eficazmente antes de que el conflicto se encone definitivamente, precisamente más para evitarlo que para resolverlo.

Por consiguiente, no deben tomarse las líneas que anteceden como un ataque a la mediación, porque no pretenden serlo en absoluto. Sólo intento que se vea con claridad en qué situaciones puede ser útil la mediación, a fin de que no sea un enésimo intento fallido de solución de los problemas de la Justicia, y con el objetivo de que asiente y engrandezca su ámbito, si socialmente es percibida finalmente como útil.

³⁸ KASER, Max / HACKL, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, pp. 566 y ss.

³⁹ GAYO, *Instituciones*, Trad. de Abellán, Arias, Iglesias-Redondo y Roset, Madrid 1985, p. 311.

⁴⁰ Vid. nuevamente TARUFFO, Michele, *Globalizing Procedural Justice. Some General Remarks*, 2011, p. 5.